

Domenico Pulitanò

Quale fiducia nel diritto criminale/penale?

1. *Fiducia e deterrenza*

1.1. Vedere alle radici del diritto la legge della fiducia¹ non è un paradigma teorico contrapponibile a quello centrato sulla deterrenza legale. Il paradigma hobbesiano mette a fuoco la struttura del sistema, comune al diritto penale liberale e a quello di Stati autoritari o totalitari. Il tema della *fiducia dei consociati* mette a fuoco problemi etico-politici relativi alla qualità dell'ordinamento giuridico. Deterrenza e fiducia possono essere viste come due facce dei medesimi problemi.

È la dimensione precettiva il primo problema per la costruzione normativa del diritto penale. La definizione dantesca del diritto (*hominis ad hominem proportio quae servata servat societatem et corrupta corrumpit*²) riguarda il dover essere del diritto (*impossibile est jus esse, bonum communem non intendens*), non la realtà di ordinamenti giuridici positivi. Centra il problema che in linguaggio moderno formuleremmo come tensione fra diritto positivo e giustizia.

La fiducia che il diritto criminale/penale offre è legata alla qualità (buona o meno buona) dei precetti. Per una buona (affidabile) convivenza sociale sono necessari sia l'effettività del potere (la capacità di tutela) sia limiti garantisti del potere del Leviatano.

Il principio di legalità impone al legislatore di *formulare norme concettualmente precise sotto il profilo semantico della chiarezza e dell'intelligibilità dei termini impiegati (linguisticità come forma del diritto*³) e anche (*deve logicamente ritenersi implicito*) *l'onere di formulare ipotesi che esprimano*

¹ T. Greco, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2021.

² Dante, *Monarchia*, II, §. V.

³ N. Irti, *Riconoscersi nella parola*, Bologna, il Mulino, 2020.

*fattispecie corrispondenti alla realtà*⁴. Secondo aspetto del principio di legalità è il principio di colpevolezza. Così lo ha definito la Corte costituzionale italiana nella sentenza n. 364/1988, che ha dichiarato l'illegittimità parziale dell'art. 5 c. p. nella parte in cui escludeva la possibilità di invocare a scusa l'errore *inevitabile* sulla legge penale. La legalità e la riconoscibilità del messaggio normativo sono un garantismo *minimale*: presupposti necessari (non di per sé sufficienti) della capacità ordinatrice del sistema e della fiducia dei consociati.

1.2. “*Ci vuole uno Stato forte per combattere la violenza, far rispettare le leggi e fornire servizi pubblici indispensabili per garantire alle persone la possibilità di fare scelte e portarle avanti. Ci vuole una società forte e mobilitata per controllare e incatenare uno Stato forte*”. Questo il modello presentato da due studiosi americani (non giuristi) sulla base di un'analisi storica delle democrazie che hanno avuto successo, a partire dall'Atene antica fino alle moderne democrazie liberali⁵.

La dimensione precettiva del diritto criminale rispecchia la natura politica degli Stati, il livello di garantismo è legato alla natura dell'ordinamento giuridico complessivo, su una scala che va dalle migliori democrazie liberali ad ordinamenti più o meno decenti⁶, fino ad azzerarsi nelle peggiori tirannie. Sono eredità dell'illuminismo liberale il *potere pubblico limitato*⁷, il *linguaggio dei diritti dell'uomo* e una morale fondata sul *postulato etico dell'uguaglianza universale dei diritti dell'uomo*⁸.

I confini del diritto criminale sono problemi di giustizia in senso forte. Giustizia di regole della convivenza: precetti eticamente ineccepibili, ragionevoli cause di giustificazione, ragionevoli criteri d'imputazione personale. Di tutto questo si interessa la teoria del reato, prodotto significativo della cultura giuridica moderna.

1.3. La riflessione sul rapporto tra fiducia e diritto penale deve fare i conti con la pluralità (la diversità, la conflittualità) delle attese di giustizia. Problemi particolarmente delicati sono legati a conflitti di culture e di concezioni

⁴ C. cost. 9 aprile 1981, n. 96: dichiarazione d'illegittimità costituzionale del delitto di plagio, art. 603 c. p.

