

## CONVEGNI

---

**FRANCESCO FORZATI**

### **Il congedo dell'*ultima ratio* fra sistema sanzionatorio multilivello e *penale totale*: verso la *pena come unica ratio*?\***

Il congedo dell'*ultima ratio* dal sistema penale contemporaneo matura all'interno di un *panpenalismo* che assume marcati tratti di *polimorfismo*, nella misura in cui non si traduce soltanto nella moltiplicazione delle norme, degli illeciti e delle pene tradizionali, ma delinea una ramificazione tentacolare dell'apparato punitivo ed una sua intrusione nei gangli vitali della società. A ciò provvedono strumenti prescrittivi e sanzionatori flessibili che nascono dalla destrutturazione della legalità in senso formale, e dalla contaminazione giurisdizionale, burocratico-amministrativa e sociale della fonte penale, cui fa da *pendant* l'universo sanzionatorio multifunzionale d'importazione comunitaria che sovrappone sanzioni penali ed amministrative, misure punitive, patrimoniali ed interdittive, finalità special preventive e scopi risarcitori, rendendo difficile l'individuazione persino dell'ordinamento a cui appartengono le sanzioni.

Concomitanti spinte espansive - di natura endogena ed esogena - dello *ius puniendi*, dilatano l'area tradizionale della sanzione penale compromettendo l'azione, e la stessa azionabilità, del principio di *ultima ratio*: il superamento del monismo legislativo statale e lo sfaldamento dei meccanismi selettivi della tipicità, incentrati sulla riserva assoluta di legge, sono causa ed effetto della moltiplicazione dei legislatori, delle fonti e dunque della normativa penale d'importazione. Il tramonto dell'identità autarchico-statalista della legge penale e la sua sottrazione a meccanismi democratici di produzione, è (impropriamente) compensato da quel processo di *autolegittimazione* della *norma punitiva* sul piano *quantitativo*, che genera l'attuale *Pan-nomia*: produzione compulsiva di norme (penali) che nel nostro Paese ha trovato una sua peculiare manifestazione nel *penale totale*, ossia in una forma di feticismo punitivo che si è tradotta nella penalizzazione integrale della vita sociale. L'onda lunga del giustizialismo di Tangentopoli, radicalizzatosi nel populismo penale più recente, ha reso il penale strumento di governo e la panpenalizzazione un dogma socio-culturale: la pena ha assunto inflessioni etiche e la magistratura è assurta al ruolo di custode dell'etica pubblica e della moralità dei costumi. Il congedo dell'*ultima ratio* si abbina qui alla translazione della *ragione punitiva* in *passione punitiva*: si fa così strada, con la cancellazione della prescrizione, l'idea della sanzione in assenza di processo e/odella condanna al processo perpetuo. Prospettiva inedita che celebra il definitivo passaggio della pena da *extrema* ed *ultima ratio* in *prima* ed *unica ratio*.

*The dismissal of the ultima ratio between multi-level sanctioning system and the total penalty: close to the punishment as the only ratio?*

*The dismissal of the ultima ratio from the contemporary penal system matures within an integral penalty that assumes polymorphism characteristics, because it does not only translate into the multiplication of the norms, the offenses and the traditional penalties, but is delineating a ramification of the punitive and his intrusion into the vital spaces of society. This is provided by flexible prescriptive and sanctioning tools that arise from the deconstruction of legality in a formal sense, and from the judicial, administrative and social contamination of the criminal source, which is complemented by the multifunctional sanction European which confuses criminal and administrative sanctions, punitive, patrimonial and disqualification measures, special preventive and compensatory purposes, making it difficult to identify even the order to which the sanctions belong. Concomitant expansive thrusts - of an endogenous and exogenous nature - of the ius puniendi, dilate the traditional area of the penal sanction compromising the action, and the operability itself, of the principle of ultima ratio: the overcoming of State legislative monism and the breakdown of selective mechanisms of the typicality, centered on the absolute reserve of the law, are the cause and effect of the multiplication of the legislators, of the sources and therefore of the penal import legislation. The decline of the autarchic-statist identity of the criminal law and its subtraction from democratic production mechanisms is (improperly) compensated by that process of self-legitimation of the punitive norm on a quantitative level,*

*which generates the current Pan-nomia: production compulsive norms (penalties) which in our country have found their own particular manifestation in total penalties, that is a form of punitive fetishism which has resulted in the integral penalization of social life. The long wave of Tangentopoli's justicialism, radicalized in the most recent criminal populism, has made the criminal instrument of government and total-penalization a socio-cultural dogma: the penalty has taken on ethical inflections and the magistracy has risen to the role of guardian of public ethics and morality of morals. The dismissal of the ultima ratio is combined here with the translation of the punitive reason into a punitive passion: with the cancellation of the prescription, the idea of the sanction in the absence of a trial and / or the sentence to perpetual trial is made way. Unpublished perspective that celebrates the definitive passage of penalty, from extrema and ultima ratio to the first and only ratio.*

**SOMMARIO:** - 1. Le resistenze del penale statocentrico ed eurocentrico all'*ultima ratio* nell'era della *Pan-nomia*. Pluralismo di fonti, moltiplicazione di norme e sovrapposizione di modelli sanzionatori nel penale multilivello: la legittimazione sul piano *quantitativo* della *norma penale senza identità* socio-politica. - 2. Il principio di *ultima ratio* fra delimitazione della tipicità e della punibilità: sussidiarietà esterna ed interna. Cenni introduttivi. - 2.1 Riserva di legge ed *ultima ratio: simul stabunt aut simul cadent* ? - 2.2 Il dissolvimento dell'*ultima ratio* nella crisi dello Stato moderno e della sua sovranità: il penale multilivello oltre la legalità formale e la democrazia rappresentativa. - 2.3 Dallo *ius puniendi* moderno alla *materia penale* postmoderna: superamento del monismo legislativo statale e sfaldamento della legalità formale. Primato della giurisdizione e congedo della sussidiarietà esterna a favore della sussidiarietà interna. - 3. Tecniche normative eurocentriche di aggiramento della riserva di legge statocentrica: antiggiuridicità *tipizzante*, illiceità *parapenale* e contaminazione *burocratico-amministrativa* della fonte penale. - 4. Il principio di *ultima ratio* fra penale eurounitario e principi costituzionali: una verifica sulla possibile armonizzazione fra universi assiologici e teleologici distinti. - 5. L'*ultima ratio* nel penale a *sovranità sovrapposte* il principio di indispensabilità/necessità della pena dopo il Trattato di Lisbona e l'art. 83.1 TFUE: le *norme penali minime* finalizzate al penale massimo. - 5.1 Le asimmetrie assiologiche e teleologiche fra la sussidiarietà eurocentrica e l'*ultima ratio* d'estrazione illuminista. - 5.2 Dal *diritto penale* come portato dell'*identità nazionale*, all'*identità europea* come portato del diritto penale. - 6. I principi liberal-garantisti vs. il pluralismo dei decisori penali: la pena come prodotto dei meccanismi competitivi e come effetto della concorrenza fra poteri diversi. - 7. Il *penale totale* come canone socio-culturale dominante nell'era del populismo mediatico e dei *sociali*: la rimozione dell'*ultima ratio* dall'immaginario collettivo e la percezione sociale della pena come *prima ratio*. L'apparato punitivo come strumento di governo del postmoderno. - 8. Giustizia penale, consenso sociale e stigmatizzazione etico-morale del reo: la prevalenza delle fonti socialmente diffuse sulle fonti formali e sulle ritualità del processo penale. Verso la pena come *unica ratio*? - 9. Il penale massimo come comun denominatore del populismo giustizialista italiano e del penale eurounitario: cenni alle *leggi-slogan* della *spazzacorrotti* e delle *manette agli evasori*. - 9.1 I riflessi delle tecniche normative eurocentriche sul penale interno: l'allargamento surrettizio della giurisdizione e delle sanzioni penali. L'*azione penale in conto terzi*, la *pena in assenza del giudice e prima del processo*. - 10. Il penale totale fra realtà e rappresentazione mediatica dell'emergenza criminale nazionale: costi, benefici sociali ed utilizzatori finali della complessità burocratico-amministrativa eretta a sistema sanzionatorio. La promozione del *penale-prima ratio* fra dati virtuali e percezione sociale del crimine: il caso del *Corruption Perception Index*. - 11. Il penale totale *nel silenzio della ragione punitiva*. La pena in assenza di processo e la condanna al processo perpetuo: cenni alla legge di cancellazione della prescrizione. *La certezza di pena nell'incertezza del diritto*.

1. *Le resistenze del penale statocentrico ed eurocentrico all'ultima ratio nell'era della Pan-nomia. Pluralismo di fonti, moltiplicazione di norme e sovrapposizione di modelli sanzionatori nel penale multilivello: la legittimazione*

*sul piano quantitativo della norma penale senza identità socio-politica.* Parlare di un penale informato all'*extrema ratio*<sup>1</sup> nell'*hic et nunc*, cioè nel nostro paese e nella attualità, assume caratteri talmente paradossali, da suonare come un ossimoro.

Alla costante espansione del potere punitivo e della progressiva restrizione degli spazi di libertà individuale che - sulla scorta della straripante azione del potere giurisdizionale<sup>2</sup> - ha caratterizzato la stagione successiva a Mani Pulite, si affianca infatti l'affermazione del penale multilivello eurounitario<sup>3</sup>.

Per quanto la competenza penale UE - anche all'indomani del trattato di Lisbona - resti indiretta<sup>4</sup> e segua percorsi non lineari<sup>5</sup>, è indiscutibile che la poli-

---

\* Il saggio costituisce una rielaborazione ed un ampliamento della relazione "Il principio di *ultima ratio* nella dimensione costituzionale e nel penale europeo" tenuta al Convegno "Principi costituzionali e diritto penale europeo" svoltosi all'Università Federico II di Napoli, l'11 ed il 12 ottobre 2018.

<sup>1</sup> In argomento vedi per tutti COCCO, *Riflessioni su punibilità, sussidiarietà e teoria del reato. Tra vecchi e nuovi istituti*, in *Ind. Pen.*, 2015, 253 ss.; DONINI, *Selettività e paradigmi della teoria del reato*, in *Riv. it. dir.proc. pen.*, 1997, 338 ss.; ID., *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria*, in *Riv. it. dir.proc. pen.*, 2003, 141 ss.; ID., *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, in *Indice Penale* 2003, 75ss.; EUSEBI, *Oltre la prospettiva del diritto penale "minimo"*, in CURI - PALOMBARINI (a cura di), *Il diritto penale minimo*, Roma, 2002, 195; FERRAJOLI, *Il diritto penale minimo*, in *Dei delitti e delle pene*, 1985, III, 493 ss.; KAUFMANN, *Subsidiaritätsprinzip und Strafrecht*, in ROXIN - BRUNS - JÄGER (a cura di), *Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft: Festschrift für Heinrich Henkel zum 70. Geburtstag am 12. September 1973*, Berlin-New York, 1974, 89 ss.; MAIWALD, *Zum fragmentarischen Charakter des Strafrechts*, in *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag*, a cura di SCHROEDER, 1972, 9 ss.; MELANDER, *Ultima Ratio in European Criminal Law*, in *European Criminal-Law Review*, 2013, I, 45; PALIERO, *Minima non curat praetor. Ipertronia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985, 11 ss.; SANTANA VEGA, *Diritto penale minimo e obblighi costituzionali taciti di tutela penale*, in *Dei delitti e delle pene*, 2000, 47 ss.; PRITTWITZ, *Das Strafrecht: Ultima ratio, propria ratio oder schlicht strafrechtliche Prohibition?*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2017, II, 390.

<sup>2</sup> Sulla trasformazione dell' "ordine giudiziario" costituzionalmente previsto in "potere autonomo" vedi per tutti MANNA, *Il Lato oscuro del diritto penale*, Roma, 2017, 15 ss., 23 ss., 33 ss., 44 ss., 54 ss., 62 ss., 69 ss.

<sup>3</sup> Il termine penale *eurounitario* appare più appropriato rispetto a quella di penale comunitario, stante la evoluzione e/o involuzione dei motivi ispiratori della CEE che ha scardinato l'idea di un diritto realmente e genuinamente comunitario, e privilegiato un ordinamento poco aderente ai principi della democrazia diretta, altamente burocratizzato ed attento a preservare essenzialmente le politiche e gli interessi finanziari della UE. In tal senso il raccordo fra lo *ius puniendi* e la *communitas* pare essersi deteriorato, a vantaggio della costruzione di un *ordinamento egemonico d'apparato*. L'espressione penale *eurounitario* è mutuata da COCCO, *Il « primato » della riserva di legge parlamentare in materia penale affermato da Corte Cost. n. 115/2018 e il diritto eurounitario*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2019, n.4, 1087 ss.

<sup>4</sup> In tal senso vedi BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell'Unione Europea: problemi e prospettive*, in *Dir.pen.cont.*, 2012 n.1, 44; COCCO, *Il « primato » della riserva di legge parlamentare in materia penale affermato da Corte Cost. n. 115/2018 e il diritto eurounitario*, cit., 1080 ss.; GRASSO, *La 'competenza penale' dell'Unione Europea*, cit., 715 ss. In senso contrario, con particolare riferimento, ai reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione PICOTTI, *Il Corpus Juris 2000. Profili di diritto penale sostanziale e prospettive di attuazione alla luce del progetto di Costituzione europea*, in ID. (a cura di), *Il*

tica criminale europea abbia implementato il penale degli Stati-membri<sup>6</sup> spingendo verso la formalizzazione di nuove norme penali e processuali penali comunitarie, riferite a beni ed interessi che hanno ricevuto dall'Europa "un *input* ed una tutela punitiva in senso lato".<sup>7</sup>

Del resto il sistema multilivello è modello naturalmente espansivo dello *ius puniendi*: il pluralismo delle fonti e dei produttori normativi comporta la moltiplicazione delle disposizioni penali<sup>8</sup>, introducibili da improvvisati legislatori, pubblici o privati<sup>9</sup> che tendono ad occupare gli spazi di sovranità liberati "dall'arretramento dello Stato, dalla svalutazione degli organi pubblici rappresentativi e quindi dell'assetto consolidato delle sue leggi e dei suoi poteri"<sup>10</sup>.

Le spinte espansive endogene al nostro sistema penale si sommano dunque a quelle esogene, destrutturando i meccanismi democratici alla base del controllo e del contenimento dell'azione punitiva: la globalizzazione e la europeizzazione del diritto non è governata infatti da poteri democraticamente eletti, ma da triangolazioni fra organizzazioni internazionali, imprese multinazionali ed organizzazioni non governative<sup>11</sup>.

Sospeso fra sovranità e poteri diversi, il penale smarrisce la consolidata identità autarchico-statalista per acquisire legittimazione in una dimensione (normativa) puramente quantitativa, che non distingue l'emisfero prescrittivo da quello punitivo, né definisce con chiarezza l'universo sanzionatorio di riferi-

*Corpus Juris 2000. Nuova formulazione e prospettive di attuazione*, Padova, 2004, 80. Per un inquadramento più problematico del problema SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, in *Cass. Pen.*, 2010, 326 ss.; *Id.*, *Le novità in tema di diritto penale europeo*, cit., 161 ss.

<sup>5</sup> Il rapporto fra modelli sanzionatori statocentrici ed eurocentrici resta talmente contraddittorio, da generare un *Universo giuridico paradossale* per SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, cit., 326 ss.

<sup>6</sup> In tal senso DONINI, *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria*, cit., 142 e 143.

<sup>7</sup> Così DONINI, *op.ult.cit.*, 141 e 142.

<sup>8</sup> Moltiplicazione che in alcuni casi diventa esponenziale, producendo una sorta di effetto domino: la normativa UE si inserisce infatti a sua volta, in un meccanismo multilivello a cascata che recepisce linee politiche criminali o veri e propri obblighi di incriminazione, derivanti da organismi internazionali, come ad esempio l'Onu; ne costituisce emblematico esempio, la normativa antiterrorismo o in materia di stupefacenti. Vedi al riguardo CAVALIERE, *Un tentativo di visione d'insieme degli orientamenti politico-criminali emergenti dalla normativa europea in materia penale*, in AA. VV., *L'incidenza di decisioni quadro, direttive e convenzioni europee sul diritto penale italiano*, a cura di CAVALIERE-MASARONE, Napoli, 2018, 388 ss.

<sup>9</sup> Così FRYDMAN, *Comment penser le droit global?*, in *Working Papers du Centre Perelman de Philosophie du Droit*, Bruxelles, I, 25. Sul punto vedi DELMAS-MARTY, *L'emersione di un ordine giuridico mondiale: patologia o metamorfosi?*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2015, 1699 ss.

<sup>10</sup> Così SGUBBI, *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa*, Bologna, 2019, 29.

<sup>11</sup> Si esprime in questi termini DELMAS-MARTY, *L'emersione di un ordine giuridico mondiale: patologia o metamorfosi?*, cit., 1699.

mento.

Entrambi i fenomeni risentono dell'assenza di un ordinamento penale unitario, riducibile ad omogeneità assiologica e teleologica<sup>12</sup>, in ragione di una chiara identità socio-politica e culturale: identità, che nel penale statocentrico coincideva con l'identità nazionale ed oggi, nel penale eurocentrico sembra perduta<sup>13</sup>.

Allo smarrimento dell'identità punitiva nazionale, segue lo smottamento dei tradizionali confini penali.

Lo *materia penale eurounitaria* delinea infatti - secondo quanto afferma la stessa Corte di Giustizia Europea - un comparto magmatico ed indefinito, non dissimile dal "volto di una medusa: una maschera amorfa ed ambigua dove gli statuti e le categorie tradizionali appaiono alterati ed in parte congelati"<sup>14</sup>.

La ragion d'esser di un sistema giuridico senza identità diventa la produzione ossessiva di norme che, prive di un progetto di valori (da preservare) e di scopi (da perseguire), assemblano un universo penale caotico e disarticolato.

Il risultato dei tanti produttori di norme e delle diverse finalità perseguite da ciascuno di essi, è uno stato di Pan-nomia<sup>15</sup> a-finalistica (cioè priva di uno scopo razionale e/o programmato) "nel quale norme giuridiche compaiono da ogni lato" generando un "diritto malato delle sue stesse norme" ed una società paralizzata dalla pervasività del potere legislativo, burocratico-amministrativo e giudiziario<sup>16</sup>.

La indiscriminata proliferazione di obblighi inseriti nelle normative per campi di materie eurocentriche<sup>17</sup> - gestiti e controllati da una miriade di enti pubblici, parapubblici, organismi internazionali e/o comunitari - è la plastica rappresentazione di questo modello labirintico: per il cittadino, ma anche per gli addetti ai lavori, diventa difficile ricostruire non soltanto la *ratio essendi* dei

---

<sup>12</sup>Cfr. DELMAS- MARTY, *op.ult.cit.*, 1699 ss.

<sup>13</sup> Sul punto vedi per tutti TIEDEMANN, *L'Europeizzazione del diritto penale*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1998, 3 ss.

<sup>14</sup>Così MANES, *Profili e confini dell'illecito para-penale*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2017, 988 ss. cui si rimanda per ulteriori approfondimenti.

<sup>15</sup>Il neologismo - che trae origine dalla ricerca di un termine contrapposto all'*anomia* - è adoperato da FRYDMAN, *Comment penser le droit global?*, cit., 25.

<sup>16</sup>Cfr. DELMAS- MARTY, *L'emersione di un ordine giuridico mondiale: patologia o metamorfosi?*, cit., 1699, nota 2

<sup>17</sup>Evidenza come le "decisioni quadro e le direttive UE, insieme alle convenzioni del Consiglio d'Europa" contribuiscano significativamente alla "posizione di obblighi" prodromici all'espansione ed all'inasprimento del diritto penale CAVALIERE, *Un tentativo di visione d'insieme degli orientamenti politico-criminali emergenti dalla normativa europea in materia penale*, cit., 388.

vari emisferi e sottosistemi normativi, ma persino la mappatura dei soggetti obbligati “e nei confronti di chi”<sup>18</sup>, con buona pace della certezza del diritto<sup>19</sup>:

La moltiplicazione esponenziale delle norme penali in bianco e l'accentuato ruolo sanzionatorio assunto dal penale eurocentrico, dimostra d'altra parte che la iper-regolamentazione e la minuziosa normativizzazione del vivere sociale offre ai germi della punibilità un terreno sconfinato su cui attecchire e attraverso cui moltiplicarsi.

L'apparato di pene multi-funzionali - sovrapponendo sanzioni penali ed amministrative, canoni punitivi emotivi interdittivi, ragioni retributive e ricadute patrimoniali e risarcitorie d'ispirazione civilista<sup>20</sup> - impedisce *ab origine* di calibrare l'intervento punitivo secondo parametri di *ultima ratio*, ragionevolezza e proporzionalità, nella misura in cui rende difficile persino l'individuazione dell'ordinamento a cui appartengono le sanzioni.

In un universo prescrittivo e sanzionatorio straordinariamente sviluppato, la differenza fra violazioni/inosservanze di rilievo amministrativo e disvalori meritevoli di intervento penale si azzerava, realizzando una espansione incontrollata e sotterranea dell'apparato punitivo: assistiamo così a sanzioni dotate di evidenti ricadute afflittive che - sulla scorta di acrobazie e virtuosismi giuridici - vengono tenute fuori dal perimetro della materia penale, e delle relative garanzie: il caso più eclatante è quello delle misure di prevenzione<sup>21</sup>.

*2. Il principio di ultima ratio fra delimitazione della tipicità e della punibilità: sussidiarietà esterna ed interna. Cenni introduttivi.* - Il principio di sussidiarietà (di *extrema* e/o di *ultima ratio*) - al pari dell' offensività<sup>22</sup>, della frammen-

<sup>18</sup>Cfr. DELMAS- MARTY, *op.cit.*, 1699 ss.

<sup>19</sup>La dimensione detentiva e limitativa della libertà personale della sanzione penale è stata infatti destrutturata ed in parte, azzerata dalla stessa Corte Europea dei Diritti dell'uomo nella tripartizione fra conseguenze punitive, riparative e preventive: classificazione recepita dalla Corte di Giustizia UE. Vedi sul punto COCCO, *Il « primato » della riserva di legge parlamentare in materia penale affermato da Corte Cost. n. 115/2018 e il diritto eurolunitario*, cit., 1087 ss.; MANNA, *Misure di prevenzione e diritto penale: una relazione difficile*, Pisa, 2019, 23 ss.

<sup>20</sup>Cfr. DELMAS- MARTY, *op.cit.*, 1699 ss.

<sup>21</sup>*Ibidem.*, 1699 ss.

<sup>22</sup>Il fondamento costituzionale del principio di offensività in genere è individuato sia nell'art. 27, co. 3, Cost., sia nell'art. 25, co. 2, Cost. che, oltre al principio di materialità (e quindi di non punibilità di puri atteggiamenti interiori o attinenti al forum conscientiae), vieterebbe anche l'incriminazione di fatti inoffensivi come meri indizi sintomatici di personalità deviante o indici diagnostici della dimensione soggettiva. Cfr. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, XIV, Torino, 1973, 82 ss. Sep-pur l'offensività “costituisce un prodotto della dogmatica italiana, tale principio, nella sua più ampia accezione, appare non più essere una categoria del solo diritto penale nostrano, ma appartiene alla cultura europea, come risulta dai più recenti codici penali adottati da alcuni Paesi europei, con cui si è espressamente prevista la dannosità sociale del fatto come misura della sua rilevanza penale.” Così

tarietà e della meritevolezza di pena<sup>23</sup> - non è un principio costituzionale esplicito o diretto, ma un principio implicito che orienta (piuttosto che vincola) lo *ius puniendi* alla direttiva politico-criminale del penale minimo<sup>24</sup>: un paradigma selettivo ed un canone di controllo sull'*an*<sup>25</sup>, prima ancora che sul *quomodo* e sul *quantum* della sanzione<sup>26</sup>.

Funzionale ad una politica-criminale rispettosa dei diritti e delle libertà fondamentali del cittadino - di fonte al potere sovrano ed all'apparato punitivo - l'*ultima ratio* rappresenta un postulato illuminista<sup>27</sup> fondante la prospettiva utilitarista secondo cui, soltanto la stretta necessità della pena al perseguimento dello scopo sociale, ne garantisce la utilità e quindi la legittimità.

Per essere compiutamente realizzata l'*ultima ratio* deve accompagnarsi ad una delimitazione dell'intervento penale organica e sistematica, che filtri *ex ante* lo spazio di rilevanza penale: c'è dunque un filo rosso che lega l'*extrema ratio* al formalismo della riserva di legge ed alla frammentarietà della norma penale; d'altra parte, il principio per tradursi in meccanismi selettivi compa-

STEA, *L'offensività europea come criterio di proporzione dell'opzione penale*, in *questa Rivista*, 2013, 3, 14.

<sup>23</sup>Il principio di proporzione (o proporzionalità) rappresenta un "grande principio costituzionale di carattere generale", se non persino un principio di rango sovra costituzionale (*Überverfassungsrang*): esso esercita, del resto, un influsso sull'intero diritto dei pubblici poteri, dal diritto tributario, al diritto amministrativo, sino al diritto penale ed al diritto di polizia. Sul punto vedi STEA, *L'offensività europea come criterio di proporzione dell'opzione penale*, cit., 14 ss.

<sup>24</sup>Il principio di sussidiarietà non è unanimemente inquadrato dalla dottrina contemporanea che identifica diverse nozioni e differenti funzioni del principio. Sotto il profilo asseologico la *extrema ratio* converge anzitutto nel penale minimo: ciò segnala la generale aspirazione al contenimento della sanzione penale, attraverso un suo utilizzo cauto e prudente. Tale concezione è evidentemente del tutto priva di capacità definitoria e denuncia la *non azionabilità* di un principio tanto vago quanto scarsamente vincolante sul piano operativo: per potersi tradurre in un principio dello *ius puniendi* vivente il penale minimo necessita di una serie di regole e principi altri, per cui si è opportunamente affermato che si tratta di una "formula comprensiva di principi e delle garanzie del penale". Così PALIERO, *Minima non curat*, cit., 162. Vedi al riguardo BARATTA, *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, cit., 452 ss.; SANTANA VEGA, *Diritto penale minimo e obblighi costituzionali taciti di tutela penale*, cit., 47 ss.

