

Criminalia

Annuario di scienze penalistiche

2024

●
Primo piano

*Per una rifondazione della scienza penalistica.
Ricordando Franco Bricola*

●
I grandi orizzonti penalistici

*Prospettive di un sistema sanzionatorio riparativo
La recidiva nell'indagine di Giacomo Matteotti, tra passato e presente
La riparazione: una giustizia senza toga?
Le finalità della pena per l'offesa involontaria
La fattispecie incriminatrice come "forma simbolica"
Un 'penale' più 'civile'?*

●
Il punto su...

Prova e verità nel processo penale

●
Opinioni a confronto

*I diversi volti della violenza digitale di genere
nella cornice degli obblighi sovranazionali di tutela
La diffusione di contenuti illeciti online. Obblighi di incriminazione
e contrasto del "deepfake" nella direttiva (UE) 2024/1385*

●
Antologia

Edizioni ETS

CARLO PIERGALLINI

UN 'PENALE' PIÙ 'CIVILE'? (*)

SOMMARIO: 1. Suggestioni. – 2. La 'penalistica civile' e la 'civilistica penale'. – 3. 'Penale' e 'civile' nella postmodernità. – 4. Il dilavamento del 'penale' e l'incontenibilità del 'civile'. – 5. La 'civiltizzazione del penale' sul terreno dell'interpretazione. – 6. Giustizia riparativa e 'civiltizzazione del penale'. – 7. La 'privatizzazione' del processo penale. – 8. Conclusioni.

1. *Suggestioni*

'*Penalistica civile*', '*civilistica penale*', un '*penale più civile*': l'argomento di questo lavoro, dedicato a Giorgio Lattanzi, evoca suggestioni policrome, talvolta equivoche, ma che, come vedremo, inducono a riflettere, ancora una volta, sul volto dell'illecito penale, sui suoi cromosomi, allo scopo di appurare se ne abbia introiettati di nuovi, in particolare dal 'civile', aprendo il campo a fenomeni di ibridazione. Nelle espressioni poc'anzi utilizzate, è bene ribadirlo, il riferimento al 'civile' non riversa identici significati, perché risente della diversa dimensione diacronica in cui viene calato. Occorre, pertanto, distinguere *storicamente*, per scrutare la trama e il contenuto delle interferenze tra i due illeciti.

2. *La 'penalistica civile' e la 'civilistica penale'*

La '*penalistica civile*' prende forma, nel nostro Paese, tra gli anni quaranta e settanta del XIX secolo ed è stata magistralmente scolpita nei raffinati lavori di Mario Sbriccoli¹. Come si sa, il Regno d'Italia nacque nel 1861 sotto il segno

(*) È il testo dell'intervento al convegno «Un "penale" più "civile"? *Influenze e interferenze tra due discipline*», svoltosi all'Università di Firenze il 18 aprile 2024, riascoltabile al link <https://discrimen.it/videos/un-penale-piu-civile-influenze-e-interferenze-tra-due-discipline/>. Il presente contributo è stato pubblicato nel volume collettaneo *Liber amicorum per Giorgio Lattanzi*, a cura di G. Fidelbo e E. Gallucci, Giuffrè, 2025, 627 ss. Si ringraziano l'Editore e i Curatori per averne autorizzato la pubblicazione.

¹ M. SBRICCOLI, *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, in ID., *Storia del diritto penale e della giustizia*, I, *Scritti editi e inediti* (1972/2007), Milano, 2009,

dell'emergenza: era il brigantaggio ad essere percepito come un fattore potenzialmente distruttivo dello Stato unitario. Inevitabili le torsioni sul sistema penale, marcato dalla ricorrenza di leggi eccezionali volte a reprimere il fenomeno. Contro questa corrente si mosse una generazione di Penalisti liberali (si pensi, su tutti, a Francesco Carrara), che fomentò una rivoluzione delle prospettive, assumendo il problema penale come un problema di *ideologie punitive*. L'esito di questa 'battaglia' condusse, come è noto, alla realizzazione del codice penale Zanardelli, di ispirazione liberale e di pregevole fattura. Accanto all'obbiettivo di assicurare uno spazio alla 'giustizia' nella vita sociale, questa generazione di Penalisti puntò ad accrescere il processo di 'incivilimento', nel cui ambito il diritto penale rivestiva un ruolo decisivo. I terreni di elezione erano essenzialmente tre: l'abolizione della pena di morte, la proporzione della pena con il delitto, il sistema delle prove². Balza agli occhi che si era al cospetto di temi che si ponevano in linea di continuità con il riformismo illuministico del secolo precedente. In questo ambito, i criminalisti sono chiamati a riflettere sui limiti del potere punitivo, in un contesto storico contraddistinto da una costante: quella di conciliare le innovazioni di matrice liberale con i ricorrenti timori per la sicurezza e l'ordine pubblico. Significativo, in proposito, il rifiuto che Carrara oppose alla trattazione dei 'delitti politici', indicati come il risultato della «prevalenza dei partiti e delle forze», come tali inconciliabili con «i principi assoluti del giure penale»³. Di particolare interesse si rivelò, inoltre, il dibattito sulla pena di morte, che andò ben oltre la censura del suo contenuto di inciviltà. La questione della pena capitale fomentò un dibattito sulla "scala penale". Francesco Carrara sostenne che, siccome i delitti sono diversi per qualità, quantità e grado, anche le pene dovranno replicare tali diversità, ispirandosi all'idea della *moderazione*, il cui complemento era costituito dalla *certezza*⁴. Su questo terreno, si sviluppò, parallelamente, una contestazione alla teoria dell'«adeguazione», che sosteneva la necessità di infliggere la stessa pena per il delitto tentato e la complicità.

All'interno del descritto quadro, la parola 'civile' non qualifica il volto del 'penale' in un'ottica *infrassistematica*, che, anzi, le è del tutto estranea. L'attributo 'civile' trasuda un'istanza di 'civiltà', una visione 'filosofica' del diritto penale, contraddistinto dal perseguimento di un sistema giusto, garantito, libero, finalmente depurato dalle iniquità e dalle atrocità del passato.

495 ss.; ID., *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, in L. VIOLANTE (a cura di), *Storia d'Italia. Annali XIV. Legge diritto giustizia*, Torino, 1998, 487 ss.

² M. SBRICCOLI, *La penalistica civile*, cit., 505.

³ F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale, Parte speciale*, Lucca, 1871, VII, 627.

⁴ F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale, Parte generale*, Lucca, 1871, 372.

Tuttavia, all'inizio del XX secolo, la 'penalistica civile' attraversò una forte crisi unitamente alla (contrapposta) scuola dottrinale positivista, che puntava a trasformare il Paese in un immenso riformatorio. La dissoluzione del liberalismo tocca proprio il suo principale terreno di elezione, vale a dire l'esistenza di una giustificazione esterna al diritto penale, come argine della libertà contro l'arbitrio. Il 'nuovo', che si contrappone, propugna un'idea di Stato concepito come «ente originario, 'personale', capace di volontà»⁵. L'obbiettivo è chiaramente quello di una *desertificazione ideologica*, di una spolitizzazione, in nome di un diritto penale «che deve prodursi da sé operando su se stesso»⁶. È l'abbandono del retroterra illuministico a favore della concezione dello Stato come entità neutrale, valutativa, che viene prima dell'individuo. Su questo terreno, affonda le radici la 'civiltà penale', cioè la progressiva affermazione del modello del 'diritto civile' adottato dalla scienza del diritto pubblico, per mano di Vittorio Emanuele Orlando, e, successivamente, dal diritto penale, ad opera di Arturo Rocco. Il primo, nella prolusione palermitana, sollecitava la disincrostazione del diritto pubblico dalla filosofia, dall'economia, puntando a concepirlo nello stesso modo del diritto privato, come complesso di principi giuridici sistematicamente coordinati⁷. Il 15 gennaio 1910 Arturo Rocco, nella sua prolusione sassarese, sostiene che il compito della scienza del diritto penale è «l'elaborazione tecnico-giuridica del diritto penale positivo e vigente, la conoscenza scientifica, e non semplicemente empirica, del sistema del diritto penale qual è, in forza delle leggi che ci governano»⁸. È la data di nascita del *metodo tecnico-giuridico*, che comporta la sepoltura della concezione integrata del diritto penale. Ciò che conta è la *dommatica* e, per conseguire questo obbiettivo, il diritto penale ha come *modello di riferimento esterno*, per eccellenza, il *diritto civile*, dal quale importare i metodi di analisi, i principi regolatori, i sistemi classificatori e le categorie esegetiche. Si vuole un diritto penale apolitico, neutrale, privilegiando la via del formalismo, a discapito dei contenuti dello *ius puniendi*.

A differenza della 'penalistica civile', la 'civiltà penale' addita esplicitamente il diritto civile come sistema di riferimento, invitando ad assimilarne i paradigmi. Dunque, il 'civile' viene invocato come strumento di elaborazione del diritto penale vigente, allo scopo di edificare la corrispondente dogmatica. Politicamente, il rinvio al 'civile' fa segnare un vistoso arretramento rispetto all'esigenza di 'civiltà' che

⁵ P. COSTA, *La giuspubblicistica dell'Italia unita: il paradigma disciplinare*, in A. SCHIAVONE (a cura di), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Bari, 1990, 119.