⁵ D. Acemoglu, A. Robinson, *The narrow corridor*, in traduzione italiana *La strettoia. Come le nazioni possono essere libere*, Milano, Il Saggiatore, 2020. Citazione da p. 14.

⁶ Nel senso di J. Rawls, *Il diritto dei popoli*, Torino, Einaudi, 2001.

⁷ L. Ferrajoli, *L'attualità del pensiero di Cesare Beccaria*, in AA.VV., *Il caso Beccaria. A 250 anni della pubblicazione di Dei delitti e delle pene*, a cura di V. Ferrone e A. Prosperi, Bologna, il Mulino, 2016, p. 340.

⁸ V. Ferrone, *Storia dei diritti dell'uomo*, Laterza, Roma-Bari, Laterza, 2019; Id., *Il mondo dell'illuminismo: Storia di una rivoluzione culturale*, Torino, Einaudi, 2019.

morali, che sono un aspetto costitutivo di società aperte al pluralismo di concezioni morali e politiche.

L'idea del penale come *limite invalicabile* della politica criminale (v. Liszt) ha come premessa che ciò che si tratta di delimitare possa avere un senso positivo, legittimo e razionalmente esplicabile. Ma anche la chiara consapevolezza che ciò non è affatto scontato.

Il mondo delle democrazie liberali, in cui abbiamo la fortuna di vivere, è circondato da Stati autoritari che usano il diritto e i propri poteri come strumento d'oppressione, con divieti di attività che riteniamo esercizio di libertà, e comandi oppressivi. È l'ingiustizia dei precetti e dei criteri d'attribuzione di responsabilità il livello d'ingiustizia più radicale, che mette in crisi la qualità della convivenza e la fiducia dei consociati.

La sicurezza securitaria è un obiettivo che può essere avvicinato, ma *securos quidem reddere homines a mutuis damnis, ita ut laedi, vel occidi iniuria non possint, impossibile est; neque ergo cadit in deliberationem*⁹. Anche per il teorico del Leviatano quale potere assoluto, una sicurezza assoluta di fronte al rischio criminalità non è un obiettivo realistico.

Weltrisikogesellschaft, società globale del rischio, è stato definito il mondo attuale¹⁰. Il secolo iniziato l'11 settembre 2001 è segnato da terrorismi politici, fondamentalismi violenti, organizzazioni criminali potenti, e da rischi anche catastrofici collegati ad attività produttive lecite. In questi anni '20 l'emergenza pandemia e il ritorno della guerra vicino a noi. La sicurezza dal crimine è uno, non l'unico problema di sicurezza. Le vittime della pandemia e della guerra sono molto più numerose delle vittime della criminalità.

Per quanto concerne il dritto criminale/penale, la cultura giuridica non può non partire dal problema hobbesiano della sicurezza, per farsi carico di tutte le sue implicazioni: sia le eventuali esigenze di intervento con strumenti penalistici, sia le esigenze di contrappesi e di limiti al potere del Leviatano.

2. Law enforcement

La qualità (affidabilità) del *law enforcement* penalistico è importante per il mantenimento della fiducia dei consociati che si attendono protezione contro condotte illecite. È legata alla capacità del sistema di rispondere correttamente a problemi cognitivi – sul diritto e sui fatti – che partono dalla presa di conoscenza di notizie che giustificano l'avvio di indagini, in vista

⁹ Questa frase di Hobbes, *De Cive*, è riproposta in epigrafe al saggio di Isensee, *Das Grundrecht auf Sicherheit*, De Gruyter, 1983.

¹⁰ U. Beck, *Weltrisikogesellschaft*, 2007, traduzione italiana *Conditio humana. Il rischio nell'età globale*, Roma-Bari, Laterza, 2008,

dell'eventuale promovimento dell'azione penale (obbligatoria per il Pubblico Ministero, dice l'art. 112 della Costituzione italiana).