<sup>25</sup>Secondo chi distingue la sussidiarietà in esterna ed interna, la selezione riferita all'*an* integrerebbe evidentemente la sussidiarietà esterna. Sul punto vedi COCCO, *Riflessioni su punibilità, sussidiarietà e teoria del reato*, cit., 253 ss.

<sup>26</sup>La sussidiarietà riferita al *quomodo* ed al *quantum*, potrebbe invece confluire nella sussidiarietà interna, vedi al riguardo COCCO, *op.ult.cit.*, 253 ss.

<sup>27</sup>Il principio è affermato per la prima volta, dall' art. 8 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo del 1789, « La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et antérieure au délit, et légalement appliquée ». Il modello di riferimento risulterà l'impianto essenziale, chiaro e lineare del penale dello Stato liberale della seconda metà dell'Ottocentesco, rielaborato dalla dottrina e dalla giurisprudenza dello Stato di diritto del secondo novecento.

tibili con l'utilità sociale della pena, deve accompagnarsi alla (necessaria) materialità ed offensività della condotta, in guisa da selezionare disvalori connotati da dannosità sociale.

Quale filtro selettivo della tipicità, l'*ultima ratio* delimita la materia penale in un momento genetico, ricavando il *precepto punitivo* da una necessità di pena tanto marcata<sup>28</sup>, da andare ad intaccare la inviolabilità del diritto di libertà individuale riconosciuta dall'art.13 Cost. Ciò impone al legislatore di ricorrere alla norma penale solo in casi eccezionali (*extrema ratio*), prediligendo in linea di massima strumenti meno coercitivi.

D'altra parte, si pone anche il problema di selezionare all'interno del perimetro penale, la punizione meno afflittiva, evitando il ricorso alla misura carceraria ed in generale a quella detentiva, onde garantire la minore compressione possibile del diritto alla libertà.

Inquadrandolo la *extrema ratio* nell'area della punibilità piuttosto che nel più ristretto segmento del fatto tipico e dell'offensività, la dottrina più innovativa ha sperimentato nuove declinazioni e più ampie possibilità applicative del principio, distinguendo la sussidiarietà esterna (preferenza per lo strumento sanzionatorio *extra*-penale) dalla sussidiarietà interna (preferenza per la pena più mite).<sup>29</sup>

In questo modo la sussidiarietà non sarebbe circoscritta alla fase legislativa, ma andrebbe attuata anche nella fase interpretativa/applicativa della norma penale, orientando la giurisdizione verso il contenimento e la riduzione del carico sanzionatorio, attraverso il ricorso tendenziale alla pena meno afflittiva.<sup>30</sup>

---

<sup>28</sup>La sussidiarietà esterna è direttiva che, in un penale informato al principio di legalità, può essere rivolta soltanto al legislatore e che opera, dunque, sul piano astratto della selezione delle condotte punibili; la sussidiarietà interna al contrario è una direttiva che si rivolge (per lo meno) anche al giudice nella determinazione in concreto della pena. Vedi al riguardo COCCO, *Riflessioni su punibilità, sussidiarietà e teoria del reato. Tra vecchi e nuovi istituti*, in *Ind. Pen.*, 2015, 253.

<sup>29</sup> Si evidenzia che "l'*ambito di azione esterno* del principio di sussidiarietà" limita "il collocamento degli istituti che ne costituiscono il riconoscimento normativo nell'ambito della teoria del reato, invece che nella teoria della (applicazione ed esecuzione della) pena". La impostazione suggerita - oltre ad assumere una migliore capacità definitoria del principio - riveste più ampie possibilità applicative: alla scelta tra il ricorso alla sanzione penale o a quella *extra*-penale (sussidiarietà c.d. esterna) si aggiungerebbe la possibilità di scegliere tra le diverse sanzioni penali disponibili (sussidiarietà c.d. interna). La sussidiarietà non si limiterebbe ad "escludere *tout court* la incriminazione di una fattispecie lesiva in quanto adeguatamente contrastata con altri mezzi", ma agirebbe "anche quando, in presenza della incriminazione di un fatto, si prevedano istituti di non punibilità rispondenti anch'essi essenzialmente all'idea che il fine perseguito con la minaccia della pena può essere raggiunto, in tutto o in parte, per mezzo di meccanismi meno costosi". Così COCCO, *Riflessioni su punibilità, sussidiarietà e teoria del reato*, cit., 253.

<sup>30</sup>Vedi COCCO, *op.ult.cit.*, 267 ss.



Il doppio spazio di manovra del principio ha il pregio di rafforzare le possibilità attuative di un penale antropocentrico, orientato alla tutela dei diritti e delle libertà - dunque alle garanzie - dei cittadini: in questa prospettiva la necessità e la proporzionalità dell'intervento punitivo andrebbe di pari passo con l'utilità sociale della pena<sup>31</sup>, secondo una duplice prospettiva. Quella *extra*-sistemica dell'analisi costi/benefici (sociali) della pena rispetto ad altri strumenti sanzionatori (sussidiarietà esterna); ma anche quella *intra*-sistemica che valorizzerebbe le possibili gradazioni (e mitigazioni) della pena all'interno del sistema penale (sussidiarietà interna)<sup>32</sup>.

Si tratta a ben guardare di due varianti del medesimo tema utilitaristico, secondo cui "è irrazionale raggiungere l'obiettivo con costi superiori al necessari, cosicché la pena deve essere utilizzata solo quando la prevenzione delle aggressioni ai beni giuridici giustifica i costi (sociali) che essa implica": ciò significa, che "il principio di sussidiarietà ammette l'intervento penale solo quando il bilanciamento costi benefici lo richieda" ed in ogni caso, fa prevalere sempre la regola del costo minimo<sup>33</sup>.

Nella dimensione della sussidiarietà esterna, l'*extrema ratio* implica che il ricorso alla pena derivi dalla sua infungibilità: deve dunque trattarsi di una offesa non reintegrabile attraverso il rimedio risarcitorio civilistico, e dotata di un disvalore talmente marcato da rendere incongruo il ricorso ad una sanzione (amministrativa) di carattere disciplinare, pecuniario, interdittivo.

Il funzionamento selettivo del principio è in tal senso ancorato a scelte di tipo assiologico, ma anche teleologiche: si tratta infatti di individuare previamente gli interessi ed i beni meritevoli di tutela, unitamente ai modi ed agli scopi della tutela.

Le modalità di una tutela penale informata alla *extrema ratio* sono, com'è noto, strettamente legate alla frammentarietà della fattispecie, ovvero ad una

---

<sup>31</sup>Evidenzia opportunamente il "carattere eminentemente utilitaristico" del principio, autorevole dottrina che lo raccorda "ad un giudizio di efficienza, vale a dire di adeguatezza al fine, reso necessario dal fatto che la pena non solo non è l'unico strumento per la protezione dei beni giuridici, ma si differenzia dagli altri per i maggiori costi che comporta in termini di perdita o limitazione di beni fondamentali della persona". *Ibidem*, 264 e 265 ss.

<sup>32</sup> Il tradizionale inquadramento dell'*extrema ratio* deriva da una analisi (comparativa) extra-sistemica dell'area punitiva, cui si contrappone il criterio *intrasistemico* che analizza i possibili rimedi al penale massimo ed all'eccesso sanzionatorio, muovendosi all'interno delle possibilità offerte dallo stesso sistema penale. Se la sussidiarietà esterna conduce ad una riduzione della risposta sanzionatoria nel suo complesso (prediligendo forme private o forme pubbliche non coercitive di reazione all'illecito), la sussidiarietà interna si colloca nell'ottica della mitigazione ed umanizzazione della risposta sanzionatoria penale, in conformità al dettato costituzionale espresso dall'art.27. *Ib.*, 267 ss.

<sup>33</sup>*Ib.*, 265.

tipizzazione ristretta delle condotte e degli eventi penalmente rilevanti, contraria a logiche ampliative di condotte e/o eventi connotati da un disvalore specifico.

L'azione coordinata di questi tre momenti selettivi (inerenti all' oggetto, ai modi ed allo scopo della tutela) garantisce che la sanzione penale rappresenti l'eccezione e non la regola sociale: ciò significa allontanare il sistema penale da logiche autoritarie e ingiustificatamente intrusive delle libertà individuali, per renderlo compatibile con una organizzazione della vita sociale liberale<sup>34</sup>.

In tal senso è prezioso il raccordo fra la sussidiarietà e l'area della punibilità, che garantisce - anche all'interno di un intervento penale necessario ed ineludibile - risposte sanzionatorie ragionevoli e calibrate sul disvalore espresso dal caso specifico.

Questa prospettiva chiarisce peraltro che la sussidiarietà esterna agisce sul piano della generalprevenzione<sup>35</sup>, mentre quella interna rileva sul terreno della prevenzione speciale.

In una prospettiva di equo contemperamento fra le garanzie per gli autori (del reato) e la tutela per le vittime, la sussidiarietà esterna svolge un rilevante ruolo generalpreventivo, nella misura in cui la deflazione dell'intervento penale garantisce l'efficienza e la celerità del sistema punitivo, e dunque la certezza della pena raccordata alla "ragionevole durata del processo": elemento costitutivo del diritto al giusto processo previsto dall'art.111 della Costituzione<sup>36</sup>.

La sussidiarietà interna assicura d'altra parte, il rafforzamento del versante specialpreventivo, nella misura in cui è deputata ad assicurare una pena equa,

---

<sup>34</sup>Lo Stato liberale privilegia spazi di libertà individuale, rispetto ai momenti di coercizione statale, rifuggendo dalla preminenza deontica dell'obbligo sul diritto. Ci sia consentito rinviare al riguardo al nostro *Il diritto penale dell'obbedienza fra fondamento etico-religioso dell'offesa e funzione potestativa della pena*, in *questa Rivista.*, 2017, 3, 12 ss, 39 ss., 48 ss.

<sup>35</sup> Evidenzia la portata generalpreventiva della sussidiarietà esterna COCCO, *Riflessioni su punibilità, sussidiarietà e teoria del reato*, cit., 264 ss., ed in particolare 267, 273 ss, ed in particolare 277, cui si rimanda per ogni approfondimento.

<sup>36</sup> La costituzionalizzazione del diritto alla ragionevole durata del processo implica *a contrario* che il processo eccessivamente lungo sia incostituzionale sia in rapporto all'art.111, che sul piano della specialprevenzione richiamata dall'art.27 Cost. Non a caso autorevole dottrina sostiene che la prescrizione rappresenti un istituto attuativo della funzione rieducativa della pena ex art.27, 3° c., Cost. Vedi al riguardo AMBROSETTI, *Politica criminale e riforma della prescrizione del reato*, in *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, a cura di CAVALIERE, LONGOBARDO, MASARONE, SCHIAFFO, SESSA, Napoli, 2017, 416. Tesi non del tutto condivisa da altra dottrina, parimenti autorevole, che sottolinea come "l'istituto della prescrizione incontri non poche difficoltà a conciliarsi con le stesse finalità delle sanzioni penali", risultando "nelle sue linee generali armonizzabile con la funzione repressiva del diritto penale, o più precisamente, con la finalità retributiva della pena (nonché con un'eventuale funzione general-preventiva)". Così PISA, voce *Prescrizione:diritto penale*, in *Enc. Dir.*, Vol. XXXV, Milano, 1986, 79 ss cui si rimanda per ogni approfondimento.

proporzionale e ragionevole in riferimento al caso meritevole di sanzione penale: viene in tal senso garantita la individualizzazione dell'intervento punitivo in conformità alla previsione dell'art.27, 3° comma, della Costituzione<sup>37</sup>.

Il penale minimo - effetto di una tipizzazione selettiva, prima ancora che di una interpretazione restrittiva dei reati e delle pene - garantisce la sostenibilità dell'azione penale in sede procedimentale e processuale: l'effetto generalprevenitivo è rafforzato da processi spediti e condanne( o assoluzioni) in tempi celeri.

La penalizzazione calibrata sul principio di offensività (e di necessaria materialità) isola i disvalori più significativi - eliminando dall'area penale offese minori, minime e bagattellari - e dunque garantisce, insieme alla meritevolezza di pena, migliori ricadute specialpreventive.

Al contrario, il penale massimo amplia ed anticipa l'intervento punitivo, accogliendo un penale dell'obbedienza, del sospetto, dell'intenzione e/o personale che genera un numero straordinario di procedimenti e processi; si tratta di un paradigma non sostenibile, in quanto incapace di dare continuità all'azione penale e di condurre a destinazione tutti i processi.<sup>38</sup>

Ciò evidenzia che il panpenalismo segue logiche e metodologie simboliche ed irrazionali, contrarie all'efficienza del sistema punitivo e funzionali all'incertezza sanzionatoria<sup>39</sup>.

La *extremaratio* non è dunque solo auspicabile ma necessaria, sotto il profilo dell'utilitarismo sociale<sup>40</sup>.

---

<sup>37</sup> Per approfondimenti si rimanda a COCCO, *Riflessioni su punibilità, sussidiarietà e teoria del reato. Tra vecchi e nuovi istituti*, cit., 256 ss., 262 ss., 264 ss., 273 ss.

<sup>38</sup> Ecco che, come vedremo, il paradigma del penale massimo nell'attuale legislazione populista viene attuata con la cancellazione della prescrizione che "oltre a violare elementari garanzie della persona,... risulta deleteria sullo stesso piano dell'efficienza", conducendo ad un fisiologico allungamento dei tempi processuali. Così MOCCIA, *Prescrizione: diletanti allo sbaraglio*, in *Dir. Giust. Min.*, 1/2, 2019, 6.

<sup>39</sup> Percorso di cui la cancellazione della prescrizione, mostra il vero volto: processo perpetuo ovvero condanna in attesa di giudizio, che significa cancellazione (anche) della certezza del diritto. Per un inquadramento generale dell'istituto della prescrizione, rapportata anche alla sua evoluzione negli ordinamenti pre-unitari e in quelli unitari a partire dal Codice Zanardelli, vedi PISA, voce *Prescrizione: diritto penale*, cit., 78 ss. e note 2, 4 e 5. In argomento, cfr. AMBROSETTI, *Politica criminale e riforma della prescrizione del reato*, in *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, cit., 417 ss.; CAVALIERE, *Le norme spazza prescrizione nella L. 3/2019*, in *Leg.Pen.*, 2020, 1 ss.; GATTA-GIOSTRA, *Sul dibattito in tema di prescrizione del reato e sul vero problema della giustizia penale: la lentezza del processo*, in *Sistema Penale* 11 febbraio 2020; MOCCIA, *Prescrizione: diletanti allo sbaraglio*, cit., 6 ss.; PULITANÒ, *Osservazioni sulla proposta di bloccare il corso della prescrizione*, in *Sistema Penale* 9 dicembre 2019.

<sup>40</sup> Impostazione che dovrebbe comportare anzitutto l'esclusione del penale del sospetto e della presunzione, indirizzando la norma penale verso i principi costitutivi del diritto penale del fatto, in ragione della valorizzazione del principio di materialità ed offensività. Vedi sul punto DONINI, *Il volto attuale*

2.1 *Riserva di legge ed ultima ratio: “simul stabunt aut simul cadent”?*<sup>9</sup> Il carattere costituzionale indiretto del principio di *ultima ratio* lo rende difficilmente attuabile sul piano nazionale, perché lo priva di un ruolo cogente e vincolante: come si evince da varie pronunzie della Corte Costituzionale che hanno sempre privilegiato – sull’affermazione del principio – la discrezionalità delle scelte normative<sup>41</sup>.

L’*extrema ratio* diventa tuttavia azionabile, in una dimensione allargata, come direttiva politico-criminale orientata al penale minimo: in questa prospettiva il principio appare il risultato dell’azione combinata di riserva di legge, tassatività della fattispecie, offensività e materialità, necessità e frammentarietà dell’intervento penale, meritevolezza, ragionevolezza e proporzionalità della pena<sup>42</sup>.

Posto che oggetto dell’*ultima ratio* è la delimitazione dell’area penale attraverso la perimetrazione selettiva del *Tatbestand* (almeno se ragioniamo in termini di sussidiarietà esterna), la sua messa in pratica deriva anzitutto dalla interlocuzione con il comparto politico-legislativo che (nel penale moderno)<sup>43</sup> decide sia lo spettro prescrittivo (sussidiarietà esterna) che il carico sanzionatorio (in rapporto alla sussidiarietà interna) adottato dal tipo di reato<sup>44</sup>.

---

*dell’illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, cit., 11.

<sup>41</sup>Significativa al riguardo la presa di posizione assunta dalla Corte costituzionale sul reato di clandestinità di cui all’art.10-bis, D. Lgs. 286 del 1998, impugnato per sospetta tensione con i principi di materialità e necessaria lesività: “la Corte ribadito che l’individuazione delle condotte punibili e la configurazione del relativo trattamento sanzionatorio rientrano nella discrezionalità del legislatore: discrezionalità il cui esercizio può formare oggetto di sindacato, sul piano della legittimità costituzionale, solo ove si traduca in scelte manifestamente irragionevoli o arbitrarie”. Sul punto vedi per tutti STEA, *L’offensività europea come criterio di proporzione dell’opzione penale*, cit., 2 ss.

<sup>42</sup> Vedi al riguardo COCCO, *Riflessioni su punibilità, sussidiarietà e teoria del reato. Tra vecchi e nuovi istituti*, cit., 264 ss.; ID., « primato » della riserva di legge parlamentare in materia penale affermato da Corte Cost. n. 115/2018 e il diritto eurounitario, cit., 1084 e 1085; DONINI, *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria*, cit., 144 ss.; STEA, *L’offensività europea come criterio di proporzione dell’opzione penale*, cit., 4.

<sup>43</sup>Quale soggetto istituzionalmente competente a porre in essere le scelte di politica criminale ispirate al penale minimo, in una prospettiva di garanzia delle libertà dei cittadini che si ispira ai principi formali di derivazione illuminista. Vedi al riguardo COCCO, *L’eredità illuministico-liberale: principi forti per affrontare le sfide contemporanee*, in AA.VV., *Per un manifesto del neoilluminismo penale. Libertà individuali e principi penalistici. Libertà individuali e nuove morali di Stato. Il diritto penale economico in tempo di crisi. La questione dei reati associativi*, a cura di COCCO, Milano, 2016, 2 ss.

<sup>44</sup>E’ pur vero che, quella che era l’opzione attuativa tradizionale della *ultima ratio*, oggi appare del tutto ormai sorpassata: anche la più autorevole dottrina d’ispirazione liberale, riconosce infatti che oggi è “del tutto illusorio ritenere sussistente nel nostro ramo del diritto solo il formante legislativo, giacché si è ritagliato da tempo uno spazio analogo anche il formante giurisprudenziale, che giustamente può essere

Il raccordo fra *extrema ratio*, necessaria offensività, utilità sociale e meritevolezza di pena è d'altra parte, garantito dalla democraticità del meccanismo di produzione della norma penale, da cui dipende l'attuazione in concreto di paradigmi selettivi della responsabilità penale garantisti e liberali, rispettosi cioè delle garanzie fondamentali dell'indagato e dell'imputato, nonché delle libertà fondamentali dei cittadini.

Ciò rende il penale minimo il punto d'approdo del penale moderno di derivazione illuminista e liberale: un sistema punitivo democratico che garantisce i diritti e le libertà del corpo sociale, sanzionando solo il necessario.

E' chiaro tuttavia che la *ultima ratio*, concepita nell'illuminismo, rappresenta un momento delimitativo della legge penale statocentrica, in quanto incentrata sulla riserva assoluta di legge statale: in questo contesto, il *nullum crimen sine lege parlamentaria* è l'unico paradigma in grado di conciliare la certezza del diritto con meccanismi di costruzione dei reati e delle pene, delegati alla democrazia rappresentativa<sup>45</sup>.

Tale meccanismo lega la deflazione dell'intervento punitivo alla democraticità del processo legislativo che deve condurre ad una norma penale rispettosa delle garanzie, dei diritti e delle libertà dei cittadini, e sottratta alle interpretazioni estensive della magistratura.

Nel moderno Stato di diritto la riserva di legge attuava naturalmente l'*ultima ratio* perché garantiva la certezza del diritto e la massima libertà possibile dei cittadini rispetto allo Stato: causa ed effetto di un equilibrio istituzionale fra i poteri (statali) che si controllavano vicendevolmente, neutralizzando possibili abusi e/o eccessi<sup>46</sup>.

E' chiaro che questo meccanismo virtuoso si rompe con la crisi postmoderna

---

anch'esso qualificato come fonte autonoma di diritto, pur se quest'ultimo formante risulta spesso in conflitto tra giurisprudenza nazionale, da un lato, e giurisprudenza comunitaria ed internazionale, dall'altro", con il conseguente impatto sulle possibilità attuative di una *extrema ratio* complessiva del sistema, che ovviamente dovrebbe essere condivisa da tutti i comparti presenti nel processo costitutivo ed attuativo della normativa penale. Così MANNA, *Il fumo della pipa (il c.d. populismo politico e la reazione dell'Accademia e dell'Avvocatura)*, in questa *Rivista*, 2018, 8 ss.

<sup>45</sup> In tal senso vedi per tutti COCCO, *Riflessioni su punibilità, sussidiarietà e teoria del reato. Tra vecchi e nuovi istituti*, cit., 253 ss.; ID., « primato » della riserva di legge parlamentare in materia penale affermato da Corte Cost. n. 115/2018 e il diritto eurounitario, cit., 1084 ss.; DONINI, *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria*, cit., 144 ss.; STEA, *L'offensività europea come criterio di proporzione dell'opzione penale*, cit., 4.

<sup>46</sup> Ciò si verifica generalmente in condizioni di pace e di prosperità sociale, mentre viene generalmente accantonata allorché si registrano tensioni e contrapposizioni politiche e sociali. Sulle condizioni di instabilità socio-politica ed economica che hanno favorito un eccezionale ricorso allo strumento punitivo come surrogato della politica vedi da ultimo, DIDIER FASSIN, *Punire. Una passione contemporanea* (trad.it), Milano, 2018, 11ss.

dello Stato e della funzione legislativa, che comporta l'accantonamento del principio di stretta legalità, attraverso la affermazioni di sovranità sovrastatali e parastatali che decretano la “frammentazione del penale in una serie di sottosistemi”, governati e gestiti da una pluralità di poteri<sup>47</sup> e da una molteplicità di fonti<sup>48</sup>.

Il superamento dello *ius puniendi* statocentrico a favore di un modello eurocentrico - oltre ad indebolire il ruolo del potere politico rappresentativo e la democraticità dei meccanismi produttivi di limitazioni della libertà - modifica le tecniche di tipizzazione delle fattispecie penale.

La tipicità penale diventa *elastica, flessibile e aperta all'influsso delle fonti burocratico-amministrative* ma anche delle (volatili e variabili) *opinioni di massa*. “Affrancata dalla rigida definizione data dal testo normativo e dal perimetro delimitato dal fatto tipico”, la materia penale postmoderna diventa “plasmabile socialmente con facilità”<sup>49</sup>, come dimostra il decisivo contributo del populismo politico alla costruzione di un penale totalizzante<sup>50</sup>.

Da ciò l'accentuato rilievo della funzione giurisdizionale che - sia in sede comunitaria, che sul versante interno<sup>51</sup> - diventa decisiva per stabilire il punto di caduta di una norma penale incerta, oscillante fra la scarsa democraticità dei meccanismi di produzione e la necessità politica di addomesticarla al recepimento del consenso.

Va considerato peraltro che l'allentamento della riserva di legge statale rende

<sup>47</sup> Sul punto vedi da ultimo, MANNA, *Il Lato oscuro del diritto penale*, cit., 15 ss., 23 ss., 33 ss., 44 ss., 54 ss., 62 ss.; SGUBBI, *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa*, cit., 42 e 43.

<sup>48</sup> Il venir meno di una legge penale qualificata in senso formale e filtrata da un processo democratico di produzione monista, determina sovrapposizione di fonti normative e di competenze sanzionatorie. In argomento vedi MANES, *Il giudice nel labirinto: profili delle intersezioni tra diritto penale e fontisovra-nazionali*, Roma, 2012, 11 ss.; SOTIS, *Il diritto senza codice: uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007, 15 ss.

<sup>49</sup> Così SGUBBI, *op.ult.cit.*, 29.

<sup>50</sup> Sul populismo penale e giudiziario, come conseguenza del populismo politico vedi per tutti DONINI, *Populismo e ragione pubblica. Il post-illuminismo penale tra lex e ius*, Modena, 2019, *passim*; FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, 95 ss. MANNA, *Il fumo della pipa (il c.d. populismo politico e la reazione dell'Accademia e dell'Avvocatura)*, in questa Rivista, 2018, 1 ss.; PULITANÒ, *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, in *Criminalia*, 2013, 123 ss. Per un inquadramento del populismo penale in rapporto al penale della sicurezza contemporaneo vedi RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Torino, 2019, 1 ss., 73 ss.

<sup>51</sup> Sul rafforzamento del “ruolo del giudice nazionale” sulla scorta del recepimento e dell'armonizzazione del penale comunitario con la normativa interna vedi per tutti COCCO, *Il « primato » della riserva di legge parlamentare*, cit., 1085 ss.; MANNA, *Il Lato oscuro del diritto penale*, cit., 16 ss., 33 ss.; STEA, *L'offensività europea come criterio di proporzione dell'opzione penale*, in questa rivista, 2013, n. 3, 4.

non più chiari i confini fra fatto tipico rispetto ed antigiuridicità, facendo assumere a quest'ultima categoria una surrettizia ed inedita funzione tipizzante.

Allorché il momento prescrittivo *extrapenale* diventa portatore sano di effetti punitivi - attraverso il potenziamento del ruolo sanzionatorio dello *ius puniendi* - il principio di frammentarietà perde il suo ruolo selettivo, perché agendo tradizionalmente in sede di tipizzazione, non è in grado di contenere una illiceità di matrice burocratico-amministrativa<sup>52</sup>.

Va d'altra parte segnalato che la attuazione in concreto di un penale minimo non riguarda solo il versante legislativo, ma anche le prerogative e delle funzioni riconosciute alla magistratura penale, nonché i limiti imposti a livello ordinamentale e politico all'azione penale; funzioni e limiti che risentono delle condizioni storiche, politiche, sociali in cui si sviluppa il potere e l'apparato punitivo<sup>53</sup>.

