

ANTICIPAZIONI

ENRICO MEZZETTI

Gli eccessi del legislatore e l'irrilevanza autoreferenziale della dottrina penalistica¹

L'entrata in crisi, nei tempi moderni, del principio di separazione tra i poteri dello Stato ha prodotto effetti dirompenti in materia penale, determinando, da una parte, lo 'strapotere' del giudiziario sul legislativo, con ricadute pericolose sulla riserva di legge, dall'altra, una progressiva marginalizzazione dell'apporto della scienza penalistica nella costruzione delle norme penali. Una certa tendenza, inoltre, ad imporre finalità declamatorie a tutta la materia penale ha avuto come ulteriore conseguenza una torsione del sistema che è virato dal "diritto penale del fatto offensivo" al "diritto penale dell'autore pericoloso". Nel cercare di dimostrare queste conclusioni, il saggio affronta alcuni esempi emblematici recenti di tal modo di procedere della legislazione penale.

The excesses of the legislator and irrelevance self-referential of the criminal law doctrine

The crisis suffered by the separation of powers principle in modern times has heavily impacted the criminal law sector. On the one hand, it has brought about the dominance of the judicial branch over the legislative, with dangerous repercussions for the rule of law; on the other, it has led to criminal sciences being progressively marginalized when it comes to writing new laws. Furthermore, a certain tendency to impose "declamatory" purposes on the criminal law sector as a whole has twisted the system's focus from the offence to the 'dangerous offender'. This paper argues these conclusions and examines recent, emblematic examples of this trend in criminal lawmaking.

SOMMARIO: 1. Prodrumi su un'analisi tecnica e politico-criminale di scienza della legislazione in materia penale. - 2. Il piglio neo-autoritario del legislatore: diritto penale e proselitismo. - 2.1. (Segue). Il diritto penale "dei nemici". - 3. Un'esiziale inversione metodologica che marginalizza il ruolo della scienza nel processo di formazione legislativa. - 4. Partita a tre: le ambiguità del legislatore, la propensione espansiva della giurisprudenza e la (sempre più) flebile partecipazione della dottrina. - 5. Chiusura: il diritto penale "in cerca di autore". Autori e fatti sulla scena della nomodinamica penalistica.

1. *Prodrumi su un'analisi tecnica e politico-criminale di scienza della legislazione in materia penale.* In un'opera, come *La scienza della legislazione*² di Gaetano Filangieri³, che ebbe vasta eco nello sviluppo della legislazione europea in materia penale, e che anzi può dirsi che avviò la più seria riflessione sui cardini del garantismo penale⁴ nell'attività di formazione delle leggi, ancor

¹ Trattasi di contributo destinato agli *Scritti in onore di Alessio Lanzì*.

² FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, Napoli, 1780-1785.

³ Sulla figura di Filangieri e sul ruolo da lui svolto nell'evoluzione delle proposte legislative in materia penale, in particolare sul processo penale e sulla teoria della pena, v. BERTI, *Garanzie processuali e diritti dell'uomo nella dottrina della pena di Gaetano Filangieri*, in *Historia et ius*, 2/2012, paper 18, 1 ss.

⁴ Pur essendo Filangieri, al contrario di Beccaria, ed in questo si dimostra meno "moderno", non contrario alla pena di morte, in quanto la vede necessaria in caso di omicidio e di attentato alla sovranità dello Stato, quindi come estrema reazione dello Stato alle più gravi forme di violazione del contratto sociale, è però a favore di tipi di pene che siano utili alla società come ad esempio il lavoro nelle miniere o nelle galere. Quando il contratto sociale viene violato da un qualunque reato, si tratta pur sempre

prima che le ripercussioni democratiche della Rivoluzione francese potessero dispiegare i propri effetti su quella grande impresa di codificazione che fu rappresentata dal *Code Pénal Napoléon* del 1810⁵, al pari, forse, per fama e diffusione, di *Dei delitti e delle pene* di Beccaria⁶, già si intravedevano, come frutto dell'illuminismo più avanzato, quelle premesse che in seguito divennero i fondamenti della moderna 'penalistica'. In essa, infatti, si formarono i semi da cui germogliò tutta l'opera di codificazione più moderna e liberale che ha contraddistinto i secoli successivi. Ciò fino al primo dopoguerra, dove, cadute le illusioni delle strutture degli Stati democratici, fallita la possibilità di creare degli organismi sovranazionali posti a presidio della pace internazionale e che potessero scongiurare lo scatenarsi dei conflitti armati tra le nazioni, le 'spinte' autoritarie dei nazionalismi, specialmente europei, condussero ad una battuta d'arresto epocale che produsse un regresso evidente della politica criminale e del prodotto legislativo conseguente in tutto il continente⁷. Specialmente sul versante delle garanzie e della tutela dei diritti umani, per quel che più da vicino interessa il cultore del diritto penale.

Rileggere, oggi, quelle pagine intrise di saggezza, seppur scritte da un uomo ancora piuttosto giovane, ha una duplice importanza: fissare i principi cardine di una legislazione in materia penale condivisa con una società evoluta che persegua il benessere comune e consacrare, senza indugi, che lo *jus terribile*⁸ può applicarsi a condizione che vengano garantite le minime cautele del rispetto dei diritti umani⁹. Ciò che passa ineludibilmente su un presidio - come si spiegherà meglio in seguito - invalicabile: la separazione dei poteri dello

di un delitto contro la società e la società si deve rivalere ottenendo qualche servizio utile dal reo. E' questo aspetto essenziale del pensiero di Filangieri che più interessa ai fini delle osservazioni che fanno da supporto a tutte le idee centrali di questa riflessione, perché, intesa così, la scienza deve essere *pratica* e destinata quindi ad essere *guida* delle riforme legislative e basata sulla felicità individuale del cittadino come premessa utilitaristica allo Stato buono.

