

## CONFRONTO DI IDEE

---

**CARLO SOTIS**

### **Il diritto penale tra scienza della sofferenza e sofferenze della scienza**

Queste pagine segnalano tramite vari esempi le sofferenze del sapere penalistico, in possesso di un patrimonio culturale sempre meno in grado di comunicare con il discorso pubblico e il potere politico. Successivamente riflettono su alcune tra le più recenti riforme penali del populismo, tra loro apparentemente non conciliabili, e invece legate assieme dal medesimo afflato vendicativo. Infine, dopo avere ribadito come il carattere irriducibilmente politico del diritto penale costituisca pilastro centrale della cultura penalista, si propone qualche spunto sui compiti del sapere.

*Criminal law between the science of suffering and the suffering of science*

*These pages indicate through various examples the sufferings of criminal knowledge, possessing a cultural heritage less and less able to communicate with public discourse and political power. Later they reflected on some of the most recent penal reforms of populism, apparently unconnected with each other, and instead linked together by the same vengeful inspiration. Subsequently they reflect on some of the most recent criminal reforms of populism, between them apparently not conciliatory, and instead linked together by the same af.*

**SOMMARIO:** 1. “Io so”. – 2. Le tre tristezze della scienza penale. – 3. Un muto dice ad un sordo: le incommunicabilità tra sapere e potere. – 4. Leggi contromano: dalla pena alla vendetta. – 5. Una provocazione. – 6. Qualche spunto sui compiti del sapere penalistico.

#### **1. “Io so”.**

Le pagine di David Brunelli che animano questo *Confronto* riguardano il rapporto tra sapere e potere. Mettono quindi a nudo il nervo scoperto di ogni studioso del diritto penale, ponendolo di fronte alla domanda che alberga nella mente, nel cuore e nella pancia di chiunque abbia la fortuna di fare questo lavoro: quale la nostra funzione? Domanda ineludibile, ma a cui è difficilissimo dare risposta con quel rigore che si cerca negli studi. Il professore universitario è infatti programmato a separare oggetto e soggetto, e non è quindi culturalmente a suo agio nell’analizzare (almeno a farlo per iscritto) sé stesso. Però, la crescente percezione della propria marginalità e impotenza fa venire il dubbio che il timore di mischiare oggetto e soggetto finisca in realtà con il separare il pensiero dall’azione. Ed è forse per questo che le pagine di David Brunelli a me hanno fatto venire a mente Pier Paolo Pasolini, che come pochi pensava il rapporto tra sapere e potere con la faccia, con il corpo, con le azioni.

Per capirci il Pasolini del «Io so»<sup>1</sup>, testo che trasuda uno stato di animo molto

---

<sup>1</sup> PASOLINI, *Cos’è questo Golpe? Io so*, pubblicato su *il Corriere della sera* del 14 novembre 1974 e online in [www.corriere.it](http://www.corriere.it).

simile a quello che credo provi qualunque professore di diritto penale assistendo al tempo presente: la consapevolezza di sapere senza potere. Sicuramente esprime il mio stato di animo.

Anche “Io so”, infatti. Con la differenza, diversamente da Pasolini, che ciò che so, lo so perché «ho le prove».

*Io so* che la scala di gravità delle pene non è corrispondente al grado di efficacia generalpreventiva e che l’aumento degli edittali di pena, segnatamente per gli edittali medi e medio alti, non comporta di per sé nessun aumento di capacità dissuasiva<sup>2</sup>.

*Io so* che le politiche restrittive a obiettivo “zero immigrazione” che hanno preso il posto di quelle di gestione del fenomeno migratorio mediante criteri di programmazione di quote socialmente accettate di ingressi, finiscono per alimentare il fiorente traffico illecito di migranti e rendere impossibile il sistema dei rimpatri. L’effetto è che con queste politiche «tra i tredici principali paesi europei di destinazione dei lavoratori stranieri, l’Italia è il paese nel quale la proporzione di migranti senza diploma è in assoluto la più alta e la proporzione di migranti con laurea è in assoluto la più bassa»<sup>3</sup>.

*Io so* che la “lotta alla pedofilia” ha gonfiato a tal punto le condotte che potrebbero essere considerate *sexual harassment*<sup>4</sup> che varie scuole dell’Australia<sup>5</sup>, degli USA<sup>6</sup> e del Regno Unito<sup>7</sup>, anche elementari, hanno deciso a titolo precauzionale di eliminare alla radice ogni rischio di denuncia, vietando ogni tipo di contatto fisico<sup>8</sup>, abbracci compresi, tra insegnanti e bambini, anche molto piccoli e quindi negando un gesto che dalla notte dei tempi

---

<sup>2</sup> Così cfr. PALIERO, *Metodologie de lege ferenda: per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio* in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1992, 555, con convincenti argomenti e richiami a solide indagini criminologiche.