⁶ Lo rileva M. SBRICCOLI, *Caratteri originari*, cit., 521.

⁷ V.E. ORLANDO, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, Prolusione palermitana del 1889, in *Archivio giuridico*, XLII, 1889, fasc. I, 20.

⁸ AR. ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, in *Rivista di diritto e procedura penale*, I, 1910, parte prima, 497.

permeava i penalisti liberali. È risaputo che l'indirizzo tecnico-giuridico è perdurato perlomeno fino alla fine degli anni sessanta del XX secolo. Nel 'civile', uno dei punti di riferimento più 'alti' e significativi della costruzione dogmatica è da rintracciare nella celebrata opera "*Dottrine generali del diritto civile*" di Francesco Santoro Passarelli⁹. Nel 'penale', merita di essere ricordata, tra le altre, per la dichiarata propensione alla costruzione di una figura unitaria di 'torto' (penale e civile), la monografia del 1926 di Francesco Carnelutti "*Il danno e il reato*"¹⁰, in cui il reato e l'illecito civile trovano una superiore sintesi nel *genus* del "torto", come atto *contra ius*. Scrive Carnelutti che «il precetto fa un corpo con tutte le sanzioni civili e penali che lo garantiscono. Non può essere collocato né nell'uno né nell'altro lato [...] perché appartiene all'uno quanto all'altro»¹¹. Una suggestione, questa, vale la pena di annotarlo, ripresa, oggi, da un Maestro del diritto civile, Natalino Irti, che, criticando la separazione delle discipline, invita a guardare oltre, invocando un criterio superiore, vale a dire un principio giuridico capace di ristabilire l'unità (perduta) tra il reato e l'illecito civile. Tale criterio viene individuato nel concetto di ordinamento, che viene lesa, nella sua interezza, dall'azione antiggiuridica. L'illecito è pertanto tale di fronte a tutto l'ordinamento. Ne deriva che qualsiasi sanzione va considerata come 'pena', cioè come risposta afflittiva all'atto illecito¹².

Ebbene, quello della 'penalistica civile' e della 'civilistica penale' può essere considerato una 'tema' del passato, da archiviare, o conserva profili di attualità?

È soprattutto la 'penalistica civile' a meritare attenzione. Una consegna ai posteri parrebbe davvero troppo disinvolta. Molti dei problemi all'epoca sollevati, sia pure con intensità e sfaccettature diverse, sono ancora sul tappeto e alimentano il dibattito. Si parla oggi di rifondazione del garantismo penale¹³ al cospetto del populismo che domina la scena, capace di gemmare penalità a dismisura con editti sanzionatori provvisti di un vistoso gigantismo¹⁴. Per non dire dello sfigurante volto

⁹ F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1954.

¹⁰ F. CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, Padova, 1926.

¹¹ F. CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, cit., 83.

¹² N. IRTI, *Il ritorno all'unità*, in G. DONATI-G. FORTI-C. MAZZUCCATO-A. VISCONTI (a cura di), *L'esercizio del "giusto giudizio". Idea di responsabilità e fondamenti della giustizia nell'anniversario manzoniano*, Milano, in corso di pubblicazione. Un'aspirazione in parte 'unitaria' può pure rintracciarsi nella monografia di G. CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza. Saggio per una teoria dell'illecito civile*, Padova, 1966, nel cui ambito, però, è la dogmatica penalistica, imperniata sulla tripartizione, a guidare la costruzione dell'illecito civile, peraltro in controtendenza rispetto agli studi civilistici dell'epoca, che puntavano a recidere il legame edipico tra l'illecito penale e il torto aquiliano.

¹³ Il tema del 'garantismo' è stato, di recente, rimeditato, con esiti diversi, da: V. ROPPO, *Garantismo. I nemici, i falsi amici, le avventure*, Milano, 2022; L. FERRAJOLI, *Giustizia e politica. Crisi e rifondazione del garantismo penale*, Bari, 2024.

¹⁴ In questo quadro si iscrive l'opera della Corte costituzionale, che ha emancipato il giudizio di proporzionalità dallo schema triadico della ragionevolezza-uguaglianza, con l'effetto di poter censurare

della pena detentiva, gravata da una condizione carceraria che aggiunge la pena del degrado a quella inflitta dal giudice. Tuttora in auge il tema della sicurezza pubblica, con il quale si salda anche il rapporto tra la libertà di manifestazione del pensiero e i discorsi d'odio: un tema, questo, delicatissimo, nel quale il 'penale' ambisce ad insinuarsi con tutto il carico di prevedibili rischi che si trascina. Per non parlare del sistema delle misure di prevenzione: formalmente 'non penale', lo supporta vigorosamente, sfruttando congegni applicativo-imputativi più laschi, che esitano in restrizioni personali e ablazioni patrimoniali di significativo impatto.

Non parrebbe azzardato, quindi, concludere che il *topos* della 'penalistica civile' è tutt'altro che defunto. I valori, che lo animavano, conservano, oggi, in forme diverse, una vivida attualità.

3. 'Penale' e 'Civile' nella postmodernità

Un autorevole, compianto Studioso, per descrivere la condizione attuale del 'penale', lo ha icasticamente fotografato come *'totale'*, atteso che la sua *estensione topografica non conosce più limiti*¹⁵. Proprio muovendo da tale inarrestabile estensione, si può prospettare l'idea di una sorta di 'civiltà' del 'penale': 'civiltà' non già perché faccia meno 'male', bensì perché lascia trasparire i cromosomi del diritto civile, replicandone le fattezze per lo meno su tre versanti:

a) nella *misura della sua dilatazione*: come il 'civile', il 'penale' si insinua, ormai, in ogni lacerto della nostra vita, palesando una preoccupante bulimia¹⁶;

il vizio autonomamente, ossia con riferimento esclusivo al giudizio di meritevolezza di pena riflesso nella dosimetria sanzionatoria normativamente prevista: cfr., tra le altre: Corte cost. n.236 del 2016, sul minimo di pena del delitto di alterazione di stato, dove la necessità di individuare il *tertium comparationis* riemerge *ex post* ai soli fini dell'individuazione del sostituto sanzionatorio; Corte cost. n.222 del 2018, sulla pena accessoria fissa del delitto di bancarotta fraudolenta, dove, ai fini della sostituzione della misura illegittima, ci si accontenta che il sistema fornisca precisi punti di riferimento già presenti nella legislazione ovvero soluzioni già esistenti nel sistema legislativo ancorché non costituzionalmente obbligate.

¹⁵ F. SGUBBI, *Il diritto penale totale*, Bologna, 2019. Per una recente, acuta riflessione, condotta con un approccio multidisciplinare, sul fenomeno sociogiuridico del 'punire', v. G. FIANDACA, *Punizione*, Bologna, 2024.

¹⁶ Sul tema dell'ipertrofia penalistica, è fondamentale il rinvio a C.E. PALIERO, «Minima non curat praetor». *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985. Vi è da segnalare, poi, che persino la sanzione amministrativa, da auspicato strumento di riduzione dell'ipertrofia penalistica, è diventata oggi, addirittura, una sorta di suo 'concorrente esterno', visto il proliferare di scelte legislative deliberatamente cumulative, che prevedono, cioè, la convergenza della sanzione penale e di quella amministrativa sul medesimo fatto, così da innescare preoccupanti fenomeni di *bis in idem*. Per un'accurata indagine di questo fenomeno, v. A.F. TRIPODI, *Ne bis in idem europeo e doppi binari punitivi*, Torino, 2022.

b) in sede *interpretativa*, dove il ‘penale’, alla stessa stregua del ‘civile’ (autorevolmente ‘bollato’ come ‘incalcolabile’¹⁷), è attraversato da un formante giurisprudenziale non di rado creativo, che opera più per “valori” che per “fattispecie”;

c) sul piano *sanzionatorio*, dove la ridefinizione dei conflitti sociali, sottesi ad alcuni reati, non viene più conseguita con strumenti repressivi, bensì attraverso modelli ‘civilistici’ di stampo *compensativo-riparatorio*, che issano il *risarcimento del danno* a strumento di composizione dei conflitti.

Anche sul terreno *processuale*, si rileva la sua crescente ‘*negozialità/privatizzazione*’, comprovata dalle maglie più larghe previste per accedere ai riti alternativi al dibattimento e alla distribuzione di ulteriore premialità accordata a forme di *probation* e alla rinuncia agli strumenti di impugnazione.

Gli indicati segnali di ‘civiltà’ vengono, per lo più, valutati negativamente: essi costituirebbero, cioè, lo specchio di un diritto penale polimorfo, che rilascerebbe vistose fratture con i principi costituzionali che dovrebbero conformarlo. Una valutazione, questa, il cui apprezzamento richiede uno scandaglio più ravvicinato dei territori gravati dalla ‘confusione’ tra i due sistemi.