Se sul piano formale, la tassatività e la determinatezza della fattispecie unitamente al divieto di analogia, garantiscono la supremazia del testo normativo sugli interventi estensivi della giurisdizione, è pur vero che - nel penale statocentrico - sono i rapporti di forza fra i poteri dello Stato a delineare il ruolo del comparto politico-legislativo e le competenze della magistratura penale in un quadro di separazione e bilanciamento delle competenze, ovvero di prevalenza di un potere sull'altro.

L'adozione di modelli di penale massimo o minimo risulta in tal senso espressione degli orientamenti socio-politici assunti nel divenire storico.

*2.2 Il dissolvimento dell' ultima ratio nella crisi dello Stato moderno e della sua sovranità: il penale multilivello oltre la legalità formale e la democrazia rappresentativa.* È stato ben evidenziato che il rapporto fra penale statocentrico ed eurocentrico s'iscrive in un "Universo giuridico paradossale", retto "da norme comunitarie prevalenti ma incompetenti", e da "norme nazionali

---

<sup>52</sup>Rimarca i contenuti emotivo-irrazionali della legislazione populista, l'autorevole dottrina che vede nel populismo, oltre ad un *movimento politico eterogeneo* difficilmente perimetrabile, uno "stato d'animo". Il populismo-*mood* "è anche linguaggio rivoluzionario, profetico, perentorio e per *slogan*". Da ciò la chiara connotazione populista delle recenti leggi-slogan sulla sicurezza, sull'immigrazione, sulla legittima difesa, sino alle ultime *spazza corruzione*, *spazza prescrizione* e *manette agli evasori* che - come vedremo successivamente - sono alla base della trasformazione della pena-*ultima ratio* nella penale-*prima ratio*. Opzione che trova condivisione nell'opinione pubblica e nella popolazione, in quanto sintonizzata per l'appunto sullo *stato d'animo* del paese. Così RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, cit., 74 e 75.

<sup>53</sup>Sul punto vedi la articolata analisi di MANNA, *Il Lato oscuro del diritto penale*, cit., 33 ss.

subordinate, ma competenti”<sup>54</sup>.

Questo (dis)ordine delle competenze, correlato alla sovrapposizione dei modelli sanzionatori e degli stessi scopi attribuiti alla pena nei rispettivi emisferi (nazionali ed euro unitari), comporta la messa in discussione (se non la demolizione) di almeno quattro dei pilastri (su cui si è stato costruito l’edificio) del penale moderno d’ estrazione illuminista: sovranità popolare (esercitata attraverso lo Stato), principio di territorialità, legalità formale e monismo legislativo di matrice parlamentare.

La sostituzione del monismo di sovranità e di legislazione statale in materia penale, con il pluralismo delle sovranità e delle fonti penali, è l’epicentro di un movimento tellurico che destabilizza il pregresso assetto statocentrico ed i precedenti equilibri fra i poteri dello Stato, introducendo sulla scena penale nuovi protagonisti.

Il legislatore europeo, si aggiunge al legislatore nazionale senza replicarne il monismo: è infatti una entità indefinita e trina che si compone del Consiglio d’Europa e della Commissione europea (con relativi apparati burocratici e tecnocratici di riferimento), ed il Parlamento Europeo, unico organo democraticamente eletto.

Questi organismi producono le norme comunitarie interagendo fra loro ed interfacciandosi con Organizzazioni internazionali, imprese multinazionali, fondazioni bancarie, organismi finanziari, organizzazioni non governative che entrano, direttamente o indirettamente, nel processo normativo.

Con il Trattato di Lisbona la UE ha ridefinito la forma tipica con cui l’esprimerà le sue istanze di penalizzazione, senza tuttavia migliorare la opacità dei suoi percorsi legislativi: l’obiettivo di armonizzare le normative nazionali alla disciplina comunitaria, è infatti affidata alle direttive, adottate congiuntamente dal Consiglio UE e dal Parlamento europeo, piuttosto che allo strumento lacunoso della decisione quadro<sup>55</sup>.

Ciò non modifica l’assetto verticista della fonte normativa eurocentrica, affidata “ai corpi tecnocratici e alle burocrazie ministeriali, piuttosto che al potere dei rappresentanti elettivi”<sup>56</sup>. D’altra parte, lo stesso Parlamento europeo non

---

<sup>54</sup> Così SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell’Unione europea*, cit., 326 ss.

<sup>55</sup> Sul punto cfr. BERNARDI, *Il ruolo del terzo pilastro UE nella europeizzazione del diritto penale. Un sintetico bilancio alla vigilia della riforma dei Trattati*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2007, 1171 ss.; GRASSO, *Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali dell’Unione*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, 2326.

<sup>56</sup> Si evidenzia opportunamente che “la effettuazione di valutazioni di necessità e proporzionalità dello strumento penale impongono, a maggior ragione in tempi alquanto turbolenti, l’applicazione del principio *nullum crimen sine lege parlamentaria*, sotto il cui profilo la normativa europea è a tutt’oggi caren-



sembra “capace, per la sua struttura, di funzionare quale organo di rappresentanza di un popolo europeo sovrano”<sup>57</sup>, né di garantire la democraticità e la trasparenza del percorso legislativo.

D'altra parte, la prevalenza delle norme eurocentriche incompetenti sulle normativa statocentrica competente, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, pervade e mette in discussione proprio il meccanismo selettivo della normativa penale sotteso all'*ultima ratio*: la UE diviene infatti competente a svolgere un giudizio sulla necessità di pena, pur restando incompetente ad esercitare la potestà punitiva.

Si tratta di ulteriore paradosso, che unito alla messa in discussione del principio di legalità formale, comporta il rafforzamento del ruolo della componente burocratico-amministrativa e della giurisdizione nei meccanismi costitutivi ed ampliativi della norma penale<sup>58</sup>.

*2.3 Dallo ius puniendi moderno alla materia penale postmoderna: il superamento del monismo legislativo statale e lo sfaldamento della legalità formale. Primato della giurisdizione e congedo della sussidiarietà esterna a favore della sussidiarietà interna.* La destrutturazione della sovranità dello Stato moderno riverbera i suoi effetti sui pregressi assetti istituzionali e dunque sugli equilibri politici che sovrintendevano i meccanismi normativi, produttivi e selettivi della responsabilità penale: da ciò l'irrimediabile alterazione dei tratti genetici e dei caratteri costitutivi dello *ius puniendi* di matrice illuminista, basato sulla separazione dei poteri.

Le trasformazioni indotte dal penale comunitario sulla riserva di legge ed i suoi principi satelliti, non si limitano ad impattare sulle esigenze di rappresentanza e democraticità<sup>59</sup>, ma inficiano anche la “certezza del diritto, incrinata

---

te”. Così COCCO, *Il « primato » della riserva di legge parlamentare*, cit., 1084 e 1085.

<sup>57</sup>Così COCCO, *op.ult.cit.*, 1084 e 1085, il quale evidenzia in tal senso, che “la qualità della cultura politico-criminale del ceto politico e delle opinioni pubbliche europee” non appare rassicurante.

<sup>58</sup>Vedi STEA, *op.ult.cit.*, 4.

<sup>59</sup>Il Trattato di Lisbona non supera i problemi di rappresentanza-democraticità nelle istituzioni europee che partecipano al processo legislativo particolarmente evidenti nella precedente divisione in pilastri, in cui lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, tipicamente interessato dalla normativa influente sul diritto penale, costituiva il III pilastro che non consentiva un adeguato intervento del Parlamento europeo, il quale svolgeva una funzione essenzialmente consultiva. Venuta meno la divisione in pilastri, anche la materia penale è oggetto del processo legislativo ordinario, avviato dalla Commissione europea, formata da un commissario per ogni Stato membro, che rappresenta gli interessi generali dell'UE e ne sovrintende ed esegue le politiche. Sul punto vedi COCCO, *Il « primato » della riserva di legge parlamentare in materia penale affermato da Corte Cost. n. 115/2018 e il diritto europolitano*, cit., 1084 ss.; CUPELLI, *Il*

dalla presenza di un sistema multilivello, con precetti aperti ai più vari influssi interpretativi e apporti integrativi, e l'ingresso in campo di supreme istanze giurisdizionali a carattere sovranazionale<sup>60</sup>.

La materia penale delinea infatti un penale liquido piuttosto che tassativizzato, scompaginato quanto sconfinato<sup>61</sup>, che descrive la parabola involutiva di un sistema punitivo rigidamente formalista in un modello sanzionatorio sostanzialista<sup>62</sup> che "antepone i contenuti alla forma", il dato quantitativo alla qualità normativa, il controllo ed il disciplinamento sociale alla certezza del diritto ed alla libertà dei diritti<sup>63</sup>.

Ne risulta destrutturato "il concetto formale di reato", ovvero il punto di partenza di una delimitazione dell'area penale realizzabile in sede legislativa, attraverso il raccordo fra *extrema ratio* e riserva di legge (cd. sussidiarietà esterna): la deflazione del carico sanzionatorio viene demandata così al versante giudiziario, traducendosi in sussidiarietà interna<sup>64</sup>.

L'obliterazione del monismo delle fonti e del formalismo penale comporta del resto la sempre più marcata interrelazione fra potere legislativo e giudiziario ed una sovrapposizione fra le relative funzioni: l'ingresso della UE fra i produttori (indiretti) di norme penali, ha generato continui conflitti fra giurisprudenza nazionale e comunitaria<sup>65</sup>, determinando altresì "un rapporto incerto con le Corti costituzionali e la giurisdizione ordinaria"<sup>66</sup>.

Se a queste trasformazioni, aggiungiamo la difficoltà del penale eurocentrico di armonizzare sistemi e principi penali di Stati e di culture giuridiche eterogenee, appare difficile perfino ipotizzare che la griglia di (irrunziabili) garanzie penali di matrice illuminista, assunta a livello comunitario la medesima consi-

---

*Parlamento europeo e i limiti di unacodecisione in materia penale. Tra modelli di democrazia e crisi della riserva di legge*, in *Criminalia*, 2012, 535; FIANDACA, *Quale diritto penale per l'Europa*, in TRUJILLO-VIOLA (a cura di), *Identità, diritto, ragione pubblica in Europa*, Bologna, 2007, 143.

<sup>60</sup>Così COCCO, *Il « primato » della riserva di legge parlamentare in materia penale*, cit., 1087.

<sup>61</sup>La struttura, i beni tutelati e gli scopi perseguiti dal sistema sanzionatorio euromunitario, non sono in tal senso facilmente armonizzabili con quelli storicamente legati al monismo (legislativo) del penale democratico e liberale statocentrico. Vedi al riguardo per tutti COCCO, *L'eredità illuministico-liberale: principi forti per affrontare le sfide contemporanee*, in AA.VV., *Per un manifesto del neoilluminismo penale. Libertà individuali e principi penalistici*, cit., 2 ss.

<sup>62</sup> Parla di un "approccio sostanzialistico", derivante dall'estrema dilatazione del concetto di "materia penale" elaborato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, MANES, *Profili e confini dell'illecito para-penale. Profili e confini dell'illecito para-penale*, cit., 989.

<sup>63</sup> Vedi STEA, *op.ult.cit.*, 4.

<sup>64</sup> Vedi COCCO, *Riflessioni su punibilità, sussidiarietà e teoria del reato. Tra vecchi e nuovi istituti*, cit., 253.

<sup>65</sup> Al riguardo vedi MANNA *Il difficile dialogo fra Corti Europee e Corti Nazionali nel diritto penale: analisi di due casi problematici (Taricco e Contrada)*, in *questa Rivista*, 2016, n. 3, 1 ss.

<sup>66</sup> Così COCCO, *op.ult.cit.*, 1087.

stenza prevista sul versante interno, abbracciando la stessa costellazione di valori e di scopi di sistema.

E' del resto significativo che il concetto di materia penale vada a sostituire nello spazio sanzionatorio eurounitario, il termine diritto penale quasi a voler prendere le distanze dall' antropocentrismo punitivo informato alla tutela dei diritti (e delle libertà della persona)<sup>67</sup>, che ha storicamente contrassegnato il penale moderno d'estrazione illuminista e la sua vocazione punitiva minimalista<sup>68</sup>.

3.- *Tecniche di aggiramento della riserva di legge: anti giuridicità tipizzante, illiceità parapenale e contaminazione burocratico-amministrativa della fonte penale.* Il penale a sovranità sovrapposte accompagna al *deficit* di formalismo e di parlamentarismo delle fonti penali, l' oggettiva difficoltà di monitorare, controllare e dunque selezionare il penalmente rilevante.

In assenza di una competenza diretta in materia punitiva, il penale eurocentrico - prima del trattato di Lisbona - traeva legittimazione dall'esistenza di *norme europee extrapenali* bisognose di tutela<sup>69</sup>: si è così creato uno stretto rapporto fra tessuto normativo burocratico-amministrativo ed il momento sanzionatorio, demandato allo strumento penale<sup>70</sup>.

Il meccanismo punitivo si è intrecciato ad un(ampio) universo prescrittivo, retto da sistemi gestionali-amministrativi e modelli organizzativi e di controllo

---

<sup>67</sup>La preminenza della figura deontica dell'obbligo e del dovere sembra di contro il tratto distintivo di un penale dell'obbedienza che sviluppandosi attraverso *diversi livelli di sovranità* - stante la difficoltà di alimentarsi attraverso leggi punitive dirette - persegue strade alternative di formazione del modello sanzionatorio: da ciò il prevalere della dimensione dell'antigiuridicità in chiave di tipizzazione surrettizia del precetto extrapenale, attraverso il proliferare di norme-comando il cui inadempimento determina l'intervento sanzionatorio demandato al penale.

<sup>68</sup>Emblematico segnale dell' "arretramento" e dell'involuzione dell'ordinamento eurocentrico, appare l'idea di presentare "il diritto comune medievale, quale riferimento culturale del dialogo tra le corti europee e nazionali": impostazione che evidenzia una propensione verso il penale pre-moderno, piuttosto che una riaffermazione dei principi del penale moderno di estrazione illuminista. Così COCCO, *L'eredità illuministico-liberale: principi forti per affrontare le sfide contemporanee*, cit., 16.

<sup>69</sup>Sul punto vedi BERNARDI, *L'armonizzazione delle sanzioni in Europa: linee ricostruttive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 81.

<sup>70</sup>La implementazione di normative per campi di materia ha consentito alla UE - attraverso verifiche e controlli burocratico-amministrativi - di attuare un immediato presidio degli interessi comunitari, per poi tradurre - in un momento successivo - il reticolo delle disposizioni regolamentari in modelli sanzionatori, formalmente demandati agli Stati membri, ma in realtà già delineati nel momento prescrittivo dalla UE stessa, attraverso direttive, regolamenti, trattati. Sul punto vedi per tutti TIEDEMANN, *L'Europeizzazione del diritto penale*, cit., 3 ss.; BERNARDI, *L'uropeizzazione del diritto e della scienza penale*, 2004, Torino, 2 ss.

demandati ad enti paragiurisdizionali ( Authority<sup>71</sup>, Garanti, organismi di vigilanza comunitari o privati)<sup>72</sup>.

Il sistema penale eurounitario si è alimentato di norme-comando, strutturandosi come momento sanzionatorio dell'inadempimento burocratico-amministrativo: ciò ha favorito la stringente disciplina di ogni comparto e settore sociale, determinando la burocratizzazione tendenziale di ogni segmento di attività lecita.

L'aggiramento della riserva di legge attraverso il massiccio ingresso di normative *extrapenali*, ha comportato il superamento da parte della normativa eurocentrica delle invalicabili barriere erette dal principio di legalità formale a tutela del monismo legislativo statocentrico: le discipline prescrittive introducibili liberamente nel campo del diritto interno, hanno agito come un cavallo di troia lasciato nel territorio dei singoli Stati, da cui - sotto le mentite spoglie di norme burocratico-amministrative- sono fuoriuscite disposizioni punitive.

Si è arrivato così alla costruzione dell' illecito para-penale<sup>73</sup>, portatore sano, di patologie letali per il penale minimo.

*Escamotage* tecnico-giuridico che ha consentito al principio di preminenza del diritto comunitario (su quello interno) di realizzarsi, ed alle fonti normative sovranazionali di fare breccia nello *ius puniendi* dei paesi membri in via surrettizia, senza cioè intaccare sul piano formale l'inviolabilità della riserva

<sup>71</sup>Sul ruolo delle Autorità tecniche nello scenario giuridico nazionale, internazionale e comunitario vedi per tutti CARRINO, *La Costituzione come decisione. Contro i giuristi moralisti*, cit., 95 ss., 215 ss.

<sup>72</sup>Caso esemplificativo è il modello di controllo societario proprio della Responsabilità amministrativa degli enti da reato. Sull'amplessissima letteratura in materia vedi tra tutti, AA.VV. *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.lgs. n. 231/2001. Problemi applicativi e prospettive di riforma*, A.M. STILE, MONGILLO, G. STILE (a cura di), Napoli, 2013, *passim*; ALESSANDRI, *Note penalistiche sulla nuova responsabilità delle persone giuridiche*, cit., 33; ID., *Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, Milano, 2002, 25; COCCO, *L'illecito degli enti dipendente da reato ed il ruolo dei modelli di prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. Pen.*, 2004, 111 ss, 116, 120 ss.; ID., *Il ruolo dei modelli di prevenzione nella responsabilità degli enti dipendente da reati commessi dai vertici (editio minor)*, in AA.VV., *Il diritto penale del futuro (atti del IV° Corso internazionale di Formazione in Diritto Penale 17/19 settembre 2003)*, CASTALDO (a cura di), Salerno, 2006; e (editio maior) in *Studi in ricordo di Serra*, I, Napoli, 2007, 31-74; DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, Milano, 2002, *passim*; DE SIMONE, *I profili sostanziali della responsabilità cd. amministrativa degli enti: la "parte generale" e la "parte speciale" del d.lgs. 8 giugno 2001*, cit., p.81 ss.; DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, 2008, *passim*; MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, cit., 532; ID., *Il giudizio di idoneità del modello di organizzazione ex d.lgs. 231/2001: incertezza dei parametri di riferimento e prospettive di soluzione*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2011, 69 ss.; PALIERO, *Dieci anni di "corporate liability" nel sistema italiano: il paradigma imputativo nell'evoluzione della legislazione e della prassi*, cit., 5 ss.

<sup>73</sup>Così MANES, *Profili e confini dell'illecito para-penale*, cit., 989.

di legge statale<sup>74</sup>.

L'illeceità para-penale produce un significativo ampliamento della capacità intrusiva della giustizia penale, giovandosi di un articolato, capillare e pervasivo sottosistema normativo (burocratico, amministrativo e fiscale) di copertura<sup>75</sup>, che determina “trasformazioni tanto rapide quanto profonde” dello *ius puniendi* nazionale, che “rappresentano autentiche rivoluzioni dogmatiche”<sup>76</sup>. La tecnica di tipizzazione eurocentrica basata su “campi di materia” conduce ad una fattispecie che, coprendo per intero l'impianto precettistico edificato dal legislatore in singoli sottosistemi, perde il suo carattere frammentario di illecito a modalità di lesione<sup>77</sup>.

Ciò porta il diritto penale a smarrire la sua peculiare caratteristica di strumento di disciplina per aree emergenti di tutela, (struttura) che gli consentiva di attraversare longitudinalmente ogni settore senza mutare la propria essenza e dunque senza rinunciare ai propri principi: il penale ibrido, o para-penale, diventava invece onnicomprensivo, totalizzante; in un “drastico rovesciamento dei postulati tradizionali, frammentaria” adesso “è la libertà”<sup>78</sup>.

Questo modello sanzionatorio spurio e surrettizio agisce attraverso il ricorso ad una anti-giuridicità tipizzante, strutturata su norme-comando amministrative che impongono adempimenti, la cui inottemperanza o la cui non puntuale ottemperanza, può tradursi in sanzione penale: dalla normativa sull'antiriciclaggio a quella in materia di privacy; dai modelli di controllo negli enti alle deleghe in tema di sicurezza sul lavoro; dalla titolarità delle funzioni amministrative di responsabile del procedimento al consenso informato in materia medico-sanitaria.

La dimensione amministrativa di questo sistema prescrittivo consente di superare il carattere sussidiario dell'illeceità penale, delineando un'area di liceità-illiceità flessibile: liceità condizionata dal puntuale adempimento

<sup>74</sup> Sul punto vedi per tutti BERNARDI, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, cit., 40 ss.

<sup>75</sup> Sui rapporti sempre più stretti che legano il diritto penale e la materia fiscale, sul raccordo fra sanzioni penali e pene patrimoniali, nonché sul carattere anticipatorio delle soglie di punibilità relative vedi per tutti, ALESSANDRI, *Criminalità economica e confisca del profitto*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di Dolcini e Paliero, III, Milano 2006, 2103 ss.; FONDAROLI, *Splendori e miserie della confisca obbligatoria del profitto*, in *Principi costituzionali in materia penale e fonti sovranazionali*, Padova 2008, 117 ss.; MAUGERI, *Relazione introduttiva. I modelli di sanzioni patrimoniali nel diritto comparato*, in AA.VV., *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine: reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione*, Milano 2008, 13 ss.; MUCCIARELLI-PALIERO, *Le Sezioni Unite e il profitto confiscabile: forzature semantiche e distorsioni ermeneutiche*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 20.4.2015, 1 ss.

<sup>76</sup> La calzante definizione è di MANES, *Profili e confini dell'illecito para-penale*, cit., 988 ss.

<sup>77</sup> Così PALIERO, *Minima non curatpraetor*, cit., 49.

<sup>78</sup> Si esprime in questi termini SGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, cit., 11.

dell'obbligo.

In questo modo, regolamenti e discipline UE confluiscono negli spazi meno vincolanti e tassativi, e meno formalizzati, dell'antigiuridicità che, in una inversione metodologica degli schemi formali-garantistici, viene costruita in chiave tipizzante, anziché scriminante. Se la *ultima ratio* s'inseriva in un sistema punitivo connotato dal crisma della eccezionalità, la normalizzazione del fatto tipico attraverso la sua introitazione nel fatto antigiuridico, rende la penalizzazione del vivere sociale un momento fisiologico.<sup>79</sup>

Il proliferare di modelli di controllo, di gestione, di garanzia demandati ad astruse normative amministrative, munite di sanzione penale di chiusura, produce una molteplicità di obbligazioni ad adempiere sotto minaccia di pena, che determina una espansione dell'azione penale nel comparto imprenditoriale-professionale senza precedenti. Si arriva così alla *normalizzazione del criminale* ovvero alla *criminalizzazione dell'uomo normale*, responsabilizzato da oneri/obblighi securitari difficilmente gestibili senza incorrere nell'omissione negligente o nell'imperizia inefficiente.

L'adesione forzata ad obblighi formali tanto estesi, limita d'altra parte in modo significativo gli spazi di libertà di azioni, espandendo gabbie normative per lo più afinalistiche, nel senso che perseguono finalità inutili, prive di buon senso e/o incomprensibili.

La pena viene messa a supporto (*rectius*, al servizio) di politiche burocratiche, protocolli economico-finanziari o procedure amministrative-gestionali protese a mettere in sicurezza le politiche UE, nonché a proteggerne gli scopi economico-finanziari<sup>80</sup>.

---

<sup>79</sup> La regolamentazione penale comunitaria per campi di materia si articola in una serie di prescrizioni tecniche che - sul presupposto di armonizzare la regolamentazione di vari segmenti di vita sociale - delineano "un ordine settoriale" che, a sua volta, rientra in vari ordini di settore volti ad organizzare le condizioni di liceità di diversi comparti (alimenti, ambiente, lavoro ecc. ecc.) secondo modelli di gestione e parametri/soglie di compatibilità, di natura per lo più amministrativa. Vedi SGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, cit., 19.

<sup>80</sup> E' del resto esplicitamente affermato che la normativa comunitaria tutela le "politiche dell'Unione", direttiva prioritaria che - come emerso da ultimo nelle varie evoluzioni del caso Taricco - permea interamente anche l'impianto e gli scopi del penale comunitario. Sul caso Taricco nelle varie evoluzioni storiche vedi fra tutti DONINI, *Le sentenze Taricco come giurisdizione di lotta. Tra disapplicazioni "punitive" della prescrizione e stupefacenti amnesie tributarie*, in *Dir.pen. cont.*, 3 aprile 2018, 1 ss.; MANNA, *Il difficile dialogo fra Corti Europee e Corti Nazionali nel diritto penale: analisi di due casi problematici (Taricco e Contrada)*, in *questa Rivista*, 2016, n. 3, 1 ss.; VIGANO, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA? Primato del diritto UE e nullum crimen in un'importante sentenza della Corte di giustizia*, in *Dir.pen. cont.* 14 settembre 2015, 1 ss.

<sup>80</sup> Cfr. STEA, *L'offensività europea*, cit., 4.

4. *Il principio di ultima ratio fra penale eurocentrico e principi costituzionali: una verifica sulla possibile armonizzazione fra universi assiologici e teleologici distinti.* A fronte del pluralismo delle fonti penali e di un sistema sanzionatorio multifunzionale che tende a “produrre un aumento delle incriminazioni, una crescita del penale ed una diminuzione delle garanzie”<sup>81</sup>, la più autorevole dottrina auspica una verifica sulla compatibilità fra il diritto penale moderno di matrice liberale e l’impianto sanzionatorio eurocentrico, non tanto e non solo attraverso l’analisi degli atti normativi dell’Unione in materia penale, quanto sul piano sistematico.

Ciò è tanto più necessario dopo l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona che ha accentuato i margini di intervento del penale comunitario, potenziando le sovrapposizioni normative e le possibili asimmetrie sistematiche.

Inquadrato il nostro studio in questa cornice metodologica, va dunque valutato se l’architettura a sovranità sovrapposte del penale eurounitario, unitamente alla logica funzionalista che ne orienta l’azione, sia compatibile con le esigenze di contenimento ed eliminazione dello strumento punitivo, veicolate dell’*extrema ratio*.<sup>82</sup>

Occorre cioè chiedersi se il penale multilivello - comotato dal pluralismo di fonti e dalla molteplicità di produttori normativi - sia armonizzabile con l’*ultima ratio*, ed in generale con i principi liberal-garantisti, concepiti all’interno del monismo della sovranità statale.