⁵ In letteratura DI SIMONE, *Istituzioni e fonti normative dall'Antico Regime al fascismo*, Torino, 2007; v., inoltre, FIORAVANTI, *L'età rivoluzionaria e napoleonica*, in DANI, DI SIMONE, DIURNI, FIORAVANTI, SEMERARO, *Profilo di storia del diritto penale dal Medioevo alla Restaurazione*, Torino, 2012, 81-82.

⁶ Su cui v. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cur. G.D. PISAPIA, rist., Milano, 1973, *passim*.

⁷ Notoriamente lo storico britannico HOBBSBAWM ne *Il secolo breve, 1914-1991: l'era dei grandi cataclismi*, traduzione di Brunello Lotti, Collana Storica, Milano, Rizzoli, 1995, annovera la fase storica che si aprì nel 1914, con l'esplosione della Grande Guerra, fino alla fine del Secondo Conflitto Mondiale nel 1945, come «l'Età della catastrofe», in quanto caratterizzata da un evidente arretramento sociale, anche culturale ed artistico, che segnò, in senso autoritario e liberticida, tutti gli equilibri tra le grandi potenze, specialmente europee, e fu accompagnato dalla caduta di ogni garanzia per gli individui, tale da consentire il radicarsi di vasti sistemi giuridico-penalistici frutto di Stati criminali in sé.

⁸ Sul punto v. le riflessioni di MUCCIARELLI, *Diritto penale ed attività bancaria: aspetti problematici e spunti di riforma*, in *Dir. pen. cont.*, 5.4.2017, 4.

⁹ Per tutti, cfr. PECES-BARBA, *Teoria dei diritti fondamentali*, cur. FERRARI, Milano, 1993, spec. 138 ss.

Stato di montesquieuana memoria che si deve tradurre in un efficiente sistema di *check & balance*, in particolare in materia penale, per l'elevata posta in gioco che questo ramo dell'ordinamento giuridico gestisce.

Scriveva, al proposito, Filangieri che il diritto non va valutato *ex ante* per la giustizia formale intrinseca nel suo comando ma per gli *effetti concreti* che è in grado di produrre e per la loro coerenza con gli scopi auspicati. In tale direzione - si soggiungeva - «non può mai dirsi buona una legge, quando non è atta a produrre l'effetto che il legislatore vuol conseguire; e l'inutilità non è stata mai una circostanza indifferente, per una legge». E si concludeva «che se il giudicare dagli effetti è un cattivo sistema, questa regola può avere luogo in tutto, fuorché nella legislazione».

Fissiamo le stelle polari di questo ragionamento sul “buon legiferare”, perché possano costituire le direttrici cui dovrebbe attenersi il legislatore in ogni epoca e luogo e che costituiscono pure il *fil rouge* di queste riflessioni:

- a) valutazione *ex ante* sulla bontà delle opzioni di politica legislativa (in questo caso criminale) e sua verificabilità *ex post*;
- b) decisività degli *effetti concreti* della norma, del suo contenuto precettivo sulle azioni umane (finalità di orientamento dei comportamenti dei consociati);
- c) selezione dei *valori* da tutelare come imprescindibili per il benessere della collettività e la convivenza civile.

Riguardo al primo punto, da tempo si sono eclissate tutte le indagini statistiche e criminologiche in genere che dovrebbero costituire il prologo essenziale sia nel senso di procedere ad una calibrata opera di depenalizzazione del sistema penale¹⁰, che fare da supporto, anche attraverso i corpi intermedi e le associazioni di categoria, per l'esercizio dell'opzione, sempre delicata, di introdurre nuove fattispecie di reato¹¹. Che, peraltro, come requisito minimo, dovrebbero essere coordinate col resto del sistema normativo di riferimento del settore penale in cui si interviene. In specie nella legislazione complementare. Ciò attraverso norme transitorie, di coordinamento e di abrogazione espressa del pregresso, la cui esigenza invece latita ampiamente nella recente legislazione penale.

Risultato: normativa scoordinata che crea sconcerto nell'interprete, sia qualificato che comune, e ricorso al vieto *escamotage*, nell'interpretazione, sempre più libera, dell'abrogazione “tacita”; col risultato di una degenerazione che

¹⁰ Sul punto si v. le riflessioni, sempre attuali, di PALIERO, «Minima non curat praetor». *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985, *passim*.

¹¹ F. MANTOVANI, *Il problema della criminalità*, Padova, 1984, 59 ss.

lascia aperte le maglie del diritto positivo ad interpretazioni diseguali di situazioni assolutamente assimilabili.

Con una variante di non poco momento: che ne è della normativa precedente, quando la legge successiva venga dichiarata incostituzionale dalla Corte, se il giudizio di legittimità non ne investa direttamente anche la sopravvenuta disposizione abrogatrice? Reviviscenza automatica della legge precedente o creazione di un vuoto normativo? E se gli effetti della dichiarazione riverberano *in malam partem*? Tema emerso a suo tempo a proposito della possibile dichiarazione di illegittimità comunitaria o di illegittimità costituzionale della nuova normativa in tema di false comunicazioni sociali.

Sul secondo aspetto, tutt'altro che secondario come potrebbe apparire da una valutazione superficiale, occorre esercitare, con rigorosa valutazione di *follow-up*, il necessario vaglio circa l'efficacia che il nuovo precetto penale abbia dimostrato, in un tempo ragionevole, di aver conseguito, in termini di raggiungimento, obiettivi soddisfacenti di protezione di interessi rivelatisi essenziali per la convivenza sociale, rischiandosi altrimenti di introdurre norme demagogiche senza concreta possibilità di applicazione pratica¹². Trattasi di quello che, a ragione, certa dottrina reclama come un fondamentale «principio di gravidanza»¹³, cioè la verificabilità empirica processualmente controllabile del 'rendimento' di una data norma penale. Eppure non mancano studi, anche piuttosto accurati, degli uffici legislativi, di ricerca e statistica, sia del Ministero della Giustizia che della Corte di cassazione sulla 'fotografia' di queste situazioni che stranamente non sembra mai, o molto raramente, essere presa in considerazione dai commentatori.