4. Il dilavamento del ‘penale’ e l’incontenibilità del ‘civile’

La misura dell’impiego del ‘penale’ non conosce argini. La riserva di legge, specie se concepita come assoluta o tendenzialmente tale, avrebbe dovuto conformarne l’adozione, grazie al coinvolgimento dell’organo massimamente rappresentativo della volontà popolare, deputato ad assicurarne un impiego ponderato, proprio in virtù della ‘lentezza’ dell’*iter legis*, sinonimo di una meditata riflessione sugli interessi in gioco nella materia penale. Così non è: le fonti di produzione si sono moltiplicate. Si pensi alle norme sovranazionali, che riversano sempre più “penalità” e che sono spesso il frutto di istanze tecnocratiche, in cui l’idea della rappresentatività e, perciò, della democraticità del prodotto, scade a mero ‘simulacro’. Sul piano interno, il ricorso agli atti dell’Esecutivo, in varia misura integrativi del precetto, è una vera e propria costante. Inutile nascondere: la riserva di legge è ormai “all’angolo”.

Non può poi essere trascurato il propellente *mediatico*. Il *legislatore* è oggi *geneticamente mediatico*, nel senso che «detta l’agenda politica selezionando [...] le materie (i valori) da assegnare prioritariamente alla competenza del sistema penale»¹⁸, imbastandone, altresì, il modo di disciplina e il lessico (di fog-

¹⁷ N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016.

¹⁸ C.E. PALIERO, *L’Agorà e il palazzo. Quale legittimazione per il diritto penale?*, in questa *Rivista*, 2012, 116.

gia grezza e talvolta bellico), grazie all'immediatezza del messaggio, non gravato dal vincolo del confronto parlamentare.

Sul piano dei *contenuti*, gli argini all'invasione della "penalità" sono poco più che virtuali. La funzione critica, in ottica delimitativa, del bene giuridico, magari rafforzata in una prospettiva costituzionale¹⁹, ha riempito significative pagine di dottrina, ma, volgendo lo sguardo alla prassi, è da prendere atto che il bene giuridico si è risolto in un formidabile volano di espansione del "penale". Pure il principio costituzionale di *offensività* ha conseguito risultati modesti. È da riconoscere che gli ideali illuministici dell'*extrema ratio*, la loro estremizzazione ideologica nel cd. "diritto penale minimo", la funzione 'critica' del bene giuridico sono stati ormai bypassati.

Di qui, la denuncia del 'meticciamiento' con il 'civile'.

Quest'ultimo, lo si sa, regola ogni aspetto della vita umana: si occupa delle persone (fisiche e collettive), dei loro diritti (soggettivi, assoluti o relativi), da quando nascono (inclusi i nascituri) fino a quando muoiono. Fin qui, l'estensione del 'civile' vanta dimensioni fisiologiche, emblematicamente evocate dalla struttura del codice. È risaputo, però, che il 'civile' ha conosciuto e conosce un vorticoso sviluppo *extra codicem*. Natalino Irti profilava, già sul finire degli anni '80, per il diritto civile, un processo di '*decodificazione*', marcato dalla perdita di centralità/universalità del codice, al quale si affiancavano normazioni speciali e dall'insorgenza di un 'neo-particolarismo giuridico'²⁰. Ciò ha determinato la nascita di micro-sistemi normativi chiusi, in cui il rapporto con la disciplina del codice viene affidato al criterio di specialità, totalmente 'cieco' verso le gerarchie di valore dei diversi complessi normativi. Ne esita il cd. *nichilismo giuridico*, contraddistinto da un'incessante produzione e consumo di norme, che perseguono singoli scopi, rifiutando ogni appello all'unità e che si consegnano al volere umano²¹. La vorticoso produzione normativa attesterebbe, così, la *nientità* del diritto, che risponde soltanto alla domanda sulla validità, cioè sul funzionamento delle procedure. In definitiva, il diritto non verrebbe più considerato per i contenuti, ma in base alla funzionalità delle procedure produttrici, alla stregua di catene di montaggio. In breve: nichilismo e formalismo sono i due 'marcatori' della modernità giuridica.

La diaspora delle fonti e l'abbandono della centralità dei codici legittimano, così, la raffigurazione di un 'penale più civile'. Vi si proietta, dal lato dei penalisti, un giudizio critico, che vanta numerose frecce al suo arco: basti pensare che gli interessi sottesi al 'civile' manifestano uno spessore prevalentemente economico (non di rado, macroeconomico); il 'penale', per contro, trasmette una diversa col-

¹⁹ Si allude al tentativo di rifondazione costituzionale del bene giuridico operato, con impareggiabile maestria, da F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nss. dig. it.*, Torino, 1974, XIX, 8 ss.

²⁰ N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1979.

²¹ N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Bari, 2005, *passim*.

locazione 'valoriale', sì che il modo con il quale replica le fattezze del 'civile' suscita serrate critiche sulla sua sostenibilità, non solo assiologica, ma pure gestionale.

Tuttavia, fermo ciò, il processo di espansione del 'penale' va, comunque, interpretato con maggiore attenzione, evitando estremizzazioni, che, per quanto suggestive, rischiano, però, di peccare di astrazione.

Come è noto, la frantumazione politica e sociale, seguita alla caduta delle ideologie, accompagnata dalle dirompenti crisi finanziarie globali e dall'incedere di flussi migratori, ha accresciuto un senso di insicurezza sociale e di timore del futuro, che ha favorito un ulteriore, dissennato ricorso al "penale" come 'ansiolitico' sociale, in cui alla pena si assegna una funzione prevalentemente *placativa*. Si pensi al florilegio della 'penalità' nel diritto dell'economia, deputata a contrastare la criminalità economica, sia nella sua tradizionale configurazione imprenditoriale, sia nella sua dimensione macrocriminale; oppure al traffico di Esseri umani, che ha 'costretto' i legislatori a riscoprire arnesi che si pensavano sepolti (il reato di schiavitù su tutti). Ma non basta. Spicca pure il ruolo svolto dai cc.dd. imprenditori di moralità²²: la laicizzazione del diritto penale, frutto maturo dell'illuminismo penale, ha subito significativi contraccolpi con la penalizzazione delle condotte di detenzione, persino virtuale, di materiale pedopornografico, la cui *ratio* repressiva si risolve interamente nell'istanza, economicistica, di contrastare la 'domanda' di tali materiali, senza curarsi del fatto che la punizione attinge un soggetto non tanto per ciò che fa, bensì per ciò che è (un bersaglio di riprovazione etico-morale). Per non parlare, come si è detto, della ricomparsa sulla scena dei reati di opinione: si allude ai discorsi d'odio, alla libertà di manifestazione del pensiero nell'epoca dei *social*, alle istigazioni innervate di nostalgie totalitarie, al negazionismo.

Al netto di queste considerazioni, è però da rimarcare che l'inflazione penalistica ha rappresentato l'inevitabile esito della *Daseinvorsorge* dello Stato sociale. Si pensi, per fare alcuni esempi, alla tutela dell'ambiente e del territorio: difficile negare a tali beni giuridici una legittimazione sul versante penalistico. Più in generale, è da evidenziare che la post-modernità determina, per reazione, processi di differenziazione, che veicolano sotto-sistemi destinati ad incorporare (governare) una complessità sempre crescente. L'invasività del 'penale' risente di tale complessità: non va giustificata *tout court*, ma la sua 'civilizzazione', come fenomeno di estensione topografica, è, in parte, ineludibile e, talvolta, fondata sul piano politico-criminale. Converterà, quindi, 'farcì i conti': il fascino delle versioni 'minimalistiche', variamente costruite, alimenta suggestioni che sconfinano nell'utopia. Il presente sarà pure in significativa misura distopico, ma è bene af-

²² Cfr., in proposito, C.E. PALIERO, *Consensus sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 876 ss.

frontarlo, non 'negarlo', per provare a *governarlo* con strumenti che salvaguardino, senza sconti, i principi non negoziabili dello *ius terribile*.

5. La 'civilizzazione del penale' sul terreno dell'interpretazione

La questione interpretativa è quella che, più di ogni altra, fomenta il dibattito sulla 'civilizzazione' del 'penale'.

Non conoscendo limiti angusti sul piano interpretativo, il 'civile' è stato ed è attraversato da un formante giurisprudenziale spesso 'creativo', che opera, come si è detto, più per "valori" che per "fattispecie" (si pensi al percorso che ha condotto all'atipicità dell'illecito aquiliano). Questo processo trovò, all'interno della magistratura, la sua scaturigine culturale nel Convegno di Gardone del 1965, tutto orientato a scrutare i rapporti tra il diritto civile i valori della Carta costituzionale e la veicolabilità di questi in sede di giudizio (il tema della cd. *Drittwirkung*²³). Del resto, il reticolato delle fonti è fitto: la Costituzione, le leggi ordinarie, le clausole generali, l'autonormazione (la *lex mercatoria*: il capitalismo che genera diritto al proprio interno). Specie additando i valori, si denuncia che il concetto di 'fattispecie' (come *species facti*, frammento di realtà) propende a scomparire: tutto tende inevitabilmente ad essere riempito. Cresce così la 'casistica', vale a dire il repertorio di decisioni che hanno ad oggetto vicende singolari e concrete, tanto che l'applicazione non consiste più in una relazione logica, ma nel «risultato aritmetico-quantitativo della casistica»²⁴. È il primato del 'fatto' sul 'diritto'. L'effetto di un simile processo di espansione ermeneutica è quello di un diritto (civile) "incalcolabile", immerso nell'immediato soggettivismo del decidente²⁵.

