

Tommaso Greco

È possibile un diritto penale fiduciario?

1. *Alcune premesse*

È indubbiamente poco originale muovere dall'affermazione che, se c'è un campo nel quale diritto e sanzione si identificano (quasi) del tutto, questo è il diritto penale¹. Anzi, sappiamo bene quanto questo ramo del diritto sia considerato l'emblema e offra generalmente la conferma di quanto tutto il diritto sia essenzialmente un fenomeno coattivo, di cui appunto la sua versione penalistica non è altro che la massima e più pura espressione. Il diritto penale come parte per il tutto, insomma; come distillato di ciò che il diritto è, e del modo in cui esso opera.

Questa sovrapposizione si compie dentro una concezione, in base alla quale ciò che il diritto deve fare è mettere innanzi al cittadino, o a chi per lui, le conseguenze negative alle quali andrà incontro, qualora tenesse il comportamento cui quelle conseguenze sono associate. Perché, in ossequio alla cruciale indicazione di Machiavelli, questo è – non innanzitutto, ma essenzialmente – ciò che il diritto è chiamato a fare, e questo è ciò che i legislatori devono tenere presente quando intendono regolare un determinato ambito d'azione. Vale sempre la pena di rileggere le parole nelle quali si esprime il vero fondamento di una visione che si può ben chiamare *machiavellismo giuridico*:

Come dimostrano tutti coloro che ragionano del vivere civile, e come ne è piena di esempi ogni storia, è necessario a chi dispone una repubblica, ed ordina leggi in quella, presupporre tutti gli uomini rei, e che li abbiano sempre a usare la malignità dello animo loro, qualunque volta ne abbiano libera occasione; e quando alcuna malignità sta occulta

¹ È forse troppo affermare che il sistema penale rappresenti «il settore dell'ordinamento giuridico caratterizzato dalla minaccia e dall'uso della coercizione» (D. Pulitanò, *Potere, diritto, fiducia*, in Aa.Vv., *Tra principi del diritto penale e teoria del reato*, a cura di A. Gargani, D. Notaro, L. Notaro, S. Riccardi, L. Ricci, A. Savarino, A. Vallini, Pisa University Press, Pisa 2022, p. 57), essendo la coercizione fenomeno tipico di tutto il diritto. Ma indubbiamente, nel sistema penale esso è decisamente più visibile.

un tempo, procede da una occulta cagione, che, per non si essere veduta esperienza del contrario, non si conosce; ma la fa poi scoprire il tempo, il quale dicono essere padre d'ogni verità [...] La quale cosa fa testimonianza a quello che di sopra ho detto, che gli uomini non operarono mai nulla bene, se non per necessità; ma, dove la elezione abonda, e che vi si può usare licenza, si riempie subito ogni cosa di confusione e di disordine (*Discorsi sopra la prima Deca di Tito Livio*, I, 3).

Nessun essere umano è disposto verso il bene «se non per necessità», cioè se non vi è costretto da qualcuno che, con gli strumenti della legge, lo conduca sulla retta via. Dove non vi è costrizione, e «dove la elezione abonda», subito si afferma la licenza e subito si riempie «ogni cosa di confusione e disordine». Più chiaro di così, Machiavelli non potrebbe essere; altrettanto chiara è la tradizione che ne discende e che trova nella celebrazione della legge penale la sua massima espressione e il suo massimo compimento.

È abbastanza ovvio che in una visione di questo tipo la fiducia abbia poco (o nullo) spazio da occupare. Vedere il diritto *esclusivamente* come un braccio che si alza per punirci, o quanto meno per minacciare di punirci, vuol dire trovarsi davanti qualcosa (e qualcuno) che non può, per principio, nutrire alcuna fiducia verso coloro ai quali si rivolge. Quel braccio alzato è lì per ricordarci che non ci si fida di noi e che dobbiamo stare attenti a ciò che facciamo, se non vogliamo pagarne le dure conseguenze.

Una concezione che si fonda evidentemente su una ben precisa visione antropologica e che fonda a sua volta una altrettanto ben precisa filosofia politica – tra i cui campioni figurano Martin Lutero e Thomas Hobbes – che non concepisce alcun possibile ordine sociale se non costruito, garantito e mantenuto attraverso l'azione punitrice della spada.

Si tratta di una visione che possiamo chiamare “sfiduciaria” non solo perché a partire dalla sfiducia e dal timore struttura la relazione tra governo e cittadini, ma anche – e direi principalmente, trattandosi della sua logica premessa – perché concepisce come fondati sulla diffidenza e sul timore reciproco i rapporti tra i cittadini medesimi, i quali sarebbero strutturalmente incapaci di riconoscersi quali soggetti meritevoli di rispetto e proprio per questo avrebbero bisogno di un potere che dall'alto, con azione rigorosamente ‘verticale’, fa sì che essi possano convivere pacificamente: ma appunto, solo grazie a quel potere e a quella verticalità minacciosa.

Siamo sicuri, tuttavia, che questa modalità di pensare il diritto sia la più adeguata a spiegarne la natura e il funzionamento? Ne *La legge della fiducia*² ho provato ad addurre delle ragioni che dovrebbero spingerci a pensare il contrario proponendo di recuperare la dimensione orizzontale dell'esperienza giuridica, fondata primariamente sulla relazionalità e intrisa, quindi,

² T. Greco, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2021.

di una logica fiduciaria. Devo perciò rimandare il lettore a quelle pagine per una analisi più dettagliata di queste ragioni, che muovono in ogni caso dalla messa in discussione di quella antropologia negativa che fonda il paradigma sfiduciario. Quel che qui vorrei tentare, sebbene rapidamente e certo superficialmente, è di applicare il modello fiduciario al diritto penale per provare a verificare se esso ne viene confermato o smentito.

