

POPULISMO PENALE E RUOLO DEL GIURISTA (*)

di Massimo Donini

SOMMARIO: 1. Caratteri del populismo politico. – 2. Tangentopoli e il populismo penale in Italia. – 3. Scenari americani del populismo penale e riflessi italiani post-2018. – 4. Diritto penale e democrazia. – 5. Ruolo di Corti supreme e dottrina nel processo di razionalizzazione della legge. – 6. (Segue). Lex et ius. Il modello classico e quello penale di matrice illuministica. – 7. Il populismo penale tra demagogia e crisi del potere deliberativo delle *élites*. – 8. Il quadro che inquieta: la crescita di un penale maligno, pervasivo e incontrollato. Alcune censure degli ultimi anni. – 9. Apparenti conflitti del populismo in sé col costituzionalismo. – 10. Una nuova resistenza civile. – 11. Cultura *liberale*, diritto penale “negativo” e programmi propositivi.

1. Caratteri del populismo politico.

Riprendo da uno scritto recente dedicato alla dialettica tra populismo e ragione pubblica¹, un concetto che definisce le pur variegatissime forme del populismo, e che a più riprese compare nella scienza politica².

Secondo la *populist vision* il popolo è diverso dalle *élites* corrotte che devono essere spazzate via o sostituite e ha normalmente una visione morale della politica, variamente manipolata dai suoi esponenti. Esso viene rappresentato in modo unitario da una *leadership* che ne interpreta direttamente volontà e sentimenti. Una asserzione è populista se pretende di affermare una verità che non ha (non è richiesto che abbia) un fondamento realmente democratico o scientifico, ma si desume da una volontà popolare che non può essere chiaramente verificata o provata³.

Il dato più evidente di questi *trends*, visti dal punto di vista dello spazio pubblico, è un aumento dei tratti irrazionalistici, fideistici e semplificatori della politica⁴.

(*) Saggio destinato agli *Scritti in onore di Gaetano Insolera*. È il testo riveduto della relazione svolta a Bologna, il 19 novembre 2019, al convegno “Dei popoli e delle pene. Italia e Spagna a confronto”, organizzato dall’Associazione Franco Bricola.

¹ Cfr. M. DONINI, *Populismo e ragione pubblica*, Modena, Mucchi, 2019, § 1, 2.

² Cfr. anche più di recente il fascicolo di *Questione giustizia*, n. 1/2019 dedicato a “populismo e diritto”.

³ Interpretando la lettura e la critica “metodologica” del populismo di Jan-Werner Müller (*What is Populism?*, University of Pennsylvania Press, 2016, trad. it., *Cos’è il populismo*, Milano, Università Bocconi Editore, 2017), così B. STEGEMANN, *Das Gespenst des Populismus. Ein Essay zur politischen Dramaturgie*, Berlin, Theater der Zeit, 2017, 64 ss.

⁴ Come ampiamente descritto nel saggio cit. a nota 1. Con riferimento specifico al diritto penale, invece, v. per tutti E. AMATI, *L’enigma penale. L’affermazione dei populismi nelle democrazie liberali*, Torino, Giappichelli, 2020; R. E. BARKOW, *Prisoners of Politics*, Cambridge (Massachusetts), London (England), Harvard University

Comunicazioni *easy* apparentemente molto laiche, sono veicolate in un contesto che, più che una vera democrazia elettronica⁵, utilizza nuove forme liturgiche e sacrali del potere⁶: a queste appartiene la fede nel diritto penale quale *religione di massa*.

Osservando prima il fenomeno politico generale, è chiaro che nel contesto di fondo contano i leaders⁷, mentre i partiti diventano tendenzialmente unipersonali. E quando non lo sono (come in Italia il Partito democratico) ciò li rende singolarmente più deboli nella contrattazione continua tra capi.

La crisi mondiale delle democrazie rende accettabili all'opinione pubblica le forme puramente consensualiste della gestione del potere che si contrappongono anche alle maggioranze istituzionali: quando nel corso del biennio 2018-2019 si è compreso che il governo della Repubblica, nato da maggioranze elettorali poco sicure, era costituito da un partito di maggioranza che era fortemente in minoranza "consensuale" secondo i sondaggi, l'unica vera risposta "salvifica" delle forze governative è stato il raggiungimento di un rinnovato consenso nei media e nelle dichiarazioni di voto.

La caratteristica degli approcci populistici è di poter prescindere, almeno in questioni scientificamente aperte, dal *dibattito* con *élites* non appartenenti al loro gruppo. Ogni dibattito appare non veramente dialettico, ma epidittico in senso aristotelico: *applause oriented*. Oltre la ricerca dell'applauso c'è la comunicazione divulgativa, che la dialettica tra esperti non contiene. Di qui un'istanza democratica reale, ma in senso massmediatico prima che elettorale, sottostante alla ragione populista e al suo

Press, 2019; E. AMODIO, *A furor di popolo. La giustizia vendicativa gialloverde*, Roma, Donzelli, 2019, cap. I, par. 2 e 3; e nella nostra saggistica gli scritti di L. FERRAJOLI, *Il populismo penale nell'età dei populismi politici*, in *Quest. Giust.*, n. 1/2019, 79 ss.; V. MANES, *Diritto penale no-limits. Garanzie e diritti fondamentali come presidio per la giurisdizione*, *ivi*, 86 ss.; G. INSOLERA, [Il populismo penale](#), in *disCrimen*, 13 giugno 2019; *Id.*, *Consenso sociale e diritto penale*, *ibidem*, 6 giugno 2019; E. AMATI, *Insorgenze populiste e produzione del penale*, *ibidem*, 3 giugno 2019; e in precedenza E.J. PRATS, *Los peligros del populismo penal*, Santo Domingo, Ius Novum, 2011, *passim*; D. SALAS, *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, Paris, Pluriel, 2010; J. SIMON, *Il governo della paura. Guerra alla criminalità e democrazia in America*, ed. it. a cura di A. De Giorgi, Milano, Raffaello Cortina, 2008; J. PRATT, *Penal Populism*, London and New York, Routledge, 2007; D. SALAS, *Il populismo penale*, in *Questione giustizia*, 2006, 2, 389 s.; G. FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, 95 ss.; D. PULITANÒ, *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, *ivi*, 123 ss.; L. VIOLANTE, *Populismo e plebeismo nelle politiche criminali*, *Criminalia*, 2014, 197 ss.; nonché S. ANASTASIA, M. ANSELMI, D. FALCINELLI, (a cura di), *Populismo penale. Una prospettiva italiana*, Wolters & Kluwer-Cedam, 2015; L. MANCONI, G. TORRENTE, *Populismo penale e panico morale: il caso del provvedimento di indulto*, in *Democrazia e diritto*, 2014, 3, p. 49 s.; v. pure AA.VV., [La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista](#), dibattito promosso nell'ambito della AIPDP, i cui atti sono pubblicati in *Dir. pen. cont.*, 21 dicembre 2016. G. AMARELLI, [Prove di populismo penale: la proposta di inasprimento delle pene per scambio elettorale politico-mafioso](#), in *Dir. pen. cont.*, 2017, 5, p. 1 s.

⁵ Per il concetto e le forme v. per es. G. GOMETZ, *Democrazia elettronica. Teoria e tecniche*, Firenze, ETS, 2017, 19 ss., 91 ss.; G. FIORIGLIO, *Democrazia elettronica. Presupposti e strumenti*, Padova, Wolter Kluwer, Cedam, 2017, 223 ss., 299 ss., 373 ss. v. anche sul tema M. BARBERIS, *Populismo digitale. Come internet sta uccidendo la democrazia*, Milano, Chiarelettere, 2020 e M. CALISE-F. MUSELLA, *Il principe digitale*, Roma-Bari, Laterza, 2019.

⁶ Cfr. A. ARATO, *Political Theology and Populism*, in *Social Research*, vol. 80, No. 1, 2013, 143 ss. Cfr. altresì H. DE VRIES, L. SULLIVAN (eds.) *Political Theologies. Public Religions in the Post-Secular World*, New York, Fordham University Press, 2006.

⁷ Cfr. G. INSOLERA, *La "Democrazia del leader"* (già con altro titolo in *Ind. pen.*, 2016, 1 ss.), poi in *Id.*, *Declino e caduta del diritto penale liberale*, Firenze, Ets, 2019, 75 ss.; E. AMATI, *L'enigma penale*, cit., 31 ss.

linguaggio: la politica tradizionale aveva tracciato un forte distacco dall'opinione pubblica assolutamente maggioritaria che non legge i giornali colti, ma twitta e comunica in forme assai più popolari. Il leader populista interpreta e non raggiunge (intenzionalmente) il popolo.

In questo contesto si colloca in una posizione tutta peculiare il ruolo del giurista, che è portatore dei valori del diritto, e non il mero esecutore dei comandi della legge.

Il *ius*, come sappiamo, espressione di tecniche e valori propri, di principi sovraordinati al Parlamento – diritto e non legge – ha politicamente qualcosa di ulteriore rispetto alla *lex*: la discussione giuridica, cioè la discorsività della formazione delle leggi, non riducibile a quella massmediatica, è una tecnica necessaria alla costruzione della stessa volontà democratica, tecnicamente complessa in un quadro di *democrazia costituzionale*.

È un discorso razionale e dialettico formato da diversi attori: *non ha mai un unico attore*.

È questa, peraltro, una caratteristica delle regole di una società democratica: la formazione plurale della loro origine e della loro stessa attuazione istituzionale.

Ecco perché *volontà democratica e volontà popolare non coincidono*.

Per questo il diritto – come normante distinto dalla mera legislazione⁸ – è la tecnica più razionalizzabile della costruzione della democrazia, ed è un discorso pubblico, come quello della scienza⁹.

È discorso però: non mero comando, né traduzione imperativa di saperi di esperti invisibili, come i virologi e gli epidemiologi consultati prima di emanare i tanti dpcm che si sono visti in Italia durante il *lockdown*, una fase del tutto peculiare delle versioni populiste dell'esercizio del potere: senza vera divisione dei poteri e senza condivisione dei saperi. A chi l'avesse dimenticato, è il paradigma classico del penale autoritario, quello che in tanti Paesi, ancora, uccide la democrazia e i diritti fondamentali, anziché tutelarli.