In posizione radicalmente antitetica, si pone chi sostiene la cd. *fattualità* del diritto, assegnando centralità al formante giurisprudenziale, in nome della riabili-

²³ Si tratta di un tema ampiamente dissodato dalla dottrina civilistica. Per una pregevole sinossi critica, v. G. D'AMICO, *Problemi (e limiti) dell'applicazione dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in *Giust. civ.*, 3/2016, 444 ss. Più di recente, v. E. SCODITTI, *Diretta applicazione della Costituzione da parte del giudice o necessario incidente di costituzionalità nel caso di lacuna legislativa?*, 1 ss.: testo della relazione (cortesemente fornita dall'Autore) presentata all'incontro di studi, in occasione del novantesimo compleanno di Nicolò Lipari, su "Diritto e ragione" (Bari, 18-19 aprile 2024). Lo scritto è destinato alla pubblicazione degli atti dell'incontro di studi.

²⁴ N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, 29.

²⁵ Cfr., ancora, N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, cit., *passim*. Per una recente, acuta riflessione sulla necessità di preservare la certezza del diritto quale strumento deputato a governare la complessità e ad evitare insidiose alterazioni dell'ordine costituzionale dei poteri, v. M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, Milano, 2023.

tazione del caso concreto²⁶. Per questa via, la regola giuridica non risiederebbe nella fattispecie astratta, ma nel fatto: una posizione, questa, che palesa, alla stregua di una suggestione heideggeriana, il dominio della contingenza.

Il ‘penale’ non è rimasto sordo a queste problematiche, tutt’altro. L’inarrestabile produzione penalistica ha reperito un propellente *endogeno* nel mutato ruolo della *giurisdizione*, sempre meno legata al vincolo, costituzionale, di un’ermeneutica prescrittiva. Plurime le cause: la dimensione reticolare delle fonti (il giudice nel labirinto²⁷), le interpretazioni ‘conformi’, la crisi di determinatezza dei precetti, l’emancipazione del cd. diritto vivente e, non ultimi, i frequenti scavalcamenti del ‘testo’, destrutturato in chiave analogica. Si smarrisce, per questa via, la funzione ‘insulare’, frammentaria del ‘penale’: questo tende a deformalizzarsi e a flessibilizzarsi, ricorrendo a tecniche interpretative distanti dai principi di derivazione illuministica, sì da avvicinarsi sempre più ad una sorta di attrezzo di “ingegneria sociale”. Una tendenza, questa, che, nella Società del rischio²⁸, implementa le coordinate di un omologo “diritto penale del rischio”. Il descritto processo, tra l’altro, non si arresta solo alle fattispecie criminose, ma investe pure istituti di parte generale. Si pensi, per fare un esempio, alla colpa: sempre più condizionata dalla deformante logica del “senno di poi”, reclama spesso agenti-modello sovraumani, forgiati dal giudice alla bisogna. È, dunque, il ‘tipo’ a finire sotto attacco: se ne destruttura la funzione ‘digitale’, che partorisce un diritto penale *flou, fuzzy*, una sorta, cioè, di ‘*neo-situazionismo giudiziario*, in cui la giurisdizione finirebbe per appropriarsi di spazi che appartengono al potere legislativo per ragioni di effettività punitiva. Si profila, così, una tipicità ‘postuma’, giurisprudenziale, che si contrappone a quella legale.

È innegabile, pertanto, che il ‘penale’ abbia replicato e replichi, ancora una volta, le fattezze del ‘civile’.

Forti e acuminata le critiche mosse dalla dottrina al descritto processo di volatizzazione del principio di tassatività, ritenuto un valore non negoziabile (così è, per Costituzione).

Tuttavia, è da avvertire, parafrasando un celebre motto, che l’estremismo potrebbe rivelarsi la malattia infantile del garantismo penale. Occorre, di conseguenza, ‘distinguere’, ‘separare’ il grano dal loglio.

Che il ruolo della giurisprudenza si sia vieppiù accresciuto è un dato di fatto. È da ricordare, come si è acutamente sottolineato, che il diritto penale è *necessariamente* giurisprudenziale, atteso che «la giurisdizione partecipa alla definizione

²⁶ P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015, 33 ss.

²⁷ V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012.

²⁸ Cfr. U. BECK, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt am Main, 1986.

della regola di diritto da applicare al caso concreto»²⁹. Lo *ius puniendi* scaturisce dal processo, non altrove. La norma costituisce l'esito dell'interpretazione della disposizione, perché occorre contestualizzarla nella realtà³⁰. È di tutta evidenza che l'inflazione penalistica, tuttora inarrestabile, accresce il ruolo della giurisdizione. Tutto ciò è 'fisiologico': il vero problema risiede nel tracciare il limite tra *ius facere* e *ius dicere*. Un confine, questo, che, nella post-modernità, si è flessibilizzato, offuscato per plurime ragioni.

In primo luogo, l'estensione topografica del penale si manifesta sempre più spesso con un linguaggio sciatto: una sorta di plastilina linguistica, che induce disorientamento. Il legislatore ricorre a un lessico che riversa suggestioni, messaggi, finendo, consapevolmente (inutile negarlo), con il relegare alla giurisprudenza il compito di 'attualizzarlo' alla bisogna. Il legislatore si accontenta di lanciare il messaggio, provando, per questa via, a placare l'irritazione sociale, magari sapientemente manipolata dal nuovo formante della post-modernità: quello massmediatico.

In secondo luogo, è, per vero, da riconoscere che il 'governo' penalistico della complessità è tutt'altro che agevole. Il 'penale', lo si sa, conia 'tipi', vale a dire schemi comportamentali 'esemplari'. Si è osservato, in un pregevole studio, che «il termine 'tipo' può essere inteso sia come 'campione', che presenta le caratteristiche medie di una moltitudine di oggetti, sia come 'schema ideale' al quale può essere ricondotta per astrazione una moltitudine di situazioni aventi caratteri comuni»³¹. In definitiva, la 'tipicità' è uno schema astratto, capace di 'ritenere' al suo interno, con certezza o con un grado di maggiore o minore approssimazione, situazioni concrete. Un osservatore, non disincantato, non fa fatica a cogliere come la complessità della post-modernità sia ardua da tradurre in precetti ben scolpiti, sì che si privilegia la vaghezza e la promiscuità semantica. Va, pertanto, in crisi la capacità rappresentativa del 'tipo', dunque il genoma del diritto penale. Non è un caso che il legislatore spesso adoperi la 'rubrica' per convogliare scopi placativi, fornendo suggestive traduzioni 'sociologiche'³². Si pensi, a mo' di esempio, tra gli altri, al reato di "*Traffico di influenze illecite*"³³: evoca emblematicamente scenari ad ampio spettro, accomunati dall'idea, di impronta socio-

²⁹ F. GIUNTA, *Un diritto strettamente e necessariamente giurisprudenziale*, in M. DONINI-L. GARLATI-N. MILETTI-R. ORLANDI (a cura di), *I cardini della modernità penale dai codici Rocco alle stagioni dell'Italia repubblicana*, Roma, 2024, 272.

³⁰ Così, ancora, F. GIUNTA, *Un diritto*, cit., 273.

³¹ A. GARGANI, *Dal Corpus delicti al Tatbestand. Le origini della tipicità penale*, Milano, 1997, 11.

³² Sul ruolo della 'rubrica' nella fattispecie criminosa, v. C. SOTIS, *Vincolo di rubrica e tipicità penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1346 ss.

³³ Sia nella sua versione originaria, introdotta dalla l. 190/2012, sia nel testo modificato dalla l. 3/2019, sia, infine, nell'ultima configurazione contenuta nel ddl. n. 1718, approvato lo scorso 10 luglio, in via definitiva, dalla Camera.

mediatica, di contatti inappropriati, melmosi, ambigui. Solo che il passaggio dalla rubrica alla descrizione del ‘tipo’ paralizza l’interprete, lo confonde, rendendo non di rado indistinguibile il confine del penalmente rilevante. Ecco, allora, che, in simili casi, la giurisprudenza esercita il proprio potere ‘definitorio’, che, è quasi scontato rilevarlo, assume connotati intrinsecamente ‘politici’. Un ulteriore esempio è rintracciabile nei cc.dd. ecoreati calati nel codice penale. Qui viene in gioco non tanto (o non solo) la geometria del ‘tipo’, quanto la sua ‘provabilità’. Il ricorso a termini come “compromissione”, “deterioramento” o “alterazione”, agevolmente spendibili nel linguaggio mediatico, trasudano rilevanti problemi di prova della causalità, la cui orbita applicativa viene consegnata nelle mani del giudice.

