

Mariangela Telesca

Contributo all'analisi dell'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto



Giappichelli

Preambolo

Il d.lgs. n. 28/2015, in attuazione dell'art. 1 co. 1 lett. m) della legge n. 67/2014 ha introdotto, recentemente, nel sistema penale l'istituto, auspicato da più parti, della causa di non punibilità per particolare esiguità del fatto (art. 131-*bis* c.p.).

Lo stato di grave crisi in cui versa la giustizia penale ha 'obbligato' il legislatore a prevedere l'ennesimo 'rimedio' (oltre ai vari strumenti già presenti nel sistema penale e nel codice di rito) per cercare di risolvere l'annosa questione dell'ingolfamento della macchina processuale; dalla deflazione del carico processuale dovrebbero discendere, inoltre, non secondarie ricadute sul settore penitenziario afflitto, da sempre, da sovraffollamento e dalle deprecabili condizioni di detenzione, che hanno comportato l'intervento della Corte EDU con la nota sentenza Torregiani.

La previsione di una causa generale di esclusione della punibilità per fatti caratterizzati da scarsa o irrilevante dannosità sociale, pur essendo da lungo attesa, è stata 'fagocitata' da una serie di ragioni che possono essere sintetizzate nell'iperplasia dello strumento penale. La costante e risalente opera di 'penalizzazione a tappeto' ha divorato qualunque possibile apertura verso il trattamento delle microviolazioni; anzi, nell'ottica del diritto penale ipertrofico a sfondo simbolico-populistico, la criminalizzazione dei fatti bagatellari ha rappresentato l'occasione per lanciare messaggi tranquillizzanti all'opinione pubblica, attraverso una politica-criminale improntata all'impostazione da *law and order* e da *zero tolerance* (capitolo primo).

Alla lunga, però, il sistema penale complessivamente considerato (comprensivo, dunque, del diritto penale sostanziale, processuale e penitenziario) è risultato fortemente inadeguato a gestire una mole di procedimenti in conseguenza delle innumerevoli (circa diecimila) fattispecie incriminatrici che circolano nell'ordinamento; il legislatore è stato costretto, così, a correre ai ripari, attivando non i consueti strumenti come la clemenza collettiva (amnistia e indulto) o adoperando la 'normale' procedura della depenalizzazione

‘in astratto, ma ricorrendo a forme di depenalizzazione ‘in concreto’ ancorate all’esiguità del ‘fatto’. Il principio di esiguità quale la *ratio essendi* del reato bagatellare diventa, dunque, l’elemento che, nell’ambito della graduazione quantitativa ‘verso il basso’ dell’illecito penale, non fonda soltanto un criterio di politica criminale ma assurge a connotato tipizzante il fatto di reato. Nella stessa parte del lavoro (capitolo secondo) vengono affrontate, attraverso il ‘costituzionalismo penale come metodo’, per richiamare una formula di bricoliana memoria, le questioni dell’individuazione della categoria delle microviolazioni e dei rapporti con il principio di offensività.

L’istituto di nuovo conio della ‘non punibilità’ è stato da sempre assistito da un alone di incertezza, oscillando tra l’area del diritto penale sostanziale e quella del diritto processuale; i vari tentativi di dar vita alla nuova figura ne sono una testimonianza concreta, come si evince dall’analisi dei progetti di riforma del codice penale, dai disegni di legge e dal lavoro delle varie commissioni (capitolo terzo). Tutto ciò può meravigliare attesa la natura ‘incipiente’ o ‘al confine’ con l’area del diritto penale sostanziale o processuale della causa di irrilevanza del fatto; la collocazione ‘a metà strada’ comporta, però, problematiche aggiuntive in ordine all’obbligatorietà dell’esercizio dell’azione penale che è stata risolta dalla dottrina, prendendo spunto dall’esperienza di altri Paesi (Germania e Austria), che vantano una migliore tradizione sul tema, con il principio di opportunità.

Ne è scaturita una figura di diritto penale, anche per la collocazione e per la sistematica nel codice penale, con profili essenzialmente oggettivi, ma che poi recupera anche riferimenti di valenza soggettiva per il richiamo espresso all’art. 133 c.p., caratterizzata da criteri (la particolare tenuità dell’offesa e la non abitualità del comportamento) e sotto-criteri che hanno sollevato varie obiezioni in dottrina (capitolo quarto). Non bisogna dimenticare, d’altro canto, che non poco complicata si presentava l’emanazione di una disposizione in linea con i postulati del principio di tassatività-determinatezza, in quanto è la stessa nozione di reato bagatellare ad essere connotata da vaghezza dal punto di vista dommatico, empirico e politico-criminale. Del resto, aver optato per una depenalizzazione in concreto implica, inevitabilmente, di rimettere nelle mani della discrezionalità del giudice la capacità dell’istituto di sussumere nel proprio ambito il fatto realmente verificatosi.

La particolare conformazione delle disposizioni ha evidenziato questioni interpretative in special modo negli ambiti del reato continuato, dei reati di pericolo, dei reati con soglie di punibilità, come dimostrato dagli orientamenti giurisprudenziali contrastanti e dai vari interventi della Corte costitu-

zionale (a cui è dedicato il capitolo quinto). Ricca di implicazione, inoltre, si è rivelata l'applicabilità dell'istituto ai comportamenti scarsamente offensivi posti in essere dal singolo nell'ambito delle persone giuridiche. Anche in questo settore alla chiusura della giurisprudenza si contrappongono impostazioni dottrinali diverse; nonostante l'attuale disciplina in tema di responsabilità degli enti, è possibile ritagliare spazi, seppure residui, per l'applicazione dell'art. 131-*bis* c.p.

Nell'ultima parte del lavoro (capitolo sesto) vengono affrontate le questioni che hanno rilevato le maggiori obiezioni; ci riferiamo all'ampliamento della discrezionalità del giudice 'naturalmente' connessa alla funzionalità dell'istituto. Depenalizzazione 'in concreto' non significa, però, riconoscere al giudice 'mano libera' nella gestione della causa generale di non punibilità che, se denota innegabili utilità, allo stesso modo non rappresenta la panacea. Occorrono, pertanto, interventi multifattoriali che invertano la tendenza del 'panpenalismo'; in una tale ottica vengono ipotizzati alcuni 'aggiustamenti' delle disposizioni, anche alla luce degli ampliamenti dell'ambito applicativo preannunciati dalla l. n. 134/2021 con la sostituzione dell'attuale limite massimo di cinque anni con la pena minima di due anni di reclusione.

Capitolo Primo

*Le cause della tardiva introduzione
nel sistema penale della
'particolare tenuità del fatto'*

SOMMARIO: 1.1. Introduzione. – 1.2. Ipertrofia penalistica e negazione dei principi costituzionali del diritto penale liberal-democratico. – 1.3. Ampliamento del penalmente rilevante vs criminalità lieve. – 1.4. Le ricadute sul sistema penale, processuale e penitenziario.

1.1. Introduzione

L'ambito della punibilità (*i.e.* della non punibilità)¹ si è recentemente arricchito di un nuovo istituto: la 'speciale tenuità del fatto'; si tratta della cau-

¹ Il riferimento alla categoria della non-punibilità va inteso, nel contesto delle riflessioni che andremo a svolgere, nel senso di sotto-settore della più generale categoria della 'punibilità' con esclusione, quindi, delle cause di estinzione del reato e delle pene o delle condizioni obiettive di punibilità solitamente trattate nella più ampia categoria della 'punibilità'. In particolare, ci si riferisce alle ipotesi di non punibilità in senso stretto che, è stato evidenziato (cfr. F. PALAZZO, *La non-punibilità: una buona carta da giocare oculatamente*, 19 dicembre 2019, in <https://sistemapenale.it>), possono essere concomitanti o successive al reato, personali od oggettive: ne sono classici esempi la non punibilità per i reati patrimoniali dovuta alle relazioni di parentela (art. 649 c.p.), oppure la non punibilità consistente in un comportamento successivo in qualche modo utile (art. 376 c.p.) o collaborativo con le autorità (art. 5 l. n. 15/1980). Le cause di non punibilità in senso stretto, viene specificato dalla stessa dottrina, sembrano generalmente rispondere ad un'esigenza, ad un interesse antitetico alla repressione penale e al quale il legislatore, in via eccezionale, accorda prevalenza. Diversamente, le cause di estinzione della punibilità, e più precisamente di estinzione del reato, sono sempre successive alla consumazione di quest'ultimo e sembrano generalmente corrispondere ad una situazione in cui viene meno l'interesse alla repressione penale, cioè ad una situazione di mancanza d'interesse alla punizione, come nel caso, ad esempio, della prescrizione.

sa generale disciplinata dall'art. 131-*bis* c.p. («Esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto»)² recentemente inserita nel sistema penal-processuale dal d.lgs. n. 28/2015, in attuazione dell'art. 1 co. 1 lett. m) della legge n. 67/2014, recante «Deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio»³.