Spesso anche l'uso parlamentare del populismo penale ha avuto basi giudiziarie: quando il Parlamento e Matteo Renzi prima, hanno pensato di introdurre l'omicidio stradale (art. 589-bis c.p.) nella sua attuale configurazione, è sull'onda di una campagna elettorale penal-populista che lo hanno fatto: ma dopo anni di giurisprudenza estensiva-giudiziale del dolo eventuale da applicarsi "oggettivamente" a forme di rischio doloso.

Quando viene introdotto il reato di corruzione per la funzione (art. 318 c.p.), esso ha alle spalle lustri di analogia *in malam partem* da parte della magistratura¹⁰.

⁸ Una differente, ma immaginifica contrapposizione sempre non giusnaturalistica fra diritto (ambito delle libertà) e legge (ambito dei vincoli alle libertà) è in HOBBS, *Leviathan*, tr. it. cit., 124 (§ XIV).

⁹ Cfr. sul connubio scienza-democrazia ampiamente G. CORBELLINI, *Scienza, quindi democrazia*, cit., 19 ss., 49 ss., 124 ss., 130 ss.

¹⁰ E dato che la pena dell'art. 318 era in origine (prima del 2015 e del 2019) assai più mite di quella della corruzione per atti contrari ai doveri d'ufficio (art. 318 vs. art. 319 post 2012, 2015 e 2019), la giurisprudenza ha continuato a punirlo in base alla vecchia e più grave incriminazione (art. 319 c.p.) dove era stata costruita questa "sottofattispecie" prima che diventasse autonoma. Soprattutto la "vendita della funzione" è sottofattispecie ancora collocata come più grave nell'art. 319. Rinvio per questa lettura a M. PELISSERO, *I delitti*

Il rapporto con i tecnici resta ambiguo.

O sono *tecnici che decidono*, e allora sono magistrati (anche in politica, i tecnici del Ministero sono pressoché tutti magistrati, a parte le commissioni di studiosi messe lì a preparare semilavorati o a fare audizioni).

Altrimenti sono solo *“i tecnici della conoscenza”*. I tecnici operano qui "senza verità". Dall'essere non si ricava il dover essere e dal dover essere si ricava quello che si vuole.

Erano le tesi di Weber, Kelsen, del circolo di Vienna, di Bobbio, dei filosofi analitici.

Dunque i tecnici della conoscenza sono serventi, sono strumenti, non possono diventare contraddittori.

Solo *“i tecnici che decidono”* hanno capacità di presentarsi come *partners* per i politici.

Ma i tecnici che decidono, come detto, sono giudici o magistrati. Perché anche se in spazi più ristretti, in piccolo, devono decidere per professione. I professori no. Devono insegnare, spiegare, capire, studiare, ricostruire, ma non decidere. Con qualche eccezione, certo, e a meno che non *“entrino in commissione”*.

2. Tangentopoli e il populismo penale in Italia.

Un dato specifico della situazione nazionale è che il **populismo politico è nato come giudiziario e come penale insieme.**

Il populismo *penale* nasce in Italia con Tangentopoli¹¹.

Da Di Pietro e Tangentopoli in poi, Berlusconi, Renzi, Grillo, Di Maio, Salvini e anche Conte, sono stati o sono *diversamente populistici*.

Dopo gli insuperati trascorsi dell'età fascista, il populismo *politico* che accompagna nella storia recente quello penale, è dunque *una costante* in Italia da quasi trent'anni.

Ed è su questo dato che si innesta il populismo *penale*. Anzi. È dal populismo penale che si è sviluppato quello politico.

Un penale "salvifico" con Tangentopoli, un penale dove la magistratura salva il Paese dall'esterno della società civile mediante interventi repressivo-generalpreventivi¹². Il popolo non è affatto *“circuitato”* da un qualche potere che lo strumentalizza: il suo volere e le sue passioni vendicativo-punitive sono invece

di corruzione, in *Reati contro la pubblica amministrazione*, a cura di C.F. Grosso e M. Pelissero, in *Trattato di diritto penale*, diretto da C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, Milano, Giuffrè, 2015, 284 ss.

¹¹ Valutazione convergente, ora, in E. AMATI, *L'enigma penale. L'affermazione dei populismi nelle democrazie liberali*, cit., 26 ss.; v. pure M. TARCHI, *Italia populista. Dal qualunquismo a Beppe Grillo*, Bologna, Il Mulino, 2003, 230 ss.

¹² Sulla distorsione *“culturale”* dell'idea di una magistratura che salva dall'esterno il sistema malato grazie al bisturi del diritto penale rinvio a DONINI, *Il diritto penale come etica pubblica*, Modena, Mucchi, 2016. V. pure il volume collettaneo AA.VV., *Processo e legge penale nella seconda Repubblica*, a cura di A. Apollonio, Roma, Carocci, 2015.

interpretati da chi detiene il potere di accertamento o quello legislativo e di governo¹³. In ciò sta la forza di questo movimento e di questa politica.

Se ripenso alla migliore cultura di sinistra italiana che si è occupata di fenomeni cittadini di ordine pubblico fino a un decennio fa, ciò accadeva nel quadro preventivo non punitivista della *sicurezza urbana*, che ha costituito per anni argomento centrale delle *politiche elettorali locali*, per definizione *non penali*, essendo ad esse per lo più estranee le competenze penali¹⁴.

Invece la sinistra giustizialista, la destra e l'area populista senza colore (per es. pentastellata) *a livello nazionale* hanno scelto il penale.

La crescita spaventosa del ruolo e dell'influenza del potere giudiziario nello spazio pubblico ha fatto il resto. La razionalizzazione di azioni preventive mirate è stata surclassata da interventi repressivi gridati sui media.

Oggi esistono quotidiani e studiosi, professori universitari anche al governo, giornalisti importanti, che sostengono questi movimenti. Il primo partito italiano rappresentato in Parlamento nasce da un movimento populista. Anche chi è stato scelto o indicato dall'origine (precedente governo 5 Stelle-Lega) a rappresentare la figura di Presidente del Consiglio, partecipa di una cultura politica di tipo populista e in ogni caso la rappresenta. Il primo partito dell'opposizione, oggi, è sicuramente populista e quando il suo leader, insieme al suo attuale antagonista pentastellato, redasse, all'origine del precedente governo tra 5 Stelle e Lega, un *contratto di governo*, nel *maggio del 2018*, questo recava al § 12 un programma prettamente giustizialista in tema di riforme penali, dove erano scolpiti gli *slogans* di un populismo vendicatore che mira a fare progredire la società a colpi di sanzione penale¹⁵.

Questi in sintesi i suoi programmi di un diritto penale sostanziale di tipo "muscolare": potenziamento della legittima difesa; inasprimento delle pene per la violenza sessuale; equo indennizzo alle vittime di reati violenti; riforma della prescrizione dei reati (= prescrizione illimitata dopo il primo grado, contro i reati di

¹³ Nel suo saggio sulle politiche penali del governo Lega-5 Stelle del 2018-2019, E. AMODIO, *A furor di popolo*, cit., cap. I, par. 3, interpreta gli autori italiani penalisti – a differenza dei politologi – come orientati a privilegiare una lettura del populismo penale come fenomeno dove il potere (politico o giudiziario) strumentalizzerebbe la paura del popolo per perseguire politiche giustizialiste. Più che populismo, questo atteggiamento dei pubblici poteri sarebbe un "uso populista della questione criminale". Viceversa, nel programma politico del c.d. "governo del cambiamento" gialloverde, vi sarebbe una interpretazione autenticamente populista della volontà punitiva popolare, più che una sua strumentalizzazione. Questa lettura corrisponde in effetti a quella politologica dominante del populismo, che abbiamo reinterpretato in *Populismo e ragione pubblica*, cit., sia pur senza una analisi delle politiche governative in atto. *Il populismo penale italiano del biennio descritto presenta sicuramente un'anima autenticamente e non strumentalmente populista*. Per questo si tratta di un movimento che deve essere preso sul serio, e non demonizzato con critiche superficiali.

¹⁴ Rinvio a M. PAVARINI, *Sicurezza dalla criminalità e governo democratico della città*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Vol. I, Milano, Giuffrè, 2006, 1039 ss.; ID., *Degrado, paure e insicurezza nello spazio urbano*, in *Sicurezza e diritto penale*, a cura di M. Donini, M. Pavarini, Bologna, BUP, 2011, 33 ss.; ID. (a cura di), *L'amministrazione locale della paura*, Roma, Carocci, 2006; G. PIGHI, *Sicurezza urbana integrata e sistema punitivo*, Torino, Giappichelli, 2019.

¹⁵ Sul punto v. anche la ricostruzione di E. AMODIO, *A furor di popolo*, cit., cap. II.

colletti bianchi e pubblici amministratori, ma non solo); stop a depenalizzazioni e svuota carceri (= politica contrastante o riduttiva rispetto alle misure alternative al carcere); aumenti di pena per furto, rapina, truffa (*law and order*); processi rapidi; riduzione dei costi di accesso alla giustizia; contrasto al bracconaggio; costruzione di nuove carceri; nuove linee guida sul cd. “41-bis” (carcere duro).

Nel prosieguo della sua esistenza, questo primo governo ha prodotto, oltre alla riforma “punitivista” e simbolica della legittima difesa¹⁶, quella nota legge c.d. “spazzacorrotti” (l. 9 gennaio 2019, n. 3)¹⁷ il cui collegamento ideale con l’esperienza di Mani pulite, anche attraverso lo strumento “culturale” della legge sul *whistleblowing* (l. 30 novembre 2017, n. 179), tracciava un ponte tra questi programmi e le origini contemporanee del populismo giudiziario e politico.

3. Scenari americani del populismo penale e riflessi italiani post-2018.

Traduco dal cap. 6 di un recente saggio di Rachel Barkow alcune riflessioni sul populismo penale statunitense, esperienza paradigmatica degli ultimi cinquant’anni¹⁸.

“La spinta moderna verso leggi e politiche criminali più severe che hanno portato all’enorme numero di persone incarcerate che vediamo oggi può essere fatta risalire agli anni ‘60, quando l’America subì diffusi disordini sociali e violenza [..]. Nel 1968, gli Stati Uniti furono testimoni dei più alti tassi di criminalità e di proprietà mai registrati. Con le notizie dominate da storie di picchi di criminalità e da rivolte in tutto il paese, una grande maggioranza di persone ha riferito di temere per la propria sicurezza. Il pregiudizio razziale era indissolubilmente legato a questa paura [..]. La politica criminale, un tempo appannaggio dei professionisti della giustizia penale, divenne dominata dalla politica elettorale [..]. Entrambe le parti dello spettro politico hanno sostenuto questo cambiamento. I politici conservatori hanno denunciato l’incapacità del sistema di affrontare i picchi di criminalità negli Stati Uniti e hanno criticato le leggi esistenti come troppo indulgenti. Ai politici liberali non piaceva il modello esistente perché funzionava a svantaggio dei poveri e delle persone di colore. Tutti sembravano perdere la fiducia nell’idea di riabilitazione e nessuno sembrava fidarsi degli esperti per prendere decisioni di giustizia penale. È nata l’era dell’incarcerazione di massa, scatenando forze che rendono la sua scomparsa sotto ogni aspetto significativo improbabile nel contesto dell’architettura istituzionale esistente che l’ha creata”.