Farò questo tentativo partendo da due premesse. La prima, di carattere soggettivo, è che quelle che seguono sono le considerazioni (che qualcuno considererà un po' ingenua, forse) di uno studioso che non è (e nemmeno si professa) specialista né di diritto penale, né di filosofia del diritto penale. Si deve prendere questo tentativo, quindi, come un modesto contributo ad una riflessione che muove, non dal diritto penale per trarne riflessioni di carattere generale, bensì da una proposta elaborata in un contesto di teoria generale e che prova timidamente di essere messa alla prova anche sul piano del diritto penale. Si tratta per certi versi di una "prova del fuoco".

La seconda premessa, di carattere oggettivo, è invece la seguente. Non si tratta qui di pensare o di proporre un diritto penale *buono* – ammesso che ne possa esistere uno – contro un diritto penale *cattivo* (che sarebbe poi quello 'vero'). Quel che vorrei fare è ragionare sulla possibilità di rileggere il diritto penale da un punto di vista fiduciario, fermandomi sul diritto penale *qual è*, e non *quale dovrebbe essere*. Da questo punto di vista, il discorso che vorrei fare si sottrae (almeno nelle intenzioni) alle accuse di giusmoralismo, tanto facili e tanto pronte non appena si cerchi di fare un discorso sul diritto che introduca elementi nuovi – e magari inconsueti – nell'analisi della realtà. Dunque, se certamente si tratta di elaborare una chiave di lettura idonea «a parlare di ordinamenti buoni o cattivi, dando conto di come sono fatti», e quindi di utilizzare «un linguaggio antiretorico, non edulcorato», va detto che è proprio grazie ad un arricchito strumentario teorico che questa operazione scientifica *descrittiva* può essere meglio portata a termine, guadagnando un criterio di classificazione che, nel momento in cui consente di dar conto di tutta la realtà, permetta al contempo di comprendere le differenze che in essa si annidano.

2. *Il diritto penale sfiduciario*

Vediamo dunque, innanzitutto, di cosa parliamo quando si parla del diritto penale 'sfiduciario'. Si tratta di quel diritto penale – o meglio, di quella visione del diritto penale – che concepisce se stesso esclusivamente come una lunga (e nemmeno troppo tormentata) meditazione sul problema della pena. Esso si concentra cioè sul 'perché', sul 'chi', sul 'come' e sul 'quanto' *punire*.

Sono le domande classiche del diritto penale, sulle quali esiste, lo sappia-

mo, una letteratura sterminata³. Ciò che queste domande ci mettono innanzi è che il diritto penale ha a che fare sostanzialmente con la forza e con il suo uso. Avendo a che fare essenzialmente con sanzioni di tipo afflittivo⁴, esso è investito dal problema della legittimazione dell'intervento punitivo, da una parte, e della necessità di regolarne le modalità, dall'altra parte. Se, dall'alto – dal punto di vista, cioè, di chi punisce – è importante sottolineare le ragioni che sostengono il diritto di punire, dal basso – dal punto di vista di chi subisce o può subire la punizione – è importante invece sottolineare che quel diritto deve essere quanto più possibile organizzato, regolato, mitigato. Il passaggio dalla assoluta prevalenza del primo punto di vista alla (se non prevalenza, quanto meno alla) presa sul serio del secondo, costituisce il passaggio fondamentale della modernità giuridica: da una concezione che vede nel diritto uno strumento della forza a una concezione che vede invece in esso una regola sull'uso della forza. Questo, si dice, è stato di fatto il cammino del garantismo.

Si tratta in ogni caso di una visione del diritto penale totalmente concentrata sulla verticalità della relazione tra il soggetto che punisce (lo Stato) e coloro che vengono puniti (i cittadini). Affermare che il diritto è “regola dell'uso della forza”, come ha fatto una tradizione che va da Kelsen a Bobbio passando per Olivecrona⁵, non è altro che una conferma definitiva del legame essenziale e direi esclusivo che, in una visione coattivista del diritto, quest'ultimo mantiene con la forza⁶.

Da questo punto di vista, lo stato di diritto e il garantismo sono l'altra faccia della medaglia rispetto allo stato assoluto e di polizia. Si tratta di considerare essenzialmente il diritto penale come il luogo cruciale in cui si gioca il rapporto tra diritto e violenza, e di far sì che la violenza con cui il potere vuole garantire l'ordine (il *suo* ordine) venga sempre più regolata e mitigata, in maniera da rendere possibile un ordine sempre più condizionato dalle tutele che il diritto offre al cittadino, piuttosto che dai supporti che offre al potere⁷.

³ Per una sintetica disamina rimando a due agili volumi di G. Fiandaca: *Prima lezione di diritto penale*, Roma-Bari, Laterza, 2017; Id., *Punizione*, Bologna, il Mulino, 2024.

⁴ Su questo aspetto si sofferma Bartoli, *Introduzione al diritto penale tra violenza e costituzionalismo*, Torino, Giappichelli, 2022, in part. Cap. II.

⁵ Cfr. N. Bobbio: *Diritto e forza* (1966), in Id., *Studi per una teoria generale del diritto*, nuova ed. a cura di T. Greco, con introduzione di R. Guastini, Torino, Giappichelli, 2012.

⁶ Il tema è assai vasto. Per quanto di interesse in questa sede rimando agli studi di F. Schauer, *The Force of Law*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 2015, e di A. Pintore, *Coercizione e diritto*, Milano, Mimesis, 2023.

⁷ Sono le note tesi di L. Ferrajoli: *Diritto e ragione*, Roma-Bari, Laterza, 1990; e più recentemente Id., *Giustizia e politica. Crisi e rifondazione del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 2024. Sul rapporto profondo tra diritto penale e violenza si può leggere il recente studio di R. Bartoli, *Introduzione al diritto penale tra violenza e costituzionalismo*, cit.

Un diritto penale concepito in questa ottica è per forza di cose essenzialmente sfiduciario. Lo è, innanzitutto, se assumiamo il punto di vista di chi dall'alto deve garantire l'ordine: ciò che preme maggiormente a chi sta in alto è predisporre le conseguenze a cui i sudditi/cittadini andranno incontro se decidessero di non fare ciò che sono tenuti a fare. Pensare i cittadini come rei è qui la cosa più naturale, anzi essenziale, perché è esattamente a *quel* cittadino, a colui che sta per compiere o ha già compiuto il reato, che quel diritto si rivolge.