Se è necessario far convivere sul piano epistemologico emisferi giuridici distanti - e dunque tentare di conciliare l’idea del penale minimo, con l’universo sanzionatorio multilivello, multifattoriale e multifunzionale - occorre d’altra parte prendere atto dei costi, per la dottrina liberale più accorta inaccettabili, che chiede l’uropeizzazione sul piano della tenuta dei principi (e dunque in rapporto alla tutela dei diritti) fondamentali.

Va anzitutto considerato quali *vulnus* sistemici comporta “l’abbandono della consolidata tradizione parlamentare” alla base della riserva di legge.

Si evidenzia in tal senso che - “benché non sia affatto entusiasmante la condizione del principio di legalità nel nostro Paese, sia nella fase di formazione che in quella dell’applicazione della legge” - non si può accettare che l’uropeizzazione dello *ius puniendi* sacrifichi la certezza del diritto, metten-

---

<sup>81</sup> Così DONINI, *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria*, cit., 141.

<sup>82</sup> Sul punto si rimanda a COCCO, *Il « primato » della riserva di legge parlamentare*, cit., 1087 ss.; ID., *L’eredità illuministico-liberale: principi forti per affrontare le sfide contemporanee*, cit., 2 ss.; DONINI, *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria*, cit., 141 ss.

do “in secondo piano tutti gli ideali democratici e liberali dello stato di diritto”<sup>83</sup>.

Si richiama al riguardo la coerenza sistemica del penale moderno, risalente alla “stessa idea illuminista del contratto sociale” che pone a fondamento della legge penale, un quadro di principi, valori ed interessi condivisi: ecco perchè un “penale autenticamente europeo, ovvero una codificazione unitaria” necessita di un momento fondativo dato da “una Costituzione e un Parlamento” europeo.<sup>84</sup>

Invero l’*ultima ratio* - “oltre ad avere un valore assoluto per il diritto penale liberale” - riveste un forte ascendente identitario in sede comunitaria, nella misura in cui il minimo ricorso alla pena rappresenta la traduzione in materia penale, dello “spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere”, ricordato alla “libera circolazione delle persone” all’ art.3 (ex art.2 TUE) del Trattato UE.

Lo spazio di libertà comune non delinea soltanto di un’aspirazione ed un valore astratto, ma una delle ragioni fondative dell’Unione: in questa prospettiva un penale informato all’ *ultima ratio* “attenuerebbe le resistenze basate sulle differenze culturali e sulla rivendicazione di sovranità frapposta all’avvento di un diritto penale e processuale europeo unitario che faccia da necessario *pendant* alla libertà di circolazione all’interno della UE”<sup>85</sup>.

“Il pieno accoglimento dei principi di *extrema ratio* e frammentarietà anche in sede euro unitaria” - oltre a restringere l’intervento punitivo - comporterebbe infatti “la necessità di una rigorosa giustificazione della decisione di imporre agli Stati membri l’adozione di sanzioni penali”, favorendo “significativamente la uniformità delle concezioni sul diritto penale in ambito europeo, essendo proprio l’inosservanza di tale principio la causa principale delle discordanze tra i differenti ordinamenti penali nazionali”<sup>86</sup>.

D’altra parte, l’*extrema ratio* dovrebbe necessariamente sovra intendere il progetto di un penale europeo ispirato al ripristino di un teleologismo liberale, dal momento che il principio (e l’assetto liberale) riceve implicito riconoscimento dal rilievo attribuito al diritto alla libertà dall’art. 5 CEDU, secondo cui “ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza” e “nessuno può essere privato della libertà”<sup>87</sup>.

<sup>83</sup>Così COCCO, *op.ult.cit.*, 1087 e 1088.

<sup>84</sup>*Ibidem*, 1087 e 1088.

<sup>85</sup>Così COCCO, *Il « primato » della riserva di legge parlamentare*, cit., 1087.

<sup>86</sup>Così COCCO, *op.ult.cit.*, 1087.

<sup>87</sup>Se non “in casi” specifici e “nei modi previsti dalla legge”. L’art. 5 CEDU, “laddove prevede che tutti gli uomini hanno diritto alla libertà e alla sicurezza”, sarebbe “la traduzione moderna del principio per



Il diritto alla libertà personale è d'altra parte riconosciuto dall'art.6 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea del 7 dicembre del 2000 ( cd. Carta di Nizza-Strasburgo)<sup>88</sup> che la raccorda al principio di uguaglianza dei diritti<sup>89</sup>.

L'art.6 della Carta di Nizza, richiamato dall'art. 6 TUE, d'altra parte è significativamente intitolato "diritto alla libertà ed alla sicurezza", collocandosi "nel titolo II, sulla libertà" che "segue immediatamente il titolo I, relativo alla dignità" della persona<sup>90</sup>.

Questi principi chiariscono la centralità che assume la tutela della libertà in seno all'Unione, dunque la preferenza accordata per strumenti coercitivi limitati e dotati di necessarietà: posto che la pena rappresenta la sanzione più afflittiva dell'ordinamento e pregiudica il bene fondamentale della libertà personale, essa può essere adottata dal legislatore soltanto rispetto a condotte che pregiudichino beni almeno di pari grado, ossia beni significativi, che trovino in norme sovraordinate riconoscimento, esplicito o implicito<sup>91</sup>.

*5.L'ultima ratio nel penale a sovranità sovrapposte : il principio di indispensabilità/necessità della pena dopo il Trattato di Lisbona e l'art. 83.1 TFUE: le norme penali minime finalizzate al penale massimo.* Sul piano comunitario il

---

cui nessuno può essere arbitrariamente privato della sua libertà". Questa norma viene in tal senso ritenuta fedele interprete della matrice liberale della *sûreté* illuminista, intesa "in senso restrittivo, come una sorta di traduzione del principio dell'*habeas corpus*, riferito alla libertà di circolazione e alla garanzia dell'individuo contro l'arresto e la detenzione arbitrari". Sul punto vedi e la detenzione arbitrari". Sul punto vedi RUOTOLO, *La sicurezza nel gioco del bilanciamento*, in AA.VV., *I diversi volti della sicurezza. Atti del Convegno. Milano, 4 giugno 2009*, 7 ss., *La sicurezza nel gioco del bilanciamento*, in AA.VV., *I diversi volti della sicurezza. Atti del Convegno Milano, 4 giugno 2009*, 7 ss.

<sup>88</sup> Sul contrasto fra le dichiarazioni di principio e programmatiche (di cui all' art. 29 TUE ed all'art.6 della Carta di Nizza) della Comunità Europea e la deriva securitaria del penale d'ispirazione comunitario vedi per tutti CAVALIERE, *Può la sicurezza costituire un bene giuridico o una funzione del diritto penale?*, cit., 43 e 44.

<sup>89</sup> Sul rapporto fra sicurezza e (diritto alla) libertà vedi per tutti DONINI, *Documento introduttivo del Convegno "Sicurezza e Diritto Penale". La sicurezza come orizzonte totalizzante del discorso penalistico*, Modena, (20-21 marzo) 2009, 2 ( poi confluito in ID., *Sicurezza e diritto penale. La sicurezza come orizzonte totalizzante del discorso penalistico*, in AA.VV., *Sicurezza e diritto penale*, a cura di Donini-Pavarini, Bologna, 2011, 11 e ss.) 11 ss.; HASSEMER, *Libertà e sicurezza alla luce della politica criminale*, in *Sicurezza e diritto penale*, cit., 59 ss.; PRITTWITZ, *La concorrenza diseguale fra sicurezza e libertà*, in AA.VV., *Sicurezza e diritto penale*, cit., 106 ss.; RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, cit., 1 ss., 8 ss. Per un inquadramento generale e risalente dei rapporti fra sicurezza e libertà vedi per tutti FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., 461 ss., 483 ss., 849 ss., 901 ss., 925 ss.

<sup>90</sup> Il significato ed i riflessi della collocazione sistematica dell'art.6 viene opportunamente evidenziato da RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, cit., 9.

<sup>91</sup> Così STEA, *op.ult.cit.*, 14.

principio di sussidiarietà riceve dunque legittimazione<sup>92</sup> attraverso il medesimo *argumentum libertatis* che “fonda la giustificazione costituzionale nel sistema italiano<sup>93</sup>. Va di contro considerata la difficile attuabilità del principio, in rapporto all’*ipernormativizzazione* della vita sociale derivante dal modello eurocentrico, che come abbiamo visto, sembra privilegiare la quantità di norme, sulla “qualità della produzione normativa”<sup>94</sup> determinando continue e diffuse microviolazioni della libertà dei diritti.

La produzione normativa comunitaria risulta difficilmente arginabile - ed ancora più difficilmente ricomponibile all’interno di un teleologismo punitivo antropocentrismo - poiché viziata alla base da un oligopolio di produttori normativi, non legittimati da meccanismi di democrazia rappresentativa, che perseguono interessi e finalità politico criminali eterogenei : peccato d’origine che non può essere certo colmato e/o compensato dal “ruolo propulsivo della Corte di Giustizia”, che peraltro non è un organismo politico<sup>95</sup>.

La *ultima ratio* non è peraltro prevista dal sistema penale eurocentrico, poiché i principi comunitari di sussidiarietà e di necessità di pena - pur convergendo apparentemente nelle norme minime richiamate dall’art. 83.1 TFUE - non collimano con il paradigma del penale minimo, anzi lo contrastano: la competenza penale eurocentrica si pone infatti quale “funzione integrativa e non sostitutiva” del penale statocentrico, assumendo come evidenziato, una capacità espansiva *in re ipsa* della normativa penale interna.<sup>96</sup>

Funzione integrativa che dopo il Trattato di Lisbona e l’abolizione dei pilastri, si è evidentemente rafforzata: la competenza penale dell’Unione europea pur restando indiretta<sup>97</sup>, viene infatti rimodulata dall’art. 83.1 TFUE, che stabilisce che il Parlamento europeo e il Consiglio possono stabilire norme minime relative ai reati e alle sanzioni concernenti le più gravi forme di criminalità transfrontaliera.

La competenza penale UE assume in questo modo carattere autonomo, in quanto- superando la precedente subordinazione alle necessità di tutela di

<sup>92</sup> Sul punto vedi SALCUNI, *L’europizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, Milano, 2011, 430 ss.

<sup>93</sup> Così STEA, *op.ult.cit.*, 14.

<sup>94</sup> Così COCCO, *Il « primato » della riserva di legge parlamentare in materia penale*, cit., 1087 e 1088.

<sup>95</sup> *Ibidem*, 4.

<sup>96</sup> In tal senso DONINI, *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria*, cit., 170 ss.

<sup>97</sup> La necessità che gli Stati membri - attraverso una “attività di trasposizione e puntualizzazione” - recepiscano le “norme penali minime contenute nelle direttive di armonizzazione”, le prive di efficacia diretta. Sul punto vedi BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell’Unione Europea: problemi e prospettive*, cit., 44.

norme extrapenali<sup>98</sup> - trae autolegittimazione dalla necessità di contrastare le forme più insidiose di criminalità transnazionali<sup>99</sup>. Resta la formulazione ambigua del comma 1 dell'art. 82, che sembrerebbe raccordare “il ravvicinamento delle disposizioni incriminatrici in materia penale alla cooperazione giudiziaria ed al mutuo riconoscimento delle decisioni penali”<sup>100</sup>.

In realtà la competenza penale UE all'indomani di Lisbona ha assunto una spiccata autonomia funzionalista, in quanto non è più prioritariamente finalizzata alle esigenze di coordinamento tra le autorità deputate a contrastare i reati<sup>101</sup>. laddove viceversa, ai sensi degli artt. 29 e 31 TUE, sino al 2009 tali esigenze erano alla base della competenza penale di terzo pilastro<sup>102</sup>.

E' pur vero che l'art. 83.2 TFUE legittima - sulla scorta della competenza penale accessoria - il ricorso a norme d'armonizzazione *solo indispensabili*<sup>103</sup> nella prospettiva di una *efficace tutela delle politiche UE*<sup>104</sup>.

---

<sup>98</sup> L'evoluzione in senso autonomista della competenza penale europea di cui all'art. 82.1 TFUE non esprimerebbe - secondo parte della dottrina - la volontà di rinnegare le sinergie tra armonizzazione penale e cooperazione giudiziaria, quanto la volontà di conferire alle nuove norme europee volte di contrasto alla criminalità transfrontaliera “scopi ulteriori a quelli precedentemente considerati, talora carichi anche di risvolti latamente simbolici”. Così BERNARDI, *L'armonizzazione delle sanzioni in Europa: linee ricostruttive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 81.

<sup>99</sup> Sul punto vedi BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell'Unione Europea: problemi e prospettive*, cit., 44 ss.

<sup>100</sup> Così BERNARDI, *op. ult. cit.*, 44. Vedi pure GRASSO, *Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali dell'Unione*, cit., 2326.

<sup>101</sup> Cfr., per tutti, SICURELLA, *Questioni di metodo nella costruzione di una teoria delle competenze dell'Unione europea in materia penale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, cit., 2625, nt. 85.

<sup>102</sup> Cfr. MANACORDA, *Introduction. L'integration pénale indirecte, une première définition*, in *L'integration pénale indirecte. Interactions entre droit pénal et coopération judiciaire aussein de l'Union européenne*, a cura di GIUDICELLI-DELAGE- MANACORDA, Paris, 2005, 21 ss.; SALAZAR, *La costruzione di uno spazio penale comune europeo*, in *Lezioni di diritto penale europeo*, a cura di GRASSO-SICURELLA, Milano, 2007, 395 ss.

<sup>103</sup> Vedi al riguardo BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell'Unione Europea: problemi e prospettive*, cit., 64 ss.

<sup>104</sup> Il requisito della *indispensabilità* delle norme penali d'armonizzazione accessoria costituisce il presupposto necessario per l'esercizio della parallela competenza dell'Unione. Tale esercizio, peraltro, soggiace a ulteriori vincoli in merito alle suddette norme penali, vincoli concernenti sia il loro carattere “minimo”, sia più in generale i loro limiti contenutistici. Per contro, “non sembrano sussistere significativi vincoli in merito all'ampiezza dei settori di intervento e al livello di gravità delle forme di criminalità presa in considerazione”. Si precisa opportunamente che il “requisito dell'indispensabilità delle norme penali d'armonizzazione accessoria” non significa che esse abbiano “un carattere assolutamente eccezionale, così da rendere altrettanto eccezionale il varo di norme siffatte”: l'azione in tal senso dell'Unione sarà legittima in quanto “indispensabile” qualora anche un solo Stato membro non riesca prevedibilmente a svolgere le attività richieste per garantire la tutela delle norme extrapenali d'armonizzazione; e ciò sia nel caso in cui le conseguenze negative di tale inadempienza ricadano solo sullo Stato in questione, sia nel caso in cui l'inottemperanza di tale Stato finisca col compromettere in varia misura l'efficacia dei provvedimenti prese nei restanti Paesi membri a fini di salvaguardia del diritto.

Ciò chiarisce che il penale eurounitario tutela *funzioni*, piuttosto che diritti individuali ed interessi sociali dei cittadini.

All'art. 83.2 TFUE si raccorda il generale principio di sussidiarietà di cui all'art. 5.3 TUE che come già chiarito, non è assimilabile all'*ultima ratio* nell'accezione tradizionale: esso condiziona l'intervento dell'Unione nei settori che non sono di sua competenza esclusiva al fatto che "gli *obiettivi dell'azione prevista* non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri (...), ma possono (...) essere *conseguiti meglio a livello di Unione*"<sup>105</sup>.

Parallelamente, il generale principio di proporzionalità di cui all'art. 5.4 TUE limita "il contenuto e la forma dell'azione dell'Unione (...) a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei trattati"<sup>106</sup>.

Sotto quest'ultimo profilo, l'armonizzazione penale accessoria non si limita a perseguire il ravvicinamento dei Paesi membri sul piano sanzionatorio - prevedendo cioè all'interno di apposite direttive, una serie di precetti da presidiare penalmente - ma può comportare "anche obblighi a carico di tali Paesi in ordine a talune forme di manifestazione del reato, nonché al tipo e all'entità delle pene applicabili in caso di violazione dei suddetti precetti"<sup>107</sup>.

---

to dell'Unione. Così BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell'Unione Europea: problemi e prospettive*, cit., 64 ss.

<sup>105</sup>La previsione di un dato intervento "indispensabile anziché migliore (art. 5.3 TFUE) e necessario (art. 5.4 TFUE) sembra segnalare la volontà di restringere il campo d'operatività della competenza penale accessoria: come se, in relazione ad essa, i limiti posti in via generale all'azione dell'Unione dai principi di sussidiarietà e proporzionalità non solo si sommassero, ma si rafforzassero esponenzialmente. Questo incremento dei vincoli posti dall'art. 83.2 alla competenza penale accessoria ben si spiega alla luce sia della natura penale dei relativi testi europei, sia dell'ampiezza dei settori normativi coinvolti (tendenzialmente coincidenti con l'insieme delle politiche dell'Unione), sia infine degli angusti spazi lasciati alla discrezionalità dei legislatori nazionali in sede di trasposizione". Così BERNARDI, *op.ult.cit.*, 64 ss.

<sup>106</sup>In sostanza quindi "il principio di proporzionalità implica l'obbligo di regolare l'intensità dell'intervento dell'Unione, per quanto concerne sia la scelta dello strumento sia il tipo di azione". Così BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell'Unione Europea: problemi e prospettive*, cit., 64 ss.

<sup>107</sup>L'attitudine "a comprimere la discrezionalità legislativa nazionale insita nelle norme penali minime di armonizzazione *accessoria* non è certo inferiore a quella insita nelle norme penali minime di armonizzazione *autonoma*". In entrambi i casi, queste norme penali tendono a perdere il loro carattere di "norme minime" e dunque a forzare i contenuti naturali delle direttive, prevedendo sempre qualcosa di più di un mero vincolo per gli Stati membri "per quanto riguarda il risultato da raggiungere" (art. 288, comma 3, TFUE). Le suddette norme vanno infatti a comprimere quella "competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi" (art. 288, comma 3, TFUE) che le disposizioni contenute nelle direttive dovrebbero in linea di principio far salva. Ciò implica che le norme penali minime di armonizzazione accessoria vanno ad erodere la discrezionalità del legislatore nazionale chiamato a darne attuazione nel sistema interno ancor più di quanto non facciano le norme penali minime di armonizzazione *autonoma*. "In sede di armonizzazione accessoria le norme penali di fonte europea ten-

sante la possibilità di attivare l'inadempimento attraverso una procedura di ricorso che può decretare una condanna dello Stato inadempiente da parte della Corte di giustizia<sup>108</sup>, gli Stati membri vengono obbligati a dare puntuale attuazione alle disposizioni UE.

Se l'Unione può "imporre ai legislatori nazionali di elevare a reati fatti in precedenza penalmente irrilevanti", vanno parimenti considerate le prevedibili "resistenze degli Stati membri ad adottare direttive ampliative degli "spazi penalmente tutelati a livello nazionale in nome dell'attuazione.. di politiche dell'Unione oggetto di preve misure di armonizzazione"<sup>109</sup>.

Le suddette resistenze nazionali "potranno essere fatte valere" proprio attraverso "i principi di sussidiarietà e di proporzionalità sanciti dall'art. 5.3 e 5.4 TUE. Infatti il rispetto del primo di tali principi è oggetto di un controllo preventivo da parte dei parlamenti nazionali, mentre il rispetto di entrambi è affidato a un controllo successivo da parte della Corte di giustizia"<sup>110</sup>.

Va tuttavia considerato che i principi in questione "sono tradizionalmente caratterizzati da un assai elevato tasso di discrezionalità: sia per quanto concerne la valutazione della insufficienza delle normative nazionali e della migliore adeguatezza dell'azione dell'Unione per il conseguimento degli obiettivi previsti (sussidiarietà), sia per quanto concerne la stretta necessità dell'azione dell'Unione (proporzionalità)"<sup>111</sup>.

Ciò significa che la sussidiarietà è difficilmente azionabile e "sembra difficile che questo stato di cose muti radicalmente dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona"<sup>112</sup>. È dunque verosimile ritenere che il ricorso alla Corte di giustizia per violazione del principio di sussidiarietà - non diversamente dal passato - sarà "praticabile con successo, a tutto concedere, solo rispetto alle violazioni macroscopiche"<sup>113</sup>.

---

dono inevitabilmente a incanalarsi entro gli argini costituiti dalle norme extrapenal UE di cui esse mirano a garantire l'effettività. Ora, tali norme extrapenal sono sovente caratterizzate da contenuti oltremodo dettagliati, con conseguente ulteriore erosione della discrezionalità del legislatore interno nella costruzione del precetto". Così BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell'Unione Europea: problemi e prospettive*, cit., 64 e 65. Vedi al riguardo BÖSE, *La sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona e il suo significato per la europeizzazione del diritto penale*, in *Criminalia*, 2009, 293 ss.

<sup>108</sup>La attribuzione di un carattere autonomo alla competenza penale dell'Unione nasce, secondo parte della dottrina, dalla "consapevolezza dell'assoluta necessità di combattere in ambito europeo la criminalità transnazionale innanzitutto attraverso testi di diritto sostanziale capaci di assicurare aree di illiceità penale e trattamenti punitivi sufficientemente omogenei nei diversi Paesi membri". Così BERNARDI, *op.ult.cit.*, 44.

<sup>109</sup>*Ibidem* 70.

<sup>110</sup>*Ib.*, 71.

<sup>111</sup>Si evidenzia che - attraverso il controllo giurisdizionale successivo - "la Corte di giustizia ha sempre goduto di un largo margine di apprezzamento, da essa prevalentemente utilizzato - almeno per quanto concerne il principio di sussidiarietà - in chiave di *self restraint*, di pregiudiziale rispetto delle scelte operate dal legislatore europeo". *Ib.*, 71.

<sup>112</sup>*Ib.*, 71.

<sup>113</sup>L'art. 8 del *Protocollo (n. 2) sull'applicazione dei principi di proporzione e di sussidiarietà* individua negli Stati membri - che operano a nome del loro Parlamento nazionale o di una camera di detto Par-

Sul punto, occorre rimarcare che la prassi giurisprudenziale attuata dai giudici di Lussemburgo “è stata quella di valutare in primo luogo non già se l’azione intrapresa a livello nazionale risultasse sufficiente a raggiungere gli obiettivi perseguiti, bensì se tali obiettivi potessero essere meglio realizzati a livello UE.

In tal modo, come è stato osservato, “un’azione a livello nazionale sarà normalmente giudicata insufficiente se confrontata ai risultati ottenibili grazie all’adozione di disposizioni comuni a livello comunitario”<sup>114</sup>.

E’ chiaro che una siffatta interpretazione del principio di sussidiarietà comunitaria conduce ad una prassi applicativa assolutamente antitetica all’idea del penale minimo, contenuta nel nostro principio di *ultima ratio*.

*5.1 Le asimmetrie assiologiche e teleologiche fra la sussidiarietà eurocentrica ed il principio di ultima ratio d’estrazione illuminista.* Le norme penali comunitarie in tema di sussidiarietà e di proporzionalità fanno riferimento a pene minime, ma sono in realtà comprensivi di “minimi di pena massimi” ovvero tendono all’espansione, piuttosto che al contenimento, dell’area penale secondo prospettive di contrasto alla frammentarietà, intesa come disvalore al pari della prospettiva *bindinghiana*.

Del resto il principio di proporzionalità/necessità di attribuzione di competenza del 5.4 TUE, non può certo considerarsi assimilabile alla proporzionalità intesa come misura ragionevole ed equa dell’intervento penale, rimandando all’idea funzionalistica di una norma penale strumentale al “conseguimento degli obiettivi dei trattati”.<sup>115</sup>

Analogamente, i principi introdotti dal Trattato di Lisbona - che si raccordano all’art. 5 TUE - orientano “il principio di necessità/indispensabilità di pena previsto all’art. 83 par. 2 del TFUE ad un ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri in materia penale”, qualora ciò sia “indispensabile per garantire l’attuazione efficace di una politica dell’Unione”.

Questo principio limita, ma al contempo attribuisce la competenza comunitaria a esercitare il giudizio di necessità di pena poiché stabilisce la potestà della UE di statuire “norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni nel settore in questione possono essere stabilite tramite direttive”.

Ciò pone l’art. 83 par. 2 TFUE - quale canone di un penale massimo limitato

---

lamento - le istituzioni competenti a presentare ricorso. *Ib.*, 71.

<sup>114</sup> *Ib.*, 71.

<sup>115</sup> La suddetta norma infatti afferma testualmente « *In virtù del principio di proporzionalità, il contenuto e la forma dell’azione dell’Unione si limitano a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei trattati* »

al minimo - in termini di specialità rispetto al principio di proporzione/necessità sancito all'art. 5 TUE, attribuendo all'Unione la competenza a emettere obblighi di tutela penale qualora si rivelino indispensabili.

Questo principio di indispensabilità/necessità della pena, agisce in definitiva in surroga degli altri principi, assolvendo apparentemente ad una duplice funzione: di garanzia, ma anche di competenza<sup>116</sup>.

A ben guardare tuttavia il principio di necessità di pena persegue scopi asimmetrici rispetto ad un penale antropocentrico, orientato alla tutela dei diritti, dal momento che il termine di riferimento dell'indispensabilità dell'intervento penale eurocentrico non è la tutela del bene giuridico e/o del diritto soggettivo, ma l'attuazione efficace di una politica dell'Unione.

Non è una differenza di poco conto, sotto il profilo assiologico e teleologico. Subordinare il giudizio di indispensabilità di pena a una valutazione di efficace attuazione di una politica e/o di un impianto normativo, piuttosto che di necessaria protezione dei beni giuridici, comporta l'intervento penale "a tutela di una norma e non di un bene"<sup>117</sup>.

In questo modo cambia radicalmente il tipo di giudizio a cui è subordinato l'intervento penale poiché una norma incriminatrice può a buon diritto essere perfettamente idonea a difendere la tenuta complessiva di un impianto normativo - ad esempio stabilendo dal punto di vista simbolico ciò che è giusto e ciò che è sbagliato o indicando la corretta scala di valori in gioco -, ma, al contempo, essere del tutto inidonea a proteggere il bene giuridico tutelato.

Il migliore esempio di questa differenza lo offre la direttiva del 2008 sulla protezione penale dell'ambiente<sup>118</sup> che chiede agli Stati membri, nel suo art. 3, di penalizzare tutta una serie di condotte dannose per l'ambiente, senza però evidenziare le tecniche di tutela più adeguate: il risultato è stata la integrazione normativa della materia che tuttavia non ha comportato una migliore protezione dei beni in gioco<sup>119</sup>.