La **premessa fondamentale** della trasformazione del sistema giuridico-penale in chiave populista è costituita dal fatto che la politica criminale, un tempo dominio dei penalisti, è ora appannaggio di politici eletti.

¹⁶ Rinvio per una valutazione tecnica e politica di sintesi a F. DIAMANTI, *Appunti sulla legittima difesa. Una questione politica*, Torino, Giappichelli, 2020. V. pure D. NOTARO, *La legittima difesa domiciliare. Dalla giustificazione alla scusa fra modelli presuntivi e tensioni soggettive*, Torino, Giappichelli, 2020, 183 ss., 304 ss.; E. AMODIO, *A furor di popolo*, cit., cap. II.

¹⁷ *Ex plurimis* v. soprattutto T. PADOVANI, *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, in *Arch. Pen.*, n. 3/2018; V. MONGILLO, [La legge “spazzacorrotti”: ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell’anticorruzione](#), in *Dir. pen. cont.*, fasc. 5/2019, 231 ss.

¹⁸ R.E. BARKOW, *Prisoners of Politics*, cit., 105 ss.

L'attribuzione a politici di professione della politica criminale ha veicolato in misura decisiva la sua trasformazione in populismo. Il messaggio prevalente è stato "tough on crime".

Secondo la lettura paradigmatica di Jonathan Simon¹⁹, il modello americano è quello di un governo della paura attraverso la criminalità e la risposta penale che la controlla²⁰.

Il confronto americano ci dà comunque le misure per evitare letture deformate da qualche ipersensibilità professionale.

In Italia abbiamo circa 60.000 detenuti. Di cui circa 20.000 stranieri, 20.000 in attesa di giudizio, Circa 700 laureati sul totale.

Gli Stati Uniti d'America hanno la più numerosa popolazione carceraria del mondo. A fine 2016, 2.298.300 persone erano incarcerate su una popolazione di 324,2 milioni di abitanti. Anche nel 2020 sono 2,3 milioni le persone detenute²¹.

Negli Usa si può dunque parlare di incarcerazioni di massa e di un **fenomeno totalizzante**²².

In Italia no.

Il rischio penale è di altro tipo, anche se resta di massa²³.

Fare capire che il diritto penale è diventato la nuova etica pubblica, e che tutti sono a rischio penale, è un compito descrittivo, al quale, come studiosi o operatori del settore, siamo chiamati.

Può accadere che la nuova etica pubblica preesista e si armi dello strumento penale per affermarsi o che la si penalizzi per affermarla meglio: ma il vero *novum* è che si è compreso, o comunque "accettato", che la coscienza dell'illecito proprio non esiste – come percezione di dover essere davvero 'cogente' – prima che diventi criminale la sua trasgressione. Ed esattamente per questo lo stigma penale funge da fattore privilegiato

¹⁹ J. SIMON, *Il governo della paura*, cit. 45 ss.

²⁰ Su questo modello di populismo penale, e altri esistenti, v. E. AMATI, *L'enigma penale*, cit., 127 ss., e *amplius* 116 ss.

²¹ Cfr. W. SAWYER, P. WAGNER, *Mass Incarceration: the whole Pie 2020*, 24 March 2020, Prison Policy Initiative.

²² Gli Usa hanno la pena di morte, la tortura (contro il terrorismo), il diritto penale del nemico, il terzo strike, il più alto numero di carcerati al mondo, l'abitudine ai crimini di guerra e contro l'umanità, suffragata dal rifiuto di ratificare lo statuto di Roma e la soggezione alla Corte penale internazionale. Hanno la *castle doctrine* nella legittima difesa, la responsabilità oggettiva, l'uso delle armi tra i più liberi e lesivi al mondo, la violenza della polizia come costume nazionale. È possibile neutralizzare l'eccezione di *bis in idem* nell'estradizione, se si intende processare per lo stesso fatto l'imputato, in quanto ogni reato federale e statale offende un bene americano o "nazionale" che lo rende "diverso", mai "lo stesso" di un reato commesso altrove. La prescrizione non è un diritto "sostanziale" dell'imputato, ma una regola del processo, con termini acceleratori assai lunghi dal tempo del fatto (*statutes of limitation*) come se ogni reato (salvo quelli minori) fosse *iuris gentium*, e decadenze dopo l'esercizio dell'azione penale (*right to a speedy trial*). Peraltro, il divieto delle *ex post facto laws* – applicato in Usa anche alle leggi *processuali* in generale (ma con attuazione casistica) – impedisce che termini prescrizionali peggiorativi si applichino ai processi in corso. Sono tratti che il giurista nazionale dovrebbe considerare quando, da comparatista, anche senza "giudicare" i sistemi stranieri, valuta il sistema penale interno.

²³ Per una censura radicale della situazione italiana, ma con vari tratti diffusamente descritti in precedenti interventi della nostra penalistica, F. SGUBBI, *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa. Venti tesi*, Bologna, Il Mulino, 2019.

della prevenzione generale positiva: la funzione della pena più celebrata dal pensiero penalistico internazionale contemporaneo²⁴.

Il neo-illuminismo penale è diventato così un neo-moralismo a base espressivo-retributiva.

I tratti marcatamente panpenalistici del “primo governo populista 100%” della Repubblica, quello tra i partiti dei 5 Stelle e della Lega, hanno suscitato nell’opinione degli addetti ai lavori, di regola educati ai valori costituzionali e quindi al garantismo penale, un effetto psicologico di sconcerto e di forte reazione.

Rivisitando ora questo clima parossistico che è decantato dopo l’estate del 2019 con la costituzione di un governo 5 Stelle-Partito democratico, è forse possibile tracciare una analisi più equilibrata dell’avventura più difficile del garantismo penale dopo il 2018, al punto da suscitare nella stessa classe degli avvocati, dei docenti e di una parte tradizionale della politica il sentimento di una “resistenza civile” tutt’ora in atto. Proviamo a farlo rileggendo le ‘costanti’ del panpenalismo nazionale a fronte degli eccessi della legislatura 2018-2019.

4. Diritto penale e democrazia.

L’argomento della *democrazia penale*, che ho affrontato quindici anni fa in uno studio dedicato²⁵, recava questo sottotitolo per le oligarchie, pensato per razionalizzare appunto il dilemma e l’ossimoro del «*diritto penale democratico*».

Il tema implicito era: c’è un contrasto tra il diritto penale e la democrazia maggioritaria. La sola via d’uscita restava un percorso non semplicemente principialista-aristocratico, ma un percorso pur sempre oligarchico, dove gli esperti e i tecnici svolgano

²⁴ La si rilegga nelle pagine di W. HASSEMER, *Warum Strafe sein muss: ein Plädoyer* (2009). tr. it. *Perché punire è necessario*, Bologna, Il Mulino, 2012, 96 ss.

²⁵ M. DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, Giuffrè, 2004. *Democrazia penale* in questa lettura non è la democrazia puramente maggioritaria, o quella dei *massmedia* e del consenso popolare sprezzante delle garanzie. Essa significa il rapporto tra *diritto penale* e democrazia, il ruolo del penale nell’attuale società democratica, il livello necessario di “democraticità” istituzionale, che il diritto penale *deve* avere, e quindi la necessità che siano motivate e motivabili le leggi, discusse già prima della approvazione attraverso percorsi e saperi anche empirici condivisi di una “scienza della sussidiarietà”, non riducendosi il diritto penale a un prodotto aristocratico, o indiscusso, o a un codice-decalogo “costituzionalmente conforme”, come se fosse matematica o pura logica fatta di regole dedotte da superiori tavole della legge, quando non lo è quasi mai, laddove assai più facilmente può restare semplicemente autoritario, come normalmente è. V. più di recente sul tema *Democrazia e autoritarismo nel diritto penale*, a cura di A.M. Stile, Napoli, Esi, 2011 e in particolare G. FIANDACA, *Aspetti problematici del rapporto tra diritto penale e democrazia*, *ivi*, 135 ss.; e C.E. PALIERO, *Legittimazione democratica versus fondamento autoritario: due paradigmi di diritto penale*, *ivi*, 157 ss. V. altresì F. C. PALAZZO, *Legalità penale. Considerazioni su trasformazione e complessità di un principio ‘fondamentale’*, in *Quaderni fiorentini*, 2007, 1322: ““La legge è garanzia non più per la democraticità in qualche modo ‘presunta’ dei suoi contenuti, bensì per il procedimento della sua formazione, che consente la dialettica parlamentare e il controllo dell’opinione pubblica nonostante il regime maggioritario, e per il sindacato di costituzionalità, che è capace di colmare il ‘vuoto’ contenutistico della democrazia con una tavola di valori costitutiva della più profonda identità popolare”.

un ruolo imprescindibile e fondamentale, ma con maggiori controlli “democratici” e dialogici, tra diverse competenze, sulle scelte parlamentari. Di qui la riserva di legge in senso sostanziale, la motivazione delle leggi, i controlli in *input* e *output* sulla legislazione non come decalogo, ma come programma di intervento, come legislazione sociale, la sussidiarietà come disciplina, la dottrina non come “quarto potere”²⁶, ma come contropotere critico²⁷ etc.

La storia è andata in altra direzione: verso il braccio di ferro tra una penalizzazione maggioritaria, gridata, e di tipo solo “consensualista”, e i controlli di legittimità. La motivazione delle leggi c’è, ma quella nota e pubblicizzata è soprattutto programma elettorale, non un vincolo per un sindacato di legittimità. Invece l’AIR, l’analisi di impatto della regolamentazione che accompagna i progetti governativi, è un orpello burocratico inoffensivo.