<sup>3</sup> Così SAVINO, *Le condizioni per una credibile politica europea dell’immigrazione e dell’asilo* in *Per una credibile politica europea dell’immigrazione e dell’asilo*, a cura di Savino, Roma, 2018, 21 a cui si rinvia per la persuasiva e documentata analisi sugli effetti, anche criminogeni, prodotti dal commiato della politica di programmazione dei flussi e dalla parallela ideologizzazione del tema (da ogni parte) a fini elettorali.

<sup>4</sup> Le linee guida del U.S. Department of Education Office for Civil Rights del gennaio 2001 “*Revised sexual harassment guidance: harassment of students by school employees, other students, or third parties*” nel tracciare il confine esterno affermano che il contatto ad esempio di maestre di asilo che consolano un bambino non debba essere considerata una molestia sessuale, lo fanno citando tuttavia delle vicende giurisprudenziali di assoluzione in cui il fatto però verteva su questo! V. in part. par. 2 e nota 7.

<sup>5</sup> Limitandoci a fonti affidabili cfr. sul sito dell’ABC [www.abc.net.au](http://www.abc.net.au).

<sup>6</sup> Cfr. i vari casi riportati in questi articoli del NY Times per gli USA [parenting.blogs.nytimes.com](http://parenting.blogs.nytimes.com).

<sup>7</sup> Cfr. per l’UK questo articolo di *The Independent* [www.independent.co.uk](http://www.independent.co.uk).

<sup>8</sup> Il divieto di contatto fisico (*no holding*) si oppone anzitutto al buon senso, segnale peraltro come anche su base scientifica si sia mostrata l’importanza di un abbraccio; cfr. ad esempio il diffusissimo libro di WHELLES, *L’abbraccio che guarisce*, Red edizioni Roma, 2006 (ed. or. 1988).

costituisce un elementare bisogno umano.

*Io so* che il principio di precauzione mette al riparo da rischi, ma non certo da tutti, perché per forza di cose anch'esso ne genera. Politiche regolative fondate su una generalizzata idea di precauzione forse mettono al riparo da determinati rischi, ma automaticamente aumentano controrischi poiché in definitiva «il principio vieta ciò che contemporaneamente impone di fare»<sup>9</sup>, come avviene con qualunque “scelta tragica”<sup>10</sup>.

*Io so* che ampliando i confini della legittima difesa si aumenta il pericolo per la vita e per l'incolumità fisica *in primis* delle vittime di una aggressione, non degli aggressori<sup>11</sup>. Con i limiti del diritto di difesa si gioca quindi con la pelle delle persone, anche (se non soprattutto) con quella di chi si dice di volere proteggere, perché non è irragionevole temere che estendendo i limiti della legittima difesa ci saranno dei morti che avrebbero potuto non esserci.

*Io so* che la criminalizzazione di comportamenti di massa, come è il caso del reato di «esercizio molesto dell'accattonaggio» introdotto all'art. 669 *bis* dalla l. 132 del 2018 in sede di conversione del c.d. decreto sicurezza (d.l. 113/2018) rimette nei fatti agli apparati (Polizia *in primis*) la scelta sui suoi reali criteri di applicazione. Quando una fattispecie criminosa descrive accadimenti che si ripetono decine di migliaia di volte ogni giorno la selezione di cosa (e di chi), all'interno di questa massa, sarà effettivamente perseguito dipenderà da decisioni e scopi aleatori, opachi e incontrollabili, giocoforza diversi da quelli scritti nella legge. Tutto questo assieme ad altri noti effetti collaterali comporta una perdita *complessiva* di credibilità e di efficienza

---

<sup>9</sup> SUNSTEIN, *Il diritto della paura. Oltre il principio di precauzione*, Bologna 2010 (ed. or. 2005), 27. Ad esempio questo autore (*ivi* p. 48) segnala il caso del governo dello Zambia che nel 2002 decise di non ricevere una spedizione di migliaia di tonnellate di grano dagli Stati Uniti ritenendo che potesse contenere sementi geneticamente modificate. Anche dopo la assicurazione che il grano sarebbe stato macinato negli Stati Uniti (quindi che era azzerato il pericolo di dispersioni di semi OMG in Zambia) il governo dello Zambia rimase fermo nel suo precauzionale rifiuto. La FAO ha stimato che a fronte di una popolazione nello Zambia di 2,9 persone almeno 35.000 persone sarebbero morte di fame se non si fosse provveduto a trovare quel grano. Ora, non mi interessa qui dire quale fosse la meno sbagliata scelta tragica, ma solo segnalare come anche il principio di precauzione genera rischi.

<sup>10</sup> Il riferimento è al classico di CALABRESI, BOBBIT, *Scelte tragiche*, Milano, 2006 (1978).