Chiaro l'obiettivo: quello di saldare le risultanze essenziali dei rapporti tra «sapere scientifico» e «orientamento alle conseguenze», nel controllo sull'impatto della nuova normativa sulle devianze sociali e il loro contenimento. Condizione essenziale per colmare la possibile cesura tra scienze giuridiche ed empiriche¹⁴.

¹² Aspetto, quest'ultimo, messo in luce da PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, Napoli, 2011.

¹³ RONCO-CARUSO, *Il principio di legalità*, in RONCO-AMBROSETTI-MEZZETTI, *La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone*, 3ª ed., coll. CARUSO, Bologna, 2016, 100 ss.

¹⁴ Esigenza avvertita da FORTI, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, 2000, 44 ss.

Circa il terzo obiettivo più sopra evidenziato (selezione accurata dei beni da tutelare) appare di solare evidenza il suo rilievo essenziale, sebbene esso continui a sfuggire di vista da parte del legislatore¹⁵.

In un primo momento, sostituendo improvvidamente la tutela di beni effettivi con l'improbabile governo di mere funzioni in materia ambientale o di governo del territorio, di statuto penale della pubblica amministrazione, ma perfino in settori insospettabili come il controllo dell'immigrazione o gli illeciti in materia di *market abuse*. Come si avrà modo di verificare in seguito.

In un secondo momento, con l'estrema formalizzazione del fulcro dell'incriminazione, basato per lo più su comportamenti infedeli, inosservanti di norme formali di disciplina e non correlato almeno alla messa in pericolo del bene oggetto di protezione attraverso comportamenti materiali ed intrinsecamente offensivi. Anticipazione eccessiva della tutela, riferimenti ad interi procedimenti amministrativi, come nel caso della nuova figura di corruzione «*per l'esercizio della funzione*»¹⁶, che calibra il perno dell'incriminazione sull'instaurazione di un rapporto interpersonale di asservimento¹⁷, non si sa di quale entità in termini di condizionamento e di durata, tra il p. a. e l'*extraneus*, piuttosto che, com'era in precedenza, per l'indebita remunerazione per il compimento di un preciso atto che occorreva individuare con un certo margine di certezza al fine di ritenere integrata la fattispecie incriminatrice, punizione di violazioni poste nelle fonti extrapenali. In sostanza, diritto penale dell'infedeltà e del distorcimento della funzione al fine di mascherarla nelle vesti di beni giuridici autentici.

Inoltre, la selezione degli oggetti da proteggere appare asistemica, non adeguatamente ponderata e conseguenziale agli umori della collettività alla ricer-

¹⁵ Sul punto si v. le riflessioni di FIANDACA, *Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, cur. STILE, Napoli, 1985, 12 ss.

¹⁶ Per una valutazione delle recenti modifiche intervenute sulle figure della corruzione, anche per l'esercizio della funzione, v. FALCINELLI, *Nel castello di carte dell'attività politica impropriamente corrotta. Considerazioni sul rapporto tra i delitti ex artt. 318 e 319 c.p.*, in *questa Rivista*, pubbl. web, 6.2.2019; SEVERINO, *Legalità, prevenzione e repressione nella lotta alla corruzione*, *ivi*, fasc. 3, 635 ss.

¹⁷ Sul punto cfr. la recente pronuncia della Cass., Sez. VI, 11 dicembre 2018, n. 4486, in *Giur. pen.*, in formato web 1.2.2019, nella quale si afferma che «a seguito della riformulazione operata dalla Legge 6 novembre 2012, n. 190, il discrimine tra le due ipotesi corruttive è dato dalla progressione criminosa dell'interesse protetto in termini di gravità (che giustifica la diversa risposta punitiva) da una situazione di pericolo (ossia il generico asservimento della funzione di cui all'art. 318 c.p.) ad una fattispecie di danno, in cui si realizza la massima offensività del reato (con l'individuazione di un atto contrario ai doveri d'ufficio di cui all'art. 319 c.p.)», che, però, sposta, ma non risolve, il problema, dato che è tutto da verificare se il mero asservimento, sganciato da una stretta connessione con atti della p.a. ben individuati, possa anche solo mettere in pericolo i beni tutelati. Fossero pure essi da individuare nella imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione.

ca di sicurezze perdute, che venga sapientemente veicolata da un'imponente macchina propagandistico-orientativa: ad un diritto penale sistematicamente ordinato, minimo o da *extrema ratio*, si sostituisce un apparato normativo schizofrenico, in costante espansione, scoordinato ed alla ricerca di falsi miti da tutelare che non corrispondono ad indici di credibile spessore criminologico.

Si valuti ora, con attenzione, quella esigenza che traspare dal terzo aspetto più sopra evidenziato, che merita una posizione essenziale come strumento selettivo cruciale del 'penalmente rilevante': la cernita accurata dei valori essenziali alla convivenza civile e alla salvaguardia dei valori fondamentali di comunità democratiche¹⁸. È esattamente su questo versante che si misura quello che, a ragione, Lüderssen¹⁹ ha bollato come il «declino del diritto penale»: l'incapacità di circoscrivere l'intervento dello *ius criminale* ad un nucleo essenziale di valori da proteggere, euristicamente fondato su scelte razionali teleologicamente orientate agli scopi essenziali della pena.