C’è qui un *completo ribaltamento del modello illuministico* (sono tanti e ulteriori gli aspetti del post-illuminismo penale, che ora non sto a ricordare²⁸, ne sottolineo qui uno nuovo che non avevo menzionato espressamente in precedenza): non è la legislazione il luogo della ragione giuridica, ma il diritto. Le origini autoritarie della lex dalle fonti divine (il volontarismo contro il razionalismo), il giuspositivismo come obbedienza alla legge, l’interpretazione come ossequio religioso della legge, appaiono in parte oggi superati, ma con essi anche il modello tradizionale di interpretazione obbediente e ossequiosa (“religiosamente e scrupolosamente” nelle famose parole di Arturo Rocco).

Perché superata è la giustificazione illuministica di questo vincolo come un vincolo di ragione. Noi pretendiamo che la legge penale sia razionale, ma non ci crediamo veramente più.

Invece, nel prosieguo dell’evoluzione dei primi due decenni del XXI secolo, si è avuta una gestione spesso maggioritaria, elettorale, immotivata o immotivabile, popolare, consensuale e irrazionale del prodotto parlamentare.

Con quale conseguenza? Che **non il Parlamento, ma l’interpretazione rende accettabile la legge**, la razionalizza costruendo il diritto.

*Lex vs ius*²⁹.

La democrazia penale reale – ricorda un po’ il socialismo reale – ci ha condotti a leggi sempre meno accettabili in termini di razionalità costruttiva.

Siamo addirittura preoccupati, se non affranti, dall’idea che questi parlamenti (lo dico al plurale) “ci” vogliano costruire un nuovo codice penale. Ma per fortuna non sono in grado di farlo. Anzi non interessa veramente, perché non sarebbe un’operazione di cui appropriarsi politicamente, a differenza delle propagande diffondibili attorno a singole riforme settoriali, o addirittura a singole norme: le riforme puntiformi sono le

²⁶ Tesi di B. SCHÜNEMANN, *Die deutsche Strafrechtswissenschaft nach der Jahrtausendwende*, in *Goldtdammer’s Archiv f. Str.*, 2001, 205 ss., 216 ss.; ID., *Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft*, in *Fest. Roxin*, Berlin-New York, de Gruyter, 2001, 1 ss.

²⁷ M. DONINI, *Il volto attuale*, cit.; ID., *Scienza penale e potere politico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, spec. 99 ss.

²⁸ Li ho elencati in *Populismo e ragione pubblica*, cit., 45 ss.

²⁹ Rinvio a *Populismo e ragione pubblica*, cit., 35 ss., 51 ss., e a M. DONINI, *Iura et leges. Perché la legge non esiste senza il diritto*, in *Il Pensiero. Rivista di filosofia*, n. 2/2019.

più appetibili per un discorso massmediatico di piccolo raggio. L'assenza di un disegno generale e scientifico appare un destino politico della prassi legislativa attuale, perché quel disegno stesso sarebbe "impolitico".

Questo è il nostro *Zeitgeist*.

È stata introdotta **la riserva di codice** (art. 3-bis c.p.). Lo scopo non era di rendere immortale il nucleo codicistico del primo Novecento con l'aggiunta di qualche innesto, da affiancare alle tante novelle complementari preesistenti: eppure è questo lo scenario futuro che molti immaginano, pensando agli unici prodotti che i vari "lodi" parlamentari possono realisticamente confezionare senza sconvolgere quel poco che è rimasto del sistema penale. È un atto di "resistenza costituzionale" vedere in questa riserva l'espressione di un vincolo superiore alla *lex parlamentaria* a ripensare tutto il sistema secondo criteri di ordine assiologico³⁰. Ma le speranze sono molto flebili, proprio perché – l'abbiamo capito tutti – non è questione di allocazione, ma di visione di sistema. Lo scetticismo ermeneutico del giurista "che respira l'esistente" vede invece nell'assenza di una riserva formalmente costituzionale solo un lasciapassare per logiche maggioritarie contingenti (l'esistente), dove i modelli e i vincoli sovraordinati restano solo i **paletti dello slalom**: quelli che il Parlamento discenda deve evitare per alluvionare l'ordinamento, senza intoppi "costituzionali", con tutte le leggi pluriallocate nella galassia-web delle fonti, espressione della democrazia "consensualista"³¹. E se già le

³⁰ Lo abbiamo proposto in M. DONINI, *L'art. 3-bis c.p. in cerca del disegno che la riforma Orlando ha forse immaginato*, in *Diritto penale e processo*, n. 4/2018, 429-445; ID., *La riserva di codice (art. 3-bis c.p.) tra democrazia normante e principi costituzionali. Apertura di un dibattito*, in *Legisl. Pen.*, 2018 (20.11.2018, approfondimenti), 1-28.

³¹ Letture assai deboli della riserva di codice emergono da studi, molto seri e istruttivi, di illustri colleghi: C.E. PALIERO, [La "riserva di codice" messa alla prova: deontica "idealistica" versus deontica realistica](#), in *Criminalia*, anticipato in *disCrimen*, 9.3.2020, spec. 24 ss.; M. PAPA, [Dal codice penale "scheumorfico" alle playlist. Considerazioni inattuali sul principio della riserva di codice](#), in *Dir. pen. cont.*, fasc. 5/2018, 136 ss. Mentre il lavoro di Michele Papa è già stato oggetto di una riflessione critica nello scritto su *La riserva di codice (art. 3-bis c.p.) tra democrazia normante e principi costituzionali*, cit., 18 ss., quello di Carlo Enrico Paliero meriterebbe ben più ampio commento, che conto di predisporre a breve. Per ora posso rilevare che lì si ammette che l'art. 3-bis c.p., letto in chiave performativa (di mero dover essere legislativo, direi, con parole più dirette), può essere o solo una norma costituzionale in senso materiale o un principio generale dell'ordinamento. "Tertium non datur", si afferma. Escluso che sia principio generale (ma è regola, non principio) vista anche la novità della riserva di codice, la possibilità che sia una norma materialmente costituzionale viene negata (*ivi*, 25 s.) in quanto solo un principio potrebbe essere norma costituzionale in senso materiale, non una regola. Ma perché mai? La Costituzione è piena di principi e di regole, ma anche di principi che contengono o esigono regole. La causalità, la colpa e il dolo sono regolabili/regolati per legge e *nel loro nucleo* legificano il principio di responsabilità per fatto proprio. Una responsabilità che non rispetti le regole su causalità, dolo e colpa violerebbe il principio superiore dell'art. 27 Cost. Il vero è che Paliero non crede alla riserva di codice per ragioni sociologiche e storiche legate alla prassi legislativa e culturale in atto che sarebbe contraria all'idea stessa di codice (*ivi*, §§ 3-4). Contro questo convincimento che emana da una certa reazione emotiva alla realtà, non c'è molto da opporre, se non che un codice ancora esiste e non è annullato dalle varie decodificazioni, ivi compresa quella del diritto giurisprudenziale, e che nessuno, a cominciare da Paliero, propone di abolirlo. Del resto, la conclusione "normativa" di Paliero è che l'art. 3-bis (in senso regolativo, ma non performativo) sarebbe "una norma programmatica a contenuto tecnico, ma con finalità politico-criminale" (*ivi*, 27). Singolare circonlocuzione per dire che non è *cogens* per il Parlamento. Ciò che sapevamo già in partenza (essendo norma ordinaria), salvo riconoscere che essa esplicita e attua un principio

norme costituzionali sono i paletti dello slalom, figuriamoci una regola di legge ordinaria come l'art. 3-bis c.p., secondo certe letture "praxisorientiert".

5. Ruolo di Corti supreme e dottrina nel processo di razionalizzazione della legge.

L'evoluzione attuale va ben oltre la parentesi parossistica del governo "gialloverde" (1 giugno 2018-20 agosto 2019)³².

La ragione pubblica è e rimane oggi giudiziaria. Come nel modello teorico di Rawls.

Paradosso apparentemente antipopulista è il ruolo centrale delle Corti supreme, che sono *élites* che controllano lo strapotere politico sulle *leges*, perché ritornino a essere *ius*: il populismo peraltro non può eliminarle in uno Stato di diritto e anzi si ritrova a esaltarle come unica forma di controllo finale, che in realtà lascia liberi di combattersi sul ring i politici per lungo tempo, perché tanto i controlli sono sia eventuali e sia a effetto ritardato, tali da intervenire quando le stesse politiche possono risultare mutate negli assetti e nei soggetti.

È un cerchio che si chiude.

La *dottrina* che spesso conversa solo con il giudiziario – dialoga o non dialoga, critica, considera, commenta le sentenze più delle leggi.

La *giurisprudenza* che fa dogmatica, mentre si smarrisce culturalmente la 'vecchia' dogmatica accademica nella autocoscienza degli studiosi, perché *gli accademici* hanno perso fiducia nella loro dogmatica tradizionale: e ora si ritrovano a commentare quella prodotta dalle Corti, che paradossalmente alcune volte emulano o sopravvalutano il tradizionale pensar per categorie dogmatiche proprio del *Juristenrecht*, invece di seguire la topica e la casistica che è di loro spettanza.

E forse dovrebbero rammentarsi che la dogmatica è come l'ideologia (in quanto è una forma di ideologia!): si può pensare di farne a meno, di essersene sbarazzati, ma prima poi ritorna, sotto altre forme e formule.

Occorre solo scoprirla.

6. (Segue). Lex et ius. Il modello classico e quello penale di matrice illuministica.

Rinviando a uno scritto sul tema specifico del rapporto tra *lex* e *ius*³³, diretto a spiegare perché la legge non esiste senza il diritto – un dato millenario, costitutivo dell'esperienza giuridica universale –, osservo che questo rapporto indissolubile non nega certo la *lex*, né che il giudice come il cittadino debbano poter operare con un

costituzionale. Negata un po' apoditticamente questa soluzione, non rimane che il punto di partenza di tutta la discussione.

³² Cfr. E. AMODIO, *A furor di popolo. La giustizia vendicativa gialloverde*, cit.

³³ M. DONINI, *Iura et leges. Perché la legge non esiste senza il diritto*, in *Il Pensiero*, cit., 45 ss.

sillogismo quando qualificano un fatto di reato o quando prevedono che un comportamento sarà qualificato come criminoso.

La dialettica tra legge e diritto riflette in realtà un modello classico, quello dell'irriducibilità del diritto al puro comando legale. Non occorre certo diventare giusnaturalisti per riconoscerlo.

Senonché, il mito illuministico era quello di ridurre tutto il diritto alla *lex*. Il giudice, occupandosi solo di questioni di fatto – essendo quelle di diritto già “chiare” *ex ante* –, solo così operava un sillogismo perfetto.