<sup>11</sup> VIGANÒ, *Spunti per un “progetto alternativo” di riforma della legittima difesa* in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di Paliero, Dolcini, Milano, 2006, 2050 ss. con una lettura razionale e ragionevole dei dati ben argomenta come in caso di aumento dei conflitti a fuoco in caso di rapina ad essere maggiormente esposto è chi si deve difendere, sia perché è colto di sorpresa, sia perché è meno esperto nell'uso delle armi. In aggiunta e pur con tutti i *caveat* del caso Francesco Viganò segnala poi come negli USA, dove i confini della legittima difesa erano assai più estesi che in Italia, la percentuale di rapine che si conclude con la morte del rapinato è quattro volte superiore. Simili argomentazioni sono ripresi in molti studi e scritti; v. da ultimo DE VITO, *Legittima difesa: una legge per un paese più pericoloso* in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it).

dell'*intero* sistema penale, quindi della sua effettività. Insomma, reati come questo finiscono per ridurre le capacità complessive del diritto penale di garantire sicurezza<sup>12</sup>, non solo di quella *dal* diritto penale, ma anche di quella *con* il diritto penale.

## 2. Le tre tristezze della scienza penale.

*Io so* queste cose e molte altre ancora, e so bene che la scienza del diritto penale è tre volte triste. Una prima volta per il carico di dolore che “l’arma a doppio taglio”<sup>13</sup> reca seco: sofferenze inflitte a cui si reagisce con l’inflizione di sofferenza legale, del male necessario.

Una *seconda* volta per l’ossimoro etico che impone al penalista di osservare scientificamente una disciplina che già nel nome, incaricandosi di punire, si assume il compito di *allocare sofferenze*<sup>14</sup>. Il dovere di ogni giurista, infatti, è di offrire ricostruzioni e valutazioni che poggino su base razionale. Sappiamo bene però che l’idea del castigo legale nelle sue fondamenta razionale non è<sup>15</sup>. Non vi è, e non vi dovrà mai essere, alcuna giustificazione in grado di indicare razionalmente<sup>16</sup> la qualità e la quantità di sofferenza da somministrare a chi ha commesso un crimine<sup>17</sup>. E proprio per questo, perché l’uso della pena non è compiutamente razionalizzabile, che è necessaria una riflessione razionale e coerente del diritto penale, perché solo la formalizzazione “lo tiene a freno,

<sup>12</sup> Cfr. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale* in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1990, *passim* ed in part. 440 ss. e 536 ss.

<sup>13</sup> Mi riferisco ovviamente alla più nota metafora della cultura penalistica: la pena è un’arma a doppio taglio, tutela di diritti attraverso lesione di diritti» VON LISTZ, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, Milano, 1962, (1882), 46.

<sup>14</sup> Cfr. PALIERO, *L’economia della pena (un work in progress)* in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di Dolcini, Paliero, Milano, 2006, 537 ss.; a cui rinvio anche perché lo spirito che anima questo fondamentale saggio costituisce di per sé una splendida metafora di quanto sto dicendo sull’obbligo di aporia che governa la scienza penalistica di *dovere* offrire ricostruzioni e valutazioni scientifiche dovendo, tuttavia, fare i conti con «la a-razionalità genetica del diritto penale» (*ivi*, 577 ss.).

<sup>15</sup> L’assunto è ben noto ai penalisti, per tutti rinvio sul punto, e non solo, alle pagine dell’ultimo scritto del compianto Maestro milanese: STELLA, *La giustizia e le ingiustizie*, Bologna, 2006, 222 s.

<sup>16</sup> Così in un denso libretto *Domenico Pulitanò* descrive il paradosso che caratterizza il diritto penale: «L’uso della spada, per quanto legato a presupposti e scopi scrupolosamente pesati sulla bilancia della giustizia, per sua natura eccede la dimensione del giudizio razionale» «tutto ciò non diminuisce, anzi rende più acuta l’esigenza di una teoria della pena che faccia razionalmente i conti con i problemi (...) del punire, assumendo anche l’irrazionale e il non compiutamente razionalizzabile ad oggetto di conoscenza e di valutazione critica» PULITANÒ, *Ragionevolezza e diritto penale*, Napoli 2012, 24 s.

<sup>17</sup> Così l’illustre marchese: «Se vi fosse una scala esatta ed universale delle pene e dei delitti, avremmo una probabile e comune misura dei gradi di tirannia e di libertà; del fondo di umanità e di malizia delle diverse nazioni» BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, nell’edizione a cura di Pisapia, Milano, 1964 (1764), 79 (par. XXIII).

lo affina, lo rende trasparente, calcolabile e controllabile”<sup>18</sup>. Da qui l’ossimoro etico e la sofferenza di doverci fare i conti.