Di qui una serie di conseguenze esiziali per un diritto penale autenticamente liberale: elefantiasi della materia, tendenze centrifughe che fanno perdere di vista il limite dell'intervento penale, crisi della riserva di codice, diritto penale inteso come strumento ulteriormente sanzionatorio di disposizioni regolatorie di funzioni appartenenti al diritto amministrativo (norme a funzione puramente formale-prescrittiva), ecc.

Più in generale, sembra essere entrata definitivamente in difficoltà la possibilità stessa di individuare, con un minimo di capacità selettiva, una base di valori condivisi da proteggere, posta in crisi per le ingerenze continue e pressanti della politica pura sulle opzioni del legislatore in materia penale, settore sempre più influenzato dai condizionamenti della classe dirigente che lo utilizza per scopi propagandistici, chiaramente confermata dallo sfarinamento di un'idea condivisa dei beni essenziali da tutelare. Con buona pace del principio di sussidiarietà e del diritto penale come *extrema ratio*: latitano interventi di "dimagrimento" della materia, prolifera una preoccupante bulimia del sistema sanzionatorio generale. Di qui la totale irrilevanza di patenti violazioni del *ne bis in idem*, plasticamente tale da far emergere il 'fuoco concentrico' di fonti sanzionatorie che si sommano a stigmatizzare alcuni comportamenti che

¹⁸ Su quest'aspetto essenziale della problematica v. le stringate, ma dense considerazioni di HASSEMER, *Spunti per una discussione sul tema «bene giuridico e riforma della parte speciale»*, in *Bene giuridico*, cit., 368 s.

¹⁹ LÜDERSSEN, *Tornare al buon vecchio nocciolo duro, liberale e decoroso, del diritto penale?*, in *Il declino del diritto penale*, cur. EUSEBI, Milano, 2005, 101 ss.

offendono determinati interessi-funzioni: vedi il settore penale-finanziario e tributario.

2. *Il piglio neo-autoritario del legislatore: diritto penale e proselitismo.* Il profilo del legislatore politicamente ‘corretto’, nel senso di orientato da scelte che si rifanno ad un ordine del giorno contingente fissato da istanze di consenso sociale – leggi elettorali – è quello criminologicamente più delicato sotto squisiti profili di politica criminale sottesi alle scelte di criminalizzazione operate. Alcune considerazioni che balzano subito agli occhi di un osservatore attento: la ricerca del consenso svela un volto autoritario e solipsistico del legislatore che richiede il mutamento della normativa per ragioni ‘securitarie’ che gli occorrono per placare il senso di insicurezza, e quindi di giustizia sommaria, dell’immaginario collettivo. Inutile soffermarsi sulle tecniche conseguenti a tali scelte: anticipazione della tutela, rafforzamento dei presidi con aumenti esponenziali della sanzione penale, in funzione deterrente e di strumento per esorcizzare lo spettro della prescrizione. In secondo luogo: non è più necessario individuare con sapienza tecnica beni, valori, insomma il sostrato assiologico della tutela quanto, piuttosto, andare alla ricerca di intere categorie di soggetti da sottoporre a pena (immigrati clandestini, addirittura appartenenti ad onlus come istigatori o agevolatori dell’immigrazione clandestina, corrotti, terroristi in genere, rapinatori, ma anche pirati informatici, spregiudicati speculatori finanziari, ecc.) ma non perché compiano, come in effetti avviene, fatti offensivi di beni di rilevante entità, bensì perché vanno a comporre un’ideale ‘album delle figurine’ – se mi si consente l’iperbole – di lombrosiana memoria che, a tutti i costi, occorre estirpare dalla società per ristabilire l’ordine violato. Lo Stato autoritario, in tal modo, riafferma la propria immagine di detentore inflessibile dell’autorità statuale e guadagna così fette di consenso popolare in virtù di questa immagine ‘muscolare’ che proietta sulla credenza popolare. Un *déjà vu* che in passato ha prodotto guasti sociali oggi dimenticati per via di una certa ‘memoria corta’. Altro effetto visibile: lo strumento penale piegato ad esigenze di ricerca ossessiva del consenso sociale, e, come tale, a carattere contingente e sempre necessitato, quanto di più distante da una visione liberale e stabile della materia penale che sfugga alla tentazione di leggi *ad hoc*, a vigenza temporanea, eccezionali ecc. La presenza dell’art. 14 preleggi sta sempre lì ad indicare che le leggi penali e quelle eccezionali «non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati»²⁰. Ed il connubio

²⁰ Scontato, sul punto, il riferimento al classico lavoro di VASSALLI, *Limiti del divieto di analogia in materia penale*, Milano, 1942, *passim*.

prescelto dal legislatore (penale/eccezionale) vale come principio immanente applicabile a tutto il sistema della legislazione criminale.

2.1. (Segue). Il diritto penale “dei nemici”. Lungi dal voler riproporre l’annosa (e forse anche abusata) questione del «diritto penale del nemico» declinata nella sua formulazione tradizionale (jakobsiana) ed oggetto di sterminata letteratura che sarebbe ozioso richiamare in questa sede, il significato da attribuire al richiamo nel titolo è relativo, piuttosto, alla nitida tendenza del legislatore presente di impostare qualsiasi iniziativa di politica criminale muovendo dalla stretta (ed urgente) esigenza di ‘isolare’ non tanto comportamenti offensivi di beni o interessi meritevoli di tutela, quanto piuttosto di contrastare con la massima fermezza categorie di soggetti ritenuti pericolosi. In tal modo, però, la torsione del diritto penale che passa da un ramo dell’ordinamento che si occupa di fatti umani ad autori è immediata, come sarebbe pure inutile ricordare quali pericolose derive in passato un simile modo di procedere ha avuto nel progresso del sistema penale.