L'introduzione nell'ordinamento di una causa di non punibilità per fatti irrilevanti o di entità modesta sul piano della dannosità sociale era stata invocata da lungo tempo dalla dottrina⁴; il «dibattito (almeno) trentennale»⁵ era caduto nel vuoto – nonostante i molteplici tentativi⁶ – perché travolto dalla «crescita “patologica” della legislazione penale»⁷.

²La norma ha ricevuto una sorta di avallo 'preventivo' anche dalla Corte costituzionale (sentenza n. 25 del 28 gennaio 2015, in <https://www.federalismi.it>) quando ha affermato che il legislatore ben può introdurre una causa di proscioglimento per la 'particolare tenuità del fatto' strutturata diversamente, senza, cioè, richiedere tutte le condizioni previste, ad esempio, dall'art. 34 del d.lgs. n. 274 del 2000, ed è quello che si è verificato con la legge 28 aprile 2014, n. 67. Con l'art. 1, co. 1, lettera m), di tale legge, infatti, il legislatore ha conferito al Governo una delega per «escludere la punibilità di condotte sanzionate con la sola pena pecuniaria o con pene detentive non superiori nel massimo a cinque anni, quando risulti la particolare tenuità dell'offesa e la non abitudine del comportamento».

³Sottolinea il momento storico per il nostro sistema penale, essendo finalmente entrato in vigore un istituto da tempo conosciuto da molti ordinamenti, R. DIES, *Questioni varie in tema di irrilevanza penale del fatto per particolare tenuità* (13 settembre 2015), in <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org>, p. 1.

⁴Lo evidenziano tra i tanti T. PADOVANI, *Un intento deflattivo dal possibile effetto boomerang*, in *Guida dir.*, 2015, 15, p. 19; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*⁸, con la coll. di R. BARTOLI, Torino, 2021, p. 593; R. BORSARI, *La codificazione della tenuità del fatto. Tra (in)offensività e non punibilità* (15 marzo 2016), in <https://www.lalegislazionepenale.eu>; ma il discorso sull'introduzione nel sistema penale di una causa di irrilevanza del fatto vanta radici risalenti come si ricava da C.E. PALIERO, «Minima non curat praetor». *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985, *passim*; sui vari tentativi di immissione nel sistema penale della causa di non punibilità v. *infra* cap. Secondo.

⁵Cfr. la RELAZIONE FINALE E PROPOSTE DI EMENDAMENTI AL D.D.L. A.C. 2435, redatte dalla c.d. Commissione Lattanzi (*Commissione di studio per elaborare proposte di riforma in materia di processo e sistema sanzionatorio penale, nonché in materia di prescrizione del reato, attraverso la formulazione di emendamenti al Disegno di legge A.C. 2435, recante Delega al Governo per l'efficienza del processo penale e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari pendenti presso le corti d'appello*), in <https://www.giustizia.it>, p. 68.

⁶Basti pensare alle numerose Commissioni ministeriali e a quelle di riforma del codice penale che si sono misurate con la possibilità di immettere nel sistema una causa generale di irrilevanza del fatto, su cui v. *infra* §§ 2.2, 2.3.

⁷Per la locuzione cfr. C.E. PALIERO, «Minima non curat praetor», cit., p. 12.

La previsione della causa di non punibilità, di cui al nuovo art. 131-*bis* c.p., non sembra in grado di inibire, però, il fenomeno della ‘nomorrea legislativa’⁸ che pare destinato a riprodursi in modo inarrestabile; una prova si rinviene nell’entità dei provvedimenti di natura emergenziale⁹, supportati da sanzione penale, emanati successivamente alla previsione dell’istituto della particolare esiguità del fatto.

Il problema connesso all’ampliamento dell’uso dello strumento penale non è questione dell’ultima ora se già alla fine dell’Ottocento F. von Liszt affermava che l’«attuale legislazione fa un uso eccessivo dell’arma della pena», (ed invocava, pertanto l’eliminazione delle contravvenzioni dal settore dell’illecito criminale¹⁰) e se R. Frank coniava, nello stesso periodo, la formula dell’«ipertrofia del diritto penale»¹¹.

L’iperplasia penalistica¹² si pone, dunque, nei termini di percorso risalente¹³ e rappresenta una peculiarità non solo della nostra legislazione ma dell’intera area europea occidentale, che può essere letta anche come la spia della contrapposizione tra filosofie tra loro alternative sul modo di intendere ruolo e compiti del diritto penale.

Nel ripercorrere le tappe storico-evolutive del diritto penale, autorevole dottrina¹⁴ evidenzia, infatti, come questo se da un lato esprime l’esigenza di ogni società organizzata di salvaguardare le condizioni-base della vita in

⁸F. CARRARA, *Un nuovo delitto*, in *Opuscoli di diritto criminale*³, Prato, 1889, IV, p. 522.

⁹Con riferimento all’anno 2021, gli interventi normativi realizzati raccontano sempre e comunque di un legislatore impegnato a correre dietro a fattori emergenziali; in tal senso cfr. D. BRUNELLI, *Del diritto penale percepito e dei suoi più recenti exploit*, in *Arch. pen.*, 2021, 3, p. 2.

¹⁰F. VON LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*⁷, Berlin, 1896, p. 60.

¹¹R. FRANK, *Die Überspannung der staatlichen Strafgewalt*, in *ZStW*, 1898, p. 733.

¹²Una compiuta disamina delle cause dell’ampliamento del penalmente rilevante farebbe perdere di vista il più ristretto campo della nostra indagine, con il rischio di ripercorrere una miriade di contributi scientifici dai profili dommatici e politico-criminali più variegati; una ricca analisi delle coordinate della «abnorme crescita della legislazione penale» in C.E. PALIERO, «Minima non curat praetor», cit., p. 25 ss.; più recentemente sulle cause dell’ampliamento della penalità C. DE MAGLIE, *Alle radici del bisogno di criminalizzazione. Riflessioni in tema di moralità, immoralità e diritto penale*, in *Criminalia*, 2017, p. 15 ss.

¹³Lamentava gli eccessi dell’opera di penalizzazione già C. FIORE, *Prospettive della riforma penale. Il ruolo della legislazione speciale*, in *Dem. dir.*, 1977, 4, p. 685 ss.; ancora prima denunciava l’espansionismo del diritto penale, G. DELITALA, *Diritto penale*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 1100.

¹⁴F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*¹¹, Padova, 2020, p. XXXV ss.

comune, dall'altro ha svolto troppo spesso e in tutti i tempi anche una funzione di oppressione e di conservazione del privilegio; la stessa dottrina distingue, così, tra un 'diritto penale dell'oppressione', un 'diritto penale del privilegio' e un 'diritto penale della libertà'.

Dalla nostra Carta costituzionale discende – per l'espreso accoglimento in diverse disposizioni – l'opzione in favore di un diritto penale liberal-democratico; ma, nonostante le norme costituzionali si pongano in termini di fondamento e limite¹⁵ per il legislatore nella previsione di strumenti in grado di soddisfare il rapporto tra beni e tecniche della tutela penale, l'attuale sistema penale appare sempre più sbilanciato a fronteggiare esigenze (spesso solo presunte) di difesa sociale.

La «penalizzazione “a tappeto”»¹⁶, per utilizzare una nota ma efficace sintesi, non poteva non ripercuotersi – ed in modo sempre più incisivo, fino a raggiungere forme di 'asfissia' del sistema della giustizia penale – sul trattamento dei fatti caratterizzati da scarsa dannosità sociale. Anche in questo caso è sufficiente richiamare un esempio che pone in luce quanto risalente sia il problema e quanto inutile (sotto il profilo dell'effettività) la risposta statale: ci riferiamo al comparto della legislazione speciale¹⁷, che si concretizza, ora forse più che in passato, in un apparato imponente, farraginoso ma sostanzialmente innocuo, gravato da sanzioni limitative della libertà¹⁸; il provvido sopravvenire di cause estintive di vario genere: prescrizione, amnistia, oblazione¹⁹ evitano la reale irrogazione delle sanzioni stesse. Da una tale 'costruzione' della risposta penalistica discendono, come avremo modo di comprovare nel prosieguo, una serie di conseguenze negative che hanno obbligato il legislatore ad attivare meccanismi in grado di far fronte ai troppi casi di denegata giustizia quale logica conseguenza del «profluvio ipertrofico del vigente catalogo delle incriminazioni»²⁰.

¹⁵ Sul carattere delle norme costituzionali «immediatamente cogenti» cfr. S. ALEO, *Profili e ragioni di destrutturazione del modello culturale e istituzionale dello Stato di diritto*, in ID. (a cura di), *Codificazione e decodificazione*, I, Milano, 2019, p. 243.

¹⁶ C. FIORE, *Prospettive della riforma penale*, cit., p. 686.

¹⁷ La proliferazione della legislazione, e della legislazione speciale in particolare, «ha carattere generale e progressivo, esponenziale, soprattutto a partire dagli anni settanta, dalla metà degli anni settanta» del secolo scorso, cfr. S. ALEO, *Profili e ragioni di destrutturazione*, cit., p. 236.