Mito che conosce un ribaltamento totale nella prassi giudiziale e in quella della vita di ogni avvocato – dove il diritto giurisprudenziale ha un peso enorme e insostituibile, e la cui ignoranza è fonte di possibile responsabilità professionale –, ma anche nella cultura giusfilosofica odierna, tanto che i giuristi più esposti alle mode filosofiche addirittura negano che esista più il sillogismo giudiziario: una deriva contemporanea, a mio avviso, un errore già di tipo logico, ma un segno dei tempi.

7. Il populismo penale tra demagogia e crisi del potere deliberativo delle élites.

In realtà, il populismo penale si inserisce nelle dimensioni di *consenso massmediatico parallelo di una società politica destinata a continui appuntamenti elettorali*: siamo in un clima di elezioni permanenti, locali, regionali, nazionali, europee: le elezioni permanenti alterano il modello della democrazia rappresentativa in una apparente democrazia diretta, sì che essa non è né veramente diretta, ma neppure più rappresentativa.

A ciò si deve aggiungere un dato molto importante e troppo poco evidenziato: lo smascheramento del ‘deficit’ originario delle capacità decisorie “propositive”, “costruttive”, degli esperti di sole leggi. Occorre una presa d’atto della carenza di una *communis opinio doctorum* su troppi problemi di riforma della giustizia penale, come tali decidibili *a prescindere* una volta assunte alcune informazioni necessarie.

Non esiste il “diritto naturale”, se non per formule molto generiche o per alcuni vincoli scientifici pre-normativi: è tutto molto diritto “positivo” (lo era già dai tempi di San Tommaso!), cioè politicamente libero, perché scientificamente non imposto da vincoli davvero cogenti.

Anche i vincoli costituzionali, soprattutto in materia penale, sono vissuti dai politici come ostacoli da evitare, i ricordati paletti di uno slalom, e la cultura dominante li ha lasciati intendere così: è quello che abbiamo chiamato il costituzionalismo debole *vs.* l’approccio forte al diritto penale costituzionale³⁴.

Altro che Costituzione come fondamento.

Il populismo penale esprime in definitiva un *disorientamento costituzionale* del diritto penale, ma non è necessariamente *incostituzionale*: occorre fare attenzione, prima che

³⁴ Cfr. *Principi costituzionali e sistema penale. Modello e programma*, in IUS17@unibo.it, n. 2/2009, 421 ss.

propaganda, prendendo sul serio il populismo quale fenomeno internazionale della crisi delle stesse democrazie costituzionali, della loro capacità di rappresentanza.

Il populismo penale dunque è una espressione di *demagogia penalistica* equamente ripartita tra legislazione, politica e magistratura, dove la magistratura, che lo ha avviato, si assume anche il paradossale compito di contenerlo.

La divisione dei poteri appare qui fortemente compromessa: è in atto una evidente alterazione degli assetti costituzionali tramandati come vigenti; tutti ne parlano e nessuno (comprensibilmente) si azzarda a riscrivere la realtà della “costituzione materiale”.

8. Il quadro che inquieta: la crescita di un penale maligno, pervasivo e incontrollato. Alcune censure degli ultimi anni.

La sicurezza come “orizzonte totalizzante” del discorso penale era un quadro già descritto sul finire del primo decennio del secolo presente³⁵; l’invasione eticizzante del penale, e i caratteri abnormi di attesa palingenetica e salvifica del penale nella vita pubblica sono stati descritti anch’essi per tempo³⁶; il disorientamento costituzionale in chiave illiberale della legislazione e del sistema sono stati oggetto addirittura di un “Manifesto” da parte delle Camere penali³⁷; voci autorevoli, elaborate al tempo del governo giallo-verde-populista al 100%, hanno sottolineato a tutto campo, esprimendo un sentimento comune, le dimensioni totalitarie dell’intervento punitivo³⁸, pur senza dimenticare le differenze profonde tra il populismo penale italiano e le dimensioni statunitensi del fenomeno, che ci riportano a realtà per noi inimmaginabili (*supra*, § 3).

Anche un impegno pubblico rinnovato dell’AIPDP, l’Associazione italiana dei professori di diritto penale, ha testimoniato nell’ultimo biennio l’importanza di una “resistenza culturale”, espressione di quel “contropotere critico” che gli studiosi hanno manifestato anche attraverso il diffuso, crescente impegno giornalistico di vari colleghi³⁹.

La dimensione straripante del penale nello spazio pubblico induce perfino la Chiesa cattolica ai suoi massimi livelli a occuparsene *ex cathedra*.

³⁵ M. DONINI, *Sicurezza e diritto penale. La sicurezza come orizzonte totalizzante del discorso penale*, in AA.Vv., *Sicurezza e diritto penale*, a cura di M. Donini e M. Pavarini, Bologna, Bononia University Press, 2011, 11-32: sono gli Atti del Convegno di Modena dell’Ass. Franco Bricola, 20-21 marzo 2009, a cui rinvio più in generale. V. ora sul tema F. FORZATI, *La sicurezza fra diritto penale e potere punitivo*, Napoli, Esi, 2020. Il discorso è internazionale, beninteso, anche se in questo nostro intervento l’orizzonte considerato è soprattutto nazionale.

³⁶ Da ultimo D. FASSIN, *Punire. Una passione contemporanea*, Milano, Feltrinelli, 2018, che peraltro riconduce il punitivismo contemporaneo all’«ultimo decennio».

³⁷ UNIONE DELLE CAMERE PENALI ITALIANE, *Manifesto del diritto penale liberale e del giusto processo*, 2019.

³⁸ F. SGUBBI, *Il diritto penale totale*, cit.

³⁹ Ricordo anche, tra i vari interventi, il Convegno di Siracusa del 25-26 ottobre 2019 organizzato dall’AIPDP su “Il diritto penale dei nemici. Verso un nuovo diritto penale dell’autore?”

Papa Francesco in due importanti occasioni nel 2014 e da ultimo il 15 novembre 2019⁴⁰ si è espresso in modo censorio verso la “demagogia punitiva” e la cultura dell'odio e dello scarto che emana dalla più recente legislazione o pubblicistica penale.

E ancora risuonano forti le parole espresse contro il penale come un male aggiunto, come un raddoppio del male: “*Ho segnalato che tra la pena e il delitto esiste una asimmetria e che il compimento di un male non giustifica l'imposizione di un altro male come risposta*”. Così nel discorso del 15 novembre 2019 e già nel 2014⁴¹.

C'è bisogno d'altro per segnalare che ci siamo trovati di fronte a una consapevolezza nuova del fatto che a diventare emergenza non è più la criminalità, ma la stessa “legislazione” penale?

9. Apparenti conflitti del populismo in sé col costituzionalismo.

Il populismo è stato considerato da vari osservatori in contraddizione col costituzionalismo⁴². A mio avviso c'è una parte di verità in questa osservazione, ma è presente anche una qualche esagerazione, se si considera che moltissimi sono i regimi o i movimenti, o i *leaders* definibili come populistici, perché il *concetto stesso di populismo* è estremamente *polisenso*.

Talora gli attori della politica e del governo intendono sottrarsi a certi controlli dello Stato di diritto, più che alla Costituzione in sé: problema antico quanto il potere *legibus solutus*, *gli arcana imperii*.

La tentazione che il *rule of law* non riguardi chi fa le leggi o governa lo Stato è sempre forte. Lo Stato di diritto esiste per questo, non per impedire che esistano queste tentazioni o anche simili tentativi, ma esattamente per impedirne la realizzazione.

Tentativo possibile, esito da neutralizzare. Non tentativo necessariamente illegale.

Il populismo politico, del resto, è una risposta alla crisi del costituzionalismo e dunque affermare che sarebbe con questo incompatibile costituisce una cattiva risposta a un problema reale della scarsa rappresentatività delle democrazie contemporanee. Il populismo è una forma di messa in crisi del costituzionalismo. Ma il costituzionalismo e il modello della democrazia rappresentativa possono rispondere alle sfide populiste solo riformandosi, non restando quali sono. Questo discorso non è penalistico, ovviamente, ma molto più ampio. Perciò occorre vedere il populismo penale in una chiave non solo penalistica (qui non bastano, ma sono obbligati, garantismo e controlli di legittimità), quanto di *legal system*.

⁴⁰ Papa Francesco, [Discorso del Santo padre Francesco ai partecipanti al XX congresso mondiale dell'associazione internazionale di diritto penale](#), Sala Regia, Venerdì 15 novembre 2019.

⁴¹ Papa Francesco, *Lettera ai partecipanti al XIX Congresso Internazionale dell'Associazione Internazionale di Diritto Penale e al III Congresso dell'Associazione Latinoamericana di Diritto Penale e Criminologia*, 30 maggio 2014.

⁴² Per es., con vari richiami, A. BERNARDI, *La sovranità penale tra Stato e Consiglio d'Europa*, Jovene, 2019, 177 s.

Le cose non mutano se ci riferiamo a una pretesa incompatibilità tra *populismo e diritto*⁴³: una visione estremizzata del populismo come disprezzo dei vincoli esterni a una democrazia diretta o massmediatica consente davvero questa conclusione. Ma i populismi sono tanti, anche nel contesto nazionale, come già detto.

Il discorso diventa più acuto se ci riferiamo al *populismo penale*, perché il penale dovrebbe esprimere esigenze e tratti di razionalità costruttiva, di divisione dei poteri e di rispetto dei diritti fondamentali che vengono costantemente aggrediti da forme di risposta punitiva irrazionale, sproporzionata, di neutralizzazione non risocializzante o rieducativa, punitivista pura⁴⁴. Ma il penale *nel mondo* è strumento privilegiato per sminuire la democrazia e aggredire i diritti fondamentali! Non possiamo distogliere lo sguardo da questa realtà. Ora, a prescindere che il diritto penale anche nelle società democratiche e occidentali ha sempre avuto manifestazioni di marcato irrazionalismo, raramente dichiarate incostituzionali dalle varie Corti a livello internazionale, mi pare si possa dire che queste espressioni “al limite” diventerebbero la negazione del modello costituzionale (“incompatibile col costituzionalismo”), qualora mettessero in discussione gli organi costituzionali, la divisione dei poteri e il controllo di legittimità: se tuttavia ciò non avviene, e non ci sono neppure le sentenze dichiarative di leggi incostituzionali, laddove incostituzionali non sono gli stili di condotta, mi pare che si debba continuare a tenere distinti il giudizio politico e quello giuridico.