La funzione del giudice imparziale, ha scritto Hannah Arendt¹¹, è uno fra gli *importanti modi esistenziali di dire la verità*; ha a che fare con il dispotismo e la *fastidiosa contingenza* di verità fattuali, *al di là dell'accordo e del consenso*¹². È anche esercizio di potere. Il giudice pronuncia decisioni la cui efficacia è indipendente dalla correttezza contenutistica. Anche la ricostruzione dei fatti e l'interpretazione del diritto da parte di un giudice nel processo sono esercizio di potere.

La macchina investigativa e processuale si attiva in situazioni di incertezza, si avvale di strumenti inquisitori e coercitivi, comporta costi personali e sociali elevati; è a rischio di errori, eccessi e insuccessi, al di là della correttezza giuridica e delle buone intenzioni soggettive. È a rischio di torsioni inquisitorie e autoritarie, come mostrano la storia e anche la realtà di oggi.

La questione dei criteri *di giudizio* riguarda il profilo cognitivo del paradigma del garantismo: un modello di giurisdizione che ha come condizioni necessarie l'affidamento del giudizio a un giudice imparziale e *“la verificabilità o falsificabilità delle ipotesi accusatorie in forza del loro carattere assertivo, e la loro prova empirica in forza di procedure che ne consentano sia la verifica che la falsificazione”*¹³.

Gli snodi del procedere – dall'avvio di indagini alla decisione finale – sono affidati alla razionalità e ragionevolezza degli operatori. C'è bisogno di vigile attenzione sia della scienza giuridica sia dell'opinione pubblica, di fronte a rischi di errori e di eccessi.

3. Sistema sanzionatorio.

3.1. L'applicazione della pena legalmente prevista è coerente con la logica dell'ordinamento: con il principio responsabilità, che esige osservanza dei precetti e punizione delle inosservanze. *È il fine del diritto criminale? Il diritto “non ha il fine generale di punire bensì quello di tradurre nel concreto della vita l'esigenza umana di ordine e di garantita libertà d'azione; e di fatto, in via principale esso regola e organizza la coesistenza, strutturando atti e rapporti umani nei modi della misura”*¹⁴.

L'*appeal* politico del punire, e in particolare del carcere, sta anche (soprattutto?) in un'offerta di assicurazione. Per i consociati la condanna e

¹¹ H. Arendt, *Verità e politica*, Torino, Bollati Boringhieri, 2004. Citazioni da pp. 72, 47, 50.

¹² *Ibidem*.

¹³ L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Torino, Einaudi, 1989, p. 6 s.

¹⁴ S. Cotta, *Perché la violenza? Un'interpretazione filosofica*, Brescia, Morcelliana, 1977, p. 125.

l'esecuzione delle pene possono essere una restaurazione della fiducia nell'ordinamento: la fiducia che Renzo, vittima d'ingiustizia, ha creduto di poter trovare nelle grida mostrate dall'avvocato: "*Ci sono nominate le bricconerie chiare, proprio come succedono, e per ciascheduna, il suo buon gastigo*"¹⁵. Il discorso dell'Azzecca Garbugli gli ha subito mostrato come la fiducia in una giusta legalità possa essere frustrata da un sistema corrotto.

L'attesa di una tutela riconfermata dal *buon castigo* tende verso la severità: fiducia in uno stato forte, che mette in carcere persone pericolose e arriva a buttare via la chiave. Può lasciare spazio alla sfiducia del sentirsi esposti a rischio, di fronte a una criminalità non adeguatamente contrastata.

Per il condannato la pena eseguita è una sofferenza, anche quando la riconosca giustificata. La fiducia cui ha diritto anche il condannato a pena detentiva ha a che fare con il *senso di umanità*, cui le pene non possono essere contrarie. Al principio fondamentale di civiltà espresso nell'art. 27 Cost. dovrebbe essere dato un rilievo fondamentale nella costruzione e nella attuazione del sistema penale.