---

<sup>116</sup> Vedi al riguardo SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, cit., 326 ss.

<sup>117</sup> Così SOTIS, *op.ul.cit.*, 326 ss. Vedi al riguardo pure MANNOZZI, CONSULICH, *La sentenza della Corte di Giustizia C-176/03: riflessi penalistici in tema di principio di legalità e politica dei beni giuridici*, in *Riv. trim. dir. pen.ec.*, 2006, 926 s.

<sup>(118)</sup> Direttiva 2008/99/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 novembre 2008 sulla tutela penale dell'ambiente.

<sup>119</sup> Cf. per esempio la lettera a) dell'art. 3 (le altre lettere sono simili): Articolo 3. « Ciascuno Stato membro si adopera affinché le seguenti attività, qualora siano illecite e poste in essere intenzionalmente o quanto meno per grave negligenza, costituiscano reati: a) lo scarico, l'emissione o l'immissione illeciti di un quantitativo di sostanze o radiazioni ionizzanti nell'aria, nel suolo o nelle acque che provochino o possano provocare il decesso o lesioni gravi alle persone o danni rilevanti alla qualità dell'aria, alla quali-

La variazione del termine di riferimento del giudizio di indispensabilità, trasforma dunque il paradigma penale ‘teleologico’ al ben diverso paradigma del diritto penale ‘normativista’<sup>120</sup>.

Si evidenzia al riguardo che “l’esigenza di tutela degli interessi euromunitari”, si riduce essenzialmente alla necessità di “incrementare la collaborazione degli Stati membri”<sup>121</sup>.

Questa esigenza politica “si affianca e si sovrappone alla teoria del bene giuridico e, diversamente da quest’ultima, svolge una funzione criminalizzatrice e non limitatrice” della norma penale<sup>122</sup>, in contrapposizione alle direttive del penale minimo.

Nella misura in cui “gli obblighi europei di penalizzazione” rilevano quali strumenti “per perseguire obiettivi eminentemente politici dell’UE”<sup>123</sup>, piuttosto che come mezzi di tutela di diritti individuali ed interessi sociali, il principio di sussidiarietà si svuota della sua funzione garantista ed utilitarista, per piegarsi all’idea verticista ed egemonica di un penale d’apparato.

Non può in tal senso non evidenziarsi che, a partire dal trattato di Maastricht, il nucleo degli interessi e valori comunitari preminenti può ridursi al profilo economico-finanziario della UE: ne costituisce prova il progetto del Corpus Iuris che, promosso dalla Commissione Europea, denuncia sul piano assiologico il monocromatismo della “tutela degli interessi finanziari dell’UE” che pare affermare la prevalente influenza delle politiche finanziarie sulle politiche criminali comunitarie.

E’ superfluo considerare che il disegno economico-centrico e le finalità di tutela finanziaria che connotano le politiche UE tendono ad orientare il penale eurocentrico secondo paradigmi teleologici incompatibili con l’idea antropocentrica e sociale, liberale e garantista del nostro penale d’estrazione costi-

---

tà del suolo o alla qualità delle acque, ovvero alla fauna o alla flora; (...)Ora, se svolgiamo un giudizio di *necessità* o anche di *indispensabilità* di pena per garantire un’efficace attuazione delle politiche ambientali, è del tutto plausibile ritenere che norme incriminative siffatte possano essere perfettamente coerenti. Stabilire che nei casi di maggiore gravità occorre reagire con la pena significa delineare la scala dei valori in gioco e rafforzare in generale la politica normativa: viene tutelata, per l’appunto, la norma. Se, invece, ci riferiamo non più alla tutela della norma, ma a quella del bene giuridico sottostante, le cose cambiano radicalmente. Come già detto è, infatti, ben nota l’incapacità di sanzioni penali arroccate sull’evento di danno a poter fungere da baluardo a difesa del bene ambiente. Se ci poniamo nell’ottica di tutela del bene giuridico, quindi, norme siffatte, risultando inutili, non possono certo essere considerate “necessarie”, né, a maggior ragione, “indispensabili”

<sup>120</sup> Su cui v. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 484 ss. PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, cit., p. 430 s.

<sup>121</sup> Così COCCO, *Il « primato » della riserva di legge parlamentare*, cit., 1085 e 1086.

<sup>122</sup> Così COCCO, *op. ult. cit.*, 1085 e 1086.

<sup>123</sup> *Ibidem*, 1085 ss.



tuzionale. Impostazione che risponde di contro, a quella tratteggiata dalla Carta di Nizza che - quale Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE) - con l'entrata in vigore del "Trattato di Lisbona", ha il medesimo valore giuridico dei trattati<sup>124</sup>.

Se è vero che il sistema giuridico eurocentrico con la Carta dei diritti fondamentali ha posto al centro la persona, la sua libertà e la sua dignità, riprendendo lo spirito della Carta dei diritti dell'uomo che sin dal principio hanno fondato la CEE, è indiscutibile che ciò rappresenta un momento di avvicinamento ai contenuti costituzionali, compatibili con il penale minimo: occorre tuttavia valutare con attenzione se alle dichiarazioni di principio corrispondano scelte attuative dotate di effettività.

In altri termini, bisogna verificare se a fronte di percorsi di contemperamento e bilanciamento di interessi politici ed economici, è realizzabile una delimitazione della materia penale secondo canoni di ragionevolezza e di *ultima ratio*, finalizzati a garantire i diritti e le libertà della persona.

Se è indiscutibile che la Carta dei diritti fondamentali abbia posto al centro del sistema eurocentrico la persona e la sua dignità, va detto che la Corte di giustizia continua ad avere grande difficoltà nel valutare gli atti di diritto europeo (e i relativi atti nazionali in adempimento) con il giudizio di proporzionalità formale previsto all'art. 49, 3° comma della Carta perchè gli manca comunque "una chiara ideologia penalistica costituzionale attraverso cui stabilire la gravità dei reati". Significativa al riguardo è la vicenda Taricco che dimostra il "ruolo preminente assegnato alla tutela degli interessi finanziari dell'UE, riguardo ai quali l'art. 325 TFUE sembra consentire una armonizzazione delle disposizioni penali in materia svincolata dai limiti posti dall'art. 83 TFUE".<sup>125</sup>

---

<sup>124</sup>La cd. Carta di Nizza, è stata solennemente proclamata una prima volta il (7 dicembre 2000 a Nizza e una seconda volta, in una versione adattata, il 12 dicembre 2007 a Strasburgo da Parlamento, Consiglio e Commissione. Ai sensi dell'art. 6 del Trattato sull'Unione europea, e si pone dunque come pienamente vincolante per le istituzioni europee e gli Stati membri e, allo stesso livello di trattati e protocolli ad essi allegati, come vertice dell'ordinamento dell'Unione europea. Essa risponde alla necessità emersa durante il Consiglio europeo di Colonia (3 e 4 giugno 1999) di definire un gruppo di diritti e di libertà di eccezionale rilevanza e di fede che fossero garantiti a tutti i cittadini dell'Unione. Sul punto vedi per tutti TIEDEMANN, *L'Europeizzazione del diritto penale*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1998, 3 ss.; BERNARDI, *L'Europeizzazione del diritto e della scienza penale*, cit., 2 ss.

<sup>125</sup>Sul punto vedi per tutti COCCO, *Il « primato » della riserva di legge parlamentare*, cit., 1082 ss. che evidenzia che "nell'interpretazione recentemente offerta dalla Corte di giustizia, nella vicenda *Taricco*, l'art. 325 TFUE ha una valenza diretta anche *in malam partem* negli ordinamenti degli Stati membri, nella specie quello italiano, imponendo al giudice nazionale di disapplicare le norme interne che siano di ostacolo al suo operare, fatta salva la tutela dei principi di legalità e irretroattività". Sul caso *Taricco* vedi per tutti DONINI, *Le sentenze Taricco come giurisdizione di lotta. Tra disapplicazioni "punitive"*

5.2 *Dal diritto penale come portato dell'identità nazionale, all'identità europea come portato del diritto penale.* Le difficoltà attuative dell'*ultima ratio* nel penale eurocentrico - derivanti dalla indeterminazione e dal pluralismo della componente politico-legislativa - si sommano dunque allo scarso coordinamento fra sovranità sovrapposte e modelli punitivi eterogenei, che presentano teleologismi differenziati o addirittura contrapposti, in ragione della tutela di interessi asimmetrici.

Senza una costellazione di valori ed interessi eurocentrici condivisi - ed accettati dai diversi emisferi statocentrici - la produzione normativa comunitaria risulta difficilmente arginabile ed ancora più difficilmente ricomponibile all'interno di un teleologismo antropocentrista, poiché viziata da un pluralismo di produttori normativi che perseguono interessi e finalità politico-criminali eterogenee: peccato d'origine che non può essere certo colmato e/o compensato dal "ruolo propulsivo della Corte di Giustizia", che peraltro non è un organismo politico<sup>126</sup>.

Al netto del perseguimento di obiettivi identitari attraverso sinergie punitive per lo più simboliche<sup>127</sup>, la cd. armonizzazione - in mancanza di un catalogo di principi e di interessi comuni e condivisi - rappresenta il risultato di accordi e/o compromessi politici fra più paesi, bilanciamenti di interessi economici, regolamenti di conti fra apparati variamente intesi.

Tutto ciò rende la materia penale UE un universo punitivo difficilmente armonizzabile con quello interno; ciò almeno se parametrriamo il nostro penale al modello costituzionale.

Queste asimmetrie assiologiche e teleologiche sono del resto il risultato di "logiche di legittimazione politica e giuridica opposte"<sup>128</sup>: se la Costituzione rappresenta la summa dei principi e dei valori identitari che informano la vita socio-politica di una nazione e di un popolo in un dato momento storico ed il penale rappresenta il diritto autarchico-statalista per eccellenza, è in re ipsa la

---

della prescrizione e stupefacenti annesse tributarie, cit., 1 ss.; MANNA, *Il difficile dialogo fra Corti Europee e Corti Nazionali nel diritto penale: analisi di due casi problematici (Taricco e Contrada)*, cit., 1 ss.

<sup>126</sup> Cfr. STEA, *L'offensività europea*, cit., 4.

<sup>127</sup> Vedi per tutti, PASTOR MUÑOZ, *Europäisierung des Strafrechts und mitglied staatliche nationale Besonderheiten in der Europäischen Union - zugleich: einige Überlegungen zu den Grenzen und Grundlageneiner legitime europäischen Kriminalpolitik*, in GA, 2010, 94. *Contra* Cfr. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, cit., 174. Pur riconoscendo infatti la "funzionalità" dei simboli (*ivi*, p. 98, nt. 263), quest'ultimo contesta in radice che l'Unione europea sia legittimata a costruire un "diritto penale simbolico".

<sup>128</sup> Vedi FIANDACA, *Quale diritto penale per l'Europa*, cit., 143 ss.

difficile conciliabilità di questi impianti con un diritto sovranazionale, nato e costruito in un laboratorio politico elitario, che si connota come sistema giuridico egemonico d'apparato, perché si compone di decisori privi di legittimazione democratica<sup>129</sup>.

Ciò del resto è il risultato dell'assenza di quel retroterra culturale e sociale identitario che connota la formazione dal basso dei sistemi giuridici, rendendoli democratici, cioè partecipati, ed in linea con l'evoluzione storica socio-politica della nazione.

Si è al riguardo opportunamente messo in luce il ribaltamento metodologico che accompagna la genesi del penale comunitario, figlio di un progetto politico nato e imposto dall'alto, che necessita costantemente di una legittimazione identitaria e democratica.

Questo vizio di origine rende il penale eurocentrico non tanto funzionale al rafforzamento dei diritti della cittadinanza, quanto al consolidamento dell'identità giuridica europea ed alla legittimazione social-popolare della UE. Non è cioè l'identità culturale, politica e sociale a creare il diritto (penale), ma è il diritto (penale) a creare l'identità<sup>130</sup>.

Tra gli interessi comunitari si segnalano infatti "i beni strumentali all'identità dell'UE, privi di substrato materiale e inidonei alla funzione critica del bene giuridico, i quali sono considerati meritevoli di tutela perché idonei a rappresentare...l'identità stessa dell'Europa intesa come organizzazione di Stati e di popoli"<sup>131</sup>.

La UE ricerca in altri termini nel penale comunitario una sua legittimazione politica, esibendo un sistema di valori che tuttavia a ben guardare, non è frutto di un processo di condivisione sociale, ma viene imposto dall'alto: non si tratta peraltro di interessi antropocentrici ma di interessi eurocentrici<sup>132</sup>.

<sup>129</sup> Sul concetto di penale egemonico, e più in specificamente sulla declinazione dell'egemonia posta in essere dall'apparato punitivo (da cui, il concetto del penale egemonico d'apparato) vedi per tutti SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, cit., 164 ss., 171 ss., 178 ss.; ID., *Giustizia negoziata, giustizia egemonica. Riflessioni su una nuova fase degli studi di Storia della giustizia criminale*, cit., 355 ss.

<sup>130</sup> In altri termini, il sistema penale euromunitario non è il risultato di una identità politica, sociale ed economica, ma al contrario viene concepito per realizzare e favorire il processo identitario europeo. Sul punto vedi BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell'Unione Europea: problemi e prospettive*, cit., 44 ss.; ID., *L'armonizzazione delle sanzioni in Europa: linee ricostruttive*, cit., 80 ss.; COCCO, *Il « primato » della riserva di legge parlamentare*, cit., 1085 ss.; FIANDACA, *Quale diritto penale per l'Europa*, cit., 143; Grasso, *La Costituzione per l'Europa e la formazione di un diritto penale dell'Unione europea*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini, C. E. Paliero, I, Milano, 2006, 375 ss.; Quintero Olivares, *La unificación de la Justicia Penal en Europa*, in *Revista Penal*, 1999, 51 ss.; Tsitsoura, *Faut-il un droit pénal européen?*, In *Pouvoirs*, 1990, n. 55, 139 ss.

<sup>131</sup> Così COCCO, *Il « primato » della riserva di legge parlamentare*, cit., 1087.

<sup>132</sup> Ciò significa che il penale eurocentrico persegue interessi e finalità incompatibili con la tutela parame-

Ciò evidenzia che la materia penale europea non è il prodotto di un idem sentire ma al contrario, un momento costituente che serve all'apparato politico e burocratico-amministrativo eurocentrico per giustificare il progetto politico, che è ratio-essendi dell'apparato stesso.

Al modello punitivo eurocentrico si richiede di affermare un "sentimento di appartenenza all'Europa in quanto insieme politico, giuridico e culturale", demandando questo obiettivo al sistema punitivo, in quanto espressivo di valori omogenei e volto a colpire con fermezza quei comportamenti che, per la loro intrinseca gravità, massimamente ne oscurano l'immagine di "entità di diritto"<sup>133</sup>.

Si evidenzia come attraverso le norme penali eurocentriche "si consolida un comune sentimento di giustizia, un ideale di equità punitiva teso ad affermare la sostanziale eguaglianza tra i cittadini dell'Unione nella loro duplice, possibile veste di autori e di soggetti passivi"<sup>134</sup>.

*6. I principi liberal-garantisti vs. il pluralismo dei decisori penali: la pena come prodotto dei meccanismi competitivi e come effetto della concorrenza fra poteri diversi.* Allorchè lo Stato viene privato (almeno parzialmente) della sovranità e cede il monopolio legislativo ad attori non-statali, le scelte di penalizzazione rispondono ad una pluralità di poteri, divisi e divisivi: occorre in tal senso chiedersi se ed in che modo i nuovi oligopoli punitivi incidono sulla gerarchia di interessi presidiati, e se i mutati equilibri vanno ad intaccare l'idea di un penale socialmente utile, in quanto mezzo di tutela dei diritti e delle libertà dei cittadini.

La costituzione di un oligopolio punitivo eterogeneo e frammentato è del resto foriero di un assetto punitivo variabile ed imprevedibile, che può rappresentarsi come un effetto collaterale della concorrenza fra poteri diversi.

La contrapposizione e la concorrenza fra poteri dotati di competenza legislativa penale indiretta all'interno della UE, può essere evidentemente superata sulla scorta di una convergenza sul dato assiologico: in caso contrario, si affermerebbe una prospettiva normocentrica - piuttosto che antropocentrica - poiché il funzionalismo punitivo eurocentrico penetrerebbe nei singoli sistemi

---

trata su un bene giuridico personalistico riconosciuto a livello costituzionale. Vedi al riguardo per tutti COCCO, *Bene giuridici funzionali versus bene giuridico personalistico*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, *Teoria del diritto penale criminologia e politica criminale*, 2006, 179 ss.

<sup>133</sup>Così BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell'Unione Europea: problemi e prospettive*, cit., 44 ss. Cfr. a riguardo COCCO, *Il « primato » della riserva di legge parlamentare*, cit, 1085 ss.

<sup>134</sup>Così BERNARDI, *op.ult.cit.*, p.44 ss. Vedi pure COCCO, *op.ult.cit.*, 1085 ss.; GRASSO, *La Costituzione per l'Europa e la formazione di un diritto penale dell'Unione europea*, cit., 375.

penali attraverso l'avallo acritico dei parlamenti nazionali e l'acquiescenza socio-politica agli interessi di volta in volta difesi, assunti come direttive vincolanti, da osservare a prescindere dal disvalore sociale prodotto e senza una precisa gerarchia valoriale<sup>135</sup>.

Si tratta di un approccio non condivisibile, specie se lo rapportiamo ad una materia penale "agevolmente contendibile" da poteri diversi, che allorché si coalizzano, hanno la capacità di condizionare le strutture normative, gli orientamenti e gli scopi punitivi globali: si tratta di "forze istituzionali, interne, sovranazionali, straniere e anche forze sociali", oltre a tecnocrazie, componenti burocratiche-amministrative, potentati economici e finanziari interstatali<sup>136</sup>.

Il rischio è evidentemente di piegare il sistema e gli scopi punitivi ai meccanismi competitivi della finanza e dell'economia globalizzata, nonché agli apparati giudiziari.

L'assetto punitivo contemporaneo mimetizza questa propensione potestativa attraverso la (impropria) sovrapposizione di politiche sociali e politiche criminali, garanzie ed imposizioni, modelli disciplinari e momenti sanzionatori, diritti ed obblighi, dimensione pubblica e privata della responsabilità: ciò deriva a ben guardare anche dal costante intreccio fra aree di liceità e di illiceità del postmoderno.

Il discrimine tra punibilità e non punibilità non è più netto come in passato, ma deriva da una serie di incognite, poiché oltre al "testo della fattispecie incriminatrice, l'elaborazione giurisprudenziale della Corte di Cassazione", rilevano le decisioni della Corte di giustizia Europea: in più come vedremo, la norma ed il decisore penale è soggetto costantemente agli influssi della "coscienza comune e del sentire sociale"<sup>137</sup>.

"Per comprendere se un proprio comportamento è lecito o illecito, non ci si può più affidare esclusivamente alla lettera della legge, ma occorre richiamarsi alla interpretazione del precetto fornita dalla giurisprudenza nazionale e sovranazionale. La categoria diritto vivente crea così una dialettica fra la norma astratta e l'interpretazione della stessa, basata anche sulla realtà sociale in continua evoluzione"<sup>138</sup>.

Il pluralismo dei poteri e degli apparati penali - esteso al comparto normati-

---

<sup>135</sup>Se analizziamo il tema dell'armonizzazione da questa prospettiva, e lo raccordiamo all'*ultima ratio*, è chiara la centralità che assume la prospettiva assiologica: in tal senso parte della dottrina auspica il recupero della funzione selettiva del bene giuridico, inteso quale criterio liberale di "delimitazione e legittimazione esterna" del diritto di punire. Vedi al riguardo COCCO, *op.ult.cit.*, 1086 ss.

<sup>136</sup> Così SGUBBI, *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa*, cit., 29.

<sup>137</sup> Così SGUBBI, *op.ult.cit.*, 43.

<sup>138</sup> *Ibidem*, 42.

vo ed applicativo – genera un meccanismo che “non è più destinato a stabilire la giustizia, bensì ad affermare la vittoria (di un potere) sull’altro”<sup>139</sup>; coltiva dunque l’irragionevolezza e la disorganicità della norma, ed il dubbio come “parte inscindibile della prevedibilità della decisione giudiziale”<sup>140</sup>.

Nella contrapposizione fra poteri, funzionale alla conquista del potere, si paventa dunque il rischio che lo *ius puniendi* moderno e secolarizzato, ritorni ad essere mera *potestas puniendi*<sup>141</sup>, assumendo la finalità di “procedere alla costruzione, definizione e attribuzione a proprio vantaggio della responsabilità penale degli altri”<sup>142</sup>.

Fenomeno che nel postmoderno si aggancia anche alla necessità di mettere in sicurezza le attività produttive e tecnologiche pericolose al fine di farle confluire nell’area del cd. rischio consentito<sup>143</sup>, rendendole inoffensive e duque socialmente adeguate: esigenza economica e produttiva, che confluisce nelle procedure di gestione e di controllo del rischio delegate ad una serie interminabili di garanti della sicurezza sotto minaccia di pena.

In tale contesto va inserita la normalizzazione della sanzione punitiva<sup>144</sup> riferi-

<sup>139</sup> *Ib.*, 29.

<sup>140</sup> *Ib.*, 43.

<sup>141</sup> La genesi competitiva, potestativa e populista della norma penale postmoderna è causa ed effetto della marcata instabilità socio-politica ed economica del postmoderno. La giustizia penale trasformata in un agone finalizzato al controllo del potere punitivo ovvero ad una guerra ideologica finalizzata all’affermazione di un penale totale, perde equità, ragionevolezza e misura delle pene in ragione della competizione fra i poteri. Vedi al riguardo da ultimo DIDIER FASSIN, *Punire. Una passione contemporanea*, cit., 11ss.

<sup>142</sup> Così SGUBBI, *op.ult.cit.*, 30. Sul concetto di giustizia potestativa e sulla distinzione fra carattere ordinativo e potestativo del diritto vedi per tutti Cfr. GROSSI, *L’Europa del diritto*, cit., 14 e 15.

<sup>143</sup> Il parametro del “rischio consentito” determina la (ordinaria) “normalità del disastro”. Vedi al riguardo CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici. Il problema del congedo del diritto penale*, Milano, 2004, 61. Nell’accezione penalistica è Engisch a coniare il concetto di erlaubtes Risiko (rischio permesso) quale fattore di esclusione della responsabilità colposa nei casi di inosservanza della diligenza necessaria. Cfr. ENGISCH, *Der Unrechtstatbestand im Strafrecht. Eine kritische Betrachtung zum heutigen Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit im Strafrecht*, in *Hundert Jahre Deutsches Rechtslebens*, Bd.I, 1960, 418. Elaborazione dottrinale in parte ripresa da Roxin nella teoria dell’innalzamento del rischio (*die Risikoerhöhungslehre*). Cfr. ROXIN, *Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten (Nachbemerkung)*, *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 1973, in *ZStW 74(1962)*, 425. Sul piano interordinamentale, il rischio consentito è alla base di norme amministrative, per lo più preventive e cautelari, di controllo e minimizzazione dei fattori di rischio che regolamentano i comparti (potenzialmente) produttivi di rischi diffusi di carattere “seriale”. Normative incentrate su valori soglia, tabelle, parametri di congruità e di compatibilità ambientale che condizionano il rilascio ed il rinnovo di autorizzazioni amministrative, concessioni, permessi (di carattere ambientale, igienico, sanitario, di sicurezza sul lavoro ecc.) riferite ad attività produttive, tecnologiche, commerciali.

<sup>144</sup> Pena che consente a sua volta la normalizzazione dei disastri tecnologici rappresentati come fisiologiche alterazioni del normale funzionamento del sistema tecnologico: “proprietà intrinseca” ed “caratteristica strutturale dell’organizzazione”. Così CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici*, cit., 51.

ta al mancato e/o inadeguato controllo di fonti di rischio legalizzate, e la sua legittimazione all'interno di un penale piegato all'utilità economica, che rinuncia a perseguire l'utilità sociale<sup>145</sup>.

L'ampliamento della responsabilità penale va infatti visto, non solo nella prospettiva precauzionalista della neutralizzazione del rischio, quanto nella prospettiva della sua legittimazione: i modelli amministrativo-penali di gestione del rischio sono infatti a ben guardare, elementi di legittimazione e di accettazione sociale di attività produttive, industriali, tecnologiche particolarmente rischiose. Essi consentono ampi margini di tolleranza normativa ad azioni (ritenute) socialmente adeguate, non in ragione della loro innocuità ed inoffensività sociale, quanto in virtù degli straordinari benefici economici sottesi ai comparti di riferimento.

Il penale massimo diventa così il passepartout di aree di liceità condizionate alla produttività ed al profitto, al cui interno il disvalore del macrodanno ambientale, sociale, economico, lavorativo viene ridotto a "risultato del collasso di precauzioni adeguate" o della incapacità del responsabile p.t. della sicurezza "di adottare sistemi di prevenzione o neutralizzazione del rischio efficaci" al caso concreto.

L'eccesso di pena securitaria e precauzionalistica assume dunque, paradossalmente, la funzione di legittimare settori e comparti produttivi, finanziari e tecnologici non sostenibili sul piano ambientale e/o della tutela dei diritti<sup>146</sup>.

*7. Il penale totale come canone socio-culturale dominante nell'era del populismo mediatico e dei social : la rimozione dell'ultima ratio dall'immaginario collettivo e la percezione sociale della pena come prima ratio. L'apparato punitivo come strumento di governo del postmoderno.* Se la deriva giustizialista e la propensione verso il penale massimo del comparto interno trova un qualche contemperamento nei principi costituzionali, l'opacità del processo legislativo comunitario non incontra "limiti in una Costituzione europea e nemmeno in un Parlamento a cui compete in via esclusiva la potestà legislativa penale": viene così favorita la creazione di "beni artificiali e obblighi di

<sup>145</sup>Vedi CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici*, cit., 4, 11 ss., 49 ss. Analoga la posizione di STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2001, 387 ss., 395, 402, 414 e ss.