Lo *stile populista* più estremo è agli antipodi di un modello di fare politica costituzionalmente corretto e di fare le leggi secondo i percorsi della razionalità costruttiva della legislazione a noi noti. Però solo *il risultato* di questo *modus operandi* può essere giudicato in termini di illegittimità.

Non pare pertanto corretto supportare l’ipotesi che un partito populista sia “incostituzionale” come se fosse un partito fascista. Un qualunque sociologo del diritto ci ammonirebbe a non perdere capacità di analisi e di descrizione dei fenomeni. Ma soprattutto ciò conterrebbe una sottovalutazione politica del fenomeno, come già detto.

In effetti, non è stato ancora acquisito il dato che non tutto ciò che ci è politicamente avverso produce leggi incostituzionali solo perché magari estensive e illiberali.

Perché una legge illiberale non è di per sé incostituzionale. Questa equazione è pura propaganda, anche se in ambito scientifico vanta simpatizzanti.

Proprio questo vizio d’origine del costituzionalismo penale ha indotto a fare della Costituzione il luogo della politica a noi più affine, anziché la Carta della casa comune per politiche di sinistra ma anche di centro e di destra: perché oltre il garantismo – che non è né di destra, né di sinistra – c’è uno spazio assai ampio per politiche penali

⁴³ Per es. E. SCODITTI, *Populismo e diritto. Un’introduzione*, in *Questione Giustizia*, 2019, n. 1, par. 1.

⁴⁴ Una forte preoccupazione in questo senso anima per es. *Il Manifesto del diritto penale liberale* dell’Unione delle Camere penali già cit., o la lettura della politica penale del governo del cambiamento presso diversi osservatori. Oltre al quaderno citato di *Questione giustizia*, n. 1/2019, v il saggio ricordato di E. AMODIO, *A furor di popolo*, cit., nonché G. INSOLERA, *Una discesa nel Maelstroem* (2019), in ID., *Declino e caduta del diritto penale liberale*, Pisa, Ets, 2019, 133 ss.; ID., *La malabestia* (II), *ivi*, 155 ss., e qui il giudizio: “Penso che i giuristi che si riconoscono nei corollari di un diritto penale liberale con questi signori non debbano avere rapporti. Sono per l’Aventino dei penalisti” (*ivi*, 158).

diverse e anche opposte, e perché appartiene a quell'estremismo malattia infantile della vecchia sinistra il pensare che solo una Costituzione liberale sia pensabile o accettabile.

10. Una nuova resistenza civile.

Ciò premesso, è chiaro perché **occorre una resistenza civile**, prima ancora che la redazione di ricorsi di illegittimità costituzionale. Una resistenza che è già in atto, peraltro. Perché è il terreno della cultura della società e delle istituzioni che deve essere ricostruito. Occorre dunque che le *élites*, in primo luogo, che rappresentano il bersaglio o l'ostacolo istituzionale del populismo, rafforzino l'esercizio di un contro-potere critico su basi rinnovate di una oligarchia democratica più controllata.

Ogni Parlamento è sottoposto alla legge e al diritto, non è suo libero costruttore. E a sua volta produce *leges*, ma non produce (se non mediamente) il *ius*. C'è un limite politico ed epistemico che definisce uno spazio di "non potere" del Parlamento sul *ius*.

Ogni politico agisce legiferando e sottoponendosi ai controlli di legittimità. Lo Stato di diritto, il *rule of law* non sono di proprietà di nessuna parte politica.

Proprio i giuristi, allora, conservano una specifica *mission* in questo momento⁴⁵.

Perché è il *diritto* a potersi situare e presentare come *banco di prova e limite di legittimazione* di una legge semplicemente maggioritaria, ma non costituzionalmente conforme o al limite "disorientata": c'è l'orientamento come c'è il disorientamento costituzionale, anche se non tutto può sfociare in sanzioni di annullamento di leggi.

Si schiude così un grande compito per la politica, ma anche per l'accademia, l'avvocatura, la magistratura, se agiscono insieme nel quadro del garantismo dei principi e nello spazio pubblico, non nei palazzi e nelle stanze occulte: è questo lo spazio per le migliori *élites*, il cui operato risulta più compatibile con forme di democrazia partecipata, controllabile, deliberativa; più controlli *ex ante* ed *ex post*, motivazione, vincoli di sapere empirico in *input* e *output*.

I processi di formazione delle leggi dovrebbero essere più trasparenti, perché una volta approvati i testi scatta nella società il pre-giudizio religioso-giuspositivista, quel meccanismo dell'inconscio collettivo per cui la "legge è legge" e va ossequiosamente obbedita, e "le sentenze si rispettano" e quant'altro: conosciamo queste *liturgie di massa*⁴⁶.

Però la salvezza e la realizzazione storica di una Nazione non vengono dal potere giudiziario, vengono dalla società civile e dalle istituzioni che la esprimono. Dobbiamo dunque tutti sentirci uniti, magistrati inclusi ma non *vedettes*, in una nuova forma di resistenza civile allo statualismo dell'obbedienza laica a una *religione penale di massa*, sostitutiva di un'etica pubblica che non c'è.

Temo peraltro che questa resistenza non potrà approdare a nulla di concreto fino a quando la società civile non abbia **recuperato una diversa attenzione ed educazione alla legalità e interiorizzato il rifiuto del diritto e del processo penale quali strumenti**

⁴⁵ DONINI, *Populismo e ragione pubblica*, cit., § 14.

⁴⁶ Beninteso: non prospetto l'inosservanza delle leggi o delle sentenze, ma l'esercizio di uno spirito critico comunque.

di lotta politica. La carenza di educazione alla legalità, in settori nevralgici, costituisce una precondizione o comunque un'occasione formidabile per la politicizzazione della politica criminale nei programmi elettorali quali appuntamenti permanenti dell'attualità e della politica giudiziaria quale oggetto dei proclami dei magistrati delle Procure: due dati che costituiscono la premessa storica del populismo penale americano (*supra*, § 3) e una costante del populismo penale e giudiziario italiano⁴⁷. Ma nello stesso tempo, non solo nel contesto nazionale, la "decapitazione dei capi"⁴⁸ attraverso il diritto penale è divenuta una patologia ma anche una prassi di sistema e fattore di populismo penale e giustizialismo insieme, ai quali proprio le magistrature devono opporre una resistenza culturale e politica, anziché "sdoganare" questo vero *contempt of Court*.

11. Cultura liberale, diritto penale "negativo" e programmi propositivi.

Il "diritto penale liberale" non è mai stato certo un motto o un sogno populista, e pertanto esprime bene una forma di resistenza al populismo⁴⁹.

Tuttavia, se preferisco parlare di garantismo anziché di liberalismo penale⁵⁰, è per due ottime ragioni. Ma non è questione di diversa sensibilità culturale o di lessico.

Una ragione è storica: quanti liberalismi ci sono stati, tra i più espressivi di una società di classe, del tutto diseguale e autoritaria⁵¹... Del resto l'inflazione penale non è

⁴⁷ Contro le varie forme di "diritto penale politico" v. il manifesto di T. VORMBAUM, "Politisches Strafrecht", in *ZStW* 107 (1995), spec. 744 ss., 750 ss.

⁴⁸ Per riprendere il titolo e il contenuto del mirabile apologo di I. CALVINO, *La decapitazione dei capi*, in ID., *Prima che tu dica "Pronto"*, Milano, Mondadori, 2002, 129 ss.

⁴⁹ Così è inteso chiaramente dal *Manifesto delle Camere penali*. E prima ancora da G. INSOLERA, *Perché non possiamo non dirci liberali*, in *Ind. pen.*, 2017, 3 ss. V. pure, ampiamente, la raccolta di saggi di G. INSOLERA, *Declino e caduta del diritto penale liberale*, cit.

⁵⁰ *Amplius* il nostro [Perché il garantismo non rende liberali la pena e il "diritto" penale, ma solo legittimi. Riflessioni a margine del manifesto del diritto penale liberale dell'unione delle camere penali italiane](#), in *disCrimen*, 24 maggio 2019, pp. 1-10, anche in *Cassazione penale*, 2019, 3132 ss.

⁵¹ Cfr. G. FIANDACA, [Intorno al diritto penale liberale](#), in *disCrimen*, 10 giugno 2019. Su quanto fosse liberale l'Italia penalistica del 'liberale' codice Zanardelli, emerge bene dalla rilettura di G. NEPPI MODONA, *Sciopero, potere politico e magistratura 1870/1922*, vol. I e II, Roma-Bari, Laterza, 1979; I. MEREU, *Cenni storici alle misure di prevenzione nell'Italia "liberale" (1852-1894)*, in *Le misure di prevenzione. Atti del convegno di Alghero*, Milano, Giuffrè, 1975, 197 ss.; F. BRICOLA, *Premesse storiche e ideologiche del diritto penale vigente*, in *Istituzioni di diritto penale*, a cura di F. BRICOLA e F. SGUBBI, Bologna, Litografia Lorenzini, Anno Acc. 1981-82, 28 ss.; R. MARTUCCI, *Emergenza e tutela dell'ordine pubblico nell'Italia liberale*, Bologna, il Mulino, 1980, 126 ss.; ID., *La regola è l'eccezione: la legge Pica nel suo contesto*, in *Nuova rivista storica*, 2013, 405 ss.; M. SBRICCOLI, *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, in A. SCHIAVONE, a cura di, *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Roma-Bari, Laterza, 1990, 173 ss., 189 ss.; ID., *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano*, in *Storia d'Italia. Annali 14, Legge, diritto, giustizia*, a cura di L. Violante, Torino, Einaudi, 1998, 487 ss.; F. COLAO, *Il principio di legalità nell'Italia di fine Ottocento tra "giustizia penale eccezionale" e "repressione necessaria e legale [...] nel senso più retto e saviamente giuridico, il che vuol dire anche nel senso più liberale"*, in *Quad. fior.*, n. 36/2007, *Principio di legalità e materia penale (Per Mario Sbriccoli)*, vol. I, 697 ss.; D. PETRINI, *La prevenzione inutile*, Napoli, Jovene, 1996, cap. I; R. MARTUCCI, *Emergenza e tutela dell'ordine pubblico nell'Italia liberale*, Bologna, il Mulino, 1980, 126 ss.; ID., *La regola è l'eccezione: la legge Pica nel suo contesto*, in *Nuova rivista storica*, 2013, 405 ss.

nata populista: chi conosce la storia del Novecento sa che è da prima dei suoi inizi che si parla di quella inflazione⁵², anche se è divenuto *slogan* tardonovecentesco scoprirne la “espansione” o descrivere e censurare la “overcriminalization”.