È come se il diritto penale non potesse esistere se non in funzione della sua violazione. E in effetti, questo è ciò che talora autorevolmente si sostiene: l'edificio normativo del diritto penale «si erge *interamente* sul terreno dei fatti costituenti reato e sulle loro conseguenze; esiste in quanto disciplina dei comportamenti (penalmente) illeciti»⁸. In questa ottica, l'adesione dei cittadini alla norma, il suo comportamento conforme appare giuridicamente del tutto irrilevante. «Il diritto penale entra in scena quando è disattesa l'aspettativa che i divieti siano rispettati, non ha altre funzioni regolative; è debitore dell'illecito»⁹. Esso ha un carattere «fisiologicamente patologico». A questo proposito, non trovo un brano più significativo di quello contenuto nel recente – ricco e assai suggestivo –, volume di Fausto Giunta:

L'esistenza e la persistenza del divieto [...] non sono in grado, in sé e per sé, di prevenire il conflitto sociale, né di sanarlo. *La previsione di reato diventa efficace solo quando le sue violazioni vengono accertate, processate e punite*. Con altre parole: la spontanea osservanza del divieto – quale funzione precipua del diritto penale – non assume alcun rilievo giuridico. La giuridicità del “penale” è interamente fondata, invece, sulla violazione del diritto sostanziale, ossia sul fallimento della sua funzione orientativa dei comportamenti. È la serietà con cui viene trattata la patologia del reato, che consente al diritto penale di perseguire, in termini di prevenzione generale, i suoi obiettivi di tutela. In questo senso, la funzione preventiva del diritto penale è interamente debitrice del suo processo di attuazione. Al di fuori di esso, le norme penali sono tigri di carta, prive di effettività¹⁰.

In questa prospettiva è solo il momento punitivo a dar senso al diritto penale, venendo del tutto a cadere (dal punto di vista giuridico) l'interesse della sua effettività *prima* della risposta punitiva. Concentrarsi però esclusivamente sul meccanismo punitivo – cioè sulla risposta che il diritto penale è chiamato a dare alle violazioni dei suoi precetti – ha un doppio effetto sfiduciario. Innanzitutto, dal punto di vista del legislatore, appare naturale che, quando emerge un problema nuovo o se ne aggrava uno vecchio – pensiamo,

⁸ F. Giunta, *L'eccezione come regola nel diritto penale. Metamorfosi di un paradigma*, Milano. La nave di Teseo, 2023, p. 54.

⁹ Ivi, p. 55.

¹⁰ Ivi, p. 57. Corsivo mio.

oggi, alle violenze nelle scuole o negli ospedali, alle lotte tra bande giovanili, agli atti di vandalismo eticamente motivati, alla immigrazione, alle violenze di genere, ecc. – questi vengano affrontati predisponendo un aggravio di pene oppure inventando nuovi reati: è la risposta meccanica di chi concepisce l'ordine sociale come frutto di un potere che minaccia e punisce e che non deve, o non può, mostrare alcuna fiducia nei confronti dei suoi cittadini.

Ma in uno schema così concepito, ancora più ovvia appare la sfiducia che connota il modo in cui i cittadini guardano a coloro che sono investiti del potere di punire. La generale sfiducia che caratterizza i rapporti tra cittadini e potere – dal momento che, come ci insegnano tutti i grandi classici del pensiero politico, e come ancor più ci insegna la triste realtà delle cose, chiunque abbia un potere tende naturalmente ad abusarne –, si concretizza qui in maniera specifica e giuridicamente raffinata: si tratta di contrastare il terribile diritto di punire contro il quale il cittadino inerme non avrebbe altrimenti strumenti di difesa. E questo, a prescindere dal fatto che quel potere si trasformi in una violenza ingiustificata, incontrollata e incontrollabile, come pure è avvenuto ed avviene¹¹. Tutte le cautele sono quindi necessarie e benvenute, e tanto più saremo capaci di inventarne, quanto più saremo vigili nei confronti di chi può abusare del proprio potere, o può anche semplicemente sbagliare nell'esercitarlo. Tornando perciò al discorso suaccennato, possiamo dire che le garanzie del processo penale si fondano su una generale sfiducia nei confronti dei soggetti che si trovano in posizione attiva nella concretizzazione del diritto punitivo.

Se si pensa il diritto penale secondo questa logica, dunque, non si può che presupporre l'altro – l'altro-cittadino, così come l'altro-funzionario della giustizia – come fonte di pericolo, come un essere verso cui mostrare diffidenza. Per dirla sinteticamente, nel diritto penale si celebra la società della paura e della sfiducia¹².

3. *Una diversa lettura del diritto penale*

Siamo però sicuri che questo sia l'unico modo con cui guardare al diritto penale e alla funzione sociale che esso svolge? Una visione esclusivamente 'verticale', che riduce tutto alla pena, ci dice davvero tutto del diritto penale? Non c'è qualcosa che rimane fuori e che vale la pena di recuperare? Credo francamente di sì, e anche stavolta si tratta della struttura relazionale che

¹¹ Un tema da cui muove il lavoro di R. Cornelli, *La forza di polizia. Uno studio criminologico sulla violenza*, Torino, Giappichelli, 2020.

¹² In questo quadro, preziosi sono i contributi raccolti nel primo «Quaderno di storia del penale e della giustizia», a cura di L. Lacché, e dedicato alla *Paura*: Edizioni Università di Macerata, Macerata 2019, disponibile in rete all'indirizzo <<https://rivisteopen.unimc.it/index.php/qspg/issue/view/106>>.

persino (anzi, verrebbe da dire: *soprattutto*) il diritto penale implica. Se il diritto – *tutto il diritto* – è una struttura ordinativa in base alla quale qualcuno deve (o non deve) fare qualcosa a qualcun altro, cosa c'è di meglio del diritto penale per mostrare l'essenziale dimensione relazionale che è costitutiva della esperienza giuridica? Non è forse proprio questo che il diritto penale cerca, e cioè che si faccia, o meglio, non si faccia qualcosa agli altri? Come è stato chiaramente scritto da un illustre penalista, «prima che al giudice, la legge si rivolge alle persone tenute all'osservanza, alla loro capacità di comprendere le regole del convivere e di tenerne conto nei concreti comportamenti»¹³.