Carcer ad continendos homines non ad puniendos haberi debet, è una citatissima frase del Digesto. Nella presente situazione in Italia, la comminatoria edittale di pene detentive è carica di significati simbolici, esibizione di adeguata tutela. Da molti il carcere è percepito come un contenitore di criminali pericolosi, un fattore di rassicurazione.

3.2. Si lega, e come, ai problemi specifici della pena (minacciata e inflitta) il *topos* della fiducia? Vengono in rilievo problemi e profili di varia natura: aspetti legati alla fiducia nell'osservanza dei precetti, cioè alla capacità deterrente della minaccia legale, ed aspetti ulteriori legati al caso concreto. Alla giustizia, dice il linguaggio in uso. Giustizia in che senso? In una riflessione sulla fiducia, ha senso articolare l'interrogativo con riguardo a portatori di attese diverse, legate sia alla deterrenza sia alla giustizia del caso concreto nell'ottica dei diversi interessati (compreso il condannato).

A quali condizioni il *malum* della pena minacciata e/o inflitta possa risolversi in un *bonum*, è un problema che può essere sempre sollevato, alla luce di qualsiasi teoria o politica penale. Sia l'idea retributiva, sia le concezioni preventive additano ragioni rilevanti per la costruzione, il funzionamento, la valutazione delle risposte degli ordinamenti giuridici. La condanna e l'esecuzione della pena intendono essere una restaurazione della fiducia nell'ordinamento, nella sua capacità di risposta al delitto commesso.

Delle teorie della pena si fa spesso un uso apologetico; può esserne fatto un uso critico, quali criteri di controllo di scelte normative ed operative (possibili

¹⁵ A. Manzoni, *I promessi sposi*, cap. XIV.

o già effettuate) sia sul piano della razionalità strumentale (rispetto a finalità quali che siano) sia sul piano normativo della giustizia.

Nella discussione dottrinale le idee della retribuzione e della prevenzione sono presentate come contrapposte. Per un diritto penale ragionevole sono punti di vista entrambi essenziali, in tensione fra loro.

Il finalismo *ne peccetur* intende giustificare innanzi tutto la *minaccia legale* pensata come deterrente, strumento di prevenzione generale e/o speciale. Dopo che il reato sia stato commesso, la condanna dell'autore e la sua esecuzione dovrebbero contribuire alla tenuta del sistema. Per il condannato possono valere come ammonimento mirato, con valenza anche specialpreventiva, e come contesto aperto a finalità quali la 'rieducazione' (specificamente indicata nell'art. 27 Cost.). In ottica autoritaria l'esecuzione della pena può avere valenza di pura neutralizzazione del condannato.

L'idea rieducativa, iscritta nell'art. 27 Cost., richiede che la pena debba essere significativa anche per il condannato: orientata (e non ostacolo) al suo rientro nella società quale persona di uguale dignità e uguali diritti. Pene edittali e pene commisurate dai giudici dovrebbero rendere leggibile questo significato, anche da parte del condannato.

Sotto tutti gli aspetti, il rapporto con il potere del Leviatano vorrebbe (e dovrebbe) poter essere di *fiducia critica*. Per quanto concerne il diritto criminale/penale, la cultura giuridica non può non partire dal problema hobbesiano della sicurezza, per farsi carico di tutte le sue implicazioni: sia le eventuali esigenze di intervento con strumenti penalistici, sia le esigenze di contrappesi e di limiti al potere del Leviatano.

4. *Fiducia, tra diritto e giustizia*

La giustizia e le ingiustizie, è il titolo del testamento spirituale di un maestro del diritto penale italiano¹⁶, che di fronte ai mali del mondo, alla loro irrimediabilità e all'insufficienza delle risposte si è domandato se si debba eliminare dal vocabolario la parola giustizia. Ha visto nella giustizia un orizzonte che si può cercare di raggiungere, ma che *si allontana ad ogni passo avanti*. Per quanto concerne il penale, l'idea di deterrenza e l'idea di giustizia sono ritenute inconciliabili: *“non serve a nulla l'intervento retrospettivo perché, quando un diritto umano è stato violato, nulla può far sì che la violazione non sia avvenuta, nulla al mondo può rendere possibile una riparazione del torto subito. Sarebbe giustizia l'impedire che il torto si consumi”*¹⁷.