<sup>146</sup>Il caso italiano più evidente al riguardo, è quello dell'Ilva di Taranto mentre sul piano globale assume particolare rilievo il tema dei rischi politici e socio-economici legati alla liberalizzazione della finanza globale. Sia consentito, sul primo tema, il rinvio al nostro, *Irrelevanza penale del disastro ambientale, regime derogatorio dei diritti e legislazione emergenziale: i casi Eternit, Ilva ed Emergenza rifiuti in Campania. Lo stato d'eccezione oltre lo Stato di Diritto*, in *Dir.pen.cont.*, 11 marzo 2015, 1 ss.

criminalizzazione di condotte tipicamente inoffensive, in quanto repressive di scelte ideologiche o di vite disvolte a livello europolitano”<sup>147</sup>.

Una politica criminale indirizzata all’*ultima ratio* dovrebbe in tal senso partire dai principi liberal-garantisti della nostra Costituzione, dal recupero della necessaria materialità dell’offesa e della frammentarietà della fattispecie, nonché da valutazioni di congruità assiologica supportate dalla selezione dei beni e/o diritti primari, per arginare l’espansione di modelli sanzionatori eurocentrici contrari e/o difformi ai nostri principi fondamentali<sup>148</sup>.

Ciò tuttavia è reso impraticabile dal populismo contemporaneo che vede nell’ampliamento della *potestas puniendi* uno strumento di propaganda e di lotta politica<sup>149</sup>, attraverso cui intercettare il bisogno emotivo-irrazionale di pena della popolazione<sup>150</sup>: ciò determina l’azzeramento della componente tecnico-donnativa della norma penale a favore dei suoi contenuti simbolici e del suo impatto mass-mediatico<sup>151</sup>.

<sup>147</sup>Così COCCO, *Il « primato » della riserva di legge parlamentare*, cit., 1085 e 1086.

<sup>148</sup>In alcuni casi - come dimostra la vicenda Taricco - “non è in questione il tema generale dell’efficacia diretta in ambito interno alle norme dell’Unione”, quanto “la disapplicazione *in malam partem* del diritto penale interno”: si evidenzia opportunamente come qui “compete allo stesso giudice comune nei casi di evidente di anticostituzionalità, dunque, nei limiti di una attività meramente interpretativa costituzionalmente orientata e in osservanza del principio di riserva di legge parlamentare nonché alla luce dei principi di determinatezza europolitano, negare nel caso concreto la disapplicazione *in malam partem* della legge nazionale senza rimettere la questione costituzionale, conformemente a quanto riconosciuto al giudice nazionale dalla stessa giurisprudenza della Corte di Giustizia, che attribuisce proprio al giudice comune il compito di effettuare il giudizio di compatibilità tra disapplicazione e principio di legalità”. Così COCCO, *Il « primato » della riserva di legge parlamentare*, cit., 1100 ss.

<sup>149</sup>Viene evidenziato come il populismo politico prospera in ragione di una serie di fattori, che orientano anche il populismo penale: in particolare la crisi socio-economica e la marginalizzazione del ceto medio, i nuovi equilibri geopolitici e gli imponenti flussi migratori, la crescente insicurezza sociale sono terreni di coltura ideali per le politiche di *law and order*, che prospettano la cancerizzazione e l’espulsione dei migranti, la liberalizzazione dell’autodifesa ma anche la pena anticasta come una possibile soluzione dei problemi sociali, riproponendo il risalente tema del penale del nemico. In argomento vedi MANNA, *Il diritto penale dell’immigrazione clandestina, tra simbolismo penale e colpa d’autore*, cit., 457; ID., *Il fumo della pipa (il c.d. populismo politico e la reazione dell’Accademia e dell’Avvocatura)*, cit., 1 ss.; RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, cit., 74 ss.

<sup>150</sup>Si evidenzia lo stretto legame e la convergenza del *populismo politico* nel *populismo penale* sulla base della medesima matrice emotivo-irrazionale che governa i relativi processi decisionali: “l’azione di Governo, per la prima volta dopo tanti lustri, non si affida più ad un’analisi razionale dell’esistente, bensì utilizza un’azione politica che, attraverso i mezzi di comunicazione di massa, in particolare di carattere cibernetico e, quindi, di enorme diffusività, non si riferisce alla ragione del popolo ma ha l’obiettivo di colpire gli *stati emotivi* della popolazione stessa”. Così MANNA, *Il fumo della pipa (il c.d. populismo politico e la reazione dell’Accademia e dell’Avvocatura)*, cit., 1 ss.

<sup>151</sup>La proliferazione di politiche criminali improntate alla tolleranza zero per i nuovi nemici dello Stato, evidenzia come il penale si sia tradotto in un mezzo semplificato di acquisizione del consenso a costo zero, ovvero strumento compensativo dell’assenza di politiche sociali ed economiche adeguate. Vedi sul



L'adesione del nostro paese al panpenalismo internazionale di matrice populista assume peraltro tratti peculiari, nella misura in cui - abbinandosi alla deriva giustizialista indotta dalla pregressa stagione di Tangentopoli - è diventato il nucleo di un progetto politico (populista) fondato sul comune sentimento etico-giustizialista del popolo italiano, che ha raccolto il testimone di una giustizia penale già smarcata dai vincoli costituzionali, dalle sedi giurisdizionali e persino dalla sua funzione laica<sup>152</sup>.

La assunzione della magistratura penale di un ruolo etico-morale e di funzioni eminentemente politiche rappresenta infatti una specificità italiana che nasce dalla "disarticolazione dei poteri dello Stato" e dalla trasformazione dell'ordine giudiziario in potere<sup>153</sup>.

Sebbene si sia più volte palesata l'esondazione del ruolo e delle funzioni della magistratura dai perimetri disegnati dalla separazione dei poteri, quella che è una menomazione dell'assetto costituzionale e democratico viene tuttora apprezzata dall'opinione pubblica e da gran parte della popolazione, persuasa che - in assenza di risposte politiche - le soluzioni dei problemi sociali, debbano trovare soluzione in nuove norme penali o in un'azione onnivora dei relativi organi inquirenti e giurisdizionali.

Assurto a canone socio-politico e culturale dominante, il penale massimo a partire da Tangentopoli ha dunque rimosso dall'immaginario collettivo l'idea della pena come ultima ratio, insinuando la suggestione degli effetti taumaturgici e salvifici di una pena prima ratio.

Sostituendosi ai meccanismi di controllo e di vigilanza delegati agli organi burocratico-amministrativi, l'azione penale con Mani Pulite del resto è arrivata per prima, lì dove sarebbe dovuta intervenire per ultima<sup>154</sup>: a partire da quel momento le competenze e le funzioni penali perimetrare dall'*ultima ratio* si sono ribaltate.

---

punto DIDIERFASSIN, *Punire. Una passione contemporanea*, cit., 11ss.

<sup>152</sup> Alla progressiva conquista da parte della magistratura di spazi d'ingerenza sul potere politico-legistavo e sui meccanismi di gestione della cosa pubblica, s'accompagna l'assunzione di un ruolo sovraordinato di stampo etico, che rende il magistrato penale una sorta di guardiano dei costumi morali e degli orientamenti dell'etica pubblica. Al riguardo vedi per tutti MANNA, *Il Lato oscuro del diritto penale*, cit. 15 ss., 23 ss., 33 ss., 44 ss., 54 ss., 62 ss.

<sup>153</sup> Sulla funzione creativa del giudice penale, quale causa ed effetto della erosione della legalità formale, vedi MANNA, *Il Lato oscuro del diritto penale*, cit. 15 ss., 23 ss., 33 ss., 44 ss., 54 ss., 62 ss.

<sup>154</sup> Le indagini delle Procure della Repubblica hanno svelato le anomalie presenti nei bilanci dei partiti e degli enti pubblici, i fondi neri occultati dai maggiori gruppi industriali del paese: illecito finanziamento della politica e falsi in bilancio, abusi d'ufficio, concussioni ambientali e corruzioni sistemiche. Per un quadro d'insieme sia consentito il rinvio al nostro. *Il finanziamento illecito dei partiti politici: tecniche di tutela ed esigenze di riforma*, Napoli, 1997, *passim*.

L'attività inquirente delle Procure della Repubbliche è stata vista come unico possibile rimedio dall'illegalità sistemica, imposta da un sistema politico ed economico retto da prassi corruttive e costruito sull' illegalità diffusa, coperta ed avallata dagli omessi controlli delle amministrazioni pubbliche.

Del resto dopo Tangentopoli la magistratura penale si è continuata a distinguere come l'unico potere dello Stato in grado di reagire al continuativo regime derogatorio della tutela dei diritti dei cittadini. Basti pensare alla cd. normalizzazione dei disastri ambientali derivanti dalle gestioni politiche ed amministrative di segmenti produttivi e/o di attività legate allo smaltimento dei rifiuti<sup>155</sup>: dall'emergenza rifiuti alla Terra dei Fuochi in Campania, dal caso Ilva di Taranto ai disastri ambientali provenienti dall'amianto.

In tutti questi casi l'azione penale - in un ribaltamento dei meccanismi e delle logiche dell'*ultima ratio* - ha fatto da apripista all'azione politica ed amministrativa, sino a quel momento inesistente, inadeguata, negligente o addirittura illecita.<sup>156</sup>

La magistratura penale si è dunque guadagnata sul campo l'adesione popolare alla sua azione, trasformando progressivamente il suo ruolo - che la sussidiarietà e la frammentarietà penale, vorrebbe defilato - in quello di controllo preventivo e permanente dei meccanismi di funzionamento della cosa pubblica e decisore politico indiretto, in grado di condizionare il potere esecutivo e legislativo e di immobilizzare l'azione amministrativa.

L'azione penale si è cioè prima sostituita al comparto politico ed amministrativo, per poi neutralizzarne le competenze e le azioni, sino a sostituirle, per delineare le linee guida della politica e dell'attività burocratico-amministrativo

---

<sup>155</sup> Il rispetto dei parametri che connotano il "rischio ambientale consentito" dovrebbe essere periodicamente garantito dai controlli demandati alle Regioni ed alle ARPA (Agenzie Regionali Protezione Ambiente). A questi ultimi enti spetta il monitoraggio dei diversi comparti ambientali, il controllo di attività inquinanti, il rilascio di autorizzazioni ambientali, la realizzazione ed il controllo dei piani di gestione rifiuti, di qualità dell'aria, di tutela del suolo e delle coste, il controllo sull'attuazione di misure di implementazione dei piani di bacino fluviale. Il ruolo delle regioni è rafforzato dal potere legislativo concorrente in campi di particolare interesse per la protezione dell'ambiente.

<sup>156</sup> In tutti questi casi sono stati i sequestri penali, piuttosto che i controlli degli enti amministrativi, ad arginare la deriva derogatoria delle procedure. Vedi sentenza Tribunale di Napoli, V sezione, n.16316 del 01.02.2014, p.79. Analoga valenza preventiva assumono i sequestri disposti dalla magistratura penale di Taranto: quello della cd. cokeria "Ilva" (Decreto G.i.p. Taranto 10.9.2001) e quello, ben più rilevante dell'intero comparto produttivo di Taranto (sequestro preventivo disposto dal decreto GIP 25.07.2012). Ai sequestri della magistratura penale, il potere esecutivo risponde con uncoacervo di normative straordinarie incanalate nella necessità ed urgenza, tese a consolidare (piuttosto che a ridurre) procedure emergenziali di carattere derogatorio: si radicano in tal modo aree di deregolamentazione, sottratte ai controlli degli enti amministrativi competenti ed all'azione della magistratura penale. Il fondato sospetto d'incostituzionalità di alcuni fra i Decreti Legge in questione, ha peraltro reso necessario l'intervento della Consulta.

del paese: basti pensare al peso che l'intervento penale ha rivestito nelle crisi di governo, ai ruoli politici assunti dai magistrati ed in generale alla pressante incidenza dei PM e della giurisdizione penale sulla selezione della classe politica, specie in negativo attraverso cioè la sua rimozione forzata dalla vita pubblica.

Ciò ha condotto alla supplenza giudiziaria sulla gestione degli appalti pubblici<sup>157</sup>, sulle crisi industriali, sulle politiche dell'ambiente, sull'immigrazione, sullo sviluppo sostenibile<sup>158</sup>.

Assurto ad ideologia politica ed a dominante canone socio-culturale, il penale massimo si è progressivamente trasformato in strumento di governo, utilizzando altresì la normativa burocratico-amministrativa eurocentrica e facendola confluire nei rassicuranti slogan della prevenzione, trasparenza, controllo di legalità e di sicurezza per campi di materia (alimentare, lavorativa, dei mercati mobiliari e via discorrendo) che hanno favorito processi di ulteriore ampliamento dell'apparato punitivo, sotto le mentite spoglie di organismi di controllo amministrativi: il caso più significativo della istituzionalizzazione di enti parapenali - con funzioni paragiurisdizionali, paralegislative e sanzionatorie - è evidentemente quello dell'ANAC.

Il panpenalismo assume in tal senso marcati tratti di polimorfismo, non traducendosi soltanto nella moltiplicazione delle norme, degli illeciti e delle pene, ma delineando una ramificazione tentacolare dell'apparato punitivo ed una sua intrusione nei gangli vitali della società, secondo meccanismi autopoietici di moltiplicazioni di competenze e di funzioni originarie.

Mai la funzione punitiva - attraverso l'azione onnivora della magistratura penale - ha assunto compiti così ampi, tanto da sovrapporsi al potere legislativo ed all'esecutivo. Mai dal secondo dopoguerra, il penale vivente è stato più

---

<sup>157</sup>Rivisti totalmente attraverso le linee guida ANAC.

<sup>158</sup>Basti pensare da ultimo alla crisi industriale dell'Ilva, che da ultimo ha visto una battaglia sul cd. salvacondotto penale che riservava sin dal D.L. gennaio 2015 una sorta di immunità penale ai vertici. E' chiaro in tal senso il tentativo della politica di smarcarsi dalla supplenza giudiziaria in materia di sostenibilità ambientale e crisi industriali. Il D. L. 5 gennaio 2015 ( "Disposizioni urgenti per l'esercizio di imprese di interesse strategico nazionale in crisi e per lo sviluppo dell'area e della città di Taranto") all'art.1, 6° c., sottrae alla giurisdizione penale le condotte poste in essere dal Commissario straordinario dell'Ilva e da "i soggetti da questo funzionalmente delegati": area di (sostanziale) immunità penale riferita alle azioni attuative del piano previsto dall'Autorizzazione integrata ambientale Ilva del marzo 2014. Si dispone al riguardo: "Le condotte poste in essere in attuazione del Piano di cui al periodo precedente ( quello cioè di cui al D.P.C.M. 14 marzo 2014) non possono dare luogo a responsabilità penale o amministrativa del commissario straordinario e dei soggetti da questo funzionalmente delegati, in quanto costituiscono adempimento delle migliori regole preventive in materia ambientale, di tutela della salute e dell'incolumità pubblica e di sicurezza sul lavoro". Sia consentito il rinvio al nostro, *Irrelevanza penale del disastro ambientale, regime derogatorio dei diritti e legislazione emergenziale*, cit, 2 ss.

lontano dai paradigmi costituzionali di una legalità formale, perimetrata dalla tutela necessaria dei diritti individuali.

Si è così sdoganato nel nostro paese quel meccanismo di “penalizzazione integrale” della vita sociale autorevolmente battezzato, penale totale<sup>159</sup> che – nella prospettiva della pena prima ratio – erge l’apparato punitivo su tutti gli altri poteri dello Stato, quale entità sovraordinata e sacrale, deputata a controllare minuziosamente e commissariare i gangli del comparto politico-amministrativo, ma anche ad orientare e modificare i costumi culturali ed i destini collettivi ed individuali della cittadinanza<sup>160</sup>.

*8. Giustizia penale, consenso sociale e stigmatizzazione etico-morale del reo: la prevalenza delle fonti socialmente diffuse sulle fonti formali e sulle ritualità del processo penale. Verso la pena come unica ratio? La pena-prima ratio è un prodotto ideologico, sociologico e culturale – prima ancora che giuridico – della stagione di Mani Pulite, che il populismo contemporaneo ha recepito e correlato ai temi anticasta della rivolta populista “contro le competenze, la scienza, le élites”<sup>161</sup>.*

L’ incompetenza eretta a valore ed a sistema di rottura del progresso, si salda all’onestà, intesa come integrità e purezza etico-morale, ovvero assenza di compromissioni con la casta: è l’onestà il valore assoluto ed incontrastato del movimentismo populista, cui sacrificare competenza, conoscenza, efficienza e addirittura il buon andamento/funzionamento della cosa pubblica.

Il penale populista non intende conformarsi in tal senso, ai principi formal-garantisti ed ai paradigmi della razionalità punitiva affermati in Costituzione, perché “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 provata”<sup>162</sup>.

<sup>159</sup> La definizione riprende il titolo del recente lavoro di SGUBBI, *Il diritto penale totale*, cit., 23 ss.

<sup>160</sup> Il penale onnivoro è “generato dalla tendenza ad accompagnare ogni legge con sanzioni penali, in parte per la inefficienza di altre forme di controllo politico ed amministrativo, in parte per il carattere simbolico e declamatorio della stigmatizzazione penale”, che diventa un arma di acquisizione del consenso a costo zero. Cfr. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, cit., 367 ss.

<sup>161</sup> Così INSOLERA, *Ha un senso rafforzare ulteriormente l’armamentario delle misure di contrasto alla corruzione?*, in *Dis crimen*, 2019, 1, 7 ss. Sul punto vedi pure GAITO, MANNA, *L’estate sta finendo...*, in *questa Rivista*, 2018, n. 3, 1 ss.; in argomento v. anche in senso critico, PELISSERO, *Le nuove misure di contrasto alla corruzione: ancora un inasprimento della risposta sanzionatoria*, in [www.quotidianogiuridico.it](http://www.quotidianogiuridico.it).

<sup>162</sup> Così DONINI, *Populismo e ragione pubblica. Il post-illuminismo penale tra lex e ius*, cit., 3 nota 4 che richiama “la lettura e la critica metodologica del populismo” di MÜLLER, *What is Populism?*, trad. it., *Cos’è il populismo*, Milano, 2017 e di STEGEMANN, *Das Gespenst des Populismus. Ein Essay zur politischen Dramaturgie*, Berlin, 2017.

In questa prospettiva la pena non rappresenta più una reazione all'illegalità ed al disvalore estremo, ma un baluardo contro l'immoralità ed il malcostume diffuso: la funzione punitiva diviene in tal senso il fulcro, non tanto e non solo di un sistema politico, ma di un credo socio-politico e di un fondamentalismo culturale che assume valore di dogma, e come tale impone una adesione incondizionata e fideistica.

L'onestà e l'incompetenza diventano d'altra parte la chiavi di volta di un rinnovamento radicale della struttura e degli scopi della potestà punitiva, che non si limita a disconoscere i principi liberal-garantisti, ma tende a ribaltarli attraverso l'ingresso di fonti e nozioni socialmente diffuse: la legalità formale si trasforma così in legalità sostanziale, attraverso la celebrazione della giustizia etica; la presunzione di innocenza si traduce in presunzione di colpa, con l'affermazione della logica del sospetto a principio socialmente accettato e condiviso. D'altra parte, nella dimensione populista della purezza etico-morale, il sospetto è equiparato all'indizio e quest'ultimo alla prova<sup>163</sup>.

Il modello garantista e razionale del penale come *ultima ratio* - strutturato sul formalismo della riserva di legge e sul garantismo dei principi di materialità, frammentarietà, colpevolezza sul (e per il) fatto, presunzione di innocenza e via discorrendo - cede pertanto il passo ad un penale asistemico, disorganico ed atecnico che mira unicamente alla creazione di consenso sociale ed elettorale<sup>164</sup>, rinunciando ad ogni criterio di ragionevolezza e di misura sanzionatoria<sup>165</sup>.

La pena perde in tal senso la sua aderenza a riti/categorie/procedure formalizzate e la sua collocazione endoprocessuale, per essere delegata ad un apparato inquisitorio di matrice massmediatica che stabilisce un canale diretto fra azione penale, informazione ed opinione pubblica, divulgando i tratti essenziali di un messaggio (sub-)culturale improntato alla onestà ed alla moralità, interiore oltre che esteriore.

<sup>163</sup>Sul richiamo populista alla purezza etico-morale del popolo come fonte del diritto di punire vedi RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, cit., 74.

<sup>164</sup>Il consenso sociale accompagna del resto (impropriamente) l'azione della magistratura penale da quasi trent'anni, allorchè con Mani pulite le inchieste delle Procure della Repubblica hanno polarizzato l'attenzione dell'opinione pubblica e detronizzato il preesistente potere politico. Da ciò la accentuata partecipazione popolare alla questione penale, intesa come componente inscindibile della vita politica, sociale, economica e del dibattito culturale del paese. Sul punto vedi da ultimo AMBROSETTI, *Le cause dell'errore giudiziario: condizionamenti di potere e pressioni mediatiche*, in *Dis crimem*, 2019, 1, 6 ss.

<sup>165</sup>Si evidenzia opportunamente che "quando la ragione pubblica diventa penalistica ed etica mediante un programma di moralizzazione, dove il contratto sociale è riempito dal potere giudiziario, ma *per criminalia*, la dimensione irrazionale del progetto è un esito inevitabile". DONINI, *Populismo e ragione pubblica. Il post-illuminismo penale tra lex e ius*, cit., 41.

Allorchè la funzione punitiva si smarca dalla supremazia della legge e si salda al consenso popolare, alla comunicazione mass mediatica ed ai social, il formalismo dei principi ed i vincoli normativi evaporano, per abbracciare un *modus operandi* tipicamente socio-politico: le scelte politico criminali si uniformano al sentire sociale<sup>166</sup>, interpretato e rielaborato dalla politica populista e veicolato dai mezzi di informazione di massa.<sup>167</sup>

Si evidenzia opportunamente che “secondo le regole di questo nuovo processo sono i mass-media a preventivamente individuare i responsabili del crimine. All’Autorità Giudiziaria spetta solo il compito di mettere - nel più breve tempo possibile - un timbro legale a quello che è già stato deciso nel talk-show televisivi o su facebook e/o altri social”.<sup>168</sup>

Ciò mostra che ci troviamo di fronte ad un modello punitivo anfibio che sovrappone giustizia e spettacolo, confondendo il ruolo promozionale delle politiche sociali, con la sussidiarietà delle politiche criminali: non è peregrina l’ipotesi che un simile impianto - proponendo una declinazione puramente simbolica, divulgativa ed emotiva della potestà puniendi - sia funzionale all’idea della pena come unica ratio.<sup>169</sup>

*9. Il penale massimo come comun denominatore del populismo giustizialista italiano e del penale eurolunitario: cenni alleleggi-slogan della spazzacorrotti e delle manette agli evasori.* Il populismo celebra l’ingresso delle fonti socialmente diffuse nell’ordinamento penale come strumento di democrazia diretta, che implica la liberazione dai vincoli del formalismo penale paludato e conservatore<sup>170</sup>: ciò oltre a determinare la separazione della norma penale dalla neutralità politico-ideologica ed etico-morale garantita dal Tatbestand libe-

<sup>166</sup>Vedi SGUBBI, *op.ult.cit.*, 27 ss.

<sup>167</sup>*Ibidem*, 27 ss.

<sup>168</sup> Così AMBROSETTI, *Le cause dell’errore giudiziario: condizionamenti di potere e pressioni mediatiche*, cit., 6.

<sup>169</sup> La abnorme espansione del paradigma punitivo contemporaneo introita così nella dimensione simbolica del bisogno di pena i temi sociali sottesi all’insicurezza dei diritti: il postmoderno pare in tal senso privilegiare un’idea onnivora della giustizia penale che carica i provvedimenti legislativi che lo accompagnano, di un valore fortemente simbolico compensativo dell’assenza di politiche sociali, intese come interventi di politiche industriali, del lavoro, dell’ambiente e via discorrendo. Sia consentito al riguardo rinviare al nostro, *La sicurezza penale fra rassicurazione sociale, conservatioordinum e criminalizzazione del corpo estraneo*, in *questa rivista*, 3/4, 2018, 1 ss., 22 ss., 41 ss.

<sup>170</sup> Essendo “la tradizione gestita da élites, proprio questo dato rende il richiamo ad essa sospetto, poiché l’*anti-elitarismo* è una caratteristica dei movimenti populistici nel loro *statu nascenti*. Il diritto, invece, e il diritto penale in particolare, è una disciplina intrinsecamente tradizionalista, elaborata elitariamente, ma da tempo sottoposta a tensioni *democratiche* e *giustizialiste* di forte irrazionalità”. Così DONINI, *Populismo e ragione pubblica. Il post-illuminismo penale tra lex e ius*, cit., 5.

ral-garantista, implica la costruzione di una *potestas puniendi* in cui la componente simbolica, emotiva ed irrazionale del bisogno di pena popolare prende il sopravvento sulla razionalità punitiva<sup>171</sup>.

Si tratta di un paradigma punitivo fondamentalista destinato - non a garantire modelli di efficienza e ragionevolezza punitiva - ma a soddisfare i bisogni emotivo-irrazionali di pena del corpo sociale<sup>172</sup>, rafforzando altresì le componenti identitarie del movimentismo antagonista, sottese allo *Strafbedürfnis*<sup>173</sup>.

Il mezzo punitivo va usato in questa prospettiva, per (ri)moralizzare la popolazione e rifondare il paese: da ciò lo sviluppo di un modello di giustizia etica, finalizzata a colpire i nemici del popolo<sup>174</sup> che tende a rielaborare il populismo ed a radicalizzare gli imput sanzionatori del penale multilivello.

In tal senso si pongono le ultime distorsioni della pena in assenza di processo e del processo penale perpetuo che derivano rispettivamente, dal definitivo sdoganamento della confisca e dal superamento della prescrizione.

Nella prospettiva di una giustizia penale legittimata dal consenso popolare, la solennità ed i riti formali del processo penale rappresentano un inutile appesantimento della procedura punitiva: è necessario dunque uno sforzo di semplificazione che si traduce in un giudizio dicotomico, tarato sulla contrapposi-

<sup>171</sup>Sia consentito il rinvio ai nostri, *La sicurezza penale fra assicurazione sociale, conservatioordinum e criminalizzazione del corpo estraneo*, cit., 1 ss.; *Il penale dell'immigrazione oltre i diritti e le garanzie della persona. Il D.L. 14 giugno 2019 n. 53 e le nuove frontiere della diseguaglianza sanzionatoria*, in questa rivista, 2019, 3/4, 1 ss.; p. 30 ss.