Per quanto il diritto penale sia «verticistico e autoritario», rimane quindi pur sempre vero che «i suoi divieti, presidiati da sanzioni afflittive, operano come regole di condotta per il cittadino, prima ancora che come criteri di giudizio per la giurisdizione»¹⁴. Ce lo dice persino il formato dei codici, i quali «vogliono sembrare alla mano» perché «contengono regole di vita sociale rivolte a tutti. Essi utilizzano il linguaggio comune e aspirano ad essere letti da ogni cittadino, quale che sia la sua formazione culturale e il livello di istruzione»¹⁵. E questo avviene perché «dietro la codificazione c'è l'idea che la funzione regolativa del diritto possa essere favorita dalla preliminare comunicazione delle regole appositamente raccolte e ordinate»¹⁶. Rimane da chiarire il perché queste regole siano comunicate al cittadino, e le ragioni per cui esse si aspettano di valere. È solo per far loro intuire minacciosamente la paura delle durissime sanzioni alle quali andrebbero incontro in caso di violazione, oppure trasmettono (magari indirettamente) il messaggio che, seguendo quelle norme, si rispettano interessi e valori che trovano una personificazione negli altri, verso i quali siamo tenuti a tenere comportamenti non lesivi?

Annulare quest'ultima dimensione vorrebbe dire non solo negare che il diritto penale conti sulla spontanea adesione dei cittadini sul piano fattuale, ma anche e soprattutto che esso cerchi costitutivamente questa adesione, anche sul piano dei valori.

Se quanto si è detto per la pretesa di giustizia (ad es. da parte di Robert Alexy¹⁷), vale anche per la pretesa di effettività, allora è soprattutto il diritto penale che avanza la pretesa di valere effettivamente, in quanto si aspetta che i cittadini ne adempiano le norme. Sarebbe davvero singolare pensare che il diritto penale più efficace sia quello in cui le sue previsioni punitive vengono

¹³ Pulitanò, *Potere, diritto, fiducia*, cit., p. 62.

¹⁴ Giunta, *L'eccezione come regola nel diritto penale*, cit., p. 36.

¹⁵ Ivi, p. 15.

¹⁶ Ivi, p. 16.

¹⁷ Cfr. R. Alexy, *Concetto e validità del diritto*, nuova ed. a cura di M. La Torre, Roma, Carocci, 2022.

costantemente applicate a tutti i consociati: eppure è questo che dovremmo pensare se continuassimo a vedere in esso solo ed esclusivamente un meccanismo punitivo che reagisce alla violazione di norme sostanziali. In altre parole: o il diritto penale è un insieme di precetti che cerca l'adesione dei cittadini, e dunque consiste anche, e direi innanzitutto, in norme che sperano nel (e ottengono generalmente il) riconoscimento adesivo della maggior parte dei consociati, oppure esso è solo una regolazione delle relative sanzioni, e dunque deve considerare come momento massimo della sua realizzazione proprio quello in cui le sanzioni vengono irrogate ai destinatari inadempienti. Scegliere questa seconda strada – che poi è notoriamente quella kelseniana¹⁸ – significherebbe tuttavia relegare nella più completa irrilevanza giuridica i comportamenti conformi al diritto, il che appare controintuitivo in generale, e appare tale al massimo grado, in particolare, rispetto agli obiettivi di prevenzione del diritto penale: come potrebbe avere obiettivi preventivi un diritto il cui scopo unico e dichiarato fosse quello di regolare l'applicazione della pena a coloro che lo violano? Se il suo obiettivo fosse questo, avremmo a che fare con un diritto che viene enunciato con la speranza di essere violato.

Sappiamo che non è così, perché il diritto penale non è solo teoria della pena, ma anche teoria del reato, ed è fatto anche, quindi, di quelle «norme incriminatrici [che] sono prodotto e specchio della ricognizione politica di bisogni di tutela, in parte radicati in strutture elementari ed universali della possibile convivenza fra uomini (non uccidere, non rubare, non usare violenza o frode in danno di altri), in parte legati a variabili storiche, a strutture di potere, a concezioni diverse (anche molto diverse) dell'uomo e del mondo»¹⁹. Meglio di chiunque altro lo ha forse sottolineato Herbert Hart, il maggior teorico del diritto del Novecento, dopo Hans Kelsen: «solo mantenendo la distinzione [...] tra l'obiettivo primario del diritto di incoraggiare o scoraggiare certi tipi di comportamento, e le sue tecniche ausiliarie o riparatrici, possiamo dare un senso alla nozione di reato o trasgressione»²⁰.

Ma se è così – e io credo che non possa non essere così, quando si ha a che fare col diritto – allora la fiducia bussava subito alla nostra porta. Non come elemento aggiuntivo, che si limiti a dare colori caldi o addirittura ad addolcire la brutalità del sistema penale (e del sistema giuridico in genere), ma come elemento costitutivo di un 'meccanismo' che per poter esistere non

¹⁸ Si prenda questo passo tra i tanti: «In quanto intendiamo per diritto la norma giuridica primaria e genuina [che per Kelsen è quella che stabilisce la sanzione: ndr], il diritto è efficace se è applicato dall'organo, se l'organo esegue la sanzione. E l'organo deve applicare il diritto precisamente nel caso in cui il suddito lo "disobbedisce"» (H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, Etas, 1984, p. 62).

¹⁹ Pulitanò, *Potere, diritto, fiducia*, cit., p. 60.