Al cospetto delle denunciate difficoltà di traduzione legislativa dei fenomeni della complessità, vuoi per sciattezza del Parlamento, vuoi per obbiettive difficoltà di ‘descrizione’, resta, tuttavia, fermo che la Costituzione, con il principio di tassatività, al quale si correla il divieto di analogia, impone che «la legalità linguistica costituisca un limite che il giudice non può superare sacrificando la libertà del cittadino»³⁴. Un limite, però, il cui confine risente del dibattito che, da tempo, avvolge la stessa fisionomia dell’interpretazione, che sfocia in posizioni radicalmente opposte. All’utopia illuministica del giudice ‘bocca’ della legge, si contrappongono, in varia misura, orientamenti giusrealistici, che negano la tracciabilità di un confine tra l’interpretazione estensiva e quella analogica. Nelle versioni più estreme, si propende in direzione dell’affermazione nietzschiana in base alla quale non esistono fatti ma solo interpretazioni. Per questa via, la regola giuridica risiederebbe nel fatto non più nella fattispecie astratta. Si profila, in tal modo, una concezione debole dell’ermeneutica giuridica, in cui la creatività dell’interpretazione determina la collocazione della giurisprudenza tra le fonti del diritto. Negli ordinamenti di *civil law*, il piano delle garanzie trasmigra, di conseguenza, dalla ‘tassatività’ (non più conseguibile) del testo alla *prevedibilità* della decisione giudiziaria³⁵. Un criterio, questo, che, come tutte le regole di giudizio,

³⁴ F. GIUNTA, *Un diritto*, cit., 273.

³⁵ Significativa, in proposito, una recente sentenza della VI sezione penale della Cassazione (del 16 luglio 2024, n. 28594, pubblicata *online* su *Giurisprudenza penale*, 29 luglio 2024), in cui, in tema di *mutamenti giurisprudenziali* delle sezioni unite, si richiama la distinzione tra mutamento ‘evolutivo’ ed ‘innovativo’. Il primo estenderebbe la portata applicativa della norma incriminatrice attraverso una interpretazione che arricchisce, specifica, integra ovvero adegua il significato in precedenza attribuito all’enunciato legislativo, così da permettere alla norma di adattarsi al nuovo contesto storico-normativo. Il secondo, invece, si realizza quando vi è, secondo la stessa giurisprudenza, la necessità di porre rimedio a quello che viene di fatto ritenuto dall’interprete come un vuoto di tutela derivante dall’inerzia del legislatore o da una precedente interpretazione che viene considerata non più condivisibile. Ora, a tacere della natura manipolabile del confine tra mutamento ‘estensivo’ ed ‘innovativo’, parrebbe evidente che il secondo si risolve in un’attività ‘creativa’, in violazione della riserva di legge. Come si sa, invece, la giurisprudenza elude il tema della ‘legalità’, aggiran-

non tramanda certo rassicuranti messaggi sul terreno della 'certezza'. Del resto, già a partire dalla metà degli anni '60, l'indebolimento dell'ermeneutica giuridica ha fatto segnare preoccupanti tracimazioni *contra legem*. Basta richiamare alla mente alcune figure: i pretori di assalto, l'uso alternativo del diritto, tangentopoli, il contrasto alla criminalità mafiosa, ecc. In questi casi, si sono verificati non marginali *vulnera* alla legalità, vuoi per colmare (incomprensibili) vuoti legislativi, vuoi per modificare le scelte politico-criminali del legislatore, vuoi per fronteggiare le obbiettive instabilità predicative dei testi. È doveroso, peraltro avvertire che, accanto a tale fenomeni, spiccano di recente alcune raffinate decisioni che non eludono il problema del 'limite', privilegiando interpretazioni più rispettose dell'orbita del 'tipo' con il quale si confrontano.

Come comporre i riferiti dissidi?

Meglio ripartire dai "testi", che, si è osservato, sono «punti fermi da cui si muove ed a cui si ritorna, garantiscono la divisione costituzionale dei poteri, il rispetto della sovranità popolare, l'eguaglianza di fronte alla legge, la calcolabilità delle decisioni giudiziarie»³⁶. Certo, è illusorio pensare che non rilascino gradi di *fisiologica* indeterminatezza. Spetta al giudice scegliere, ma deve farlo, nel diritto penale, tra i significati ricavabili dal testo, nel rispetto del valore libertario della lacuna (di qui, il divieto di analogia). Tuttavia, lo si è visto, l'attività interpretativa non è politicamente neutrale: forte è la tentazione del giudice, dinanzi a norme semanticamente ambigue, di appropriarsi di un potere 'creativo', che ridisegna a suo piacimento il governo del sottostante conflitto sociale. Spesso questa operazione viene legittimata evocando l'interpretazione estensiva, così da mettersi al riparo. Diversamente, l'indeterminatezza *patologica*, dipendente vuoi dall'incapacità tecnica del legislatore vuoi dai ricorrenti *deficit* di capacità decisionale, imporrebbe l'intervento della Corte costituzionale, che, però, è restia ad operare amputazioni, aprendo, per contro, al diritto vivente, allo scopo di cristallizzare la norma e di evitare vuoti di tutela. Del resto, il ridottissimo numero di questioni di legittimità su questo terreno costituisce la riprova di come la giurisdizione ambisca a governare essa stessa il sistema, accrescendo, così, il suo potere.

dolo con il principio di *prevedibilità* del *mutamento peggiorativo*: la sentenza poc' anzi citata colloca, sistematicamente, la 'prevedibilità' dell'esito decisorio nell'ambito del principio di *colpevolezza*, segnatamente all'interno dell'art. 5 c.p., per come ricostruito dalla celebrata sentenza 364/1988 della Corte costituzionale. Verrebbe da dire che, se si 'legittima' il mutamento 'innovativo', ci si potrebbe appellare alla disciplina dell'art. 2 c.p. Ma a ciò non si arriva, perché vorrebbe dire riconoscere esplicitamente la natura 'creativa' (e, per ciò stesso, politica) del *decisum*. In breve: il riferimento all'art. 5 c.p. funge giustamente da ostacolo ad applicazioni retroattive del mutamento 'peggiorativo' giurisprudenziale intervenuto, ma, per questa via, 'salta' la legalità come parametro preesistente al giudizio.

³⁶ N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, cit., 83.

A ben vedere, la garanzia costituzionale della tassatività corre oggi il rischio di uno sconvolgimento. La (da più parti) sostenuta labilità della distinzione tra interpretazioni testuali, estensive ed analogiche induce a riflettere sull'opportunità di ricercare argini più solidi per contrastare il dilavamento ermeneutico della "penalità". Se è vero, come alcuni sostengono, che si sarebbe nell'età del pluralismo interpretativo, allora la disciplina apprestata per il diritto penale dall'art. 14 delle preleggi, che vanta una copertura costituzionale, andrebbe rimeditata. A questo scopo, ci si potrebbe incamminare verso il riconoscimento della sola *interpretazione restrittiva* nel diritto penale, prendendo, come nuovo presidio dell'istanza di tipicità, il principio *in dubio pro reo*. Ciò significa che, al cospetto di un testo che si presta ad una pluralità di interpretazioni, il giudice deve privilegiare quella che meglio corrisponde alla frammentarietà del diritto penale e, perciò, quella restrittiva, che, nel ventaglio delle 'letture' possibili, garantisce la soluzione più favorevole al reo³⁷. Questa scelta, perentoria, in favore dell'interpretazione restrittiva, che richiederebbe una consacrazione nella Costituzione, si coniuga, del resto, come è stato acutamente osservato³⁸, con il principio dell' "*oltre ragionevole dubbio*", che governa le decisioni del giudice quanto agli elementi costitutivi del reato. Se la prova, rispetto a detti elementi, non raggiunge il corposo spessore richiesto dalla formula BARD, si impone l'esito assolutorio. Non si vede perché ciò non possa valere per la *questio iuris* in esame. La molteplicità di significati riconducibili alla disposizione di legge, predicativa di una condizione di dubbio, impone di dare seguito all'interpretazione meno gravosa per l'imputato. Breve: «la conformità del fatto storico alla fattispecie astratta [...] può e deve essere provata oltre ogni ragionevole dubbio»³⁹. Un simile rimedio non scalfirebbe certo la bulimia penalistica del legislatore, ma almeno eleverebbe un significativo argine a quella giudiziaria, che, conviene ricordarlo, si appropria di un potere, che, per Costituzione, non le appartiene. Se, per contro, si preferisce rimanere 'tolleranti' rispetto alle ricorrenti slabbrature giurisprudenzia-

³⁷ Così, A. GARGANI, *Processualizzazione del fatto e strumenti di garanzia: la prova della tipicità "oltre ogni ragionevole dubbio"*, in *Leg. pen.*, 3/4 -2013, 852 ss. È da rimarcare che tale soluzione vanta un'assonanza con la *rule of lenity*, che costituisce la moderna manifestazione del principio, sviluppato dalla tradizione di *common law*, che impone di interpretare le norme penali ambigue o poco chiare nel modo più favorevole all'imputato (*strict constructivism*): su tale principio, v. l'approfondita analisi di A. SANTANGELO, *Precedente e prevedibilità. Profili di logica ermeneutica nell'era del diritto penale giurisprudenziale*, Torino, 2022, 325 ss. Per una valorizzazione di tale prospettiva, v. M. CAPUTO, *In cammino verso un'ermeneutica prescrittiva nell'applicazione della legge penale*, in *Cass. pen.* 3/2023, 1064 ss. Sull'interpretazione restrittiva quale tecnica da valorizzare anche in chiave deflativa, v. J. DRIENDL, *Wege zur Behandlung der Bagatelkriminalität*, in *ZStW*, 1978, 1307 ss.