Una *terza* volta perché io so anche che è in virtù di risorse pubbliche che io so. Perché è una scelta di sistema, costituzionale (in senso letterale prima ancora che giuridico), che ritiene sia un primario pubblico interesse che io sappia, in modo contribuisca a quella formalizzazione e quindi a tenere a freno l’uso della pena. E così arriviamo al punto: perché se è così (ed è così) ciò che io so ha un valore pubblico, non me lo posso quindi tenere per me come fossi in possesso – per dirla con le efficaci parole di David Brunelli – del «sacro Graal», ma *debbo* fare in modo che si sappia. Pubblicamente. Perché se io so che il diritto penale è una scelta di allocazione della sofferenza, quindi un male non compiutamente razionalizzabile, ergo un’opzione politica, so anche che è un male e che è dovere della scienza comunicare le condizioni di razionalità a cui questo male deve considerarsi necessario.

### **3. Un muto dice ad un sordo: le incomunicabilità tra sapere e potere.**

Certo tutto questo è paradossale, ma ovvio, fondando l’idea di soggetti che sono chiamati in posizione di terzietà ad esprimere un sapere che quasi in automatico ingombra il discorso e – quindi – l’agire pubblico. Dico ‘quasi in automatico’ perché pur con mille contraddizioni, inceppi, passi falsi, commistioni di ruoli il sapere ha una potente funzione di delegittimazione e legittimazione del potere. In questo modo il potere dovrà comunque fare i conti con il sapere.

Insomma lo studioso penalista di professione sapeva che ciò che doveva fare era il suo lavoro: leggere, scrivere, pensare, insegnare. Poi questo tramite una moltitudine di rivoli, falde, meandri, vasche di decantazione (pubblicazioni di scritti che producono discussioni, da cui emergono alcuni punti fermi, che a loro volta sedimentano pensieri e conoscenze collettive fissate in opere più generali, come i manuali, e nella formazione della futura classe dirigente e quindi nei futuri programmi di azione) avrebbe avuto effetti sul potere.

Al ricercatore insomma era chiesto di fare buona ricerca e quindi buona didattica, buona didattica e quindi buona ricerca. Punto. Fai questo e così darai il tuo contributo alla “fabbrica del sapere” e – in automatico – contribuirai quindi ad imporre al potere di non potere prescindere dal sapere.

Un rapporto di dipendenza *sempre* virtuoso, perché in grado di arginare il potere e di vincolarlo rispetto di una determinata forma. Anche quando questo dovesse perseguire per via legislativa scopi individuali e concreti Un

---

<sup>18</sup> Così, quasi testualmente, HASSEMER, *Perché punire è necessario*, Bologna, 2012 (2009), 123.

esempio iperbolico in tale senso è la legge n. 85 del 2006 “Modifiche al codice penale in tema di reati di opinione”. Con questa riforma per un verso per alcuni reati di opinione (“Vilipendio alla nazione” art. 291 c.p. e “Vilipendio o danneggiamento alla bandiera o ad altro emblema dello Stato” art. 292 c.p.) la originaria pena detentiva è stata sostituita da quella pecuniaria e, per altro verso, è stato inserito l’attuale terzo comma dell’art. 2 c.p., che estende a queste tipologie di modifiche il regime di applicazione retroattiva *in melius* illimitato al giudicato penale.

La vicenda è davvero istruttiva perché mostra che quella dipendenza è sempre virtuosa, anche in un caso che racconta – per dirlo con formula retorica – di un “sapiente abuso di potere”. Come infatti forse si ricorda questa riforma era mossa da ragioni ombelicali e del tutto contingenti. Segnatamente alcune ingombranti condanne *in via definitiva* di politici di primo piano dell’allora maggioranza parlamentare per i suddetti reati di vilipendio.

La strada dell’abolizione di questi reati era politicamente impercorribile, per indisponibilità delle altre forze dell’allora maggioranza, occorre allora trovare un’altra via per evitare che queste condanne iniziassero a produrre i loro spiacevoli effetti. Eccola: le pene per quei reati vengono trasformate da detentive a pecuniarie e al contempo si inserisce nell’art. 2 del codice penale un nuovo terzo comma che dispone che per modifiche più favorevoli di questo tipo la retroattività non è limitata dal giudicato penale.

La vicenda non è certo espressiva di un nobile esercizio del potere e proprio per questo a mio avviso è esemplificativa di un rapporto virtuoso tra sapere e potere. Qui il potere è animato da discutibili intenti, ma per realizzarli non prescinde dal sapere, ci fa i conti, lo guarda in faccia, osserva, invoca a soccorso; e *perciò* la soluzione viene trovata tramite una modifica di sistema «del tutto ragionevole»<sup>19</sup> suggerita prima e avallata poi dal sapere penalistico.