<sup>172</sup>Sulla pena (dottrine, teorie ed ideologie) vedi per tutti FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., 314 ss. Sulla pena secolarizzata dall'illuminismo e sulla sua evoluzione, nonché sulla funzione della pena in rapporto ad una sistematica teleologica vedi MOCCIA, *Il diritto penale fra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, 39 ss. Per una ricostruzione delle prospettive attuali, sulla funzione della pena vedi, fra gli altri, DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 2013, 1167 e 1168. DOLCINI, *La pena in Italia, oggi, tra diritto scritto e prassi applicativa*, in *Studi Marinucci*, II, Milano, 2006, 1073 ss.; EUSEBI, *La pena in crisi*, Brescia, 1990, 145 ss.; MONACO, *Prospettive dell'idea dello "scopo" nella teoria della pena*, Napoli, 1984, 20 ss.; 221 ss.; PALIERO, *L'economia della pena (Un work in progress)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 1336 ss.; VASSALLI, *Funzioni e insufficienze della pena* (1960), in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1997, 1372

<sup>173</sup>Sulla pena come momento di canalizzazione delle paure e delle insicurezze sociali contemporanee, raccordate ad una politica criminale spettacolarizzata che, al pari della politica *tout court* «opera scelte fondate sull'opinione» vedi PULITANO', intervento in *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 21 dicembre 2016, 3

<sup>174</sup>Sulla genesi del concetto del *nemico del popolo* nel penale moderno ed il suo raccordo con l'evoluzione dell'illecito personologico ottocentesco sia consentito il rinvio al nostro, *L'illecito personologico fra destrutturazione del Tatstrafrecht e affermazione del Täter-prinzip. Soggettivizzazione del reato e crisi della materialità penale nel XIX e XX secolo*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2019, 4, passim.

zione bene/male, amico/nemico dell'etica pubblica<sup>175</sup>.

Ecco perché le più recenti politiche populiste- lungi dal perseguire il necessario allentamento di una morsa punitiva straordinaria - riaffermano il valore salvifico del penale anti-casta attraverso le leggi-slogan<sup>176</sup> della spazza corrotti<sup>177</sup> e delle manette agli evasori<sup>178</sup> che già nel titolo esprimono lasintassi e la grammatica di un modello punitivo che mira - non tanto a rafforzare la tutela penale di interessi già ampiamente presidiati - quanto a moralizzare il paese, attraverso la stigmatizzazione di tipi d'autore contrassegnati da una patina di indegnità morale.

Secondo la visione populista, il popolo si distingue “dalle élites corrotte che

---

<sup>175</sup>D'altra parte, questa involuzione etica e sostanzialista dello iuspuniendi, non è un peculiarità italiana ma è il risultato, come abbiamo visto, di vari fattori storici di cui evidentemente le trasformazioni penali sono un epifenomeno

<sup>176</sup> Le leggi slogan sono un portato del populismo politico e penale nella misura in cui veicolano “riforme fondate sul *consenso massmediatico diretto*”: la *spazza corrotti e le manette agli evasori* d'altra parte, interpretano fedelmente la volontà “di azzeramento del passato” tipicamente populista che si traduce nelle leggi anticasta. Va considerato che nel populismo politico - di cui il populismo punitivo è una delle molteplici espressioni - “i proclami sostituiscono ideologie o progetti politici collettivi, e si appellano *omnisso medio* a comunicazioni orientate al consenso mediante *slogans*, prive di una strategia di selezione politico-culturale articolata in documenti, testi classici, o figure di una tradizione”. Così DONINI, *Populismo e ragione pubblica. Il post-illuminismo penale tra lex e ius*, cit., 3.

<sup>177</sup>La legge ‘spazza corrotti’ n. 3 del 2019 tradisce già nel titolo “il ricorso ad espressioni più di impatto giornalistico che tecnico”: lo strumentario penale qui viene adoperato per “realizzare un programma di moralizzazione” di tipo simbolico, funzionale a compiacere l'opinione pubblica. Operazione che - nelle premesse e nei fini - non può che muoversi in una “dimensione di irrazionalità sanzionatoria”, che assume “i consueti tratti dell'approssimazione, del rigorismo repressivo, della simbolicità, a detrimento dei diritti inviolabili”. Le espressioni virgolettate sono di IASEVOLI, *Rigorismo repressivo e funzione dissuasiva del processo. A proposito della spazza corrotti*, in *Dir. Giust.Min.*, 2019, 9 ss. Vedi pure sul tema AA.VV., *La cd. Legge spazza corrotti. Croniche innovazioni tra diritto e processo penale*, a cura di Iasevoli, 18 ss. PADOVANI, *La spazza corrotti Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, in *www.archiviopenale.it*, 30 novembre 2018.

<sup>178</sup>La legge n. 157 del 2019, converte il D.L. n.124 del 2019 comunemente conosciuto come *Decreto Fiscale* c.d. “manette agli evasori”, recante disposizioni urgenti in materia fiscale. Essa prevede un aumento di pena per le ipotesi delittuose di cui agli artt. 2, 3, 4, 5, 8 e 10 del D.Lgs. n.74/2000, consentendo il ricorso alla misura della custodia cautelare in carcere anche nei casi di omessa o infedele presentazione della dichiarazione dei redditi e Iva di cui agli artt. 4 e 5 del D.Lgs. n.74/2000 (fino ad ora esclusi), con una pena superiore ai cinque anni di reclusione. Le riformate fattispecie di *dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture per operazioni inesistenti* (art. 2), di *dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici* (art. 3) e di *emissione di fatture per operazioni inesistenti* (art. 8) mostrano un eccesso sanzionatorio ingiustificato, considerando che le stesse risultano sanzionate con una pena più severa di quella prevista, ad esempio, per il reato di omicidio colposo e di omicidio stradale. Inquietante è peraltro che la Legge in oggetto preveda la applicabilità della confisca per sproporzione, allargata alla maggior parte dei reati tributari, così da consentire il sequestro di tutti quei beni di cui il condannato non è in grado di giustificarne la provenienza e di cui risulta essere titolare, anche solo di fatto ( dunque, rileva anche la mera disponibilità) per un valore sproporzionato alla propria attività economica. Sul punto vedi per tutti FORMISANO, *Il D.L. manette agli evasori*, in [www.diritto.it](http://www.diritto.it)



devono essere spazzate via”, in quanto è depositario di una visione morale della politica che deve sostituire quella precedente: l’etica comune viene così rappresentata “da una leadership che interpreta direttamente la volontà ed i sentimenti” popolari<sup>179</sup>.

Nel caso italiano tuttavia, la leadership di questo processo di moralizzazione della vita pubblica non è assunta dalla componente politica, quanto dal comparto giudiziario che ne è stato l’originario artefice.

Associata alla liturgia della gogna mediatica, la proliferazione di inchieste penali - fideisticamente sostenuta da un consenso socio-politico trasversale - da oltre vent’anni ha del resto alimentato un incontenibile *Strafbedürfnis*<sup>180</sup>, abbinato alla criminalizzazione di categorie sociali ritenute in via presuntiva discutibili, sospette e/o addirittura moralmente riprovevoli. Da ciò l’idea che i procedimenti ed i processi penali debbano coinvolgere tutti i soggetti muniti di un qualche ruolo o di una qualche responsabilità pubblica e/o parapubblica, per affermare il disvalore ontologico che connota la casta ed i suoi appartenenti, come soggetti moralmente indegni.

I corrotti, i corruttori e gli evasori fiscali non sono in questa prospettiva semplici indagati e/o imputati, ma nemici dell’etica pubblica da esporre al pubblico ludibrio mediatico<sup>181</sup>: ne deriva un paradigma punitivo di tipo etico che - erodendo principi, istituti e categorie garantiste - mette in discussione la stessa modernità penale poiché richiama la purezza originaria ed incontaminata di un popolo, inteso come “comunità pre-politica e pre-civile”, che evidentemente ripropone modelli punitivi pre-moderni<sup>182</sup>.

<sup>179</sup>Così DONINI, *Populismo e ragione pubblica. Il post-illuminismo penale tra lex e ius*, cit., 3.

<sup>180</sup>Sulla pena come momento di canalizzazione delle paure e delle insicurezze sociali contemporanee, raccordate ad una politica criminale spettacolarizzata che, al pari della politica *tout court* “opera scelte fondate sull’opinione» vedi PULITANO’, intervento in *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*, cit., 3.

<sup>181</sup>Al politico corrotto fa da pendant l’imprenditore corruttore ed evasore fiscale, ribattezzato *prenditore*: le *spazza corruzione* e le *manette agli evasori* riprendono, incanalano ed alimentano in questo modo sentimenti ed emozioni negative già diffuse della popolazione. Ecco la fonte sociale del penale populista: i bisogni emotivo-irrazionali di pena che - a ben guardare, nascono una esigenza di vendetta sociale - vengono tradotti in leggi penali. Viene in tal senso evidenziato che “la rabbia, il rancore, la frustrazione, l’intolleranza sono la conseguenza del declassamento e della disaggregazione, diventando il motore di una postdemocrazia che, smarrito il valore dell’uguaglianza, ricerca la vendetta”. Così RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, cit., 74.

<sup>182</sup>Così RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, cit., 74. Il penale postmoderno viene così tradotto dal populismo in un paradigma socio-culturale premoderno, venato dei tratti dicotomici tipici delle categorie etico-morali medievali: giusto/sbagliato, buono/cattivo, amico/nemico. Gli impuri, in quanto amorali, diventano nemici dell’etica pubblica e dunque devono subire come nel medioevo, la gogna (mediatica).

9.1 *I riflessi delle tecniche normative eurocentriche sul penale interno: l'allargamento surrettizio della giurisdizione e delle sanzioni penali. L'azione penale in conto terzi; la pena in assenza del giudice e prima del processo.* Gli elementi distorsivi di una ragionevole delimitazione dell'intervento punitivo - già presenti nel penale multilivello ed alimentati dalla deriva burocratico-amministrativa dell'illiceità - lungi dall'essere contrastati, trovano accoglimento all'interno della propensione punitiva, populista e giustizialista che attraversa il paese<sup>183</sup>.

Gli effetti del populismo e del giustizialismo sul nostro assetto penale, non possono anzi essere correttamente compresi ed analizzati, se non si tiene conto della trasformazione complessiva del sistema punitivo introdotta dal penale multilivello, eurocentrico ed internazionale, che oltre ad aver incrementato l'universo prescrittivo e diversificato l'apparato sanzionatorio, ha comportato - come più volte evidenziato - la moltiplicazione dei soggetti deputati a produrlo e gestirlo.

Ne sono dimostrazione proprio i sottosistemi del penale tributario e della pubblica amministrazione che - con le leggi manette agli evasori e spazzacorrotti - adottano, sulla falsariga del modello sanzionatorio eurocentrico, l'intricato meccanismo che lega la responsabilità penale a inadempimenti burocratico-amministrativi e/o fiscali, utilizzando sanzioni para-penali preventive raccordate a materiale documentale che può derivare anche da comparti extra-giudiziari.

All'imprevedibilità ed all'arbitrarietà di un'azione penale gestita dalla magistratura secondo criteri assolutamente discrezionali, si aggiunge in tal senso l'azione penale in conto terzi, cioè (impropriamente) delegata a soggetti terzi - quali ANAC ed Agenzia delle Entrate - che agiscono in funzione ancillare, se non sostitutiva, della Pubblica Accusa e/o della giurisdizione penale.

I compiti di verifica e di controllo preventivo dell'Anac e dell'Agenzie delle Entrate nei rispettivi capi di competenza - raccordati a misure sanzionatorie

---

<sup>183</sup>Per spiegare la singolare acquiescenza socio-culturale al *penale massimo* si evidenzia che “la nostra è l'epoca della *sensologia*, che segna il primato del sentire sul pensare e nella quale neofanatismo e neo-scetticismo si saldano e si confondono”, confluendo nell'*analfabetismo funzionale*, nella retrotopia, nel sovranismo psichico: “etichette.. di una definizione della psicologia sociale, tutta ancora da comprendere”. Così LO SAPPIO, *La riforma della prescrizione nel tempo della passione (triste) per la punizione*, in *Sistema Penale* 23 dicembre 2019 che richiama PERNIOLA, *Del sentire*, II ed., Torino, 2002, cap. I (Il già sentito), BAUMAN, *Retrotopia*, VIII ed., Bari-Roma, 2018, nonché il *52° Rapporto Censis sulla situazione sociale del Paese*.

preventive, interdittive e/o patrimoniali - assumono infatti una vera e propria valenza inquisitoria che consente l'esercizio dell'azione penale, prima ed al di fuori del processo, in assenza di contraddittorio e di qualsivoglia garanzia.

L'intervento penale viene così abbinato ad una dimensione eteroprocesuale che anticipa il momento sanzionatorio, sdoganando di fatto la pena priva di prova<sup>184</sup>: ciò significa la possibilità di irrogare sanzioni prima ed in assenza di processo.

Meccanismo che, lungi dal garantire una più efficace tutela dei diritti<sup>185</sup>, pare porsi come "fattore di arbitrio che grava come una pesante ipoteca sulle libertà dei cittadini, tenuti in ostaggio dal pericolo costante di una incriminazione", di una sanzione e/o della confisca dei beni, in assenza di un giudizio e di un contraddittorio dibattimentale<sup>186</sup>.

oggi significa anche confisca dei beni in rapporto ad un accertamento fiscale gestito interamente dall'Agenzia dell'Entrate, e rimesso alla Procura della Repubblica solo per trarre le conseguenze sanzionatorie.

Va d'altra parte considerato che l'eccezionale incremento di strumenti preventivi e sanzionatori in materia di corruzione - di cui la spazzacorrotti rappresenta l'ultimo atto - è uno degli snodi essenziali dell'adeguamento del penale interno agli strumenti di contrasto alla corruzione richiesti dal Consiglio d'Europa<sup>187</sup>, attraverso il *Groupe d'Etats contre la Corruption* (GRE-

---

<sup>184</sup>Vedi al riguardo FILICE, *Il sindacato giurisdizionale sull'attività delle Autorità indipendenti*, in *Giorn. Dir. Ann.*, 2015, IV, 559 ss.; FRENI, *I poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, a cura di FRATINI, *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*, Padova, 2011, 785. LICCIARDELLO, *Le sanzioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1997, 381 ss.

<sup>185</sup> Vedi PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, cit., 430 ss.

<sup>186</sup> Cfr. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, cit., 369.

<sup>187</sup> Ciò è chiarito nella Relazione al disegno di legge della cd. 'spazza-corrotti' che evidenzia che essa deriva da una *procedura di valutazione* volta a verificare l'attuazione nel nostro Paese della *Convenzione penale sulla corruzione del Consiglio d'Europa del 1999, ratificata dall'Italia con la legge 28 giugno 2012, n. 11016*. Il GRECO evidenziava in tal senso la necessità di: 1) estendere la punibilità alle condotte di corruzione passiva, come definita dall'art. 4, par. 2, lett. a), della direttiva (UE) 2017/1371 (ossia limitatamente alle condotte di corruzione che ledano o possano ledere gli interessi finanziari dell'Unione Europea), anche dei pubblici ufficiali e degli incaricati di pubblico servizio di Paesi terzi rispetto agli Stati membri dell'Unione europea o di organizzazioni pubbliche internazionali, con esclusione della limitazione posta dall'art. 322-bis, comma 2, n. 2 c.p. al fatto commesso «in operazioni economiche internazionali ovvero al fine di ottenere o di mantenere un'attività economica o finanziaria»; 2) modificare le norme del codice penale che prevedono la necessità della richiesta del Ministro della Giustizia o della denuncia della persona offesa per il perseguimento dei reati di corruzione commessi all'estero; 3) estendere la punibilità alle condotte di corruzione (attiva e passiva) dei funzionari delle organizzazioni internazionali; e di corruzione (attiva e passiva) dei membri delle assemblee parlamentari internazionali e dei giudici e funzionari delle corti internazionali.

CO)<sup>188</sup>.

Nel solco del penale-burocratico internazionale ed eurocentrico va peraltro collocata (la costituzione del) l'ANAC, la cui azione viene considerata - dall'art. 1 della Legge 6 novembre 2012 n. 190 - un mezzo attuativo della Convenzione ONU contro la corruzione del 31 ottobre 2003 e degli articoli 20 e 21 della Convenzione penale sulla corruzione di Strasburgo del 27 gennaio 1999<sup>189</sup>.

Invero la costante espansione delle autorità di vigilanza, di controllo e della moltiplicazione dei professionisti (e degli adempimenti burocratico-amministrativi) in materia di trasparenza, anticorruzione, antimafia, riciclag-

---

<sup>188</sup> Organismo che com'è noto è stato istituito dal medesimo Consiglio d'Europa nel 1999.

<sup>189</sup> L'art.1 della L. 6 novembre 2012 n. 190 (*"Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione"*) così recita: "In attuazione dell'articolo 6 della Convenzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite contro la corruzione, adottata dalla Assemblea generale dell'ONU il 31 ottobre 2003 e ratificata ai sensi della legge 3 agosto 2009, n. 116, e degli articoli 20 e 21 della Convenzione penale sulla corruzione, fatta a Strasburgo il 27 gennaio 1999 e ratificata ai sensi della legge 28 giugno 2012, n. 110, la presente legge individua, in ambito nazionale, l'Autorità nazionale anticorruzione e gli altri organi incaricati di svolgere, con modalità tali da assicurare azione coordinata, attività di controllo, di prevenzione e di contrasto della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione". Le Convenzioni internazionali ed comunitarie in materia di lotta alla corruzione, avevano precedentemente comportato la individuazione della autorità competente in materia nella CIVIT (*Autorità nazionale competente a coordinare l'attività di contrasto della corruzione nella pubblica amministrazione*). Il cambio di denominazione in ANAC, con l'art. 5 D.L. 101/2013, si è accompagnato ad una ridefinizione delle funzioni con la finalità "di concentrare la missione istituzionale dell'Autorità sui compiti relativi alla garanzia della trasparenza e alla prevenzione della corruzione nelle pubbliche amministrazioni" (vedi art. 19 del decreto-legge n. 90/2014). In tale direzione, il D.L. n. 90/2014 (convertito dalla L. n. 114/2014) ha provveduto in primo luogo a trasferire all'ANAC tutti i compiti e le funzioni dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (AVCP), istituita dall'articolo 4 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, con funzioni di vigilanza sugli appalti di lavori, delle forniture e dei servizi, compresi i settori speciali e quelli d'interesse regionale. Tale autorità è stata contestualmente soppressa mediante decadenza dei relativi organi a decorrere dalla data di entrata in vigore del decreto. Le funzioni in materia di contratti pubblici sono state successivamente ridefinite dal nuovo Codice dei contratti pubblici (art. 213, D.Lgs. n. 50/2016). A fronte di questo insieme di nuove attribuzioni, l'ANAC ha perso le attribuzioni originarie in materia di misurazione e valutazione della performance, che sono state invece assegnate al Dipartimento della funzione pubblica, il quale ha contestualmente ceduto in favore dell'ANAC le competenze in materia di trasparenza e anticorruzione. In attuazione del D.L. 90/2014 (art. 19, co. 10) tali funzioni sono state riordinate con il regolamento adottato con D.P.R. 9 maggio 2016, n. 105. All'esito di tale riordino, la missione istituzionale dell'ANAC è individuata nella "prevenzione della corruzione nell'ambito delle amministrazioni pubbliche, nelle società partecipate e controllate anche mediante l'attuazione della trasparenza in tutti gli aspetti gestionali, nonché mediante l'attività di vigilanza nell'ambito dei contratti pubblici, degli incarichi e comunque in ogni settore della pubblica amministrazione che potenzialmente possa sviluppare fenomeni corruttivi, evitando nel contempo di aggravare i procedimenti con ricadute negative sui cittadini e sulle imprese, orientando i comportamenti e le attività degli impiegati pubblici, con interventi in sede consultiva e di regolazione". Vedi *Atti parlamentari su ANAC* in [www.camera.it/leg17/465.it](http://www.camera.it/leg17/465.it)

gio, sicurezza, prevenzione sul lavoro e via discorrendo<sup>190</sup> ha creato un esteso sistema parapenale che ha garantito l'attribuzione di crescenti ruoli e funzioni burocratico-amministrative<sup>191</sup> e maggiori poteri alla magistratura penale<sup>192</sup>.

Tema che meriterebbe forse una riflessione, rimandando ad una giustizia penale tanto allargata quanto autopoietica<sup>193</sup> funzionale forse - più che alle necessità dei cittadini - alle utilità dei suoi stessi protagonisti e dello stesso apparato giudiziario e/o pubblico.

D'altra parte, i professionisti dell'Anticorruzione, dell'Antimafia, della sicurezza, della trasparenza sono divenuti parti integranti di un dibattito tecnico

---

<sup>190</sup> Il tasso di complessità e di burocratizzazione degli enti pubblici di controllo della sicurezza cresce a dismisura, come il loro costo economico. Le 19 Regioni e le 2 Province Autonome demandano il rilascio delle autorizzazioni ed i relativi controlli a 197 Aziende Unità Sanitarie Locali (AUSL), che godono di autonomia nell'allocazione e nella gestione delle risorse (in sintesi, ognuno spende come crede). A tali strutture si aggiungono, per i controlli in materia di sicurezza sul lavoro, gli organismi decentrati (regionali e provinciali) dell'ispettorato del lavoro.

<sup>191</sup> Basti pensare al Sistema delle Agenzie Ambientali (S.A.P.) costituito da 21 Agenzie Regionali (Arpa) e Provinciali (Appa). Nel 2008 è stato aggiunto un nuovo ente pubblico, l'Ispra (Istituto Superiore per la Protezione e la Ricerca Ambientale) dotato di "autonomia finanziaria, gestionale e contabile" ed un nuovo organismo gestionale il Consiglio Federale che, a sua volta, ha costituito il Comitato Tecnico Permanente. Il Consiglio Federale dell'Ispra (presieduto dal Presidente dell'Ispra e composto dal Direttore Generale e dai legali rappresentanti delle ARPA-APPA) fa riferimento al "Sistema Nazionale di Protezione dell'Ambiente" ed al Comitato Tecnico Permanente cui sono affidate funzioni di istruttoria, sul piano tecnico-operativo, per la programmazione, l'attuazione e il controllo delle attività di Sistema delle Agenzie Ambientali da sottoporre a valutazione e approvazione del Consiglio federale. Vedi [www.isprambiente.gov.it](http://www.isprambiente.gov.it).

<sup>192</sup> Le recenti trasformazioni del ruolo e della funzione della giustizia penale in Italia, andrebbero analizzate per valutare in che modo la espansione e la progressiva anticipazione delle soglie dell'intervento penale - unita alla costruzione di una giustizia penale etica - incidano sulla giustificazione contrattualistica dello *iuspiniendi*. Occorrerebbe chiedersi se un modello penale pervasivo-invasivo nella vita politica, sociale ed economica sia compatibile con l'idea di una parificazione fra i (diritti dei) cittadini e (le prerogative del)lo Stato quali attori di un patto negoziale bilaterale, fondato su reciprocità di limitazioni, garanzie e tutele. In altri termini, andrebbe verificato se l'utilitarismo penale *ex parte populi* sia compatibile con un contratto Stato-cittadino sbilanciato verso lo Stato e tendente all'unilateralismo, nella misura in cui lo Stato pretende gli obblighi di cittadinanza e continua a limitare le libertà fondamentali dei cittadini, senza garantirne più incondizionatamente i diritti fondamentali. Cfr. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 247 ss.; ID., *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, cit., 5 ss., 160 ss., 368 ss. Sul punto sia consentito nuovamente rinviare al nostro, *Irrelevanza penale del disastro ambientale, regime derogatorio dei diritti e legislazione emergenziale: i casi Eternit, Ilva ed Emergenza Rifiuti in Campania. Lo stato d'eccezione oltre lo Stato di diritto*, cit., 4 ss,8 ss,28 ss, 31 ss

<sup>193</sup> Le scelte politiche sono sempre meno motivate da un intento risolutore e sempre più improntate a parametri di opportunità e convenienza, del tutto indipendenti da un'analisi approfondita delle questioni sul tappeto, quanto riferite alla sfera della comunicazione dell'effimero (esigenze televisive, di sondaggi ecc.) Sarebbe peraltro interessante confrontarsi sul significato attuale del concetto di disvalore penale, stante la sua permeabilità alle contingenze economiche (piuttosto che a scopi di pubblica utilità), agli interessi delle lobby (più che alle esigenze democratiche), alle necessità massmediatiche (piuttosto che alle effettiva ricadute sociale).

sugli scopi e le funzioni punitive, ridotto a spettacolo nazionalpopolare : l'esposizione e la divulgazione massmediatica dei livelli di corruzione e di malcostume del paese ha così varcato la dimensione fattuale dei reati per tradursi in una narrazione della perenne emergenza criminale del paese, che legittima l'indefinito ampliamento dei compiti e delle funzioni della magistratura, custode dell'etica e del buon costume nazionale.

*10. Il penale totale fra realtà e rappresentazione mediatica dell'emergenza criminale nazionale: costi, benefici sociali ed utilizzatori finali della complessità burocratico-amministrativa eretta a sistema sanzionatorio. La promozione del penale-prima ratio fra dati virtuali e percezione sociale del crimine: il caso del Corruption Perception Index. L'attuale governo populista "ha fatto propria la bandiera dell'anticorruzione esasperandone in chiave repressiva ed illiberale tutti i contenuti già intrapresi dai precedenti esecutivi: inasprimenti sproporzionati delle pene, personali e patrimoniali, principali ed accessorie, premi per la delazione, intercettazioni di ogni tipo ed agenti infiltrati"<sup>194</sup>; all'interno della spazzacorruzione - quale cardine del penale totale - è stato peraltro partorito il progetto di sbarazzarsi del fastidioso fardello della prescrizione<sup>195</sup>.*

Questa massiccia azione punitiva è stata celebrata dai mass media e dai social come necessaria ed indispensabile, alla luce del dato incontrastato - assurto a dogma e mantra nazionale - che l'Italia è fra i paese maggiormente corrotti su scala internazionale.