³⁸ A. GARGANI, *Processualizzazione del fatto*, cit., 852 ss.

³⁹ A. GARGANI, *Processualizzazione del fatto*, cit., 854.

li, appellandosi al 'diritto vivente' e/o alla forza del 'precedente', a supporto di un giudizio di prevedibilità delle decisioni, allora, prima o poi, occorrerà fare i conti con la necessità di modificare il rapporto tra i "Poteri" e addivenire ad un nuovo statuto organizzativo della giurisdizione. Infatti, anche nei sistemi di *common law* il giudice ha un parametro di giudizio pre-costituito, che trova nel 'precedente', non già nel legislatore⁴⁰. Non è un caso che, in tali sistemi, la nomina del giudice e quella del *public prosecutor* vantino, per lo più, un'ascendenza governativa (dunque, politica). Nel *civil law*, è bene ricordarlo, tutto inizia con la legge penale e, a salvaguardia di una simile origine (densa di rilievo politico), la giurisdizione è stata affidata ad un giudice professionale, che soggiace all'obbligo di motivazione, e che trova nel controllo di legittimità l'argine della funzione nomofilattica⁴¹.

6. Giustizia riparativa e 'civilizzazione del penale'

Ormai incontenibile a monte, la gestione del 'penale' trova nel *locus* della *punitività* una scatola di compensazione di almeno due esigenze che, sinergicamente, pervadono gli ordinamenti penali moderni: da un lato, la finalità di *autoriduzione*; dall'altro lato, la *ridefinizione dei conflitti sociali*, sottesi al reato, attraverso il ricorso a *modelli sanzionatori* non più repressivi ma *compensativi*. Sono proprio questi ultimi a tradire una vistosa commistione con il 'civile'. Si allude, principalmente, alle *condotte riparatorie*: scaturite dal prototipo delineato nella giustizia penale di pace (l'art. 35 d. lgs. 274/2000), sono state esportate, nel 2017, nel codice penale e hanno conosciuto, di recente, con la cd. riforma Cartabia⁴², un considerevole allargamento operativo, in ragione dell'incremento dei reati perseguibili a querela. L'orditura di siffatte condotte è agevole da decrittare: in presenza di contro-azioni compensative, imperniate sul risarcimento/riparazione del danno causato dal reato e sull'eliminazione delle sue conseguenze dannose o pericolose, tenute entro il termine massimo dell'apertura del dibattimento di primo grado, il reato, procedibile a querela, viene dichiarato estinto d'imperio dal giudice (art. 162-ter c.p.). Tra l'altro, mentre il citato art. 35 della giustizia di pace stabilisce che il giudice pronuncia l'estinzione del reato solo se ritiene dette condotte idonee a soddisfare le esigenze di riprovazione e di prevenzione del reato, tale limite non figura nella disposizione codicistica.

⁴⁰ Così, F. GIUNTA, *Un diritto*, cit., 277.

⁴¹ F. GIUNTA, *Loc. ult. cit.* Per una stimolante riflessione sul ruolo della Corte di Cassazione, v. G. LATTANZI, *La Corte di Cassazione nell'era del mutamento*, in *Cass. pen.*, 3/2024, 803 ss.

⁴² Si tratta del d. lgs. 150/2022.

La formalizzazione penalistica di entrambi i modelli appare la seguente: *l'estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie è espressione della cd. mediazione penale*⁴³. Come si sa, la mediazione integra un paradigma alternativo: non più un diritto penale orientato sull'autore; è, bensì, la vittima ad essere riscoperta. La mediazione si snoda attraverso un'attività procedimentalizzata, destinata a produrre un risultato 'intermedio' (la riparazione), a sua volta funzionalmente collegato con l'obiettivo ultimo (la conciliazione). Solo che, nei modelli in esame, *la conciliazione non costituisce necessariamente l'esito del riavvicinamento tra le parti*. Anzi, le disposizioni prevedono che la 'chiusura' del conflitto sociale e la sua rielaborazione possano essere sanciti dal giudice, anche *contro la volontà della vittima*, quando le condotte riparatorie vengono ritenute adeguate. La non decisività del consenso della vittima lascia trasparire, con evidenza, come tali istituti affianchino sinergicamente finalità *riparative e deflative*⁴⁴.

⁴³ Sul ruolo della mediazione nel sistema penale e, più in generale, sui temi della giustizia riparativa, la letteratura si presenta molto vasta; in questa sede, ci si limita a richiamare: G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparativo su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, 2003, e C.E. PALIERO, *La mediazione penale tra finalità riconciliative ed esigenze di giustizia*, in AA.VV., *Accertamento del fatto, alternative al processo, alternative nel processo*, Milano, 2007, 111 ss.

⁴⁴ È da precisare che, nel corpo del d. lgs. 150/2022, spicca il rilievo assegnato, nel titolo IV, ad una peculiare forma di "giustizia riparativa", che consiste in "ogni programma che consente alla vittima del reato, alla persona indicata come autore dell'offesa e ad altri soggetti appartenenti alla comunità di partecipare, liberamente, in modo consensuale, attivo e volontario, alla risoluzione delle questioni derivanti dal reato, con l'aiuto di un terzo imparziale, adeguatamente formato, denominato mediatore" (art. 42, comma 1, lett. a), d. lgs. cit. L'esito riparativo, se raggiunto, è costituito da un accordo, attuativo di un programma volto alla riparazione dell'offesa e capace di sancire l'avvenuto riconoscimento reciproco e la possibilità di ricostruire la relazione tra i partecipanti. Trattandosi di un sistema complementare alla giustizia ordinaria, il collegamento con quest'ultima avviene attraverso una serie di bulimici avvisi, che percorrono trasversalmente il processo, in ogni stato e grado. Circa gli effetti 'sostanziali', la riforma ha stabilito che il raggiungimento dell'esito riparativo comporta la concessione dell'attenuante di cui all'art. 62, n. 6, c.p. (all'uopo interpolata), oppure valutazioni ai sensi dell'art. 133 c.p. Lo scenario, che la riforma profila, assegna alla 'riparazione' un ruolo indiscutibilmente strategico, nel cui ambito, però, è bene affidarsi ad una provvida igiene linguistica, se si vuole evitare il rischio di elevarla ad un mega-contenitore che affastella istituti strutturalmente e funzionalmente diversificati. Così, la 'riparazione', cui ci si appella nell'art. 162-ter c.p., che trova nell'art. 35 della giurisdizione di pace il suo progenitore, ha poco a che vedere con la giustizia riparativa di cui si tratta ora. Con riguardo agli istituti di cui agli artt. 35 d. lgs. 274/2000, 162-ter e 168-bis c.p., nonché alla querela-deflazione, la riparazione rappresenta, come si è visto, l'esito di una pregressa attività mediatoria, che, fatta eccezione per la messa alla prova, si risolve in un'attività compensativa, orientata in chiave deflativa. Il riavvicinamento esistenziale tra le parti è un'evenienza possibile, ma non consustanziale al paradigma. Ecco, allora, che, già sul piano linguistico, l'articolato modello riparativo, delineato nell'art. 42 della riforma Cartabia, andrebbe più correttamente qualificato come giustizia "riconciliativa", perché la riconciliazione funge da elemento costitutivo. Potendo attingere anche reati molto gravi, questo nuovo paradigma, per come congegnato, non determina una transustanziazione del diritto penale tradizionale: a ben vedere, si limita, coerentemente, a valorizzare il *post-factum*, quale fattore di riduzione della caratura originaria dell'illecito,