¹⁸ T. PADOVANI, *Diritto penale del lavoro. Profili generali*, Milano, 1976, p. 199.

¹⁹ C. FIORE, *Prospettive della riforma penale*, cit., p. 687.

²⁰ V. MAIELLO, *La legalità della legge e il diritto dei giudici: scossoni, assestamenti e sviluppi*, in *Sist. pen.*, 2020, 3, p. 139.

1.2. *Ipertrofia penalistica e negazione dei principi costituzionali del diritto penale liberal-democratico*

Il panpenalismo – che si pone in netto contrasto con le istanze di matrice illuministica²¹ – ha finito per svilire non solo la filosofia politica dell'illuminismo²² alla base del diritto penale liberale²³ ma ha determinato, nonostante il recepimento degli stessi principi nella Carta costituzionale, una svalutazione di tutti gli strumenti che potessero in qualche modo evitare opzioni improntate ad un semplicistico rigorismo e, in quanto tali, viziate sotto il profilo della razionalità politico-criminale.

Non può meravigliare, allora, la scarsa attenzione mostrata dal legislatore verso il trattamento della criminalità lieve; anzi, nell'ottica dell'ampliamento della punibilità anche la repressione dei fatti microviolatori si iscrive, a pieno titolo, nella 'teoria delle finestre rotte' (*broken windows theory*²⁴) e, più

²¹ Un'immagine efficace – ma al tempo stesso di disarmante attualità – dell'inflazione legislativa la si ricava da quanto scriveva, oltre due secoli fa, nel capitolo (X) dedicato a “Della legislazione di questi tempi”, F.M. PAGANO, *Saggi politici. De' principj, progressi e decadenza della società (1791-1792)*³, tomo II, Lugano, 1831, p. 198, «Vuoi conoscere se un popolo sia ancor cinto dalle tenebre delle barbarie, e se già sollevi gli occhi al lume della politezza e civiltà? Apri il codice delle sue leggi. Se questo sia troppo ampio o diffuso, se le leggi sue sian particolari e molte, abbi per certo che quella nazione è barbara, e molto cammino a compir le rimane a giugnere alla splendida meta della sua coltura. Ma se poche, e brevi universali leggi formano un piccolo codice beata e felice di già gode il sereno giorno della civile perfezione».

²² In proposito possono essere richiamate le riflessioni svolte da W. NAUCKE, *Prevenzione generale e diritti fondamentali*, in M. ROMANO-F. STELLA (a cura di), *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna, 1980, p. 52, quando sostiene che le teorie illuministiche trasposte nel diritto penale con l'opera di Beccaria colgono la legittimità e l'efficacia della pena esclusivamente nelle sue conseguenze utili per l'uomo. «La pena è posta al servizio di scopi umani; questi scopi sono mondani, terreni, razionali».

²³ Il fine dello Stato (scriveva P.J.A. FEUERBACH, *Anti-Hobbes oder über die Grenzen der Höchsten Gewalt und das Zwangsrecht der Bürger gegen den Oberherrn*, Erfurt, 1798, trad. di M.A. Cattaneo, *Anti-Hobbes ovvero i limiti del potere supremo e il diritto coattivo dei cittadini contro il sovrano*, Milano, 1972, p. 33) «non è altro che la realizzazione dell'idea della libertà giuridica, i diritti e le autorizzazioni reciproche vengono protetti dal braccio del potere pubblico».

²⁴ Si tratta dell'adattamento del vecchio detto 'chi ruba poco ruba assai', formulato nel 1982 dai criminologi James Q. Wilson e George Kelling pubblicato dalla rivista *Atlantik Monthly*, poi divulgato dal *Manhattan Institute*. In via di estrema sintesi, per questa teoria, se le persone si abituano a vedere una finestra rotta, in seguito si assuefaranno anche a vederne rompere altre e a vivere in un ambiente devastato senza reagire: riparando la finestra, ci si

in generale, nell'ambito «delle campagne newyorchesi»²⁵ ispirate alla dottrina *law and order* e 'zero tolerance'²⁶.

La stagione dell'emergenza (è venuta affermandosi senza soluzione di continuità, non a caso definita 'perenne'²⁷) – tuttora nel pieno della sua verve espansiva²⁸ come dimostrano i numerosi provvedimenti in tema di sicurezza pubblica – ha finito per accentuare il solco tra l'impostazione del diritto penale minimo²⁹

esercita al rispetto della legalità. Quindi occorre intervenire in modo fermo per evitare che le collettività 'si abitui' a comportamenti violenti, per cui le grandi patologie criminali vanno affrontate lottando palmo a palmo contro i piccoli disordini quotidiani, in tal senso cfr. E. LO MONTE, *Politiche neo-liberiste e questione criminale nella post-modernità. (dall'atrofia dello Stato sociale di diritto all'ipertrofia dello Stato penale)*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2010, 4, p. 23 ss.

²⁵ Così S. ALEO, *Criminologia e sistema penale*, Padova, 2011, p. 280, ivi per le locuzioni *law and order* e *zero tolerance*.

²⁶ Sulla 'tolleranza zero' ci limitiamo, nell'ambito di una vasta letteratura, a rinviare alle considerazioni espresse da L. WACQUANT, *Parola d'ordine: tolleranza zero. La trasformazione dello stato penale nella società neoliberale* (1999), Milano, 2000, p. 12 ss.; si v. anche A. DE GIORGI, *Zero Tolleranza. Strategie e pratiche della società di controllo*, Milano, 2000, p. 99 ss.

²⁷ S. MOCCIA, *La perenne emergenza*², Napoli, 1997, *passim*.

²⁸ Gli interventi del legislatore, dopo la riforma di cui alla l. n. 689/1981 che ha cercato di risolvere su basi organiche il problema della depenalizzazione, si pongono in termini di eccezione che non inficiano la 'regola' dell'oltranzismo repressivo. Il riferimento va al caso della l. n. 205/1999 oppure alla più recente l. n. 134/2021; in relazione a questo ultimo provvedimento e per un giudizio complessivamente positivo svolto dalla Commissione nominata dalla ministra Cartabia (presieduta dall'ex presidente della Consulta Giorgio Lattanzi, cit.), i cui lavori sono stati recepiti nella riforma che ne porta il nome, cfr. G. FIANDACA, *Più efficienza, più garanzie. La riforma della giustizia penale secondo la Commissione Lattanzi*, 21 giugno 2021, in <https://www.sistemapenale.it>; con particolare riferimento al sistema delle sanzioni sostitutive «nella prospettiva del superamento del predominio della pena carceraria» cfr. A. GARGANI, *La riforma in materia di sanzioni sostitutive*, 20 gennaio 2022, in <https://www.lalegislazionepenale.eu>; sulle aperture positive della dottrina rispetto alla legge-delega Cartabia (n. 134/2021, su cui v. *infra* § 5.6.) cfr. F. PALAZZO, *I profili di diritto sostanziale della riforma penale* (8 settembre 2021), in <https://www.sistemapenale.it>, p. 1, che sottolinea la «svolta modernizzatrice nel nostro sistema penale, che non sarà rivoluzionaria né forse risolutiva ma che certo ha l'indubbio merito di aver invertito una tendenza involutiva»; in proposito cfr. M. DONINI, *Efficienza e principi della legge Cartabia. Il legislatore a scuola di realismo e cultura della discrezionalità*, in *Pol. dir.*, 2021, 3, p. 607.

²⁹ Nell'ambito di una vasta letteratura ci limitiamo a richiamare i 'classici': A. BARATTA, *Principi di diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, in *Delitti e pene*, 1985, 3, p. 443 ss., in particolare p. 459, ove evidenzia le ragioni che si oppongono al mito dell'onnipotenza dell'intervento penale; specifica, inoltre, al tal fine l'illustre Autore che il sistema sanzionatorio di tipo penale produce più problemi di

e il diritto penale totalizzante³⁰ (quantunque censurabile per l'ineffettività dei risultati³¹, per il «*simbolismo efficientista*»³², per l'allegoria repressiva³³ e per il marcato populismo³⁴ quale naturale esito del perseguimento di for-

quanti pretenda di risolvere: «Reprime conflitti anziché comporli (...) oppure nuovi conflitti sorgono per effetto dell'intervento penale nello stesso senso o in diversi contesti»; contro esasperate forme di criminalizzazione anticipata cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari-Roma, 1989, p. 479 ss.; ID., *Il diritto penale minimo*, in *Delitti e pene*, 1985, p. 493 ss.; ID., *Sul diritto penale minimo*, in *Foro it.*, 2000, V, c. 125 ss.; E.R. ZAFFARONI, *Alla ricerca delle pene perdute. Delegittimazione e dommatica giuridico-penale* (1989), trad. it. Napoli, 1994, p. 229 ss.; U. CURI-G. PALOMBARINI (a cura di), *Diritto penale minimo*, Roma, 2002; sui «costi sociali» derivanti dall'inflizione di sanzioni criminali, V. SCORDAMAGLIA, *Nuovo processo penale e politica criminale*, in *Pol. dir.*, 1992, 2, p. 433 ss.