Con un’ulteriore precisazione non banale da mettere in evidenza: se si passa dalla punizione dei fatti offensivi a quella degli autori pericolosi, non solo si tende a formalizzare ed anticipare la soglia di tutela - esito che senza le dovute garanzie può comportare ulteriori squilibri nel sistema - ma si ha anche come conseguenza che ad una pena irrogata in modo celere ed effettivo si sostituiscono misure cautelari, di prevenzione o di sicurezza. Tutti provvedimenti che si basano su presupposti costruiti sulla nozione di pericolosità (talvolta presunta)²¹. E le presunzioni - come si sa - sono forse l’emblema stesso di un sistema “chiuso”, tutto orientato solo nella direzione della ‘colpevolizzazione’ dell’individuo (o della persona giuridica) a tutti i costi, teso anche a ridurre gli spazi del diritto di difesa, costituzionalmente garantito, mediante strumenti automatici di imputazione/ascrizione della responsabilità, che possano, talvolta, persino ricorrere al metodo dell’inversione dell’onere della prova²². Pure

²¹ Per una messa a punto di questi profili v. MEZZETTI, *Diritto penale. Casi e materiali*, 2^a ed., Bologna, 2017, 718 ss.; AA VV, *Trattato breve di diritto penale. Parte generale, II, Punibilità e pene*, cur. COCCO-AMBROSETTI, Lavis (TN), 2015, 3 ss.; VASSALLI, *La pena in Italia, oggi*, in *Scritti giuridici, vol. I, La legge penale e la sua interpretazione. Il reato e la responsabilità penale. Le pene e le misure di sicurezza, t. II*, Milano, 1997, 1748 ss.

²² Agevole, in questa direzione, il riferimento, da una parte, alla disposizione dell’art. 6 del d.lgs. n. 231/2001 sulla responsabilità dell’ente per fatto dell’apicale, dall’altra, a tutta la categoria dei reati di sospetto, senza azione ecc., su cui si è pronunciata in passato anche la Corte costituzionale. V., sul punto, riguardo all’art. 707 c.p., la pronuncia della Corte che ha dichiarato la disposizione illegittima con sent. 2.2.1971, n. 14 relativamente alla parte in cui fa richiamo alle condizioni personali di condannato per mendicizia, di ammonito, di sottoposto a misura di sicurezza o a cauzione di buona condotta e 708

tutto il ‘macro sistema’ più recente delle misure di prevenzione risponde, naturalmente, alle stesse logiche. Un prodotto avanzato, ed in continua espansione, della *strict liability*, presente in modo massiccio anche in diritto penale. Ma il legislatore, in questa caccia agli oppositori all’ordine prestabilito, ovvero alla sua declinazione più moderna e *à la page* della *tranquillità pubblica*, nuovo terminale di tutela da preservare in modo rafforzato, ha introdotto una ‘galleria’ di pericolosi eversori del (nuovo) ordine democratico che destano non poche perplessità per il ritorno prepotente a un diritto penale dei tipi d’autore pericolosi socialmente che sembrava un retaggio del passato del tutto dimenticato.

Infatti, con il “primo” decreto-sicurezza”²³ le disposizioni degli artt. 21-*quater* e *quinquies* sono dedicate all’acconsonaggio (sic!), essendo stato introdotto il nuovo art. 669-*bis* c.p. e modificato l’art. 600-*octies* c.p.: in poche parole, lo stato di mendicizia, il cui riferimento negli artt. 707 e 708 (reati di sospetto), era stato dichiarato, a certi effetti, illegittimo costituzionalmente dalla Corte, ricompare sotto mentite spoglie come reato autonomo.

Vi è poi spazio anche per una nuova “carrellata” di nemici della tranquillità collettiva, perché l’art. 21-*sexies* dello stesso «decreto sicurezza» (recante «*Disposizioni in materia di parcheggiatori abusivi*»), ha modificato l’art. 7 comma 15-*bis* del d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285 in tema di disciplina dell’attività di parcheggiatore abusivo. Quest’ultimo soggetto, ove sia stato punito con sanzione amministrativa pecuniaria da 771 a 3101 euro per «esercizio non autorizzato dell’attività di parcheggiatore o guardiamacchine» e sia stato sanzionato per la medesima violazione con provvedimento definitivo o nell’ipotesi di impiego di minori in tale attività, vede trasmutare la propria sanzione da illecito amministrativo in contravvenzione punita con la pena dell’arresto da sei mesi a un anno e dell’ammenda da 2.000 a 7.000 euro, oltre alla confisca delle somme percepite.

c.p., disposizione dichiarata illegittima dalla Corte cost. con sentenza 1.11.1996, n. 370, preceduta dalla sentenza 19.7.1968, n. 110, che l’aveva già dichiarata parzialmente incostituzionale (in dottrina, in precedenza, cfr. COPPI, *Osservazioni sui «reati di sospetto» e, in particolare, sul «possesso ingiustificato di valori»*, in *Giur. cost.*, I, 1968, 1730 ss.; più di recente MAUGERI, *I reati di sospetto dopo la pronuncia della Corte Costituzionale n. 370 del 1996: alcuni spunti di riflessione sul principio di ragionevolezza, di proporzione e di tassatività*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, 2, 434).

²³ Si v. la L. 1° dicembre 2018, n. 132 di conversione, con modificazioni, del d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, recante «disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell’interno e l’organizzazione e il funzionamento dell’Agenzia nazionale per l’amministrazione e destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata».

Mentre, ancor più rilevante e pericoloso, risulta il fatto descritto dall'art. 23 del medesimo decreto che reca «disposizioni in materia di blocco stradale»; è stata in particolare reintrodotta (con la modifica dell'art. 1 co. 1 del d.lgs. 22 gennaio 1948, n. 66) una fattispecie (per l'appunto il reato di «blocco stradale») che era stata in precedenza abrogata dal d.lgs. 30 dicembre 1999, n. 507 e che ora sancisce addirittura pene fino a 12 anni di reclusione nel caso in cui il blocco sia operato da più persone, ovvero con violenza o minaccia.