Il riferimento alla *riparazione* evoca, con immediatezza, la *contaminazione civilistica*. Come si sa, nel 'civile' il risarcimento del danno si atteggia come una sanzione sprovvista di finalità punitive, essendo rivolto a 'compensare' l'offesa recata. Additando il risarcimento, il 'penale' lo eleva a modello di minimizzazione *ex post* del bene leso, alla stregua di un post-fatto, che si staglia come 'controvalore' successivo idoneo a compensare il disvalore oggettivo e soggettivo del fatto⁴⁵. Ne deriva una sensibile attenuazione (vanificazione) del bisogno di pena, sancita dalla positiva rielaborazione del conflitto sociale sotteso al reato. Il risarcimento, a ben vedere, assumerebbe, per questa via, un volto complesso: ripeterebbe dal 'civile' la funzione reintegratrice del danno patito dalla vittima; del 'penale' muterebbe i caratteri relativi alla valutazione degli sforzi in concreto intrapresi per riparare. Ora, è bene avvertire che un modello siffatto è senz'altro raccomandabile in una prospettiva di deflazione penalistica, ma alla condizione che le sanzioni, che integrano il controvalore (che possono, in tal modo, qualificarsi come sanzioni positive o incentivanti), risultino omologhe alle pene criminali sia sul versante teleologico che su quello contenutistico. Da questo punto di vista, la valorizzazione della prevenzione generale e speciale, espressamente prevista nell'art. 35 della giurisdizione di pace, opportunamente mirava ad evitare la bagatellizzazione del fatto e la colpevolezza dell'autore per il fatto: specie la valorizzazione dell'elemento ostativo della 'riprovazione' puntava a conseguire una giusta compensazione della colpevolezza. Questo limite, come si è detto, non è stato riproposto nel codice penale. E una simile amputazione è destinata ad accrescere le perplessità, specie in ragione dell'estensione del numero dei reati perseguibili a querela, atteso che si fa davvero fatica, in alcuni casi, ad intravedere nel solo risarcimento una effettiva forma di riduzione della caratura lesiva del reato⁴⁶.

È, per contro, meno evidente la commistione 'civilistica' nell'istituto della *messa alla prova*, nel cui ambito il risarcimento del danno costituisce uno degli elementi del *probation*, anche se, pure in questo istituto, mosso da finalità di *diversion*, è possibile rintracciare i cromosomi di una 'negoiazione' della giustizia penale.

esplicando tale funzione attraverso i risaputi meccanismi di attenuazione e di commisurazione della pena. Per questa via, quindi, si atteggia a *complemento* della giustizia penale. Intravede nella giustizia 'riconciliativa' una verosimile matrice religioso-comunitarista, segnalando il rischio di torsioni moralizzatrici oltre che una connaturata ambiguità ideologica, G. FIANDACA, *Punizione*, cit., 150 ss.

⁴⁵ Per un'analisi dei modelli riparatori incentrati sulla riparazione pecuniaria, v. C. ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 3 ss. Forti riserve su tali modelli sono state avanzate da D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, Milano, 1999, *passim*.

⁴⁶ Si pensi alla procedibilità a querela prevista dalla riforma per i reati di violenza privata, sequestro di persona (di cui all'art. 605 c.p.) e, a tappeto, per i delitti di furto.

7. La 'privatizzazione' del processo penale

Con la prudenza richiesta a chi si muove *in munere alieno*, si intende indugiare su un profilo che riguarda i rapporti tra il processo penale e il processo civile. Quest'ultimo, come è noto, si fonda sulla disponibilità della prova e della regudicanda. È risaputo che il processo accusatorio, introdotto nel 1989, vantava alcune non marginali differenze rispetto ai modelli anglosassoni, che pure la riforma aveva issato a strumenti di confronto. Lo stile accusatorio anglosassone contempla un'azione penale discrezionale e ritrattabile, il monopolio delle parti sulla prova, un giudice arbitro-spettatore e numerose alternative decisorie, di natura negoziale, che coinvolgono persino la formulazione dell'accusa. In questo contesto, specie negli Stati Uniti, in ragione dell'elevata discrezionalità del *prosecutor*, la quasi totalità dei procedimenti non esita nel dibattimento⁴⁷. Il modello accusatorio nostrano muove, invece, dall'azione penale obbligatoria e irtrattabile, da proscioglimenti *extra petita* e dalla supplenza istruttoria *ex officio* del giudice. Contemplava e contempla tuttora istituti negoziali (il patteggiamento sulla pena, il giudizio abbreviato), destinati a deflazionare il ricorso al giudizio dibattimentale, che, per come strutturato, non poteva certo assurgere a strumento principale di gestione degli affari penali. Non poteva per una ragione autenticamente valoriale: puntava sul rilievo epistemologico della prova dichiarativa, esaltato dal principio del contraddittorio, che costituiva l'unico tassello utilizzabile dal giudice per edificare la sentenza. Tutto questo comportava una maggiore, fisiologica 'lentezza' del rito rispetto allo stile inquisitorio, dove le 'letture' (il "dato per letto") la facevano da padrone. Sta di fatto che, con il trascorrere degli anni, si è dovuto prendere atto che l'agognata residualità del giudizio accusatorio si è rivelata una chimera. L'espansione inarrestabile del 'penale', neppure fronteggiata, come un tempo, dalle quadriennali amnistie, ha reso il processo un arnese a tempo indefinito: si sa quando vi si entra, ma pronosticarne la fuoriuscita è vano. Lo scarso successo dei riti negoziali (seppure potenziati nel tempo) ha posto il dibattimento al centro del sistema, mortificato da una 'costante' diacronica: il ragguardevole lasso di tempo che lo separa dalla commissione del fatto. Una costante che, lo si è rimarcato di recente, altera il patrimonio mnestico della fonte dichiarativa⁴⁸. Una frequentazione, neppure assidua, delle aule di giustizia lo prova incontrovertibilmente: testimoni che, assunti dopo anni dal fatto, propinano, come formula stereotipata, il "non ricordo"; compulsati dal pubblico ministero, non di

⁴⁷ Cfr., in proposito, l'approfondita indagine di E. BRUTI LIBERATI, *Pubblico ministero. Un protagonista controverso della giustizia*, Milano, 2024, 118 ss.

⁴⁸ G. GIOSTRA, *Appunto per una giustizia non solo più efficiente, ma anche più giusta*, in *Pol. dir.*, 4/2021, 613.

rado pilatescamente riconoscono come vero quanto dichiarato, in fase di indagini, all'accusa. Uno spettacolo poco edificante, conviene ammetterlo. Ma non basta, più si allarga la forbice temporale tra fatto e giudizio, più aumentano «i rischi che il ricordo non solo deperisca, ma si contaminì con sopravvenuti elementi spurî»⁴⁹ (si pensi ad eventuali distorsioni della memoria indotte da suggestioni mediatiche). In breve: il dibattimento, in ragione dell'effetto cronomediativo, tende sempre più a smarrire il suo potenziale conoscitivo. I suoi cromosomi si sono ormai definitivamente alterati, tanto che paiono riemergere le stimmate del rito inquisitorio. La riforma Cartabia, protesa a garantire maggiore efficienza ad un sistema di giustizia penale così malridotto, ha, come è noto, ampliato la 'negoziabilità'/'privatizzazione' del processo. Il ventaglio degli istituti così conformati è ampio: oltre ai riti alternativi noti (patteggiamento e abbreviato), tracce significative di *deprocessualizzazione* si ritrovano nel funzionamento della messa alla prova, nel rilievo accordato alle condotte riparatorie, nelle oblazioni 'contrattate', nel 'consenso/rinuncia' dell'imputato come strumento premiale (si pensi all'ulteriore riduzione di pena conseguente alla rinuncia all'impugnazione) e, a monte, nell'adozione di criteri di priorità che dovrebbero guidare l'esercizio dell'azione penale (rendendolo, così, parzialmente disponibile). Vi è chi denuncia che, per questa via, si snaturerebbe la funzione gnoseologica conoscitiva del processo, ritenuta, per Costituzione, indisponibile⁵⁰. Le crescenti alternative negoziali lo avrebbero snaturato, trasformandolo in un propellente volto a *deprocessualizzare* per finalità di gestione (deflativa) del sistema. Assodato che il 'penale' non mostra segnali di autoriduzione, si sfrutterebbe, impropriamente, il processo come strumento deflativo postumo, aprendo il campo ad una 'privatizzazione' che replica la consustanziale 'disponibilità' del processo civile. Una critica, questa, appuntita, radicale. Il limite che, però, vi si può cogliere è che 'demolisce' ma non 'costruisce': non delinea, cioè, le *Grundlinien* del governo della 'penalità' nell'era della complessità. Nelle società post-moderne, il processo deve necessariamente fare i conti con la complicata gestione degli affari penali. Certo, nessuno può pensare che una gestione efficiente possa essere condotta a detrimento dei non negoziabili diritti sanciti nella Costituzione. Né si può mortificare la fisiologica lentezza che accompagna l'accertamento del fatto e la qualificazione giuridica: il processo è solcato da forme e regole (di prova, di giudizio, ecc.), che, se non le si vuole calpestare, richiedono, fisiologicamente, tempo. Altra cosa è, però, la stagnazione patologica, che trasmuta in una giustizia senza tempo. La complessità, che conno-

⁴⁹ G. GIOSTRA, *Appunto*, cit., 621.