³⁰ F. SGUBBI, *Il diritto penale totale*, Bologna, 2019, p. 22 ss.

³¹ Sull'ineffettività della giustizia penale, «drammaticamente insufficiente» nonostante proceda in regime di monopolio, cfr. M. PAVARINI, *Il "grottesco" della penologia contemporanea*, in *Diritto penale minimo*, cit., p. 266; per un compiuto quadro d'insieme sul problema dell'impunità penale, determinata anche dalla struttura stessa del sistema penale, cfr. A. BARATTA, *I diritti umani fra violenza strutturale e violenza punitiva*, in AA.VV., *Diritti dell'uomo e sistema penale*, a cura di S. MOCCIA, I, Napoli, 2002, p. 334 ss.; sul contenuto dell'effettività C.E. PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, Napoli, 2011, p. 30 ss.

³² Come scriveva A. BARATTA, *Prefazione a La perenne emergenza*, cit., p. XV, l'impostazione penalistica anziché «rivolgersi all'efficienza simbolica dei valori costituzionali, l'opzione è stata quella del simbolismo efficientista, proprio della politica "spettacolare"».

³³ Anche sul punto la letteratura è alquanto nutrita; per una «mappatura degli impieghi "simbolisti" del diritto penale» e sulle varie forme in cui si concretizza il diritto penale simbolico cfr. il recente lavoro di S. BONINI, *La funzione simbolica del diritto penale del bene giuridico*, Napoli, 2018, p. 146 ss. e p. 289 ss. a cui si rinvia per i riferimenti bibliografici.

³⁴ Si veda in proposito M. DONINI, *Populismo e ragione pubblica. Il post-illuminismo penale tra lex e ius*, Modena, 2019, p. 46 ss.; valgano sul punto le considerazioni svolte da D. PULITANÒ, *La cultura giuridica e la fabbrica delle leggi*, 28 ottobre 2015, in <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org>, p. 5, allorché afferma: «Con malinconico disincanto, dobbiamo considerare i correnti usi populistici della legislazione penale come un prodotto della democrazia, sia pure di una democrazia sfigurata. Nel campo di battaglia della politica a tutto tondo, il penale non è una pura risorsa tecnica, quale che ne sia il rivestimento retorico e ideologico. Di fronte a domande (di tutela o di ritenuta giustizia) provenienti dalla società e trasmesse dai media, la politica cerca risposte volte principalmente a coagulare consenso. La rappresentazione può essere politicamente più importante dell'efficacia reale; i due piani (rappresentazione e realtà) non coincidono». Più in generale, nell'ambito di una ricca letteratura cfr. ID., *Intervento*, in *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista. Un dibattito promosso dall'Associazione Italiana Professori di Diritto Penale* (21 dicembre 2016), in <https://www.penalecontemporaneo.it>; ID., *Populismi e penale. Sull'attuale situazione spirituale della giustizia penale*, in edizioniets.com/criminalia/2013, p. 123 ss.; G. FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, ivi (dal 2 settembre 2018), p. 95 ss.; A. SESSA, *Ostinata criminalizzazione della clandestinità e tenuta democra-*

me di beneplacito sociale³⁵); di un diritto penale che non si fa scrupoli di re-

tica del sistema: fondamento e limiti alle opzioni della politica criminale simbolica, in *La società punitiva*, cit., p. 20; sul diritto penale «intrinsecamente simbolico» v. C. SOTIS, *Intervento*, ivi, p. 14; sulle molteplici «forme di manifestazione» del simbolismo penale, v. S. BONINI, *Funzione «strumentale» e funzione «simbolica» del diritto penale, fra discorsività «critica» e discorsività «dialogica*, ivi, cit., p. 28.

³⁵ Anche in questo settore la letteratura è vastissima; senza pretese di esaustività ci limitiamo a segnalare le considerazioni svolte da L. FERRAJOLI, *Il populismo penale nell'età dei populismi politici*, in *Quest. giust.*, 2019, 1, p. 79, laddove sostiene che da molti anni l'uso demagogico e congiunturale del diritto penale, diretto a riflettere e ad alimentare la paura quale fonte di consenso elettorale tramite politiche e misure illiberali tanto inefficaci alla prevenzione della criminalità quanto promotrici di un sistema penale disuguale e pesantemente lesivo dei diritti fondamentali – in breve il populismo penale – forma un tratto caratteristico delle nostre politiche securitarie; ID., *Democrazia e paura*, in M. BOVERO-V. PAZÈ (a cura di), *La democrazia in nove lezioni*, Roma-Bari, 2010, p. 115 ss.; sulla legislazione penale funzionale a rimpinguare la 'fabbrica di illusioni' già E. MUSCO, *Consenso e legislazione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 85 ss.; sul «il condannato in carcere (che) viene percepito da molti come più sicurezza», cfr. D. PULITANÒ, *Il penale tra teoria e politica*, in *Dir. pen. contem. Riv. trim.*, 2020, 4, p. 3; censura «una sorta di integrazione tra una domanda di repressione esemplare, e quindi iniqua, che viene dalla società e le risposte condiscendenti della parte astuta del mondo politico» L. VIOLANTE, *L'infrausto riemergere del tipo di autore*, in *Quest. giust.*, 2019, 1, p. 101; critiche vengono mosse al legislatore che utilizza la sanzione penale nei termini di «una facile soluzione *prêt-à-porter*, a disposizione della classe politica di turno» D. BRUNELLI, *Introduzione ad un Confronto di idee su: «Diritto penale di lotta versus diritto penale di Governo: sconfiggere l'incomunicabilità o rassegnarsi all'irrelevanza»*, in *Arch. pen.*, 2019, 1, p. 1; sostiene G. AMARELLI, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto. Inquadramento dommatico, profili politico-criminali e problemi applicativi del nuovo art. 131-bis c.p.* (Prima parte), in *Studium Iuris*, 2015, 9, p. 969, che quasi sempre nelle opzioni del legislatore repubblicano in ambito penale hanno finito con il prevalere le contingenti valutazioni di natura simbolico-emergenziale orientate verso strategie di *law enforcement* tanto care alla politica in cerca di facili consensi, su quelle ponderate e lungimiranti mirate a costruire interventi di ampio respiro e di stampo garantista. Più in generale, con diversità di accentuazioni, cfr. F. SGOBBI, *Il diritto penale incerto ed efficace*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 4, p. 1193; G. FIANDACA, *Concezioni e modelli di diritto penale tra legislazione, prassi giudiziaria e dottrina*, in AA.VV., *La riforma del diritto penale*, a cura di L. PEPINO, Milano, 1993, p. 20 ss.; E. RESTA, *Paradossi del consenso*, in AA.VV., *Verso un nuovo codice penale. Itinerari – Problemi – Prospettive*, a cura del Centro Studi Giuridici e Sociali Cesare Terranova, Milano, 1993, p. 133 ss.; E. MUSCO, *Consenso e legislazione penale*, ivi, p. 151 ss.; C.E. PALIERO, *Diritto penale e consenso sociale*, ivi, p. 167 ss.; S. MOCCIA, *La perenne emergenza* cit., p. 28; nella dottrina straniera già T. PITCH, *Responsabilità limitate. Attori, conflitti e giustizia penale*, Milano, 1989, *passim*; D. GARLAND, *Punishment and Culture: The Symbolic Dimension of Criminal Justice*, in *Studies Law*, 1991, 11, p. 191 ss.; L. CHANCER-P. DONOVAN, *A Mass Psychology of Punishment: Crime and the Futility of Rationality Based Approaches*, in *Soc. Just.*, 1994, 3, p. 50 ss.; K. GÜNTHER, *Die symbolisch expressive Bedeutung der Strafe. Eine neue Straftheorie jenseits*

cuperare spazi più o meno marcati di colpa d'autore³⁶, che fondano la *ratio essendi* della punibilità sul modo di essere del soggetto³⁷, o di assecondare istanze eticizzanti³⁸ o, ancora, di riesumare forme di responsabilità penale

von *Vergeltung und Prävention?*, in C. PRITTWITZ-M. BAURMANN-K. GÜNTHER-L. KUHLER-R. MERKEL-C. NESTLER-L. SCHULZ, *Festeschrift für Klaus Lüderssen Zum 70. Geburtstag*, Baden Baden, 2002, p. 205 ss. Evidenzia il rischio che i «fenomeni sociali vengono camuffati per fatti criminali» cfr. A. BONDI, *Governo e garanzie ... e altri dualismi*, in *Ind. pen.*, 2017, 3, p. 701 ss.