Però il meccanismo non sembra più funzionare, oggi il potere sembra non dovere più fare i conti con il sapere. Le cause sono tante e esondano del tutto dalle mie competenze (ma non, ovviamente, dalle mie preoccupazioni) e derivano, probabilmente, anche dalla progressiva crescente marginalizzazione delle fabbriche delle verità, università e stampa *in primis*. Marginalizzazione che a sua volta è causa ed effetto dei meccanismi di produzione e circolazione delle informazioni tipici della nostra epoca, etichettata non a caso come epoca della “post verità”. A questo si può aggiungere che i margini di manovra

---

<sup>19</sup> Così testualmente MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*. Milano, 2018, 138 senza ricordare il contingente contesto in cui si inseriva questa riforma. Omissione condivisibile proprio poiché la riforma di sistema ha una sua coerenza interna e non deve quindi trovare la sua ragione in accadimenti contingenti per quanto oggettivamente discutibili.

della politica si sono chiaramente ridotti sui nodi davvero cruciali (gestione dell'economia *in primis*) e ciò forse contribuisce a scaricare ulteriormente sul penale le istanze di decisione della politica e a canalizzarci i bisogni della collettività.

Sia come sia, ciò che rileva è che quel rapporto tra sapere e potere che, pur tra mille magagne, imponeva l'inciampo tra i legittimi produttori del sapere e quelli del sapere sembra essersi inceppato.

Il fenomeno per certi versi è globale, ma è in particolare oggi, in Italia, che in campo penale è particolarmente acuta questa diffusa sensazione di impermeabilità tra discorso ed agire pubblico e sapere penalistico. Sembra di assistere ad muto che cerca di parlare ad un sordo.

La sensazione è così crescente che porta per l'appunto a chiederci se facendo il nostro lavoro stiamo facendo il nostro dovere.

Credo sia per questo, per una esigenza di comprendere *sul piano etico* se dobbiamo aggiornare i nostri doveri, che il sentimento individuale di impotenza sia divenuto tema di una riflessione collettiva nella comunità dei penalisti: questo *Confronto* animato da David Brunelli ne è indicatore, come lo sono alcuni convegni<sup>20</sup> dedicati al tema. Diritto penale di lotta<sup>21</sup>, populismo penale<sup>22</sup> sono divenuti paradigmi esplicativi, la *differenziazione* è stata elevata da Giovanni Fiandaca<sup>23</sup> a cifra caratterizzante il diritto penale del tempo presente. *Last but not least* sono intervenute varie comunicazioni<sup>24</sup> dell'Associazione dei professori di diritto penale, che su questo sta cercando di comprendere se e come sia opportuno immettere nel discorso pubblico le ragioni del sapere penalistico.

---

<sup>20</sup> Ad esempio *Il giudice nell'Europa dei populismi*, Magistratura Democratica Roma, 1/3 marzo 2019, *Diritto penale e paradigma liberale. Tensioni ed involuzioni della contemporaneità*, Certosa di Pontignano, Siena, 24-25 maggio 2019.

<sup>21</sup> È soprattutto Massimo Donini ad avere approfondito il paradigma e le sue caratteristiche, si v. da ultimo DONINI, *Le sentenze Taricco come giurisdizione di lotta* in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>22</sup> ANASTASIA, ANSELMI, FALCINELLI, *Populismo penale: una prospettiva italiana*, Padova, 2015; FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, PULITANO, *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, in *Criminalia*, 2013, rispettivamente 95 ss. e 123 ss.; VIOLANTE, *Populismo e plebeismo nelle politiche penali*, *ivi*, 2014, 197 ss. TRIPODI, *Dal diritto penale della paura alla paura del diritto penale. Spunti per una riflessione*, dattiloscritto in corso di pubblicazione in *La paura*, a cura di Lacchè.

<sup>23</sup> FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, Bari, Roma, 2017, 185 s.

<sup>24</sup> Vari comunicati dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale vanno in questa direzione. Ad esempio quello in tema di legittima difesa pubblicato su *Questione giustizia* il 24 luglio 2018, [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), altri due comunicati uno su pena carceraria e politiche criminali pubblicati su diritto penale contemporaneo il 23 novembre 2018, i vari contributi del dibattito su *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*, in diritto penale contemporaneo, 21 dicembre 2016.

Questo sta probabilmente rendendo la comunità scientifica più consapevole del problema (e non è poco), ma non contribuisce a risolverlo, o a catalizzare un consenso di fondo sul se e sul come occorra modificare il nostro agire. Anzi, la sensazione è che ogni giorno che passa le cose vadano sempre peggio e che il senso di spaesamento e distacco aumenti, che quelle comunicazioni abbiano sortito pochi effetti.

#### 4. Leggi contromano: dalla pena alla vendetta.

Pensiamo alle più recenti “leggi populistissime”: la Legge n. 3 del 2019 battezzata (dal ministro proponente) “spazza corrotti” e la appena approvata riforma della legittima difesa<sup>25</sup>.