Anziché procedere ad uno snellimento della materia penale in funzione deflattiva, si sconsigliano pure precedenti provvedimenti di depenalizzazione in nome di nuovi idoli da esaltare e nemici da estirpare (accattoni di pasoliniana memoria, parcheggiatori abusivi, resistenti ai blocchi, che vanno ad arricchire modernamente la galleria dei “nuovi mostri” lombrosiani).

3. Un'esiziale inversione metodologica che marginalizza il ruolo della scienza nel processo di formazione legislativa. L'aspetto forse più evidente del cambio progressivo e sempre più chiaro del mutamento dei rapporti di forza tra i poteri dello Stato, implicanti anche un certo ruolo della dottrina e della scienza penalistica, emerge già dal momento delle scelte primordiali di criminalizzazione. E si perpetua, in seguito, nella formulazione stessa delle disposizioni penali. Se dai tempi della codificazione degli anni '30, ma il discorso potrebbe valere agevolmente anche con riguardo all'adozione del codice Zanardelli del 1889, si procedeva attraverso l'operato di commissioni scelte in modo ristretto e dominate da giuristi di chiara fama, per lo più accademici, che fecero emergere la figura del “giurista-demiurgo”, attualmente si può dire che sia la figura che la fase storica siano definitivamente tramontate. La figura del legislatore-tecnico che decideva *in toto* le linee di politica criminale da intraprendere nell'opera di codificazione, accompagnate poi da una sapiente attività di stesura delle disposizioni con un accurato *labor limae*, risulta oggi del tutto scomparsa. Figura che potremmo identificare (nella codificazione penale), oltre che nello stesso Zanardelli, in Arturo Rocco, Manzini, Massari ecc., e, nella fase dell'Assemblea costituente, riguardo alle norme che esprimevano i principi cardine del sistema costituzionale-penale, in Moro, Bettiol, Leone e Bellavista, senza dimenticare il tentativo del 1921, per una legislazione penale di stampo positivista, intrapreso da Enrico Ferri, i cui riflessi sono peraltro evidenti nell'impianto ‘a doppio binario’ del codice Rocco. Si tratta di protagonisti, si direbbe di personalità, che improntavano di sé l'attività legislativa che nell'attuale temperie normativa, a livello delle strutture politico-istituzionali, nessuno forse ricorda più.

Ma pare esaurita anche la ‘fase intermedia’ che vedeva gli accademici (in prima linea), i principi del foro, così come i più eminenti esponenti delle magistrature superiori, chiamati a far parte di commissioni ministeriali, da parte del Guardasigilli, preposte alla stesura di bozze di articolato che fossero il risultato di un testo derivante dal disegno di legge sulla delega legislativa al Governo della Repubblica per l’emanazione di un nuovo codice penale parte generale e parte speciale: come tali si ricordano i Progetti «Pagliaro», «Grosso», «Nordio» e «Pisapia». In essi, si assiste ad una completa interazione tra potere esecutivo, che traccia le linee di politica criminale da seguire mediante la normativa “a cornice” scandita dai principi contenuti nella delega, e apporto dei tecnici, che predispongono il testo: una sorta di “messa in rima” dei principi generali della adottanda codificazione. Qui risalta la figura del “giurista-tecnico”, l’esperto, dalla cui sapienza e tecnica superiore possa essere forgiata la normativa, con l’intento di perseguire obiettivi apprezzabili sul piano della stesura della norma che deve raggiungere certi livelli, irrinunciabili per il pieno dispiegarsi del principio di stretta legalità: determinatezza, tassatività, pregnanza, coerenza sistematica, effettività, efficacia teleologicamente orientata agli scopi della pena. Anche questa esperienza sembra definitivamente chiusa. Principalmente per due motivi: a) il legislatore non ritiene più né opportuno, né conveniente servirsi di giuristi tecnici che predispongano norme coerenti ed apprezzabili; b) la tempistica per l’approvazione della normativa, sempre necessaria e contingente, per motivi di acquisizione del consenso sociale, deve essere quanto più rapida possibile e ad essa viene impressa una velocità che, a scapito della tecnica, è totalmente incompatibile con i passaggi obbligatori che si percorrevano nei tempi passati.

In tale contesto affiora la nuova versione del “giurista-certificatore”, un esperto, rimasto completamente estraneo, in ogni sua fase, all’attività di formazione delle leggi, che viene convocato *ex-post*, per fornire, un po’ ipocritamente, il suo sapiente punto di vista ad una normativa che gli viene presentata come già preconfezionata e alla quale occorre semmai fornire solo il c.d. “bollino di qualità”. In tal modo, la figura del giurista rimane confinata all’esclusivo mondo scientifico-accademico, perdendo ogni sua prerogativa di esperto che possa fornire un contributo qualificato, che dovrebbe corrispondere ad un circolo sociale di cognizioni ed esperienze superiori al normale. Essa viene così definitivamente marginalizzata ad un ruolo, che, talvolta, risulta quasi svilito a quello di un ‘leguleio’ che non solo non è in grado più di fornire alcun valido apporto all’opera codificatoria ma è, addirittura, ‘bollato’ come un frenatore, un oppositore fastidioso che si frappone a qualsiasi progresso sociale,

anche in materia legislativa. Sul piano propagandistico-demagogico il settore maggiormente permeabile a tale modo di ragionare risulta proprio quello penale. Unito ad una sua visione distorta come luogo ideale per esercitare l'autorità statale in versione neo-autoritaria, nazionalista, proselitistica. I recenti provvedimenti in tema di eccesso di difesa, di c.d. "Spazzacorrotti", di immigrazione, immigrazione-*bis* o sicurezza, sia pur in settori limitrofi al penale ma con questo in rapporto di piena osmosi, come la normativa della "sblocca-cantieri" in materia di contratti ad evidenza pubblica, codice degli appalti, ecc. costituiscono prova evidente di questo *trend*²⁴.