⁵⁰ Lo rileva O. MAZZA nell'ambito della relazione tenuta al Convegno "Un penale più civile?", svoltosi presso l'Università di Firenze il 18 aprile 2024: la relazione può essere ascoltata sul video pubblicato su *Youtube*.

ta la post-modernità, non può che richiedere risposte diversificate, se si vogliono coniugare garanzie ed efficienza. Così, se si intende recuperare la capacità gno-seologica del contraddittorio, occorre evitare che il rito tramandi le sembianze di un reperto archeologico, in cui i ricordi tendono fatalmente a svanire. Ne deriva, pertanto, che, in un simile contesto, le alternative ‘negoziali’ andrebbero addirittura rafforzate, magari con alcuni correttivi. Per fare qualche esempio: al cospetto di una esplicita dichiarazione di colpevolezza, il patteggiamento potrebbe subire un allargamento operativo, addirittura trovare un’applicazione generalizzata (semmai contenuta da un numero ridotto di esclusioni); la messa alla prova potrebbe pure operare nella fase delle indagini preliminari. Anche il sistema delle impugnazioni potrebbe conoscere una complessiva rimeditazione. La riforma Cartabia ne ha in parte ridotto l’orbita, ma si potrebbe pensare ad interventi più incisivi, strettamente collegati ad una ridefinizione dell’offerta di pena’ sul versante sostanziale. In tal senso, si è altrove proposta la creazione di un diritto penale con un volto diversificato⁵¹. Visto che, oggi, il carcere si autoriduce, trovando per lo più attuazione quando la pena oltrepassa determinati limiti (tre o quattro anni), converrebbe ridisegnare lo strumentario sanzionatorio penale, rinunciando alla pena carceraria in favore di pene ‘alternative’ autonome per i reati oggi sanzionati con una pena detentiva non superiore a tre/quattro anni⁵². Per questa via, il ‘penale’ non brandirebbe la sanzione più temuta, per ‘accontentarsi’ di vivere in un sistema graduale, scalare, che contempla un’offerta diversificata di strumenti di tutela. Una sorta di sistema penale a due velocità: uno mantiene al centro la sanzione carceraria, l’altro vi rinuncia espressamente, privilegiando san-

⁵¹ C. PIERGALLINI, *Il “penale” senza “diritto”?*, in AA.VV., *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, Tomo II, Milano, 2022, 730 ss.

⁵² Una simile scelta era contenuta nella legge delega 67/2004, rimasta inattuata *in parte qua*, benché la Commissione istituita presso il Ministero della Giustizia, incaricata di predisporre il decreto attuativo, presieduta dal Prof. Francesco Palazzo, avesse licenziato la corrispondente bozza. La riforma Cartabia ha intrapreso una diversa strada, provando a riqualificare, allargandone il perimetro applicativo, le sanzioni sostitutive previste dalla l. 689/1981. È stato, così, forgiato un singolare e, per vero, farraginoso meccanismo sostitutivo *on demand*: se viene irrogata una pena detentiva fino a quattro anni e non vi è spazio per la concessione della sospensione condizionale della pena, il giudice avverte l’imputato che ne può richiedere la sostituzione con la semilibertà o con la detenzione domiciliare, ovvero con il lavoro di pubblica utilità, se la pena non oltrepassa i tre anni. Quanto alla pena pecuniaria, questa può sostituire la pena detentiva che non oltrepassi un anno e viene articolata per quote giornaliere. Se l’imputato consente alla sostituzione e non è possibile decidere immediatamente, il giudice fissa un’ulteriore udienza, non oltre sessante giorni, all’esito della quale, acquisite tutte le necessarie informazioni, sostituisce la pena detentiva, integrando il dispositivo. Spicca, come si vede, la negozialità del rito, ma vi è da temere che il perseguito obbiettivo di decarcerizzazione sia destinato a partorire effetti contenuti. È risaputo, infatti, che il carcere si ‘autocontiene’ quando la pena irrogata non oltrepassa i quattro anni (v. artt. 656 c.p.p. e 47-ter, comma 1, dell’ordinamento penitenziario), essendo, di regola, applicabili misure alternative.

zioni di diversa caratura, progressivamente plasmate da criteri gradualisti di invasività. Vi è, allora, da chiedersi se, rispetto ai procedimenti che abbiano ad oggetto il diritto penale dal volto 'mite' (che estromette il carcere), non si possa rinunciare all'appello⁵³. Dinanzi ad un 'penale', che abbandona il suo volto 'terribile', non dovrebbe alimentare resistenze una gestione processuale più spedita, orientata ad implementare l'efficienza di un sistema, che, è bene ribadirlo, non vanta oggi e neppure nell'immediato futuro effettive *chances* di riduzione.

Quanto, a monte, all'esercizio obbligatorio dell'azione penale – una sorta di *konventionelle Lüge* con la quale farisaicamente conviviamo – è difficile valutare, allo stato, l'impatto dei criteri di priorità che dovrebbero guidarla, rendendola in parte 'disponibile'. Vi è da chiedersi se, qualora dovesse realizzarsi il descritto sistema penale a due velocità, non potrebbe affermarsi l'opposto principio di discrezionalità, limitatamente ai reati per i quali il legislatore rinunci al carcere.

8. Conclusioni

La fitta trama delle interrelazioni tra 'penale' e 'civile' rilascia un inevitabile carico di interrogativi. Richiamando un'inquietante suggestione kafkiana, potremmo evocare la condizione di Gregor Samsa, che, una mattina, si sveglia trasformato in un insetto (*Ungeziefer*: insetto dannoso?). Qualcuno potrebbe identificare il triste destino di Gregor nella condizione odierna del 'penale', esposto ad un'ardita operazione di ermafroditismo, in cui replicherebbe le fattezze del suo dirimpettaio (il 'civile'). Come il 'civile', si sarebbe allargato a dismisura, ne avrebbe poi introiettato le disinvolture interpretative e importato alcuni modelli sanzionatori. Questi meticciamenti alimentano giudizi disparati, per lo più negativi, protesi a censurare le distorsioni che cozzerebbero contro alcuni non barattabili principi del 'penale'. Un giudizio, questo, che alimenta prospettive assiologicamente intriganti, che rischiano, però, di partorire cocenti delusioni (su tutte, quella dell'arretramento della topografia del 'penale'). È bene tenere fermo che la 'penalità' è uno strumento di governo, che vanta una dimensione 'sovrastrutturale': dunque, non possiamo prescindere dagli attuali assetti dell'economia e della politica, che, come è intuibile, non possono certo essere dissodati in questa sede. Nondimeno, l'epoca della postmodernità presenta alcune 'costanti' che orientano il 'discorso' penalistico. La fine delle ideologie (emblematicamente raffigurata dalla caduta del muro di Berlino) ha proiettato le società occidentali verso orizzonti dominati dall'incertezza, dal rischio, dalla precarietà. I rischi ambientali,

⁵³ Così, C. PIERGALLINI, *Il "penale" senza "diritto"?*, cit., 731 ss.

quelli dell'economia globale sempre più finanziarizzata, i flussi migratori e, come se non bastasse, la bolla pandemica, restituiscono l'immagine di un mondo in costante fibrillazione, denso di laceranti contraddizioni e pervaso da un senso di insicurezza. V'è chi parla di "retrotopia"⁵⁴: le speranze di miglioramento, riposte nel nuovo mondo (sgravato da 'cortine' ideologiche), a causa delle incertezze che lo affliggono, alimentano la nostalgia del passato. Il futuro, cioè, tenderebbe a trasformarsi in un incubo: dal terrore di perdere il lavoro e lo *status* sociale a quello di vedersi riprendere le cose di una vita, di rimanere impotenti a guardare lo scioglimento del destino dei propri figli, di ritrovarsi con abilità che, sebbene faticosamente apprese, tendono a perdere qualsiasi valore di mercato. Difficile, in un simile approfondito contesto di precarietà, rintracciare idealità 'forti' (strutturate). Le formazioni politiche non paiono in grado di andare oltre la quotidianità. Annusano l'aria, vale a dire le pulsioni dell'opinione pubblica, sapientemente enfaticizzate o manipolate dai *media*. Il descritto quadro è inevitabilmente terreno di fertile coltura della "penalità" e se ne sono scrutate le ripercussioni. Ma il 'penale', lo si sa, vive nel 'processo': dunque, si pone il problema della gestione (governo) della giustizia penale, che, preso atto della dilatazione del 'penale', si faccia carico di renderla efficace, efficiente, nel pieno rispetto delle garanzie che lo picchettano. In questa ottica, il ricorso a strumenti di 'privatizzazione' del 'penale' e del 'processo' appaiono, non solo inevitabili, ma auspicabili, se sapientemente modulati. Il governo del 'traffico' penalistico sollecita risposte differenziate, che consentano, tra l'altro, al rito accusatorio di recuperare la sua vocazione autenticamente gnoseologica, ormai inficiata dalle descritte alterazioni del suo patrimonio mnestico. In definitiva, la 'civiltà' del 'penale', oggi, non fa che registrare un fenomeno indotto dalla complessità: converrà 'guidarlo', anziché attardarsi nella difesa ad oltranza di idealità ormai tramortite dai cambiamenti sociali.

⁵⁴ Z. BAUMAN, *Retrotopia*, Bari, 2017.