²⁰ H.L.A. Hart, *Responsabilità e pena. Saggi di filosofia del diritto*, a cura di M. Jori, Milano, Edizioni di Comunità, 1981, p. 33.

può non far conto sull'affidamento di ogni consociato sia nei confronti degli altri consociati, sia nei confronti dell'ordinamento giuridico e del suo funzionamento. Innanzitutto nei confronti dei primi, chiamati a un mutuo riconoscimento, senza il quale nessuna società sarebbe, non dico possibile, ma nemmeno pensabile (senza che per questo si debba ipotizzare la classica 'società degli angeli'); e poi anche nei confronti del secondo, chiamato a garantire la persona contro chi venga meno al dovere di quel riconoscimento. Non c'è dubbio che sia «fattore di sfiducia [...] l'assenza o insufficienza di tutele che sia ragionevole attendersi» da parte dei consociati²¹; ma sempre come un elemento derivato da quell'altra fiducia, più radicale e basilare, che riguarda gli altri componenti della *societas* (o *communitas*, che dir si voglia).

Affermare che c'è una dimensione orizzontale che riguarda anche il diritto penale vuol dire quindi tornare a guardare quest'ultimo come parte di una giuridicità rettamente e ampiamente intesa; come una parte, cioè, che per quanto connotata da elementi di forte coattività e verticalità, non può comunque fare a meno di rivolgersi *prima di tutto* ai cittadini e ai comportamenti che ciascuno di essi è tenuto a mettere in atto nei confronti degli altri consociati.

Riprendendo una considerazione di Lon Fuller, si potrebbe dire che le due funzioni del diritto – inteso come strumento di costrizione, da un lato, e come coordinatore delle azioni, dall'altro lato – nel diritto penale sono certamente sbilanciate a favore della prima²². Ciò non significa che la seconda sia assente. Anzi, si conferma qui ciò che vale in generale per ogni ramo del diritto: la funzione costringitiva è al servizio di quella cooperativa ed entra in gioco nel momento in cui la seconda fallisce.

4. *Momenti fiduciari nel diritto penale*

Rileggere anche il diritto penale secondo una linea orizzontale vuol dire riscoprire la relazionalità che è intrinseca in ogni momento della sua concreta applicazione e realizzazione. Intrinseca fin dai momenti in cui si è “catturati” dal diritto penale, fino ad arrivare persino ai momenti dell'esecuzione penale. Un dato a mio parere indiscutibile se è vero, come è vero, che «l'umanità che pervade il diritto e il processo penale vive nella persona tanto dell'imputato, quanto del reo»²³. Farò qui di seguito una brevissima e sempli-

²¹ Pulitanò, *Potere, diritto, fiducia*, cit., p. 64.

²² L.L. Fuller, *Law as an Instrument of Social Control and Law as a Facilitation of Human Interaction* (1973), tr. it. in Id., *A cosa serve il diritto? Due scritti*, a cura di A. Porciello, Milano, Mimesis, 2021, pp. 63 ss.

²³ Giunta, *L'eccezione come regola nel diritto penale*, cit., p. 37.

ce rassegna, solo per ricordare quanti siano gli aspetti che meritano di essere attentamente rivalutati alla luce del principio fiduciario.

C'è da considerare innanzitutto il fatto che, a voler prendere sul serio la piramide kelseniana, la lunga catena della giurisdizione non può non concludersi, anziché con l'ennesimo obbligo giuridico fondato sulla possibilità della sanzione, sulla fiducia che l'obbligo di giudicare venga in qualche modo adempiuto da coloro che ne sono i portatori. Non c'è minaccia possibile per chi è collocato alla fine della lunga serie di obblighi: arriva un punto nel quale l'obbligo di applicare le norme non può fondarsi su un rinvio ulteriore dovuto alla presenza della sanzione e deve invece poggiare sulla semplice presenza dell'obbligo medesimo e sulla volontà di adempierlo da parte di chi vi è tenuto. Insomma, bisogna confidare nel fatto che chi deve applicare le norme, lo faccia²⁴.

Ciò detto, anche un'analisi superficiale dei singoli momenti nei quali si svolge la vicenda penale fa emergere che la fiducia ha il suo ruolo, se non altro perché la stretta regolamentazione di ogni singolo atto non può non suscitare l'aspettativa che ciascun operatore faccia le cose nel modo in cui il diritto chiede di farle. Paradossalmente, il diritto penale contiene atti fiduciari proprio perché è consapevole della tragica deriva sfiduciaria alla quale è esposto continuamente. Se «ciò che rende umano il diritto penale è la consapevolezza della sua inumanità», perché «la cattiva coscienza fa miracoli»²⁵, allora possiamo dire anche che ciò che inietta una inevitabile dose di fiducia nel diritto penale è il fatto che esso è il campo in cui si cerca di porre rimedio ad una sfiducia che è massima e che ci chiede continuamente di stare all'erta.

Va riconosciuto, a questo riguardo, che il diritto penale è l'esempio massimo di un modo particolare di atteggiarsi del rapporto tra diritto e fiducia; un modo nel quale la fiducia discende dalla presenza di regole dettagliate e precise. Ne *La legge della fiducia*, riferendomi ad un punto centrale del dibattito sul neocostituzionalismo, e cioè alla distinzione tra regole e principi, ho sostenuto che la fiducia cammina più in compagnia dei principi e delle clausole generali, che non a braccetto delle regole. Ciò a causa del fatto che un sistema di regole strette e puntuali implica una pressoché totale assenza di discrezionalità da parte di chi deve applicarle. È come se colui che pone le norme non volesse correre il «rischio di fidarsi»²⁶ e volesse perciò stabilire dei comportamenti rigidi e uniformi da parte di tutti coloro che sono chia-

²⁴ Cfr. L. Milazzo, *I Problemi fondamentali presi sul serio. Ancora su diritto, morale e scienza giuridica in Kelsen*, «Diacronia. Rivista di storia della filosofia del diritto», n. 1, 2023, pp. 221-243.

²⁵ Ivi, p. 21.