Sono parole forti, lontane dallo spirito del nostro tempo, che confida nella

¹⁶ F. Stella, *La giustizia e le ingiustizie*, Bologna, il Mulino, 2006.

¹⁷ Ivi, citazioni da p. 177, p. 241.

severità della giustizia punitiva o (all'opposto) in una ben intenzionata giustizia riparativa. Una lettura realistica del male del mondo ammonisce sui *deficit* (insufficienze o vanità) della nostra giustizia, la giustizia del Leviatano.

La nostra giustizia non può riparare i mali del mondo, ma questo non toglie valore a ciò che si possa fare, anche nella prospettiva della riduzione del male e nelle risposte al male. Le democrazie liberali hanno dato risposte meno lontane da una passabile giustizia.

Rispetto al fine primario del diritto criminale/penale (l'osservanza dei precetti, la prevenzione dei delitti) la punizione dei colpevoli appare *un meccanismo di ripiego*, successivo a una *defaillance* della deterrenza legale, inidoneo a *ripristinare il passato*¹⁸. Per la politica della giustizia – e dei diritti dei consociati – la giustizia punitiva fa parte di un quadro assai più ampio.

I procedimenti volti ad accertare reati e responsabilità comportano costi e sofferenze anche per persone estranee al reato, e per imputati che possono essere innocenti. Il diritto punitivo intende (pretende) combattere violenza, paura e sofferenza, ma queste sono sue caratteristiche intrinseche. Funziona (o pretende di funzionare) incutendo la paura delle pene minacciate; poggia sull'uso della forza, produce sofferenze come risposta alle sofferenze prodotte dai delitti.

Rispetto a problemi del come e quanto punire possiamo trovare un consenso ampio sull'ingiustizia di talune soluzioni; assai più difficile è arrivare a soluzioni concordemente valutate come la soluzione migliore o comunque ragionevole nei casi concreti.

Sul versante delle pene, il mondo d'oggi (anni '20 del XXI secolo) presenta ancora aspetti inquietanti. Rischi di cadute di razionalità e di torsioni autoritarie sono presenti anche nel nostro mondo che si ritiene illuminato.

La diffusione e i successi del populismo penale – nell'attuale momento punitivo¹⁹ – sono segnali (anche) di preoccupazioni e risentimenti di fronte a fatti delittuosi o dannosi, o comunque percepiti come offensivi e meritevoli di una risposta punitiva. Politiche penali diverse – più liberali e più umane – non possono eludere questi problemi, ma dovrebbero incorporarli in altri modelli, meglio funzionanti, di produzione di fiducia. Fiducia nella tutela apprestata dal potere del Leviatano, ma anche fiducia sul controllo dei rischi immanenti all'esercizio di tale potere.

Anche fuori del mondo dei giuristi, autorevoli voci *“hanno sottolineato che senza la fiducia (trust) il miglior sistema giuridico non serve a nulla; ma il mondo instabile non è esattamente fatto per promuovere fiducia”*²⁰. Oggi, più che mai, dopo l'emergenza pandemia, dopo il ritorno della guerra vicino

¹⁸ M. Nussbaum, *Rabbia e perdono*, Bologna, il Mulino, 2017, pp. 262-264.

¹⁹ D. Fassin, *Punire. Una passione contemporanea*, Milano, Feltrinelli, 2019.

²⁰ R. Dahrendorf, *Libertà attiva*, Roma-Bari, Laterza, 2003, p. 114.

a noi, in mezzo a sbandamenti intellettuali, il nostro compito intellettuale è difendere i presupposti etici ed epistemici della civiltà liberale e di una ragionevole fiducia nella sua possibilità di tenuta.