³⁶ Sul tema in relazione a vari settori cfr. M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Quest. crim.*, 2009, p. 102, che attraverso il trattamento della "questione immigrati" vede emergere nuove forme di diritto penale d'autore; sull'accatone che viene «considerato pericoloso come persona e non per il fatto compiuto in contrasto con gli interessi meritevoli di tutela penale» cfr. A. MANNA, *Il diritto penale dell'immigrazione clandestina, tra simbolismo penale e colpa d'autore*, in *Cass. pen.*, 2011, 2, p. 47; più in generale nell'ambito di una ricca bibliografia, cfr. G. FLORA, *Verso un diritto penale del tipo d'autore*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 559 ss.; L. RISICATO, *Verso un diritto penale illiberale? La crisi di senso dell'intervento penale tra derive securitarie e paternalistiche*, in *Studi in onore di Mario Romano*, I, Napoli, 2011, p. 525 ss.; V. PLANTAMURA, *Lo stalker, il perverso e il clandestino: il ritorno del tipo d'autore nel diritto penale del terzo millennio*, in *Ind. pen.*, 2012, p. 372; sulle torsioni del sistema che è virato dal «diritto penale del fatto offensivo» al «diritto penale dell'autore pericoloso» cfr. E. MEZZETTI, *Gli eccessi del legislatore e l'irrelevanza autoreferenziale della dottrina penalistica*, *Arch. pen.*, 2019, 2, p. 1 ss.

³⁷ Contro una tale ricostruzione che pretende di fondare o escludere la punibilità ponendo alla base il modo di essere della persona cfr. A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*⁹, ed. riv. e agg. da V. MILITELLO-M. PARODI GIUSINO-A. SPENA, Milano, 2020, p. 369.

³⁸ Sul problema della deeticizzazione del diritto penale già C. ROXIN, *Strafzweck und Strafrechtsreform*, in J. BAUMANN (a cura di), *Programm für ein neues Strafgesetzbuch*, Frankfurt am Main, 1968, p. 75 ss.; com'è stato sostenuto da C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*⁶, Torino, 2020, p. 9, il diritto penale mediante la minaccia penale mira non già ad ottenere l'adeguamento della condotta individuale ad un astratto imperativo morale, bensì a disciplinare e indirizzare l'agire umano nella sfera sociale; sull'area del penalmente rilevante che non coincide con quella di ciò che è moralmente riprovevole cfr. G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*⁸, Bologna, 2019, p. 32. Andando più indietro nel tempo, com'è noto, si può far risalire agli illuministi (in particolare alle riflessioni di C. BECCARIA, *De' delitti e delle pene* (1764), rist. a cura di G.D. PISAPIA, Milano, 1973) il problema dei limiti al poter statale in rapporto alle garanzie individuali anche sotto il profilo della distinzione tra reato e peccato, tra violazione di una norma di legge e precetto morale; per ulteriori approfondimenti sul punto cfr. M. PELISSERO, *Principi generali di politica criminale*, in C.F. GROSSO-M. PELISSERO-D. PETRINI-P. PISA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*³, Milano, 2020, p. 48 ss.; con particolare riferimento alle riflessioni illuministiche relative alla «laicità del diritto penale e della funzione della pena rispetto alle commisioni con la morale e con la religione prevalenti sin dalla cultura più antica» cfr. S. ALEO, *Criminologia e sistema penale*, cit., p. 31 ss. Parte della dottrina (V. MAIELLO, *Il contradditt-*

calibrate su categorie soggettive già ai margini della società (si pensi ad esempio alla reintroduzione dell'art. 669-*bis* c.p. in materia di mendicizia molesta)³⁹, secondo la (censurata⁴⁰) logica della penalizzazione che si riproduce come categoria fondante⁴¹; soprattutto quanto un tale processo avviene con la 'normale' previsione di cornici edittali che pongono il regime sanzionatorio spesso ai limiti della ragionevolezza⁴².

Il quadro repressivo – imperniato sullo slogan «legge e ordine»⁴³ – si completa con il marcato uso di strumenti di natura preventiva, di cui alla discussa categoria delle misure *ante delictum* che certamente non rappresentano la migliore concretizzazione del principio di *extrema ratio* e della presunzione di innocenza⁴⁴.

torio nella Costituzione: una riforma tra politica, diritto penale e processo, in *Crit. dir.*, 1999, 2-3, p. 204) nell'affrontare la connotazione materiale ed offensiva della struttura oggettiva del reato (nell'ottica costituzionalmente orientata) rileva come la stessa venga espressa, in negativo, dal rifiuto delle concezioni sintomatiche, «le quali pongono al centro momenti di mera *Gesinnung*, le violazioni di un ordine di rilevanza puramente etico/religioso fondato sulla pretesa di fedeltà all'Autorità, ovvero sintesi di disfunzionalità sistemico/criminologiche».

³⁹In proposito sia consentito richiamare il nostro, *La "riesumazione" dell'accattonaggio (art. 669-bis c.p. dopo la l.n. 132/2018). Ovvero il continuum tra legislazione fascista e "pacchetti sicurezza"*, in *Costituzionalismo.it*, 2019, 1, p. 33 ss.

⁴⁰A. BARATTA-M. PAVARINI, *La frontiera mobile della penalità nei sistemi di controllo sociale della seconda metà del ventesimo secolo*, in *Delitti e pene*, 1998, 1, p. 16.

⁴¹Restano attuali, nell'ambito di una vasta letteratura, le considerazioni sull'andamento della nostra legislazione, svolte da G. FIANDACA-E. MUSCO, *Perdita di legittimazione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1, p. 23 ss.; C.E. PALIERO, *L'autunno del patriarca. Rinnovamento o trasformazione del diritto penale dei codici?*, ivi, 1994, 3, p. 1220 ss.; F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, Bologna, 1990.

⁴²Sul punto v. *infra* § 5.4.

⁴³Su tale slogan diventato «forse il principale *selling point* dei manifesti politici», cfr. Z. BAUMAN, *Modus vivendi. Inferno e utopia nel mondo liquido* (2006), trad. it. di S. D'amico, Roma-Bari, 2007, p. 12.

⁴⁴Nonostante l'evidente conflitto con i principi costituzionali (per un'indagine concernente l'origine delle misure di prevenzione, cfr. I. MEREU, *Cenni storici sulle misure di prevenzione nell'Italia "liberale" (1852-1894)*, AA.VV., *Le misure di prevenzione*, Atti del convegno di Alghero, a cura del Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale, Milano, 1975, p. 197 ss.; per una evoluzione delle misure di prevenzione cfr. le esaustive considerazioni svolte da G. VASSALLI, *Misure di prevenzione e diritto penale*, ivi, p. 1594 ss.) si assiste ad una loro progressiva espansione nei settori più diversi. Nell'ambito di una bibliografia vastissima cfr., per quanto concerne i profili di problematica costituzionalità, già F. BRICOLA, *Forme di tutela 'ante delictum' e profili costituzionali della prevenzione*, in AA.VV., *Le misure di prevenzione*, cit., p. 29 ss.; ID., *Politica criminale e politica penale dell'ordine*

Una chiara spiegazione delle ragioni dell'operato del legislatore, che hanno comportato una sorta di corto circuito istituzionale, si coglie nelle osservazioni svolte dalla dottrina quando afferma che: «alla prassi clemenziale sono riconducibili significati di conservazione delle scelte legislative di diritto criminale: di rilegittimazione dell'anima artificiale del diritto penale, figlia del dilettantismo e/o della callidità demagogica del legislatore, che nella ricordata 'militarizzazione dei bisogni collettivi di sicurezza' ha intravisto una comoda strada per ottenere ingannevoli effetti di rassicurazione sociale»⁴⁵.

1.3. Ampliamento del penalmente rilevante vs criminalità lieve

Una delle 'vittime' del massimalismo penalistico, come si anticipava, è stato il corretto funzionamento dei principi costituzionali in materia penale, con ovvie ripercussioni sul trattamento delle microviolazioni⁴⁶; la ricerca di strumenti alternativi alla sanzione penale ancorché dotati della stessa o di maggiore effettività⁴⁷, in linea con le esigenze di sussidiarietà del diritto penale⁴⁸ – come avremo modo di avvalorare nelle pagine seguenti – è stata

pubblico (a proposito della l. 22/5/75 n. 152), in Quest. crim., 1975, p. 221 ss.; sui numerosi interventi della Consulta cfr. P.V. MOLINARI, Misure di prevenzione, in Enc. dir., II, Agg., Milano, 1998, p. 551 ss.; P.V. MOLINARI-U. PAPADIA, Le misure di prevenzione nella legge fondamentale e nelle leggi antimafia, Milano, 1994; P. NUVOLONE, Misure di prevenzione e misure di sicurezza, in Enc. dir., XXVI, Milano, 1976, p. 634 ss.; G. FIANDACA, Misure di prevenzione, in Dig. disc. pen., VIII, Torino, 1994, p. 110 ss.; D. PETRINI, La prevenzione inutile. Illegittimità delle misure di praeter delictum, Napoli, 1996; A. MANGIONE, La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale, Padova, 2001; A.M. MAUGERI, Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo, Milano, 2001; R. GUERRINI-L. MAZZA-S. RIONDATO, Le misure di prevenzione, profili sostanziali e processuali, Padova, 2004; V. MAIELLO, La prevenzione patrimoniale in trasformazione, in Dir. pen. proc., 2009, 7, p. 805 ss.