²⁶ È questo il titolo di un piccolo ma essenziale lavoro di S. Natoli, *Il rischio di fidarsi*, Bologna, il Mulino, 2016.

mati ad applicare quelle norme. È solo quando il legislatore può, vuole o è costretto a fidarsi che la norma giuridica si apre, lasciando un margine di discrezionalità a coloro che dovranno applicarla.

Ma se così stanno le cose, come è possibile parlare di fiducia in un contesto normativo nel quale predominano norme tassative e dettagliate, norme che, per usare il linguaggio di Frederick Schauer²⁷, sono trincerate, anzi trinceratissime? Credo lo si possa fare perché, in certi campi e su certe questioni, dove è più facile l'abuso e dove è troppo rischioso affidarsi alle valutazioni di chi esercita un potere, un sistema ben congegnato e ben controllato di regole sia ciò che serve perché nel sistema circoli la fiducia, come alternativa al timore di incorrere in trattamenti ingiusti e/o arbitrari²⁸. Se la singola regola può essere considerata 'sfiduciaria', in quanto dirige minuziosamente il comportamento del soggetto che deve darne applicazione, l'insieme di quelle norme può avere però un esito opposto in quanto rappresenta una difesa contro possibili abusi. È la fiducia sistemica, in questo caso, a prevalere sulla sfiducia che è possibile nutrire in ciascun singolo momento della vicenda giudiziaria.

Va riconosciuto, insomma, che nei confronti del potere abbiamo il "dovere" della diffidenza, come ha notato Anna Pintore²⁹; tuttavia, si deve sottolineare che ciò serve paradossalmente a generare quella fiducia che ci permette di non dover sottostare a poteri arbitrari come se fossimo in balia di qualcuno che, in virtù dell'assenza di regole, può fare di noi ciò che gli piace.

Tutto ciò vale dal momento in cui qualcuno è 'catturato' dal diritto penale come imputato e giunge fino al momento in cui, a seguito della condanna, si trova a scontare la pena in un istituto penitenziario: ciò che il sistema delle garanzie penali deve provvedere a realizzare è esattamente un meccanismo fiduciario, che tanto più arretra quanto più esso dà spazio alla forza e all'arbitrio, anche in virtù di una mancanza o di un aggiramento dei controlli sull'esercizio effettivo del potere punitivo³⁰. In altre parole, un sistema penale

²⁷ Cfr. F. Schauer, *Le regole del gioco. Un'analisi filosofica delle decisioni prese secondo le regole nel diritto e nella vita quotidiana*, Bologna, il Mulino, 2000, in particolare cap. III.

²⁸ Lo ha notato Anna Pintore, nella sua acuta lettura critica de *La legge della fiducia*. Si veda il suo articolo *Il dovere della sfiducia*, «Teoria e storia del diritto privato», 2022, numero speciale "Ombre del diritto", a cura di F. Mancuso e V. Giordano, pp. 1-20, poi ripubblicato in *Diritto e coercizione*, cit., cap. IV. Com'è stato scritto efficacemente da Giunta, «il codice penale, quale raccolta di divieti presidiati dalla pena, è il libro delle eccezioni, il testo nel quale i reati sono previsti espressamente in numero chiuso. Il codice recinta l'area del penalmente sanzionato e circoscrive ciascun divieto affinché sia distinto dagli altri. A differenza del codice civile aborre le clausole generali, per loro natura affette da indeterminatezza, né può essere espanso attraverso l'*analogia legis* o *iuris*. L'interprete non può moltiplicarne i contenuti estrapolando divieti non scritti» (Giunta, *L'eccezione come regola nel diritto penale*, cit., p. 17).

²⁹ Pintore, *Il dovere della sfiducia*, cit.

³⁰ «Sottoposto al controllo di molteplici autorità [...], il sistema penitenziario riesce comunque a proiettare sui documenti ufficiali un'immagine sempre sostanzialmente in linea con le leggi e i rego-

è tanto più ‘fiduciario’ quanto più regola e limita l’esercizio della forza (in questo senso, certamente, «il diritto penale [...] è soprattutto personalismo costituzionale applicato»³¹); ed è, per converso, tanto più sfiduciario quanto più legittima comportamenti incontrollati e irresponsabili da parte di chi detiene la forza e il potere. Allo stesso modo, il principio fiduciario arretra, nel diritto penale, quanto più si affermano in esso «l’ingiustizia o irragionevolezza [delle] norme incriminatrici»³².

Se si legge un brano di Simone Weil, nel quale l’essere oggetto di giudizio penale viene presentato come il massimo della sventura, si può comprendere come un sistema penale che non si voglia manifestare nei modi della violenza e dell’arbitrio abbia come obiettivo proprio quello di evitare una ‘sventura’ simile a quella descritta dalla filosofa francese:

Nulla è più in basso di un essere umano circondato di un’apparente colpevolezza, vera o falsa, che si trovi completamente alla mercé di alcuni uomini che con poche parole decideranno la sua sorte. Essi non gli prestano attenzione. D’altra parte, dal momento in cui un essere umano cade nelle grinfie dell’apparato penale fino al momento in cui ne esce – e i cosiddetti pregiudicati, così come le prostitute, non ne escono quasi mai vivi – non è mai oggetto dell’attenzione altrui. Per svilire quell’essere umano e renderlo uno scarto d’uomo agli occhi di tutti e ai suoi propri, si concentra ogni cosa fin nei minimi dettagli, fin nelle inflessioni della voce. La brutalità e la superficialità, i termini sprezzanti e sarcastici, il modo di rivolgergli la parola, la maniera di ascoltarlo o di non porgergli ascolto, ogni cosa è in pari misura efficace. Tutto questo non deriva da una voluta cattiveria. È l’effetto automatico di una vita professionale che ha come oggetto il crimine percepito sotto forma di sventura, ovvero la forma che mette a nudo l’orrore della corruzione. Un simile, ininterrotto contatto contamina necessariamente, e la contaminazione si trasforma in disprezzo. Quel disprezzo che ricade su ogni imputato. L’apparato penale è come uno strumento di trasmissione che fa ricadere su ciascun imputato tutta quanta la corruzione contenuta nella totalità degli ambienti dove il crimine coabita con la sventura. Nel contatto stesso con l’apparato penale c’è una sorta di orrore che è direttamente proporzionale all’innocenza, a quella parte dell’anima rimasta intatta. Chi è completamente marcio non ne riceve alcun danno e non ne soffre³³.