Nel lessico continentale il diritto penale liberale è un mito dell’Ottocento, che in Italia ha avuto *posteriore successo* grazie alla riscoperta degli oppositori alla Scuola positiva – la *Rivista penale* di Luigi Lucchini⁵³ che preparò e accompagnò il codice Zanardelli chiamando liberale la Scuola classica, mentre Francesco Carrara parlava ancora di “Scuola italiana”⁵⁴, e il famoso saggio di Lucchini⁵⁵ contro i “semplicisti” del diritto penale (i positivisti), ritenuti maestri di antigarantismo – e poi grazie agli oppositori del liberalismo nell’età dei fascismi – “Liberales oder autoritäres Strafrecht?” è il titolo del famoso libro “antiliberales” di Dahm e Schaffstein⁵⁶, e da allora ogni difesa del bene giuridico, per lungo tempo, è apparsa inserirsi in un diritto penale sedicente liberale, quando invece la categoria è stata sempre più impiegata per politiche per nulla *liberali* –. Nella sostanza, peraltro, il diritto penale liberale è rimasto sinonimo di un diritto penale che risulta *mite perché limitato* (più che veramente fondato nei contenuti) da principi di garanzia⁵⁷. Forse nel lessico politologico il termine “*liberal*” della tradizione anglo-americana è quello più adatto a esprimere invece il lato *positivo-progressista* dell’ideologia liberale, un liberalismo addirittura interventista a protezione dei diritti fondamentali e non rinunciatario. Tuttavia, questa *diversa* declinazione appartiene più al dibattito politico generale che non a quello penalistico, come risulta anche da alcune più recenti monografie in lingua inglese sul liberalismo penale: penso ai lavori di Arthur

⁵² Già R. FRANK, *Die Überspannung der staatlichen Gewalt*, in ZStW, 1898, Bd. XVIII, 733 ss., 737 definiva “infinita” l’area delle condotte punibili. Una lettura imprescindibile è poi W. NAUCKE, *La robusta tradizione del diritto penale della sicurezza: illustrazione con intento critico*, in *Sicurezza e diritto penale*, cit., 79-89. V. pure T. VORMBAUM, *Fragmentarisches Strafrecht in Geschichte und Dogmatik*, in ZStW, 2011, tr. it. *Il diritto penale frammentario nella storia e nella dogmatica*, in *Dir. pen. cont.*, n. 1/2015, 51 ss., ora anche in ID., *Studi di storia del diritto penale moderno*, Napoli, Esi, 145 ss., spec. 165 ss., e qui anche la magistrale sintesi: *Storia moderna del diritto penale tedesco. Prima lezione*, *ivi*, 9 ss. Ma v. pure ID., *Aktuelles zur Lage des Strafrechts: „So viel Strafrecht war nie“* (in ID., *Beiträge zum Strafrecht und zur Strafrechtspolitik*, 2. Aufl. Berlin, Lit, 2018, 129).

⁵³ Cfr. M. SBRICCOLI, *Il diritto penale liberale. La “Rivista penale” di Luigi Lucchini (1874-1900)*, in *Quaderni fior.*, 1987, 105 ss., 144 ss. Ne rievoca oggi l’esempio, contro il populismo penale, E. AMATI, *L’enigma penale*, cit., 316 ss.

⁵⁴ F. CARRARA, *Cardini della Scuola penale italiana. A chi vuole intendere novellamente dichiarati*, Lucca, Tipografia Canovetti, 1875. In questo scritto, veramente, si ribadisce che il penale è tutela di diritti, e loro restaurazione, più che diritto di correggere. Una concezione della pena come retribuzione giuridica-prevenzione positiva, ma di carattere “generale”, non individuale, in contrapposizione alle concezioni dell’emenda, o correzionaliste, ritenute non avversarie, ma subordinate e di matrice germanica (polemica con Roeder). Quanto peraltro fosse *hegeliana* l’impostazione di Carrara restava forse ignoto al nostro grande criminalista. La subordinazione dell’emenda, peraltro, rispondeva implicitamente al principio di laicità: il divieto per lo Stato di entrare forzatamente nella coscienza dei singoli, principio autenticamente liberale. V. sul rapporto tra Carrara e la scuola “classica” (così poi definita dai positivisti) M. SBRICCOLI, *Il diritto penale liberale*, cit., 160 ss.; ID., *La penalistica civile*, cit. 160 s., 185 ss., 189 ss.

⁵⁵ L. LUCCHINI, *I semplicisti (antropologi, sociologi e psicologi) del diritto penale. Saggio critico*, Torino, Utet, 1886.

⁵⁶ G. DAHM, F. SCHAFFSTEIN, *Liberales oder autoritäres Strafrecht?*, Hamburg, Hanseatische Verlagsanstalt, 1933.

⁵⁷ Cfr. in area tedesca l’attualizzazione di questo approccio, in forma monografica, di S. GROßMANN, *Liberales Strafrecht in der komplexen Gesellschaft. Über die Grenzen strafrechtlicher Verantwortung*, Baden-Baden, Nomos, 2016, 55 ss. e *passim*.

Shuster, dell'University of Toronto⁵⁸ e di Henrique Carvalho⁵⁹, University of Warwick, e che non riflettono certo tratti liberali del diritto penale americano o di quello inglese *in action*⁶⁰.

Se scaviamo sotto le parole, è di maggiore libertà sostanziale, di sostanza liberale dei diritti assicurati da un certo modello di diritto penale, che si parla in quegli scritti. Non di un penale liberale in quanto "permissivo" e punitivo a un tempo. C'è sempre un prevalere della società civile dei diritti sul diritto penale. Il penale, anzi, viene talora visto come essenzialmente "pericoloso". E il liberalismo è in fondo lo stesso della tradizione hobbesiana, assolutista e liberale insieme, che vedeva sì nello scopo del diritto penale il "terrore" (così il cap. 32 del *Leviatano*), ma era preoccupato della autoconservazione della società, e non ancora ossessionato da finalità preventive: in questa percezione dello *Stato di prevenzione*, oggi descritto a tutto campo in note ricerche di Andrew Ashworth e Lucia Zedner che si richiamano a un "liberal model of criminal law"⁶¹, il liberalismo sembra di nuovo aggregare anche il polo retribuzionista di una critica antipreventiva⁶².

⁵⁸ A. SHUSTER, *Punishment and the History of Political Philosophy. From classical Republicanism to the Crisis of modern Criminal Justice*, Toronto, Buffalo, London, University of Toronto Press, 2016, spec. 132 ss. E qui la tematizzazione storico-filosofica di un penale "terapeutico" già presente nelle Leggi di Platone, contrapposto a un penale "liberale" in quanto più rispettoso dell'individuo nella prospettiva non finalistica-strumentale, ma proprio per questo più retributiva, anche se ancorato in età moderna all'idea di difesa sociale, da Hobbes in poi. Lo scenario della penalizzazione americana di massa occupa qui larga parte dei problemi del presente rispetto a un diritto penale "liberale" che non vuole rieducare, ma non sa neppure limitare le istanze della difesa sociale.

⁵⁹ H. CARVALHO, *The preventive Turn in Criminal Law*, Oxford, Oxford Univ. Press, 2017. Studio che si inseriva in una più ampia ricerca su "The Dangerous Essence of Criminal Law", e tematizza la dialettica (ritenuta inevitabile) tra istanza "liberale" classica e svolta preventiva del diritto penale moderno (osservata principalmente sulla legislazione inglese), assegnando al liberalismo una funzione limitativa ancorata pur sempre a momenti retributivi (che guardano al passato) e di responsabilità individuale, e alla prevenzione tendenze espansive della punibilità e inevitabili depotenziamenti delle garanzie dell'individuo.

⁶⁰ V. *supra*, nota 22.

⁶¹ V. soprattutto A. ASHWORTH, L. ZEDNER, *Defending the Criminal Law*, in *Crim. Law and Philosophy*, 2008, spec. 21 ss., 44 ss.; in questo scritto, peraltro, si prospetta "a liberal conception of criminal justice that emphasises both the purpose of the criminal law in providing for censure and punishment and the need to respect the autonomy and dignity of individuals in the criminal process" (*Ivi*, 22); nondimeno, gli aspetti processuali dell'inflazione preventiva dell'uso del diritto penale sono assorbenti, dimostrandosi l'impossibilità di rispettare un modello di giustizia penale liberale attento ai diritti processuali della persona in presenza di abuso di forme di bagatellizzazione sanzionatoria mista civile/penale, pene pecuniarie fisse, ordini preventivi, forme di responsabilità oggettiva, procedure semplificate etc. che rendono impossibili una vera difesa e un vero processo, oltre che un vero rimprovero. *Amplius*, contro le derive dello Stato di prevenzione, lo studio monografico ID., *Preventive Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2014.

⁶² H. CARVALHO, *The preventive Turn*, cit., 4 ss. riprende specificamente le tesi di Ashworth e Zedner che contengono la proposizione di un "liberal model of criminal law". L'A. parla frequentemente di stato liberale e società liberale attuali: peccato che a mancare sia la società liberale in primo luogo. Di conseguenza il diritto penale corrisponderà di più a questo tipo di aggregazione politica. Che liberalismo e "retribuzionismo del rimprovero penale" siano poi del tutto vissuti come compatibili è attestato in *common law* da una lunga tradizione. Forse esemplare J. FEINBERG, *The expressive Function of Punishment*, in ID., *Doing and Deserving. Essays on the Theory of Responsibility*, Princeton and London, Princeton Univ. Press, 1970, 95 ss., e qui la distinzione tra *punishment* (con contenuto espressivo-biasimante) e mera *criminal sanction* (senza rimprovero).

Ma è sempre il tema del liberalismo dello Stato, che dovrebbe come conseguenza ridurre l'uso strumentale del diritto penale.

C'è poi una ragione sentimentale insopprimibile: Strafen ist immer autoritär⁶³.

Il penale aumenta il male e toglie diritti, segna soglie di intolleranza, è il diritto più autoritario e intollerante che esista. Lo è per sua natura.

Come nella favola della rana e dello scorpione.

Liberal è dunque *la cultura* del garantismo, non la legge punitiva che, rispettando le garanzie, mi tiene in ceppi.

Liberal è la società con meno penale, non con un penale molto garantito ed efficacissimo, scientificamente repressivo con tutte le procedure assicurate. Una società dalla quale in concreto potremmo desiderare di fuggire.