⁴⁵ V. MAIELLO, *Clemenza e sistema penale. Amnistia e indulto dall'indulgentia principis all'idea dello scopo*, Napoli, 2007, p. 55.

⁴⁶ V. *supra* § 1.2.

⁴⁷ Evidenza la maggiore effettività della risposta sanzionatoria connessa alla depenalizzazione G. DE FRANCESCO, *Diritto penale. I fondamentali*, 2, Torino, 2011, p. 15 ss.

⁴⁸ Rimarca lo stretto legame tra la clausola dell'irrelevanza del fatto e il principio di sussidiarietà (il primo quale espressione del secondo) A. FIORELLA, *Commissione per la revisione del sistema penale – Relazione al Disegno di legge in materia di depenalizzazione e di deflazione del sistema penale* (14 dicembre 2012), punto 10, in <https://www.giustizia.it>.

‘sacrificata’ dal legislatore in nome di maggiori esigenze di tutela, alterate, sotto altri profili, dalla lente deformante della populistica rappresentazione mediatica della criminalità.

La tardiva immissione della causa generale della irrilevanza del fatto appare una naturale conseguenza dello svuotamento dei principi costituzionali in materia penale; la legislazione degli ultimi trent'anni si orienta, infatti, secondo cadenze opposte all'impostazione proveniente dal principio di sussidiarietà-*extrema ratio*⁴⁹ e di frammentarietà⁵⁰ del diritto penale. Paradossalmente, alla base di una tale costruzione è facile rinvenire un errore metodologico che non trova alcun riscontro sul terreno dell'efficacia⁵¹. In altri termini, la continua attivazione di risposte improntate alla pena detentiva viene ancorata su di una presunta ineffettività dei sistemi alternativi a quello penale, con la conseguenza che l'ampliamento dell'ambito del penalmente rilevante viene fondato sulla infruttuosità dei risultati raggiunti attraverso l'adozione di pene diverse da quelle privative della libertà. Si tratta, è stato segnalato, di un atteggiamento autopoietico del sistema penale che dà per verificata un'impostazione che necessita, all'opposto, di precisi supporti empirici; di modo che, richiamando il principio di sussidiarietà, se ne segna, nella realtà, il suo svuotamento, venendo ridotto a mera petizione di principio⁵².

⁴⁹ A. GARGANI, *Il diritto penale quale extrema ratio tra post-modernità e utopia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 3, p. 1488 ss., per i riferimenti alla penalizzazione come *prima ratio*.

⁵⁰ Va richiamata in proposito la nota raffigurazione (K. BINDING, *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrecht. Besonderer Teil*², Leipzig, 1902, p. 20 ss.) del legislatore che «tra le onde della vita quotidiana lascia giocare davanti ai suoi piedi le azioni, che dopo raccoglie con mano pigra, per elevarle a fattispecie delittuose a causa della loro intollerabilità. In principio egli ne percepisce soltanto le forme di manifestazione più grossolane. Ciò che è più sofisticato e raro, pur quando esiste, egli non lo percepisce o non lo sa cogliere. Questo spesso ha un contenuto illecito più grave di quanto è già sanzionato»; tale immagine, secondo G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 32, rende il significato del principio in esame; l'incompiutezza da esso evocato, mentre appariva come grave limite al famoso penalista tedesco, trova invece oggi giustificazione nello stesso modo di concepire il diritto penale; sul pensiero bindinghiano con riferimento al principio di frammentarietà cfr. le ampie considerazioni svolte da C.E. PALIERO, «Minima non curat praetor», cit., p. 159 ss.

⁵¹ Come affermato da C.E. PALIERO, *Il principio di effettività*, cit., pp. 27-28 la scarsa effettività è un 'lusso' che la pena non può 'permettersi', giacché l'ineffettività di una scelta criminalizzatrice non è solo espressione di disfunzionalità, ma è anche *costituzionalmente illegittima* in quanto contraria sia al canone "*in dubio pro libertate*" sia agli stessi principi di uguaglianza e di solidarietà sociale (artt. 13, 25, 3 e 2 Cost.).

⁵² E. LO MONTE, *Diritto penale e tutela dell'ambiente. Tra esigenze di effettività e simbolismo involutivo*, Milano, 2004, p. 417 ss.

Nell'ottica repressiva, dunque, occorre utilizzare la sanzione penale, perché le misure alternative sono incapaci di tutelare quel determinato bene giuridico. Tutto ciò è frutto di un errore teoretico che finisce per valorizzare, in linea con una discutibile «strategia brutale del randello»⁵³, gli aspetti meramente intimidativo-deterrenti e simbolico-espressivi della minaccia penale⁵⁴. Sul piano politico-criminale, invece, la corretta applicazione del principio di sussidiarietà-*extrema ratio* dell'intervento statale richiede che il ricorso alla pena detentiva avvenga successivamente all'uso di strumenti diversi da quelli penalistici; dopo, cioè, che l'analisi empirico-fenomenologica abbia dimostrato l'incapacità delle misure di contrasto alternative a regolare una data questione. Si eviterebbe in tal modo la disapplicazione di fatto del criterio normativo di sussidiarietà.

In un contesto di forte ampliamento della punibilità anche i fatti microviolatori, che si caratterizzano per una limitata capacità offensiva nei confronti dell'oggettività giuridica protetta, vengono assorbiti nell'alveo di pertinenza della sanzione penale nonostante le indicazioni costituzionali delineassero, come anticipato da F. Bricola circa cinquant'anni fa, il 'volto nuovo' dell'illecito penale⁵⁵.

Il dilatare del raggio di azione del diritto punitivo tramite la creazione di sempre nuove figure criminose, sovente di natura meramente bagatellare o giustificate da una lettura emergenziale della realtà che ha coinvolto anche il ruolo del bene giuridico, ha comportato la rinuncia alla previsione di istituti 'trasversali' di degradazione dell'illecito penale ispirati al principio di esiguità⁵⁶.

L'esperienza legislativa dimostra, invero, che il *topos* del bene giuridico si presta ad essere utilizzato, piuttosto che in funzione critico-delimitativa della punibilità, come criterio estensivo dell'area del penalmente rilevante⁵⁷. Infatti, la reale portata del bene giuridico viene piegata alle esigenze della legislazione emergenziale ultratrentennale; anche in questo caso è sufficien-

⁵³ F. STELLA, *Criminalità d'impresa: lotta di sumo e lotta di judo*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1998, 2-3, p. 471.

⁵⁴ E. LO MONTE, *Diritto penale*, cit., p. 418.

⁵⁵ F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nss. Dig. it.*, XIX, Torino, 1974, p. 7 ss.

⁵⁶ G. AMARELLI, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., p. 969.

⁵⁷ G. FIANDACA, *L'offensività è un principio codificabile?*, in AA.VV., *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul progetto Grosso*, a cura di A.M. STILE, Napoli, 2003, p. 141.

te richiamare, per la valenza paradigmatica, il concetto di sicurezza urbana quale «bene giuridico onnivoro» caratterizzato da scarsissima capacità selettiva dei comportamenti e «non privo di venature estetiche (il decoro delle città) e soggettivo-emozionali»⁵⁸.

Ed invero – sorvolando sull'ampia bibliografia inerente al settore – ci permettiamo richiamare «il costituzionalismo penale come metodo»⁵⁹ di F. Bricola e, dunque, l'impostazione che assegna alla Costituzione la forza di legittimare e vincolare il legislatore ordinario a perseguire le finalità dello Stato emergenti dalla Carta fondamentale, «nonché a non incriminare fatti che concretano l'esercizio di diritti costituzionali ovvero ad incriminare fatti che ledono beni, la tutela dei quali funge da limite rispetto ai diritti medesimi»⁶⁰. Dai principi costituzionali delineati negli artt. 25 co. 2°, 27 co. 1° e 3°, 13 (quest'ultimo che riconosce un «valore del tutto preminente alla libertà personale»⁶¹) si ricava il fatto che la sanzione penale dev'essere inflitta in via sussidiaria⁶² e nei termini di *extrema ratio*⁶³. Conseguenze da ciò che l'in-

⁵⁸ C. RUGA RIVA-R. CORNELLI-A. SQUAZZONI-P. RONDINI- B. BISCOTTI, *La sicurezza urbana e i suoi custodi (il Sindaco, il Questore e il Prefetto). Un contributo interdisciplinare sul c.d. decreto Minniti*, in *Dir. pen. cont. riv. trim.*, 2017, 4, p. 226, la sicurezza urbana più che come bene giuridico afferrabile «si pone come un'aspirazione esistenziale alla vita serena» ovvero come «obiettivo politico di benessere delle comunità territoriali». A ben vedere siamo al cospetto di un'operazione non nuova nell'ambito del diritto penale, spesso utilizzata, in passato, per emarginare la reale portata del bene giuridico e, quindi, limitandone il ruolo critico-selettivo attraverso la valorizzazione, all'opposto, della funzione meramente interpretativa; l'esempio forse più efficace della svalutazione del bene giuridico si può ricavare riflettendo sull'opera di alcuni 'pensatori' di punta della *Kieler-Richtung* (F. SCHAFFSTEIN, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, Berlin, 1935, p. 108 ss.; ID., *Der Streit um das Rechtsgutsverletzungsdogma*, in *Deutsch Strafrecht*, 1937, p. 335 ss.; ID., *Rechtswidrigkeit und Schuld im Aufbau des neuen Strafrechtssystems* in G. DAHM-F. SCHAFFSTEIN, *Methode und System des neuen Strafrechts*, Berlin, 1938, p. 71 ss.; G. DAHM, *Der Tätertyp im Strafrecht. Sonderausgabe aus der Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Heinrich Siber*, Leipzig, 1940, p. 31 ss.) i quali, come autorevolmente segnalato (F. STELLA, *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, 1, p. 5), depurarono il concetto di bene giuridico da ogni connotazione liberale fino a ridurlo a mero scopo della norma penale, non diversamente da come si è verificato nella legislazione dell'emergenza.