Un brano come questo può forse farci venire il sospetto che si tratti di una descrizione delle cose così come effettivamente vanno anche oggi, quando ci si trovi “nelle grinfie” (come dice Weil) del sistema penale. E, probabilmente, è proprio questo che spesso succede, considerata la cronica difficoltà

lamenti vigenti. Ciò che è “sorvegliato” è un’immagine fittizia della vita carceraria, non la realtà quotidiana di essa». Quello che scompare sono le violenze, i pestaggi, le manganellate. (C.G. De Vito, *Camosci e girachiavi. Storia del carcere in Italia. 1943-2007*, prefazione di G. Neppi Modona, Roma-Bari, Laterza, 2009, p. XXXVII). E d’altra parte, come nota Bartoli, «la forza del costituzionalismo moderno [sta] anche nell’aver previsto la giustiziabilità della legge e più in generale dell’esercizio del potere punitivo» (*Introduzione al diritto penale tra violenza e costituzionalismo*, cit., p. 82).

³¹ Giunta, *L’eccezione come regola nel diritto penale*, cit., p. 118.

³² Pulitanò, *Potere, diritto, fiducia*, cit., p. 64.

³³ S. Weil, *Attesa di Dio*, Milano, Adelphi, 2008, pp. 114-115.

di ricevere attenzione nel momento in cui ci trovi dentro gli ingranaggi del sistema penale. Ma qui soccorre un argomento che vale in generale per ogni discorso su diritto e fiducia: non è, e non può essere, la delusione concreta e attuale della fiducia a dimostrare che essa non ha a che fare col diritto (penale). Il fatto che essa venga ‘tradita’, e che le azioni vengano messe in atto in violazione di ciò che il diritto richiede, non è un argomento che vale a confutare il fatto essenziale che le norme giuridiche stabiliscono tra i soggetti alcune aspettative che non possono non implicare una dose – più o meno piccola o più o meno grande, a seconda dei casi – di attese fiduciarie. Anzi, è proprio *quando* la fiducia viene delusa, e *perché* viene delusa, che abbiamo la prova *a contrario* del fatto che c’è fiducia anche quando abbiamo a che fare con il diritto penale e con i suoi (più o meno) affidabili protagonisti concreti. Se ad esempio qualcuno pubblica atti coperti dal segreto, in violazione dell’art. 114 cpp, fa certamente cosa che non andava fatta, e lo fa tradendo quella fiducia che ciascun imputato ha nei confronti di un sistema che prevede esplicitamente il divieto di farlo. Ed è responsabilità specifica di chi ha violato quella previsione l’essere venuto meno, ancor prima che ad un precetto sanzionato, all’obbligo di rispettare la persona che da quella norma viene tutelata. Un discorso analogo potrebbe essere fatto per ogni momento del procedimento, nel quale qualcuno, in base ad una norma, è tenuto a fare qualcosa nei confronti di un soggetto che da quella norma riceve una tutela. È questa relazione – una relazione di riconoscimento e rispetto, quindi anche fiduciaria – il cuore della norma, ancor prima e ancor più di quanto non lo sia la previsione sanzionatoria posta a presidio dell’efficacia della norma medesima. Se si parte da questo rovesciamento di prospettiva e di lettura, non è difficile individuare i vari profili fiduciarie presenti nel diritto penale, come in qualsiasi altro ramo del diritto.

Profili ai quali è da aggiungere, sul piano generale, la fiducia istituzionale «dei consociati nella tenuta della legalità», e sul piano particolare, «l’attesa di non subire una risposta sovradimensionata rispetto alla colpevolezza per il fatto oggetto del giudizio»³⁴. Tutto questo si sostanzia nella necessità che le regole siano il più possibile chiare e precise, in stretta osservanza del principio di legalità, e in particolare del principio di tassatività della fattispecie penale³⁵. «Alla base della legalità – ha scritto ancora Fausto Giunta – [c’è] una certa fiducia nella capacità esplicativa della lettera della legge»³⁶.

³⁴ Pulitanò, *Potere, diritto, fiducia*, cit., p. 73.

³⁵ «La testualità del diritto penale non è composta di materiali semantici qualsiasi. Gli enunciati normativi devono essere in grado di comunicare al cittadino l’ambito del divieto. Perseguire con successo questo obiettivo è compito precipuo del legislatore, cui spetta la formulazione del testo che “de-scrive” il fatto punito» (Giunta, *L’eccezione come regola nel diritto penale*, cit., p. 39).

³⁶ Ivi, p. 51.

5. Verso un diritto penale fiduciario

Vorrei trarre qualche rapida conclusione da questa rapsodica disamina degli aspetti fiduciari presenti nel diritto penale. Non senza aver di nuovo ribadito, a scanso di equivoci, che sottolineare la presenza *qui e ora* di questi aspetti *non è e non vuole essere* una moralistica perorazione a favore di un diritto penale ‘mite’ o buono. È, semplicemente, la presa d’atto che nel diritto penale esistono momenti nei quali il rapporto tra i soggetti include una dose più o meno grande (anche se spesso minima) di fiducia.

Una constatazione come questa permette tuttavia di fare un passo in avanti. Così come la sovrapposizione tra diritto penale e pena conduce facilmente a cercare nella risposta punitiva la soluzione ad ogni emergenza sociale (o anche, assai spesso, ad esigenze di visibilità politica, come avviene nella stagione del populismo penale³⁷), l’accentuazione del momento fiduciario può condurre ad una sua presa sul serio anche in prospettiva normativa. Se il momento fiduciario c’è, e lo vediamo, se esso ha una funzione che riteniamo importante, perché non valorizzarlo per quanto possibile? Perché – stavolta sì, non descrittivamente ma prescrittivamente – non lavorare nella direzione di un diritto penale fiduciario, cioè più disponibile a concedere spazio alla fiducia nel momento in cui è chiamato a intervenire?