Nell'era dei social media d'altra parte, il dato criminologico non è vero in quanto reale, ma in quanto è verosimile e/o assimilabile al reale, perché diffuso in rete come vero. Da ciò la assunzione di parametri criminologici virtuali che assecondano i dogmi populistici: il fatto di reato nel postmoderno evapora di fronte al prevalere della narrazione sulla realtà, il tecnicismo scompare nella prospettiva divulgativa che erige l'approssimazione a sistema e la conoscenza tecnica a colpa (delle élites e della casta).

Non c'è da stupirsi dunque che - allorchè si approfondiscano i dati sulla diffusione sistemica della corruzione nel nostro paese - si scopre che il dato rac-

---

<sup>194</sup>Così INSOLERA, *Ha un senso rafforzare ulteriormente l'armamentario delle misure di contrasto alla corruzione?*, cit., 7 ss.

<sup>195</sup>Sul punto vedi per tutti CAVALIERE, *Le norme spazza prescrizione nella L. 3/2019*, in *Leg.Pen.*, 2020, 3.

colto e veicolato non segnala la reale ed effettiva incidenza e diffusione del fenomeno, perché riguarda la sua percezione sociale. Posto infatti che il grado di corruzione del paese non può essere dimostrato su base statistica attraverso i procedimenti ed i processi penali esistenti, stante l'incidenza della cd. cifra oscura, si ritiene attendibile la percezione della corruzione che deriva da dati ed analisi internazionali.<sup>196</sup>

Il più noto di questi studi è *il Corruption Perception Index* di *Transparency International* che colloca l'Italia per l'appunto fra i "Paesi con il più alto livello di percezione della corruzione"<sup>197</sup>.

Nel silenzio della ragione punitiva, sembra tuttavia sfuggire alla componente politico legislativa ed ai Mass Media, ma anche a raffinati giuristi, la distanza che separa la dimensione reale ed effettiva di un fenomeno criminale dalla sua percezione<sup>198</sup>. Così come pare volersi ignorare che uno dei motori della prassi corruttiva è la utilità/necessità (professionale, imprenditoriale e sociale) di aggirare surrettiziamente la imponente ed elefantica macchina normativa

---

<sup>196</sup>Con queste caratteristiche il tema della corruzione, da anni, si è posto al centro del dibattito politico a conferma di una percezione collettiva, che si è di fronte ad un male endemico della società. Non si vuole qui negare la diffusione delle pratiche corruttive nelle molteplici articolazioni della vita sociale; tuttavia, questa acquisizione - mediaticamente esagerata - non può legittimare la 'caccia' ai corrotti. A ciò si aggiunga il dato, poco confortante, secondo cui l'opinione pubblica non accetta la ragionevolezza del garantismo, auspicando una giustizia accelerata, se non sommaria, e dunque al prezzo del sacrificio delle prerogative dei sospettati. L'allarme sociale, per la presa d'atto di disfunzioni del tessuto economico-istituzionale, è stato determinato dalla dimensione, avvertita come sistemica, della corruzione, che avrebbe assunto una capacità quasi autogenerativa, attraverso complessi schemi organizzativi, ma la percezione non corrisponde alla realtà effettiva. Qui si attiva uno schema consolidato: dopo ogni fatto di cronaca si scatena la reazione dell'opinione pubblica, che chiede di punire in nome della sicurezza in senso ampio, biasimando le istituzioni incapaci di reagire, con la politica che promette costantemente punizioni ritenute esemplari. Vedi IASEVOLI, Prefazione a *La cd. Legge spazza corrotti. Croniche innovazioni tra diritto e processo penale*, a cura di IASEVOLI, 18. Sul tema vedi tema, MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli 2011, *passim*; PADOVANI, *La spazza corrotti Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, cit., 1 ss.

<sup>197</sup>Così PERTICI-TRAPANI, *Presentazione* (al volume) *La prevenzione della corruzione. Quadro normativo e strumenti di un sistema in evoluzione. Atti del Convegno Pisa, 5 ottobre 2018*, a cura di PERTICI-TRAPANI, Torino, 2019, XI ss.

<sup>198</sup> Sulla distanza fra corruzione percepita e corruzione effettiva sono illuminanti i risultati del cd. Euro-barometro, riportati da CORBETTA, *Siamo un paese corrotto?*, in [www.rivista.mulino.it](http://www.rivista.mulino.it), 18 dicembre 2017. Manca ogni riferimento a questo parametro - che rende evidentemente discutibile l'attendibilità di dati ed indagini che basano la presenza/consistenza del fenomeno corruttivo in un paese, dalla sua percezione - in molti studi giuridici che valorizzano di contro la cd. *cifra oscura* del fenomeno corruttivo. Vedi al riguardo PERTICI-TRAPANI, *Presentazione* (al volume) *La prevenzione della corruzione. Quadro normativo e strumenti di un sistema in evoluzione*, cit., 2019, XI ss.; PERTICI, *La prevenzione della corruzione e dei conflitti d'interessi: introduzione a un sistema in continua evoluzione*, in *La Prevenzione della Corruzione. Quadro normativo e strumenti di un sistema in evoluzione*, cit., 2019, 3 ss.

e burocratica che ingessa il Paese, rendendolo uno dei primi produttori mondiali di complessità amministrativa.

Queste due ovvietà non sono state neppure prese in considerazione, dai vari Governi e Ministri della Giustizia che hanno visto nel *Corruption Perception Index* una verità assoluta ed inoppugnabile, da richiamare per legittimare la serie ininterrotta di interventi legislativi in materia e la necessità di dotarsi di una apposita Autorità Anticorruzione.

L'assuefazione culturale al panpenalismo ed al giustizialismo populista si traduce in una sorta di accettazione passiva dell'esistente anche degli addetti ai lavori, mentre gli operatori giuridici e gli studiosi di diritto penale più attivi, vengono isolati dalla componente politica, e restano pressochè assenti dal dibattito massmediatico<sup>199</sup>.

Trionfa così il giustizialismo nazional-popolare - che confondendo la seriosità, con la serietà dell'analisi - celebra l'incompetenza eretta a semplificazione comunicativa e massmediatica: il moralismo generalista si accomuna all'etica pubblica, il moralmente discutibile diventa penalmente rilevante, il dato virtuale si sostituisce al dato reale.

In questo contesto mistificatorio, la percezione sociale del fenomeno corruttivo è equivalente alla reale diffusione delle corruzione: nell'epoca della sensologia, il dato percettivo è sufficiente a legittimare la moltiplicazione delle norme in materia e l'ampliamento dei soggetti deputati a strutturare la regolamentazione e gestire il relativo potere sanzionatorio.

Significativa in tal senso è la irresistibile ascesa dell'ANAC, organismo che - pur non essendo di natura elettiva, né fornito di competenze giurisdizionali - ha polarizzato funzioni legislative e giudiziarie penali e para-penali, fungendo

---

<sup>199</sup> Nella prospettiva populista del (mero) recepimento la richiesta/bisogno di pena popolare, la pena ultima ratio si inchina alla percezione del moralmente giusto espresso dalla dominante ideologia anticasta, traducendosi nella pena unica ratio. "Ad una politica criminale governata dal tema della sicurezza e dominata da vene di populismo" si è contrapposta "una dottrina ancorata invece ai *grandi* principi del diritto penale, come la determinatezza delle fattispecie, la sussidiarietà, la materialità dell'illecito e la rilevanza del bene giuridico tutelato". Le reazioni al penale totale della dottrina - al pari di quelle dell'avvocatura - non hanno tuttavia avuto alcun impatto politico ed uno scarso rilievo mediatico: il legislatore contemporaneo, al pari dei *mass media* e dei *social*, resta infatti del tutto indifferente ai richiami dottrinari al penale minimo, mentre promuove il penale massimo, manifestando una particolare considerazione della "categoria dei giudici, spesso divenuti diretti interlocutori (della politica) attraverso le opinioni manifestate dal loro organo di autogoverno e dalla loro associazione". Il penale populista ha dunque accentuato la divaricazione, già presente, fra il penale delle garanzie ed il penale giustizialista, rendendo sempre più distante il versante del penale teorico, orientato al rispetto dei principi, dal comparto legislativo e dal penale prasseologico. Sul punto vedi MANNA, *Il fumo della pipa (il c.d. populismo politico e la reazione dell'Accademia e dell'Avvocatura)*, in *questa Rivista*, 2018,1 ss che richiama SEMINARA, *Divagazioni sulla nozione sull'Accademia*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).



da (una sorta di) camera di compensazione fra potere politico (esecutivo e legislativo), pubbliche amministrazioni e potere giudiziario<sup>200</sup>.

Di fronte a competenze e funzioni indefinite e particolarmente pervasive, solo un gruppo (sparuto e solitario) di tecnici si è chiesto se i poteri attribuiti alla Anticorruzione fossero o meno legittimi, e compatibili con l'assetto istituzionale disegnato dalla Costituzione repubblicana<sup>201</sup>: un gruppo ancora più ristretto di studiosi ed operatori giuridici, si è poi dato risposte attendibili, non inficiate cioè da un eccesso di riguardo di fronte ad un'Autorità dotata di un eccesso di potere<sup>202</sup>.

Nessuna evidenza mediatica è stata peraltro stata attribuita alle risultanze degli studi sulla percezione del fenomeno corruttivo dell'istituto di ricerca Eurispes che, col comunicato 10.1.2019, ha chiarito che la richiamata graduatoria di Transparency International è ingannevole dal momento che quanto "più si perseguono i fenomeni corruttivi sul piano della prevenzione e (del)le fattispecie di reato", tanto "maggiore è la percezione del fenomeno" (cd. "Paradosso di Trocadero")<sup>203</sup>.

Ciò significa, non soltanto che l'imponente impianto anticorruttivo è stato edificato attraverso l'uso e la diffusione di un dato inattendibile ed inaffidabile<sup>204</sup>, ma che la causa dell' (eccezionale) innalzamento della percezione della corruzione, deriva proprio dalla eccezionalità dei rimedi che si sono messi in campo per debellarla: parlare continuamente di un reato e prevedere in

---

<sup>200</sup> Evidenza da ultimo "perplexità in merito all'attribuzione di un così ampio potere normativo all'Anac", anche e soprattutto in rapporto "alle difficoltà di poterlo giustificare in termini di *settorialità*" MARONE, *Osservazioni sulla collocazione delle linee guida dell'ANAC nel sistema delle fonti*, in *La Prevenzione della Corruzione. Quadro normativo e strumenti di un sistema in evoluzione*, cit., 78 ss. Sulla anomalia delle competenze dell'ANAC anche in rapporto ai principi *eurounitari* vedi COLANGELO, *La peculiarità del sistema italiano nella prevenzione della corruzione nelle gare d'appalto alla prova dei principi eurounitari. Un problema di "enigmistica giuridica"?*, in *La Prevenzione della Corruzione. Quadro normativo e strumenti di un sistema in evoluzione*, cit., 175 ss. Interessante è pure l'analisi dei codici comportamentali imposti dall'ANAC che preludono alla costruzione di modello sanzionatorio di tipo etico. Sul punto vedi BARRETTA, *La Prevenzione della Corruzione attraverso la valorizzazione della cultura etica: i codici di comportamento dei pubblici dipendenti*, in *La Prevenzione della Corruzione*, cit., 247 ss.

<sup>201</sup> Vedi COLANGELO, *La peculiarità del sistema italiano nella prevenzione della corruzione nelle gare d'appalto alla prova dei principi eurounitari. Un problema di "enigmistica giuridica"?*, cit., 175 ss. MARONE, *Osservazioni sulla collocazione delle linee guida dell'ANAC nel sistema delle fonti*, cit., 78 ss.

<sup>202</sup> Sul versante penale vedi per tutti la ricostruzione dell'ascesa e degli abusi di un apparato giudiziario, trasformatosi in potere in MANNA, *Il Lato oscuro del diritto penale*, cit. 15 ss., 23 ss., 33 ss., 44 ss., 54 ss., 62 ss.

<sup>203</sup> Per approfondimenti sul tema si rinvia a INSOLERA, *op.ult. cit.*, 1, 7 e 8; TARTAGLIA POLCINI, *Il paradosso di Trocadero*, in [www.dirittopenaleglobalizzazione.it](http://www.dirittopenaleglobalizzazione.it).

<sup>204</sup> Così INSOLERA, *Ha un senso rafforzare ulteriormente l'armamentario delle misure di contrasto alla corruzione?*, cit., 1, 7 ss.

continuazione nuove misure di contrasto - guarda caso - fa aumentare la percezione pubblica del fenomeno.

D'altra parte, le ricette improntate al penale massimo, all'implementazione degli organismi di controllo ed alla moltiplicazione degli adempimenti burocratici nelle gare/appalti pubblici, oltre ad innalzare la percezione della corruzione, sembrano paradossalmente favorire e rafforzare il fenomeno anche sul piano concreto.

Sarebbe in tal senso utile chiedersi se sia opportuno combattere un crimine che trae nutrimento e sviluppo dall'eccesso di normativizzazione, di burocratizzazione e di competenze della P.A., utilizzando - piuttosto che la strada della semplificazione burocratica - quella dell'introduzione di nuove norme, nuova burocrazia e nuovi enti pubblici di indirizzo e di controllo<sup>205</sup>.

11. *Il penale totale nel silenzio della ragione punitiva. La pena in assenza di processo e la condanna al processo perpetuo: cenni alla legge di cancellazione della prescrizione.* La certezza di pena nell'incertezza del diritto. Di fronte ad un'opinione pubblica che vede nella criminalizzazione e nella demolizione sistematica di persone e/o di classi sociali un esercizio di libertà e di democrazia, e sposa ragionamenti atecnici e demagogici che veicolano logiche del sospetto e presunzioni di colpe contro le élites professionali, economiche e culturali, sembra che una sorta di silenzio della ragione (punitiva) abbia preso in ostaggio (gran) parte del paese.

Ignorando i costi di una giustizia penale che, da quasi trent'anni, condiziona la nostra agenda politica - intrecciando pericolosamente questione morale e azione penale, decisioni giudiziarie e scelte politiche - si assiste così alla sacralizzazione sociopolitica e massmediatica del penale totale e della pena unica ratio<sup>206</sup>, tradotto in un dogma culturale che trova nei magistrati i suoi (indi-

<sup>205</sup>Per dare una risposta attendibile ad una siffatta domanda, un qualche indizio forse potrebbe rinvenirsi partendo dalle utilità *potestative* che determina il penale totale e la pena come *unica ratio*: andrebbero dunque rintracciati gli *utilizzatori finali* della ricca provvista che deriva dalla penalizzazione. Per una lettura critica della normativa penale di contrasto alla corruzione vedi per tutti INSOLERA, *Ha un senso rafforzare ulteriormente l'armamentario delle misure di contrasto alla corruzione?*, cit., 7 ss.

<sup>206</sup>Rappresentando lo strumento *più forte e illiberale di difesa del sistema*, è evidente la vocazione auto-poietica e potestiva del diritto penale, che esige sempre nuove falsificazioni per non venire fuori: in altri termini il diritto di punire "non sa se esiste perché ci sono i furti e gli omicidi o affinché non ci siano, e così si racconta di avere un doppio mandato per sopravvivere, attende anch'esso continuamente la propria auspicabile falsificazione". Poste queste premesse, si evidenzia che "l'unica *ratio* possibile capace di legittimarlo" non è il penale totale, ma al contrario "l'obiettivo di poter scomparire. È questo, sorprendentemente, un diverso ma conseguente modo di esprimere la sua essenza politica, dall'Illuminismo in poi, di *ultima ratio*: la costante ricerca di *alternative* al rischio di un raddoppio del male senza un saldo socialmente positivo nella somma tra illecito e sanzione". Così DONINI, *Populismo e ragione pubblica*,

sturbati) custodi<sup>207</sup>.

Titolare di una funzione etica di ripristino dei (sani) principi morali della nazione, la magistratura penale si è trasformata in *Iudex-custos iusti*, esercitando una *potestas puniendi maxima* che non conosce più delimitazioni formali e procedurali: oltre ad andare oltre i paletti della legalità formale, della colpevolezza per il fatto, della presunzione di innocenza e della condanna in presenza di prove, il giudizio penale - secondo le ultime declinazioni del populismo penale in tema di prescrizione - può fare addirittura a meno del processo.

Se la pena come *prima ratio* è espressione della deriva etico-mediatica della giustizia penale del nostro paese, essa trova il suo definitivo punto di approdo nella cancellazione della prescrizione che afferma la pena come unica ratio, identificando il giusto processo con il processo perpetuo.<sup>208</sup>

Il meccanismo punitivo si sbarazza in questo modo della “ragionevole durata del processo” costituzionalmente sancita quale “garanzia di libertà e dignità della persona accusata”<sup>209</sup>.

Alla base di questo ulteriore ribaltamento dei principi di civiltà giuridica illuministi c'è un sistema politico che - dopo aver legato il suo consenso elettorale alle istanze di moralizzazione dell'etica pubblica - ha palesato “una ideologia che si congeda definitivamente da paradigmi laici e razionali” e “da schemi garantisti”<sup>210</sup>.

Con l'imprescrittibilità del reato dopo il primo grado di giudizio invero, il processo non risponde più ad alcun parametro di misura e di ragionevolezza sanzionatoria, né ad una funzione generalpreventiva e specialpreventiva<sup>211</sup>,

cit.,42.

<sup>207</sup> Il custode della morale del popolo, altro non è che il tiranno della libertà di quello stesso popolo che pretende di moralizzare: “al postulato di ragione pubblica del diritto come forma razionale della politica appartiene la falsificabilità del contenuto legislativo, la sua irriducibilità a un dato imm modificabile o sacralizzato da una qualche autorità istituzionale superiore, o democratica o popolare”. Così DONNI, *Populismo e ragione pubblica*, cit.,42.

<sup>208</sup> Si evidenzia opportunamente che “la prescrizione del reato, lungi dal costituire un mero espediente difensivo o un cavillo formalistico, rappresenta un istituto dal nitido fondamento costituzionale, innanzitutto sul piano della funzione della pena, da intendersi in termini di prevenzione generale e speciale positiva: perché con il passare del tempo il fatto cade progressivamente nell'oblio ed anche il suo autore non rimane lo stesso. Solo in una prospettiva giustizialista, ciecamente vendicativa, si può pensare ad un processo di durata potenzialmente interminabile”. Così MOCCIA, *Prescrizione: dilettanti allo sbaraglio*, cit., 6 ss.

<sup>209</sup> Così MOCCIA, *Prescrizione: dilettanti allo sbaraglio*, cit., 6 ss.

<sup>210</sup> Così INSOLERA, *Ha un senso rafforzare ulteriormente l'armamentario delle misure di contrasto alla corruzione?*, cit., 1, 7 ss.

<sup>211</sup> Sul punto vedi AMBROSETTI, *Politica criminale e riforma della prescrizione del reato*, in *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, cit., 417 ss.;CAVALIERE, *Le*

poiché può protrarsi all'infinito “nonostante il venir meno di esigenze di prevenzione ed a costo di prolungare considerevolmente la sofferenza dell'imputato”<sup>212</sup>.

La durata indefinita del giudizio dispensa infatti la giurisdizione dall'accertamento della verità processuale nel congruo perimetro temporale<sup>213</sup>, mentre addossa sull'imputato<sup>214</sup> e sulla persona offesa “l'intero peso della lentezza della giustizia penale”<sup>215</sup>.

Il verdetto sulla responsabilità penale resta dunque sospeso sine die, insieme alla garanzia dei diritti<sup>216</sup>, ed è proprio la sospensione dei diritti dell'imputato che delinea la condanna in assenza di giudizio<sup>217</sup>.

Di fronte a quello che può considerarsi il congedo definitivo dalle radici democratiche e garantiste del nostro assetto costituzionale, non può non destare meraviglia l'assenza di significative prese di posizione della politica e dell'opinione pubblica.

La cultura dominante, di orientamento populista-giustizialista, ritiene del resto che la condanna in assenza di processo sia socialmente accettabile o addirittura auspicabile, in quanto rimedio (o comunque male minore rispetto) all'assoluzione maturata per l'eccessiva durata del processo<sup>218</sup>.

Il processo ai nemici dell'etica pubblica si muove così nell'ambito dell'equazione: condanna = espressione di una giustizia equa ed eticamente

*norme spazza prescrizione nella L. 3/2019*, cit., 8 ss.; MOCCIA, *op.ult. cit.*, 6 ss. PISA, voce *Prescrizione: diritto penale*, cit., 80 e 81 ss.

<sup>212</sup> Così MOCCIA, *op.ult. cit.*, 6 ss.

<sup>213</sup> Se l'istituto della prescrizione può favorire la certezza del diritto, intesa come tempi ragionevoli del processo, stimolando la giurisdizione penale a velocizzare i processi e la Pubblica accusa a contingentare i tempi procedurali, va segnalato che autorevole della dottrina mette in discussione “la tesi della prescrizione del reato quale rimedio all'usura del materiale probatorio, e quindi come garanzia di certezza processuale”. Così PISA, voce *Prescrizione: diritto penale*, cit., 79 ss cui si rimanda per ogni approfondimento.

<sup>214</sup> Non a caso autorevole dottrina sostiene che la prescrizione rappresenti un istituto attuativo della funzione rieducativa della pena ex art.27, 3° c., Costituzione, vedi al riguardo AMBROSETTI, *Politica criminale e riforma della prescrizione del reato*, cit., 416.

<sup>215</sup> Così MOCCIA, *op.ult. cit.*, 6 ss.

<sup>216</sup> Sul punto vedi INSOLERA, *Ha un senso rafforzare ulteriormente l'armamentario delle misure di contrasto alla corruzione?*, cit., 7 ss.

<sup>217</sup> “Va anche posto nel debito rilievo che, quanto più il fatto oggetto di imputazione diventa lontano nel tempo, tanto più difficile diviene per l'imputato esercitare il diritto di difesa, costituzionalmente previsto. Ed ancora, non si può pensare di assoggettare per un tempo infinito l'imputato alla sofferenza insita nel processo”. Così MOCCIA, *Prescrizione: diletanti allo sbaraglio*, cit., 6 ss.

<sup>218</sup> Ministro della giustizia...il suo *non ci sono innocenti in carcere* non è uno svarione, è quello che lei pensa in base alla sua impostazione politica e che segue...Per lei il dato peggiore è che un colpevole resti impunito, per me e la cultura liberale che seguo, il dramma maggiore è che un innocente sia punito”. *Intervento della Sen. Emma BONINO* nella seduta del 28.1.2020 in [www.senatodellarepubblica.it](http://www.senatodellarepubblica.it)

giusta; assoluzione = espressione di una giustizia eticamente ingiusta, perchè di parte e/o di casta.

A questa impostazione non interessa che la radicalizzazione del ruolo etico della funzione punitiva possa privare l'indagato e imputato dei propri diritti fondamentali: secondo il populismo punitivo postmoderno, il diritto al giusto processo appartiene ai cittadini, non ai nemici del popolo, e per meritare la qualifica di cittadini sul piano etico, il requisito minimo è l'assenza di procedimenti penali a carico.

L'indagato al pari dell'indagato, in quanto persona moralmente discutibile, va dunque condannato in via preventiva, all'attesa perpetua del giudizio.

Il giudizio etico del resto non è categoria della realtà fattuale e temporale, ma risponde alle leggi metafiche dell'onestà e della moralità interiore che, ripropongono nel postmoderno, la dimensione metafisica ed atemporale del processo penale pre-moderno, legato ad una verità indimostrabile che corrisponde alla reità ontologica della mala fama: il processo non ha tempo ma è per sempre, perché la colpa dell'impuro e dell'immorale non segue la durata del processo, ma è imperitura<sup>219</sup>.

Il processo perpetuo è d'altra parte, emblematica rappresentazione di una pena che rinuncia alla *utilitas* e tende alla *veritas*<sup>220</sup>, riproponendo uno dei principi cardine del processo inquisitorio, *quia inquisitio maioris est efficacitatem ratione iudicisquam cause veritatis*.<sup>221</sup>

Il penale totale contemporaneo dunque – sospinto dal vento populista e giu-

---

<sup>219</sup>All'interno del processo inquisitorio, il significato tecnico-giuridico di una condotta e di un comportamento assunse canoni assolutamente divergenti dalla materialità del fatto: la tutela di valori metafisici associata alla pressante ricerca del *peccatum*, conflui nella colpa, l'unica categoria ontologica che ebbe spazio nella dimensione processuale teologica, cui fu progressivamente precluso l'accesso di categorie e concetti fenomenici. Nel primo processo inquisitorio del XIII secolo, celebrato nei Comuni italiani, l'assimilazione fra *malapresumptioe* prova, ovvero la sovrapposizione fra verità (probatoria) e verosimiglianza (indiziaria), conduce a condanne del tutto arbitrarie. Nel corso delle indagini è la *mala fama* che orienta la verità processuale, rendendo il giudice il vettore delle delazioni, dei sospetti e delle presunzioni di pericolosità che guidano il processo inquisitorio comunale. Vedi VALLERANI, *Il giudice e le sue fonti. Note su inquisitio e fama nel Tractatus de maleficiis di Alberto da Gandino*, in *Rechtsgeschichte Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte*, 2009, 48.

<sup>220</sup>La prospettiva della ricerca della verità orienterà la giustizia inquisitoria verso una dimensione di astrazione che, per paradosso, ignorerà la realtà del *crimen* e l'utilità della parte offesa. È "qui che la *veritass* incontra con il meccanismo cardine dell'*inquisitio*, la (*mala*) *fama*", trasformandosi in verosimiglianza, ovvero in reità personologica. Vedi sul punto VALLERANI, *Il giudice e le sue fonti. Note su inquisitio e fama nel Tractatus de maleficiis di Alberto da Gandino*, cit., 48.

<sup>221</sup>Di fronte alla impenetrabilità della colpa, "l'apparato inquisitorio, con la sua potente spinta a scoprire i peccati-reati occulti, si presentava già sul finire del XIII secolo ad Alberto da Gandino come lo strumento più adatto per animare una giustizia" che non può e non deve lasciare impuniti i reati, ma neppure ignorare di approfondire la verità che si cela nella colpa. Così VALLERANI, *op.cit.*, 40 ss., 44.

stizialista del Paese - non si limita a rimuovere il principio illuminista della certezza del diritto, ma rivitalizzando categorie inquisitorie, riafferma il principio della certezza di pena nell'incertezza del diritto: la verità etica del resto può essere affermata anche in assenza di giudizio.