⁵⁹ Per utilizzare il titolo di un lavoro di M. DONINI, *L'eredità di Bricola e il costituzionalismo penale come metodo. Radici nazionali e sviluppi sovranazionali*, in *Dir. pen. cont. riv. trim.*, 2012, 2, p. 50 ss.

⁶⁰ Così F. BRICOLA, *Teoria generale*, cit., p. 14.

⁶¹ F. BRICOLA, *op. ult. cit.*, p. 15.

⁶² Sulla frammentarietà nel diritto penale cfr. le considerazioni precedentemente svolte da M. MAIWALD, *Zum fragmentarischen Charakter*, in *Festschrift für R. Maurach zum 70.*

tervento sanzionatorio per essere giustificato richiede che vi sia stata una violazione di una norma che tutela un bene giuridico «il quale se pure di non pari grado rispetto al valore (libertà personale) sacrificato sia almeno dotato di rilievo costituzionale. Ossia: l'illecito penale può concretarsi esclusivamente in una *significativa* lesione di un valore costituzionalmente rilevante»⁶⁴. In ordine alla rilevanza costituzionale del bene giuridico da salvaguardare viene evidenziato che essa va intesa non come «*non antitetività* del bene rispetto alla Costituzione, bensì assunzione del medesimo tra i valori esplicitamente o implicitamente garantiti dalla Carta costituzionale»⁶⁵. Discende da ciò il principio per cui quanto più è alto il livello che il bene occupa all'interno del sistema dei valori recepito dalla Costituzione, tanto più trova fondamento l'infrazione di pena per quelle condotte caratterizzate da dannosità sociale. Viceversa, quanto più il livello del bene scende nella scala dei valori, tanto più l'intervento penale deve dotarsi di sussidiarietà-*extrema ratio*⁶⁶ e di frammentarietà come suo corollario.

Geburtstag, Karlsruhe, 1972, p. 9 ss.; il principio di frammentarietà intende sottolineare come il legislatore penale non sia di norma interessato alla tutela onnicomprensiva, 'a trecento-sessanta gradi', di un bene giuridico anche se di grande pregio: la soglia della (percezione dell') illiceità penale viene raggiunta, in rapporto all'offesa di un determinato interesse, solo saltuariamente e selettivamente, quando una certa modalità di aggressione esprime un connotato di disvalore specifico, tale da rendere conclusivamente intollerabile il pregiudizio del bene protetto, cfr. G. DE VERO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2020, p. 371; evidenziava l'«eclissi del principio di frammentarietà» già C.E. PALIERO, «Minima non curat praetor», cit., p. 159 ss.

⁶³ F. BRICOLA, *Carattere "sussidiario" del diritto penale e oggetto di tutela*, in AA.VV., *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, I, Milano, 1984, p. 99 ss.

⁶⁴ Ancora F. BRICOLA, *op. ult. cit.*, pp. 15-16.

⁶⁵ F. BRICOLA, *op. loc. ult. cit.*

⁶⁶ G. FIANDACA, *Il "bene giuridico" come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in G. MARINUCCI-E. DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, p. 173. Il carattere sussidiario del diritto penale, che possiamo far risalire al giusrazionalismo, esprime, secondo F. ANGIANI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, p. 215, la nota caratterizzante che il ricorso alla sanzione penale, oltre che necessario, debba essere conforme allo scopo. Più in generale sui problemi di una giustificazione razionale del diritto penale come mezzo per realizzare scopi sociali, cfr. M. BAURMANN, *Zweckrationalität und Strafrecht*, Wiesbaden, 1987; in precedenza cfr. G. MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *Jus*, 1974, 4, p. 463 ss. Com'è stato altresì segnalato, «l'utilizzazione della sanzione penale è legittima nella misura in cui si riveli uno strumento promettente in vista di un'efficace tutela del bene giuridico: laddove, invece, la prospettiva della sanzione punitiva appaia sin dall'inizio inidonea a conseguire l'obiettivo perseguito, il ricorso ad essa appare illegittimo perché inutili e ingiustificati ne risulterebbero

Si tratta di considerazioni del tutto disapplicate dal legislatore, che ha finito per 'trascurare' i vari principi che rappresentano, a ben vedere, il fondamento della non punibilità dei fatti caratterizzati da scarsa dannosità sociale; sotto questo profilo vengono in evidenza, con particolare rilevanza, i principi della meritevolezza⁶⁷, della proporzionalità e del finalismo rieducativo della pena⁶⁸. Sorte non diversa è toccata anche al principio di offensivi-

i costi a carico del singolo condannato» cfr. G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 29; la stessa dottrina specifica che il principio di sussidiarietà, così inteso, come espressione dell'*extrema ratio* del diritto penale e come conformità allo scopo, costituisce un aspetto particolare del più generale principio di proporzione. Alla luce dei richiami appena svolti può ammettersi la restrizione dei diritti del singolo individuo solo nei casi di stretta necessità; sul punto cfr. Arth. KAUFMANN, *Subsidiaritätsprinzip und Strafrecht*, in *Festschrift für H. Henkel*, Berlin-New York, 1974, p. 90 ss., e secondo i più moderni orientamenti di politica criminale, la valutazione in ordine all'effettiva necessità della sanzione penale costituisce un criterio fondamentale per arginare l'abuso indiscriminato in sede legislativa, «che costituisce una caratteristica negativa di molti sistemi giuridici moderni (e soprattutto di quello italiano)», così T. PADOVANI, *Diritto penale*¹², Milano, 2019, p. 3. Il principio di sussidiarietà è stato espressamente riconosciuto dal legislatore – almeno a livello di buone intenzioni, salvo poi essere vanificato nei fatti – come criterio fondamentale di politica criminale nella scelta tra sanzioni penali e sanzioni amministrative fino ad essere recepito nelle Circolari della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 19 dicembre 1983, in *Gazz. Uff.*, suppl. ord. n. 22 del 23 gennaio 1984 e del 5 febbraio 1986, in *Gazz. Uff.* 18 marzo 1986, n. 64; in proposito cfr. T. PADOVANI, *La distribuzione di sanzioni penali e di sanzioni amministrative secondo l'esperienza italiana*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, p. 952 ss.; G. LATTANZI, *Sanzioni penali e sanzioni amministrative. Criteri di scelta e canoni modali in una Circolare della Presidenza del Consiglio*, in *Foro it.*, 1985, V, c. 251 ss.; F. PALAZZO, *I criteri di riparto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative*, in *Ind. pen.*, 1986, 1, p. 35 ss.; M. PARODI GIUSINO, *Il ruolo del bene giuridico nella formulazione delle fattispecie penali. Osservazioni sui criteri indicati dalla Circolare della Presidenza del Consiglio dei ministri in data 19 dicembre 1983*, in AA.VV., *Verso un nuovo codice penale. Itinerari – Problemi – Prospettive*, Milano, 1993, p. 459 ss.; G. FORTI, *L'immane concretezza. Metamorfofi del crimine e controllo penale*, Milano, 2000, p. 149 ss.

⁶⁷ M. ROMANO, «Meritevolezza di pena», «bisogno di pena» e teoria del reato, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 39 ss.