I segnali interessanti in questa direzione non mancano, e anche in questo caso ci si può solo limitare a fare un elenco. Si pensi alle riflessioni sul ‘diritto penale minimo’³⁸; alle misure alternative, pur nella loro problematicità; alle sperimentazioni di cui sono stati protagonisti alcuni istituti penitenziari³⁹; ai percorsi della mediazione penale e di giustizia riparativa, nei quali si realizza l’ambizioso tentativo di rispondere al male non con altro male ma con una dose di bene, impresa che è possibile (e prima ancora pensabile) solo grazie ad una cospicua dose di fiducia reciproca tra i protagonisti del percorso⁴⁰.

³⁷ Segnalo su questo tema di estrema attualità il lavoro di uno studioso capace di muoversi brillantemente tra diritto penale e teoria del diritto: A. Nava Tovar, *Populismo punitivo. Critica del discorso penal moderno*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, Ciudad de México-Lima, Zela Grupo Editorial, 2021.

³⁸ Cfr. U. Curi-G. Palombarini (a cura di), *Diritto penale minimo*, Roma, Donzelli, 2002.

³⁹ Cfr. ad es. K. Bedi, *La coscienza di sé. Le carceri trasformate, il crollo della recidiva*, Milano, Giuffrè, 2001, di cui parla F. Stella, *La giustizia e le ingiustizie*, Bologna, il Mulino, 2006, pp. 196-197. E cfr. anche S. Buccoliero, S. Uccello, *Senza sbarre. Storia di un carcere aperto*, Torino, Einaudi, 2022.

⁴⁰ Su questo punto specifico mi limito a rinviare ai volumi recentissimi nei quali è stata attentamente e dettagliatamente fatta l’analisi della Riforma Cartabia: *Riforma Cartabia. Le modifiche al sistema penale*. Commentario diretto da G.L. Gatta e M. Gialuz. Pref. di Marta Cartabia. Vol. IV. *La disciplina organica della giustizia riparativa*, a cura di A. Ceretti, G. Mannozi, C. Mazzucato, Torino, Giappichelli, 2024; V. Bonini (a cura di), *La giustizia riparativa*, Torino, Giappichelli, 2024; M. Bouchard-F. Fiorentin, *La giustizia riparativa*, Milano, Giuffrè, 2024. Da aggiungere, per un inquadramento, G. Mannozi-G. Lodigiani (a cura di), *Giustizia riparativa*, Bologna, il Mulino,

Possiamo, così, concludere con una notazione, che regge le scarse considerazioni che si sono fatte fin qui. Far emergere il lato fiduciario (persino) del diritto penale è, come sempre, non un modo per dare una visione idealizzata del diritto, magari con lo scopo di legittimarlo agli occhi dei consociati, ma una via per rendere esplicite le responsabilità di cui i vari soggetti sono titolari in ogni fase, in ogni momento, della vicenda penale (e giuridica in genere). Mettere in gioco il modello fiduciario, nel suo confronto/scontro con quello sfiduciario, non è affatto, quindi, una maniera per venir meno alla scientificità e descrittività del discorso scientifico, magari per nascondere i pericoli del Leviatano, ignorando la sua natura “cattiva”, per non dire le sue ricorrenti tentazioni autoritarie e totalitarie. È, invece, un modo per far emergere più precisamente tutti questi rischi, svelandone l’origine: perché è proprio quando riscopriamo che nel diritto c’è un lato fiduciario che possiamo meglio rilevare la sua tendenza a verticalizzarsi, e la sua ricorrente tentazione ad accentuare il lato della punizione e della violenza (come avviene nelle manifestazioni del populismo penale, dalla sua celebrazione in forma legislativa alla sua applicazione penitenziaria). Quanto più riduciamo il diritto al suo lato ‘cattivo’, in altre parole, leggendo in questa luce tutti i suoi aspetti, tanto più sarà facile, per coloro che di quella versione sono i paladini, far accettare l’‘incattivimento’ della sua funzione e delle sue manifestazioni concrete. È quando riduciamo il diritto penale ai suoi lati minacciosi e punitivi, per dirla diversamente, che finisce il suo essere “eccezione” e comincia il suo diventare regola dell’ordine sociale.

Solo se saremo in grado di riconoscere, di far emergere e di valorizzare gli aspetti fiduciari che ogni momento giuridico contiene necessariamente potremo, quindi, percepire (e magari protestare contro) i movimenti, spesso lievi ma decisivi, del diritto verso un aumento dell’uso della forza, della coercizione, della violenza.

A ciascuno la propria responsabilità, dunque, e innanzitutto alla scienza giuridica la responsabilità che gli compete. Quella di dare una visione completa del diritto, che ne faccia emergere tutti gli aspetti, positivi e negativi, luminosi e tenebrosi, fiduciari e sfiduciari. Proprio perché non c’è nulla di meccanico, nel funzionamento del diritto, bisogna avere coscienza del fatto che questo funzionamento dipende anche dall’idea che ci facciamo del diritto stesso, dei suoi meccanismi, di ciò che essi implicano. E questa idea dipende anche, se non in gran parte, dagli assunti della scienza giuridica, da ciò che la scienza giuridica dice su cosa sia il diritto e su come esso funzioni, su ciò che esso implica una volta che sia stato stabilito. Se è indubbiamente vero che

«i giuristi di mestiere – nonostante i fiumi di inchiostro via via versati – non hanno [...] realizzato vere rivoluzioni rispetto ai principali modi di concepire senso e finalità del punire ereditati sin dalla filosofia antica»⁴¹, è però vero che la sfida si rinnova di volta in volta e che è compito specifico della scienza giuridica odierna cercare di rinnovare i propri strumenti teorici anche per poter dare un contributo positivo (e fiduciario) sul piano della realizzazione pratica.

⁴¹ Fiandaca, *Punizione*, cit., p. 71.