Tutto ciò chiarito, credo che siamo e dobbiamo restare fundamentalmente **uniti sugli obiettivi di fondo della resistenza**, che è ancora molto meno di un progetto di ampia decriminalizzazione a cui credono oggi in pochissimi, e anche se non ci sarà la piena convergenza attorno a tutti questi obiettivi.

Difficile, ad esempio, è non convenire nell'esigenza di **contrastare la fede nel diritto penale come religione di massa**: un vero progetto illuministico, di razionalizzazione della politica, deve essere perseguito a livello collettivo.

Politicamente più opinabile può risultare, per quanto strano sembri, **l'opposizione alle leggi criminogene e disumane** che una parte della politica populista nondimeno sostiene (su immigrazione, trattamento dei carcerati, individuazione di nuovi nemici etc.)⁶⁴: il tema, infatti, è quanto vi sia di veramente incostituzionale nelle leggi e quanto abbia un carattere puramente "illiberale", a livello di proclami.

Più complesso ancora è **l'obiettivo di riduzione del penale**: in primo luogo, perché l'espansione continua del penale non rappresenta un programma caratterizzante il populismo, ma un tratto secolare di evoluzione legislativa; e in secondo luogo, perché su questo terreno è facile dividersi, posto che un piccolo miglioramento costruttivo può già significare più penale, e la stessa interpretazione, anche senza "colmare le lacune", può produrre pena, anziché libertà. Una prospettiva culturalmente *liberale* potrebbe suggerire un vero non collaborazionismo, salvo che per ridurre il male aggiunto dalla pena: una scienza dei limiti del diritto penale⁶⁵ o della sua dimensione di lotta⁶⁶. Un

⁶³ T. VORMBAUM, *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*, 4 Aufl., Springer, 2019, 276.

⁶⁴ Evidenza opportunamente, tra gli altri, questi tratti del populismo penale del "governo del cambiamento" L. FERRAJOLI, *Il populismo penale*, cit., 80 ss., come una caratteristica del "salto di qualità" di questo tipo di populismo penale, rispetto a quelli che lo hanno preceduto.

⁶⁵ T. VORMBAUM, "Politisches Strafrecht", cit., 744 ss., 750 ss.; ID., *Fragmentarisches Strafrecht*, trad. it. cit. in ID., *Saggi di storia del diritto penale moderno*, cit., 179 ss. (sub § C. 2); Impostazione originariamente già presente in W. NAUCKE, *Schwerpunktverlagerungen im Strafrecht*, in *KritV*, 1993, 137 ss.; ID., *Wissenschaftliches Strafrechtssystem und positives Strafrecht*, in *GA*, 1998, 263 ss., 271; ID., *Autobiographie*, in: E. HILGENDORF (Hrsg.) *Die deutsche Strafrechtswissenschaft in Selbstdarstellungen*, de Gruyter, Berlin, 2010, 41ss., 442 s.

Non dissimile la posizione di E.R. ZAFFARONI, *La critica al derecho penal y el porvenir de la dogmática jurídica* (già in *Libro-Homenaje Baristain*, 1989, poi) in ID., *En torno del cuestión penal*, Montevideo, Buenos Aires, BdeF, Julio Cesar Faira, 2005, 97 ss.

⁶⁶ Di "Verbrechensbekämpfungsbegrenzungsrecht" parla ancora NAUCKE, *Negatives Strafrecht* in ID., *Negatives Strafrecht – 4 Aufsätze –*, Berlin, Lit Verlag, 2015, 40.

“**diritto penale negativo**”, incentrato sui soli principi di garanzia, ma senza un contenuto positivo sul quale convergere⁶⁷. Preferibilmente, a mio avviso, una politica di deflazione, **anziché fondarsi puramente su un “progetto penale negativo”, di mere censure di principio, verifiche di legittimità e istanze di depenalizzazione**⁶⁸, potrebbe puntare sulla ricostruzione di un sistema sanzionatorio legato alle conseguenze, e dunque al danno, alla riparazione, alla risocializzazione, anziché alla censura, alla lotta e alla neutralizzazione di presunti “nemici”. Così **favorendo, a partire dal senso del punire, il ripensamento dei precetti**.

Se questo senso dei precetti si pone in sicuro contrasto con la logica del nemico che la stagione del governo del cambiamento ha radicalizzato, convogliando i sentimenti più negativi della pubblica opinione, esso comporta anche **una ricostruzione della cultura giuridico-penale dei partiti** in generale, che appare tutt’altro che acquisita e costituzionalmente orientata.

Questo scritto è dedicato a Gaetano Insolera. Il dialogo con lui in tanti anni di dibattiti⁶⁹ ha conosciuto convergenze evidenti e alcuni contrasti⁷⁰ che non ho sempre compreso veramente. La ricerca della chiarezza e l’evoluzione della politica mi hanno imposto di ritornare più volte su questi temi da un punto di vista non solo penalistico, ma anche politico-filosofico. Una valutazione di sintesi si esprime nell’idea che tanto il **diritto penale democratico** quanto il **diritto penale liberale** rimangono coppie di ossimori o di contrasti. Io preferisco la prima (la “democrazia penale”)⁷¹, perché mi pare che sia più moderna, attuale e non ottocentesca, perché non è riducibile a *slogan* – anzi, fa ragionare, invece di applaudire – e contiene i poli di una vera dialettica in atto oggi, laddove la contrapposizione tra diritto penale e liberalismo è precostituzionale e resta permanente dall’*ancien régime*, ma non è una vera dialettica, dato il carattere violento e

⁶⁷ È il modello riduzionistico radicale proposto da W. NAUCKE, *Negatives Strafrecht*, cit., 27 ss., 35 ss.

⁶⁸ Per alcune osservazioni critiche al realismo di un modello mai interventista rinvio a quanto esposto in *Europeismo giudiziario e scienza penale*, cit., 56 ss. V. pure, in un contesto argomentativo solo in parte diverso, G. FIANDACA, *Aspetti problematici del rapporto tra diritto penale e democrazia*, cit., 152 s.

⁶⁹ A cominciare da G. INSOLERA, M. PAVARINI, *Quale ordine al disordine penale? Riflettendo sul saggio di Massimo Donini*, in *La riforma della legislazione penale complementare. Studi di diritto comparato*, a cura di M. Donini, Cedam, Padova, 2000, 61 ss.; M. DONINI, G. INSOLERA, *Introduzione a Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, a cura di Insolera, Monduzzi, Bologna, 2005, 12 ss.; G. INSOLERA, *La produzione del “penale”: tra governo e parlamento maggioritario*, in DPC, 17 giugno 2016.

⁷⁰ In particolare, G. INSOLERA, *Il populismo penale*, cit.

⁷¹ Del tutto convergente l’analisi di C. E. PALIERO, *Legittimazione democratica versus fondamento autoritario*, cit., 163: “Il fondamento autoritario è elemento coesistente e, appunto, genetico di ciò che l’espressione “diritto penale” denota in generale (e ha denotato nelle diverse epoche); un nucleo strutturale che non può essere sottratto allo strumento giuridico in questione, se non al prezzo di trasformarlo in una grandezza normativa differente. La matrice democratica, affiancandosi a tale nucleo quale ragione fondante del diritto penale, si pone in dialettica con esso non tanto per ciò che concerne l’individuazione della pena come risposta sanzionatoria, sulla quale autoritarismo e legittimazione democratica hanno invece dimostrato di convergere costantemente, quanto invece: (a) per la selezione della *materia* da assegnare alla competenza del diritto penale (*i.e.* i valori da tutelare); (b) la definizione del *modo di disciplina* attraverso il quale implementare la tutela penale (*i.e.* il modello di incriminazione); (c) il *lessico* da riservare al discorso penale nell’alternativa fra *lessico bellico* e *lessico riconciliativo*”.

autoritario di *ogni* diritto penale, che può essere diminuito con la riduzione del penale, non con la garanzia che le catene saranno applicate in modo *fair*. La nascita del diritto penale dei principi e delle garanzie, con l'illuminismo, introduce dunque limiti in uno strumento maligno, senza renderlo liberale in sé.

Invece, l'autentica dialettica della democrazia penale – il **populismo penale** costituisce **un caso eclatante di crisi della democrazia “attraverso il diritto penale”**, anziché di costruzione di un diritto penale costituzionale – dipende dalla conclamata debolezza delle plurime democrazie esistenti e dalla decadenza dell'illuminismo penale non tanto rispetto al permanere di numerosi suoi principi, pur annacquati o traditi nel tempo presente, quanto rispetto al fatto che, non essendo l'illuminismo mai stato democratico, proprio in diritto penale esso vive oggi la necessità di aggiornamenti epistemici che il dibattito non ha ancora veramente portato a compimento.

Il discorso si rivolge ovviamente a chi dell'illuminismo penale ha saputo mantenere viva l'eredità, pur sapendo che, come ogni eredità, ha alle spalle un *de cuius*.

Uno spirito democratico (non demagogico) può giovare al diritto penale, perché esso significa, in aggiunta al – e non certo in sostituzione del – livello garantistico della democrazia costituzionale che l'illuminismo ha contribuito a fondare, controllabilità del potere, condivisione dei saperi, trasparenza delle decisioni: viceversa, a una conoscenza aristocratica dei principi e soprattutto delle regole che da quelli dovrebbero “logicamente” dedursi, non crede oggi più (quasi) nessuno⁷².

⁷² E con ciò all'idea che la legislazione penale sia una scienza (deduttiva), anziché una politica. È semmai il diritto la patria della scienza – di quel ridotto *corpus* e metodo scientifico che esso contiene –, non la legislazione in quanto tale, per quanto anch'essa abbia conosciuto stagioni più felici. L'illuminismo ha continuato a coltivare la logica deduttiva (il sapere logico-matematico come paradigma), e anche il costituzionalismo penale del secondo Novecento ha proseguito con questo metodo giusrazionalistico. Una diversa e più matura episteme si trova nell'apertura storico-comparata e alle scienze sociali (diversamente declinata rispetto al pur antesignano esempio storico della largamente illiberale *Scuola positiva*) e alla sussidiarietà quale banco di prova davvero empirico del principio di *ultima ratio*. Approfondimenti negli studi su: *Scienza penale e potere politico*, cit., 95 ss.; ID., [Garantismo penale oggi](#), in *Criminalia*, 2019, anticipato in *disCrimen*, 16.12.2019, 1-31, e in *Ordines*, n. 2/2019; ID., *I due paradigmi fondamentali della comparazione penalistica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 2/2020.