Riforme due volte spaesanti. Una prima volta perché lontane anni luce dai criteri di legittimazione da cui dipendono limiti e funzionamento del diritto penale costituzionale. Una seconda volta perché *all'apparenza* non sembrano nemmeno coerenti tra loro. Una infatti chiede repressione, l'altra libertà. Una demanda al giudice di determinare i fatti penalmente rilevanti a seguito di un bilanciamento tra principi<sup>26</sup>; l'altra mette da parte il giudice e vieta il bilanciamento descrivendo la legittima difesa con fosse una regola farcita di automatismi legislativi («sussiste *sempre* il rapporto di proporzione»).

Non credo invece siano così incoerenti tra loro. Queste due leggi rispondono alla stessa logica e segnalando questo loro tratto comune spero emerga al contempo anche un primo abbozzo di risposta alle difficili domande poste da David Brunelli.

Il “penale-spazza<sup>27</sup>”, incarnato, a partire dal nome, dalla legge n. 3 del 2019. Questa legge esprime paradigmaticamente l'attrazione “erotica” nei confronti della sofferenza legale mostrata dall'attuale maggioranza di governo<sup>28</sup>: il bersaglio dell'intervento punitivo è l'idea di corruzione intesa come fenomeno sociologico e da qui fattispecie senza tipicità, inasprimenti sanzionatori, che trasudano illegittimità per le pene accessorie, estensione delle condotte punibili, previsione di norme manifesto destinate o a restare sulla carta, o - peggio - a funzionare nell'ombra inducendo condotte fuorilegge (mi riferisco alla causa

---

<sup>25</sup> Il 28 marzo 2019 il Senato ha infatti approvato in via definitiva il disegno di legge recante “Modifiche al codice penale e altre disposizioni in materia di legittima difesa”.

<sup>26</sup> Si pensi alla riforma del traffico di influenze illecite, art. 346 *bis* c.p. in cui il disvalore penale è appeso a clausole di illiceità speciale («mediazione illecita») senza vi sia però la normativa extrapenale di riferimento, segnatamente in tema di lobbying sul punto v. ora i condivisibili rilievi di RIZZO, *La "spazzafaccendieri" della "spazzacorrotti". Le (persistenti e accresciute) aporie del nuovo traffico di influenze illecite*, in *Questa Rivista e in questo fascicolo*.

<sup>27</sup> Così ora PULITANO, *Tempeste sul penale. Spazzacorrotti ed altro* in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>28</sup> Si pensi inoltre alla non attuazione della delega in materia penitenziaria della delega n. 130 del 2017.



di non punibilità per chi rende informazioni e alle operazioni sotto copertura), estensione del regime carcerario dell'art. 4-*bis* dell'ordinamento penitenziario. Certo, già sono stati ben mostrati vizi di legittimità, perversioni tecniche e irragionevolezza di un impianto<sup>29</sup> che, come accennato, rischia addirittura di risultare criminogeno.

Ma ciò che maggiormente inquieta è la trama in controluce che emerge da questo testo e dalla sua narrazione mediatica. È il racconto di una vendetta<sup>30</sup>. Una classe politica prende il potere promettendo di spazzare via i corrotti, di di "fargliela pagare"; così il senso di frustrazione e di angoscia collettivo dovuto alle tante difficoltà del nostro tempo e all'incapacità di governo viene scaricato sull'*homo sacer* di turno, in questo il caso il corrotto, usando lo *ius* terribile, la sofferenza legale.

Se allora volgiamo lo sguardo alla difesa che si sbandiera 'sempre legittima'<sup>31</sup> e che per legge si vuole quindi essere "sempre proporzionata" si vede bene il *fil rouge* politico criminale che lega assieme le due anime della maggioranza di governo proprio sul terreno penale. Perché è in fondo secondario che una prometta repressione e l'altra il contrario, che una preveda fattispecie da bilanciare in modo debole e incerto e l'altra una causa di giustificazione che il bilanciamento vorrebbe vietarlo. Entrambe infatti rispondono sempre alla stessa logica: quella della vendetta. Il "penale-spazza" fa leva direttamente sull'infrazione pubblica della violenza legale per finalità vindicatorie; la difesa sempre legittima assegna al privato il potere di decidere nel suo territorio sul se e sul quanto punire. Entrambe invocano vendetta, sconfessando entrambe l'*incipit* di Mario Sbriccoli in *Giustizia Criminale* - «la storia del penale può essere pensata come la storia di una lunga fuoriuscita dalla vendetta»<sup>32</sup> - finiscono per percorrerla in contromano la storia.

Ecco, credo che un primo fondamentale dovere collettivo del sapere penalistico sia marcare il segno di discontinuità tra penale e vendetta, sia leggere l'*incipit* di Mario Sbriccoli in termini prescrittivi.