Tale nuova tipologia di normazione prevede, immancabilmente, l'inasprimento della risposta punitiva (onde esorcizzare lo spettro, di facile spendita 'nel sociale', della prescrizione), sovente modifiche irrilevanti, irrazionali, di una normativa già presente nel sistema che viene modificata seguendo il motto gattopardesco per cui "tutto cambia, perché tutto resti uguale": eclatante, da quest'ultimo punto di vista, la modifica *in pejus* (sotto il punto di vista prettamente tecnico-lessicale) della riforma dell'art. 416-*ter* c.p. in materia di voto di scambio politico-mafioso²⁵. In questo caso si gioca con le parole: dal pleonasma dell'«intermediario» come possibile protagonista dell'illecito, all'inserimento di un'inedita condotta del promissario, ecc. Riforma *pompier*, espressiva di un diritto penale dell'annuncio.

Sempre più spesso si coglie il legislatore in atteggiamento rapsodico, come quando inasprisce la disciplina in materia di anticorruzione, utilizzando una terminologia aggressiva («spazzacorrotti»), e poi, subito dopo, allenta la presa sui controlli da effettuare sugli appalti con la c.d. «sblocca-cantieri» (l. n. 55 del 14.6.2019), luogo privilegiato - come noto - di tutte le più recenti azioni strumentali alla corruzione²⁶.

Si pensi, infine, alla recente disciplina che cerca di regolamentare sul piano penalistico il fenomeno del caporalato: introdotto con la l. 29.10.2016, n. 199, pare manifestazione, per la sua (nel frattempo) scarsa efficacia applica-

²⁴ Sul punto, anche per le assonanze col tema qui trattato, v. MANNA, *Il fumo della pipa (il c.d. populismo politico e la reazione dell'Accademia e dell'Avvocatura)*, in questa *Rivista*, 3/2018, 1 ss.

²⁵ Su cui v., in termini critici, il commento di AMARELLI, *La riforma dello scambio elettorale. L. 21 maggio 2019, n. 43 ("Modifica all'articolo 416-ter del codice penale in materia di voto di scambio politico-mafioso")*, in www.penalecontemporaneo.it.

²⁶ Sul punto si v. il commento preoccupato del Presidente dell'Anac, Dott. Cantone, nella sua *Relazione annuale* per il 2018-9. Il Dott. Cantone, proprio in considerazione degli ultimi provvedimenti assunti dall'esecutivo, ha rassegnato le sue dimissioni da Presidente dell'Anac il 23.7.2019.

tiva, a ragione definita²⁷ come un esempio di norma «allegorica», dell'introduzione di ipotesi di reato sostanzialmente (praticamente) ineffettive, ma ad elevato contenuto di espressività (simbolica).

Scomparsa ormai definitivamente la figura del giurista "a tutto tondo", tale è il prodotto normativo che ci consegna il legislatore.

La sapienza non serve più a nulla nel processo di formazione (inteso in senso lato) della normazione, considerata ormai un inutile orpello sorpassato dai tempi.

4. Partita a tre: le ambiguità del legislatore, la propensione espansiva della giurisprudenza e la (sempre più) flebile partecipazione della dottrina. La dottrina più avveduta²⁸, peraltro, e proprio nel settore più specifico del diritto penale dell'economia, con particolare riferimento alle riforme che di recente hanno interessato il reato di false comunicazioni sociali²⁹ ha addirittura segnalato problemi di «democrazia» non ben funzionante nel modo di legiferare. Le nuove disposizioni, infatti, presentano "lacune volontarie" da parte del legislatore - come il riferimento, obliterato nella nuova versione del reato, all'«ancorché oggetto di valutazioni»³⁰ - che comporta disparità di applicazioni della legge penale, tanto da richiedere, come noto, l'intervento delle Sezioni Unite della Cassazione per dirimere la controversia sugli orientamenti (peraltro della stessa sezione) nel frattempo formati nella giurisprudenza di legittimità. È vero che non mancano esempi, nelle legislazioni moderne, di "vuoti" deliberatamente lasciati dal legislatore su definizioni di carattere generale (si pensi all'assenza, nel codice penale tedesco del 1975, delle nozioni di causalità commissiva, dolo, colpa³¹), ma si tratta di contesti completamente diversi, nei quali la separazione dei poteri è più nitida e collaborante ed i formanti dialogano rispettando i canoni più stretti della legalità.

²⁷ Cfr., in particolare, PIVA, «I limiti dell'intervento penale sul caporalato come sistema (e non condotta) di produzione: brevi note a margine della L. 199/2016», in *questa Rivista*, 1/2017, 184 ss. Nonché commento di SESTIERI, *Note di politica criminale in tema di caporalato*, in *LP*, 3.4.2017.

²⁸ In particolare cfr. LANZI, *Fra il legislatore apparente e il giudice sovrano*, in *Ind. pen.*, 2016, 679 ss.

²⁹ V. ALESSANDRI, *Le incerte novità del falso in bilancio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 33; PULITANO, *Ermeneutiche alla prova. La questione del falso valutativo*, in www.penalecontemporaneo.it.

³⁰ Per una sintesi della problematica, con riferimenti a dottrina e giurisprudenza, v., tra i tanti, MANES, *La nuova disciplina delle false comunicazioni sociali*, in www.penalecontemporaneo.it; MEZZETTI, *La ricomposizione disarticolata del falso in bilancio*, in *LP*, 11.1.2016, 17 ss.; PIVA, «Le Sezioni Unite sulle valutazioni: dai finti ai veri problemi delle nuove false comunicazioni sociali», in www.penalecontemporaneo.it.

³¹ Sul punto cfr. FORNASARI, *I principi del diritto penale tedesco*, Padova, 1993, 10.