---

<sup>29</sup> MANES, *L'estensione dell'art. 4bis ord. pen. ai delitti contro la p.a.: profili di illegittimità costituzionale* in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it); PADOVANI, *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, in questa *Rivista*, 2018, n. 3, 1; PALAZZO, *Il volto del sistema penale e le riforme in atto* in *Dir. pen. proc.*, 1, 2019 (consultato nella versione online in [www.quotidianogiuridico.it](http://www.quotidianogiuridico.it)).

<sup>30</sup> Lo segnala e mostra bene MANES, *Diritto penale no-limits. Garanzie e diritti fondamentali come presidio per la giurisdizione* in *Quest. Giust.*, 26 marzo 2019, passim e in part. par. 2.1.

<sup>31</sup> Esprime, in modo tangibile, la impermeabilità tra potere e sapere penalistico l'ascolto agrodolce delle audizioni in tema di legittima difesa del 19 settembre 2018 in Commissione giustizia del Senato di Padovani, Flick, Insolera e Moccia in [webtv.senato.it](http://webtv.senato.it).

<sup>32</sup> SBRICCOLI, *Giustizia Criminale* in *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti*, Milano, 2009 (2002), Tomo 1, 3.

### 5. Una provocazione.

Se “V per vendetta”<sup>33</sup> sarà quindi un mito fondatore dei movimenti populistici, per il sapere penalistico il mito fondatore è però l’illuminismo, a partire dalla sua lezione più importante: la nascita del problema penale. Ovvero del pensare il *penale come un problema*<sup>34</sup> che per essere risolto *necessita* di condizioni di legittimazione. Guardare allora al penale come a un problema e continuare a tracciare la sua storia come quella di una lunga fuoriuscita dalla vendetta credo che siano i due compiti essenziali dell’agire del sapere penalistico. Sì, ma come? Facendo cosa?

Ed anche qui credo sia l’illuminismo ed un suo altro mito fondatore del sapere penalistico a mettere in guardia e a tracciare i paletti del come.

Ricordiamoci infatti che il diritto penale razionale delle prime codificazioni penali è quello che si caratterizza anche per l’emersione di una nuova categoria che si siede al tavolo del potere: gli intellettuali<sup>35</sup>, uniti assieme al principe per limitare il potere dei giuristi dell’epoca fanno del penale un problema, da affrontare quindi su base razionale, ma non compiutamente razionalizzabile e per ciò irriducibilmente politico. Da qui e dalla lotta di potere con i giuristi l’idea della legalità penale, cioè della riserva di legge. Un mito che noi più o meno consciamente vorremmo riceleberrare. Facciamo però attenzione ad identificarci subito con gli intellettuali perché il mito è più complesso: quegli intellettuali con i giuristi si scontrarono.

E allora chi siamo noi? Gli intellettuali ora traditi dal principe o i giuristi che i nuovi principi con i nuovi intellettuali hanno scacciato? In fondo anche le nuove fabbriche del sapere, proprio a quegli intellettuali si richiamano: la centrale di comando del movimento cinque stelle si chiama “piattaforma *Rousseau*”.

Scontata la risposta a questa provocazione: noi siamo *sia* intellettuali *sia* giuristi. A noi una doppia croce. A noi quindi la doppia croce: *sia* di fronteggiare il potere dei giuristi, come gli intellettuali, *sia*, come quei giuristi, di fronteggiare quello del principe. Questo traccia il nostro sentiero: produrre azioni che indichino un’etica del limite in diritto penale rivolta prima di tutto a noi

---

<sup>33</sup> Mi riferisco al film distopico del 2005 (noto anche per la maschera dell’eroe vendicatore divenuta simbolo dei movimenti populistici), in cui “V” rovescia con la vendetta un regime totalitario e in modo sia il popolo a governare se stesso.

<sup>34</sup> TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. Vol. 1: assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976, 383 ss.

<sup>35</sup> Cfr. sul ruolo del tutto inedito degli intellettuali come tratto caratterizzante l’illuminismo penale direttamente connesso ai suoi principi (secolarizzazione, riserva di legge e codificazione *in primis*) v. ancora le acutissime pagine di SBRICCOLI, *Giustizia criminale* cit., 27 ss.

stessi. Sentiero scomodo e angusto: se compito del sapere penalistico è difendere il carattere irriducibilmente politico del diritto penale allora lo è anche vigilare affinché questo resti nelle mani del potere politico e non in altre, comprese quelle dei giuristi.

Si badi tuttavia che questo non comporta a mio avviso un pensiero senza azioni, anzi. Provo quindi a fissare, anzitutto a me stesso, qualche spunto. Sul piano dell'etica sia collettiva sia individuale.

### 6. Qualche spunto sui compiti del sapere penalistico.

Su quello dell'etica collettiva una sola indicazione e due esempi.

L'indicazione: credo occorra sforzarsi massimamente di disinnescare ogni sacca di snobismo accademico nei confronti di chi si "sporca le mani", cioè di chi si sforza di essere massimamente comunicativo, *anche* percorrendo codici e registri di comunicazione *anche* diversi e più estesi<sup>36</sup>. Si pensi al termine "divulgatore", a tutt'oggi costretto da una semantica che lo oppone a "ricercatore", semantica davvero ingiustificata, anche dalla tradizione che ai professori universitari riserva l'appellativo di "chiarissimi".

*Karl Popper* nel tracciare i canoni dell'attività scientifica scrive: «Il compito più importante di uno scienziato consiste, naturalmente, nel compiere un buon lavoro nel proprio campo particolare. Il secondo compito consiste nell'evitare il pericolo di una specializzazione troppo angusta: uno scienziato che non abbia un bruciante interesse per altri campi del sapere, si esclude dalla partecipazione a quella autoliberazione attraverso la conoscenza che è il compito culturale della scienza. Il terzo compito consiste nell'aiutare gli altri a comprendere il proprio campo e il proprio lavoro. Questo è un compito difficile. Significa che dovremmo ridurre al minimo il gergo scientifico, quel gergo, cioè, di cui ciascuno di noi si inorgoglisce come di un'armatura, o come dell'accento oxionese. Quest'orgoglio è comprensibile, ma è un errore. Nostro orgoglio dovrebbe essere l'insegnare a noi stessi, meglio che possiamo, a parlare nel modo più semplice, chiaro e meno pretenzioso possibile, e l'evitare come la peste l'aria di chi possiede una conoscenza troppo profonda per potere essere espressa con semplicità e chiarezza»<sup>37</sup>.

I due esempi sono anche per concludere con una nota di ottimismo. Due vicende a mio avviso salutari del corretto modo di intendere l'impegno civile del sapere penalistico come comunità.

La prima è il caso *Taricco*, vicenda che ha coinvolto molti attori istituzionali

---

<sup>36</sup> Un autentico programma di azione è tracciato da Giovanni Fiandaca in chiusura di *Prima lezione di diritto*, cit. 185 s., che mi sento di sottoscrivere integralmente.

<sup>37</sup> K. POPPER, *Scienza e filosofia. Problemi e scopi della scienza*, Torino, 2001 (1968), p. 157 s.

(Corte di giustizia e Corte costituzionale, legislatore nazionale ed europeo), ed ha riguardato interessi primari (la *fiscal union* europea e quindi l'esercizio dei diritti sociali, il processo di integrazione e la crisi europea, la disciplina della prescrizione). Ecco, credo che in questo caso il sapere penalistico, con le sue decine e decine di contributi, iniziative e convegni è riuscito a produrre una riflessione autenticamente collettiva e dalle solide radici che ha finito per imporre nel discorso in posizione culturalmente egemonica le sue ragioni (il personalismo penale, l'etica del limite).

La seconda è l'iniziativa in corso di opera promossa dal direttivo dell'associazione dei professori di diritto penale di elaborare un progetto alternativo di codice penale sul terreno dei delitti contro la persona. L'idea di fondo di questa iniziativa di provare ad agire in chiave costruttiva mi sembra pienamente condivisibile, così come l'idea di affermare questo come terreno comunicativo di un sapere penalistico che ha tra i suoi doveri quello di ricordare il carattere irriducibilmente politico di un diritto penale razionale. Credo che al di là dei risultati questo sia un condivisibile primo tentativo di tracciare una nuova strada di quel sentiero angusto del nostro agire collettivo di cui dicevo.

Su quello dell'etica individuale.

Anzitutto (per dirla evocando il felice slogan femminista degli anni '70) ricordare a noi stessi che "il personale è politico", che nella sua accezione più immediata si traduce nel ribadire il *valore dell'esempio*. Le nostre azioni ed il nostro modo di gestire le (scarsissime) risorse da cui dipende l'Università veicolano i nostri pensieri assai più di qualunque *social network*. Credo che l'autorevolezza e la performatività del sapere penalistico non possa prescindere da questo. Oggi più che mai.

Per ultimo, ma non certo da ultimo, avere sempre a mente che il proprio del nostro lavoro (insegnare e fare ricerca) mantiene una sua funzione sociale e civile importantissima e che il sentimento diffuso e tangibile di impotenza e marginalizzazione, anche nella formazione della classe dirigente, non deve mettere in alcun modo in secondo piano che il fondamentale terreno di impegno civico dello studioso che ha la fortuna di fare questo lavoro è *questo* lavoro. Perché il potere avrà pure gli orologi, ma il sapere ha il tempo.