Ma anche l'uso di elementi strutturali di fattispecie a sfondo socio-valutativo, storicamente variabili, sempre più frequente, può creare problemi nell'ottica di un'interpretazione stabile delle norme penali.

Si segnalano, inoltre, altri due punti di criticità nelle attuali tecniche d'incriminazione.

Il già rilevato problema del rinvio alle fonti eterointegratrici, anche sub-legislative, della norme penali: si pensi, per tutte, al nuovo art. 2629-*bis* c.c.³² in tema di conflitto d'interessi dell'amministratore di società, o alle nuove formulazioni degli artt. 180, 187-*bis* e *ter*, in materia di illeciti punitivo-amministrativi sul *market abuse* che, pur non essendo propriamente norme penali, hanno un impatto sanzionatorio notevole sia per la persona fisica che giuridica.

L'altro riguarda la duplicazione, in termini rafforzativi, di incriminazioni già presenti nel sistema: omicidio stradale, femminicidio rispetto ai maltrattamenti, nuova versione dello *stalking* e *reveng porn* nel recente «Codice Rosso» a tutela delle donne, che in termini enfatici si vanno ad innestare su un tessuto normativo dove già sono presenti trame penalistiche di un certo spessore: col rischio di sovrapposizioni applicative da risolvere nel senso del concorso apparente o reale di reati attraverso la specialità.

Per ciò che concerne la giurisprudenza, è quasi ozioso rilevare che tra 'sconfinamenti' indotti direttamente dalle lacune lasciate aperte dal legislatore e gli spazi che si guadagna autonomamente attraverso un'attività creatrice del diritto, in un'inedita versione di avanzato 'diritto penale pretorio', il formante giurisprudenziale tende a sovrapporsi ai poteri del legislativo, con una serie di ricadute in violazione della riserva di legge. Ma, ancor di più, nella fase applicativa delle norme tende a nascondere un meccanismo perverso di scivolamento verso l'analogia *in malam partem* che viene mascherato dentro l'applicazione estensiva delle norme penali: un'inedita forma di analogia (mal-)celata dentro l'interpretazione estensiva: gli esempi eclatanti in tema di dolo eventuale e concorso eventuale di persone nei reati associativi sono sin troppo conosciuti per dover spendere altre parole.

La giurisprudenza di legittimità, peraltro, nelle motivazioni delle sentenze pare ignorare gli apporti scientifici della dottrina, che non viene quasi mai citata, a dimostrazione della sua irrilevanza, quando, fino a qualche tempo fa, erano

³² Nella manualistica, AMBROSETTI-MEZZETTI-RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, 4^a ed., Bologna, 2016, 199. In dottrina v. anche SEMINARA, *Nuovi illeciti penali e amministrativi nella legge sulla tutela del risparmio*, in *Diritto penale e processo*, 2006, 553.

presenti almeno tratte citazioni del manuale antoliseiano, in questo dimostrandosi meno “colta”, oppure più refrattaria a recepire i progressi scientifici, della giurisprudenza delle corti internazionali, in specie della Corte penale internazionale, la cui motivazioni sono intrise di riferimenti alla letteratura specialistica. Insomma, pare che l’apporto dell’avvocatura più autorevole, nella sua costante attività difensiva fatta di tesi, sia pure di parte, di un certo spessore euristico riesca, di recente, ad incidere implicitamente di più, negli orientamenti giurisprudenziali, della letteratura scientifica.

Dall’altra parte, sembra quasi che la dottrina si occupi dell’iperuranio arricchito, così viene percepita non solo dall’immaginario collettivo ma anche dalle giurisdizioni superiori e dal legislatore stesso, autocondannandosi ad un isolamento ‘aventiniano’ un po’ sdegnoso che, francamente, non serve a nessuno. Sia in termini propulsivi di capacità di far emergere i problemi applicativi e trovare adeguate soluzioni, quindi sul versante politico-criminale, sia su quello dell’apporto più squisitamente tecnico di confezionamento delle disposizioni. Né sembra si possa riproporre, mancandone le condizioni, l’aurea stagione degli *Alternativ Entwürfe* che grande influsso ebbero nello sviluppo della legislazione penale in Germania dalla fine del XIX secolo sino alla seconda metà degli anni ’60.

5. Chiusura: il diritto penale “in cerca di autore”. Autori e fatti sulla scena della nomodinamica penalistica. La morale non può che essere tanto laconica, quanto sintetica.

L’opacità nelle reciproche relazioni dei vari formanti giudiziario, legislativo e scientifico, in cui la separazione dei poteri, rispetto ai primi due, comincia a latitare in modo preoccupante, mette in crisi non solo la riserva di legge, ma anche la stessa legittimazione del potere punitivo e la tenuta del principio di stretta legalità, sotto diversi profili.

Altro aspetto su cui riflettere (seriamente): mentre in passato i rigurgiti populistici nella formazione delle leggi in materia penale comparivano in forma spot (magari in occasione dei vari pacchetti-sicurezza), oggi essi pervadono in modo sistemico tutto lo sviluppo e la nuova dimensione della legislazione penale. Ciò induce un altro effetto negativo: il sistema penale nel suo complesso, in questa deriva verso finalità puramente declamatorie, populiste, di dimensioni elefantache, che proprio per tali motivi non ricercano l’effettività delle norme penali ma semplicemente uno scopo ‘securitario’, sta subendo una pericolosa torsione dal diritto penale dei fatti offensivi a quello degli autori pericolosi - i

“nemici del popolo” - con tutto ciò che ne deriva e che rimanda a tempi bui della civiltà giuridico-penale.

In conclusione: l'unica costante che si rinviene nell'attività del legislatore è la sua incoerenza, mentre agli interpreti occorre ricordare che possono continuare a svolgere un ruolo da protagonisti, sol che lo vogliano.