⁶⁸ Il problema relativo al trattamento sanzionatorio dei fatti caratterizzati da lieve dannosità sociale in riferimento alla funzione della pena si coglie riflettendo sul fatto che in tali ipotesi la privazione della libertà si presenta del tutto sproporzionata rispetto al fatto commesso, nonostante i possibili contemperamenti risultanti dall'applicabilità delle circostanze attenuanti. Si tratta, a ben vedere, di applicare una pena detentiva di breve durata, verso cui la scienza del diritto penale, unanimemente, va segnalando «la sua avversione almeno dai tempi di v. Liszt» (cfr. L. MONACO, *Le pene sostitutive tra sistema penale "legale" e sistema "reale"*, in *Arch. pen.*, 1984, p. 277), in quanto ritenuta inefficace, desocializzante e criminogena (sul punto, per una compiuta analisi, anche di ordine comparatistico, già E. DOLCINI-C.E. PALIERO, *Il carcere ha alternative? Le sanzioni sostitutive della detenzione di breve*

tà⁶⁹ spesso eluso nella legislazione penale degli ultimi decenni in favore di forme sempre più accentuate di anticipazione dell'intervento penale⁷⁰; un esempio, quale *pars pro toto*, può essere sufficiente a comprendere l'aspezzazione dell'anticipazione della tutela spinta a livelli tali che non hanno nulla da invidiare alle prese di posizione del legislatore fascista. In una tale ottica è sufficiente richiamare i mezzi di contrasto in tema di 'teppismo da stadio' con la previsione della pena limitativa della libertà (l'arresto da tre a diciotto mesi e con l'ammenda da centocinquanta a cinquecento euro) per il mero 'possesso di artifici pirotecnici' (razzi, bengala, fuochi artificiali e petardi);

durata nell'esperienza europea, Milano, 1989, p. 5 ss.). Una carcerazione di breve durata rende difficile, proprio per il poco tempo a disposizione, procedere ad una strategia di recupero del condannato, laddove l'ambiente carcerario – definito «scuola di delinquenza» da G. PECORELLA, *Societas delinquere potest*, in *Riv. giur. lav.*, 1977, IV, p. 362 – contribuisce certamente all'«abbruttimento spirituale» (cfr. E. WIESNET, *Die verratene Verschönerung: zum Verhältnis von Christentum und Strafe*, Düsseldorf, 1980, trad. a cura di L. Eusebi, *Pena e retribuzione: la riconciliazione tradita. Sul rapporto tra cristianesimo e pena*, Milano, 1987, p. 131) del prevenuto. Lo stesso A. specifica, inoltre: «che un detenuto abbia in carcere la possibilità di 'riflettere sull'illegittimità della sua condotta' è opinione tuttora molto diffusa, la quale rivela peraltro conoscenze assai approssimative sulla realtà dell'esecuzione penale». Per ulteriori spunti di riflessione si v. G. GRASSO, *Le sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi: osservazioni critiche ad un recente progetto di legge*, in *Jus*, 1980, p. 252 ss.; ID., *La riforma del sistema sanzionatorio: le nuove pene sostitutive della detenzione di breve durata*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 1423 ss.; F. BRICOLA, *Crisi del Welfare-State e sistema punitivo*, in *Pol. dir.*, 1982, 1, p. 69; T. PADOVANI, *L'utopia punitiva. Il problema delle alternative alla detenzione nella sua dimensione storica*, Milano, 1981, p. 21 ss.; F. PALAZZO, *Le pene sostitutive: nuove sanzioni autonome o benefici con contenuto sanzionatorio?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 819 ss. Inoltre, l'inflazione di pene detentive, quantunque brevi, a fronte di fenomeni caratterizzati da scarso disvalore sociale potrebbe generare nella collettività addirittura sentimenti di insofferenza nei confronti dell'ordinamento, con gravi ripercussioni sulla funzione di risocializzazione della pena. Infine, il raffronto tra un fatto di lieve entità e la privazione della libertà potrebbe essere avvertita in termini di sopruso non solo dal singolo ma anche dalla generalità dei consociati; laddove misure alternative sarebbero in grado di conseguire migliori risultati, come si è tentato di fare, ad esempio, in quei Paesi in cui sono state adottate soluzioni alternative. Il riferimento va alla Germania con il Progetto di legge contro i furti nei grandi magazzini del 1974 (AE-GLD) (cfr. l'*Entwurf eines Gesetzes gegen Ladendiebstahl (AE-GLD)*, oppure all'*Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der Betriebjustiz (AE-BJG)*), entrambe le traduzioni possono leggersi in C.E. PALIERO, *Minima non curat praetor*, cit., pp. 572 ss. e 599 ss.).

⁶⁹ Sul rapporto tra esiguità del fatto e principio di offensività v. *infra* § 2.3.

⁷⁰ Il principio di offensività, invece, letto insieme a quelli di *extrema ratio*, di proporzione, di ragionevolezza e al vincolo della funzione rieducativa della pena, condiziona lo sviluppo di un grande programma di politica criminale costituzionalmente orientato, in tal senso cfr. M. DONINI, *Teoria del reato*, in *Dig. disc. pen.*, XIV, Torino, 1999, p. 273.

fattispecie introdotta dalla l. n. 88/2003, di conversione del d. l. n. 28/2003, che si raccorda armonicamente con la filosofia di fondo della l. n. 377/2001⁷¹ e successivamente trasformata in delitto dall'art. 3 del d. l. n. 8/2007 (con maggiorazione di pena: reclusione da sei mesi a tre anni e multa da mille a cinquemila euro).

1.4. Le ricadute sul sistema penale, processuale e penitenziario

Un tale filosofia ispirata ad un esasperato panpenalismo non poteva che generare le rilevanti e ben note ricadute non solo sul sistema di diritto penale sostanziale ma anche su quello processuale e penitenziario (con particolare

⁷¹ È stato segnalato in proposito come la struttura della nuova figura criminosa, finendo per sanzionare il semplice possesso di artifici pirotecnici, possa essere riportata nella categoria dei reati di sospetto (da sempre ritenuta ispirata alla modellistica del 'diritto penale d'autore'), cfr. V. MANES, *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza* (10 ottobre 2011), in <https://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu>, p. 106, che rimarca l'«utilizzo “difensivo” del principio di offensività» da parte della Corte costituzionale – sent. n. 249/2010 – con tutte le ben note problematiche di ordine costituzionale – in riferimento al rispetto del principio di offensività – che questa categoria di reati solleva. La norma anticipa l'intervento penale fino a colpire meri comportamenti prodromici, del tutto svincolati dall'offesa per il bene giuridico protetto. La fattispecie di possesso ingiustificato di artifici pirotecnici presenta marcate analogie con la fattispecie di cui all'art. 707 c.p., che punisce, com'è noto, il possesso ingiustificato di chiavi alterate o di grimaldelli, e sulla quale è stata chiamata, più volte, ad intervenire la Corte costituzionale (Corte cost., 2 febbraio 1971, n. 14, in *Riv. pen.*, 1971, II, p. 137 che ha dichiarato l'art. 707 c.p. costituzionalmente illegittimo. Successivamente il Tribunale di Torino sollevava questione di legittimità costituzionale perché l'art. 707 c.p. avrebbe «i tratti di una sorta di reato d'autore, in aperta violazione del principio di offensività del reato, che nella sua accezione astratta costituisce un limite alla discrezionalità legislativa in materia penale» e come tale violerebbe gli artt. 3, 13, 24 co. 2, 25 co. 2, 27, co. 1, 2, 3 della legge fondamentale; la Corte cost. – sentenza n. 265 del 23 giugno 2005, in <https://www.giurcost.org> – ha dichiarato non fondate le questioni sollevate). Ma, con la l. n. 88/2003, il legislatore è andato ben oltre l'impostazione del codice Rocco, perché l'art. 707 c.p. richiede, ai fini della configurabilità della contravvenzione, lo *status* di condannato dell'agente (Cass. 24 ottobre 1956, in *Riv. pen.*, 1957, II, p. 115), cosa invece che non si verifica con la figura del possesso di artifici pirotecnici, ove per l'applicazione della sanzione ci si 'accontenta' del mero possesso di razzi, bengala, fuochi artificiali, cfr. E. LO MONTE, *Considerazioni sulla recente normativa in tema di violenza sugli stadi: un «calcio» ai teppisti e due ai principi dello Stato di diritto*, in *Cass. pen.*, 2005, II, p. 1465 ss. Per ulteriori riferimenti, in relazione ai profili di indeterminatezza della fattispecie, che chiamano in causa l'art. 131-bis c.p. v. *infra* § 4.4.3.

riferimento alla questione del sovraffollamento carcerario⁷² che ha spinto, in passato, il legislatore ad interventi di contenimento come nel caso della l. n. 663/1986⁷³).

In via di estrema sintesi: gli effetti dell'irrazionalità di una tale impostazione sul sistema di diritto penale sostanziale – oltre alle accennate violazioni del corretto funzionamento delle opzioni costituzionali – si colgono riflettendo sui tentativi statuali di 'gestire' una situazione fortemente critica sul piano politico-criminale: il pensiero corre alla strumentalizzazione della clemenza. È stato segnalato in proposito che i provvedimenti di clemenza (amnistie e indulti) «hanno rappresentato il rovescio speculare dei processi di criminalizzazione primaria, costituendo, spesso, la risposta indulgenziale a scelte repressive puramente simboliche. Le medesime che, nella pratica impossibilità di attingere un adeguato livello di effettività, hanno finito per ricevere proprio dalle cause di clemenza generale una sostanziale (ri)legittimazione politico-criminale»⁷⁴. La clemenza, viene segnalato dalla stessa dottrina, ha «costituito un eccezionale strumento autopoietico, al servizio della 'chiusura' del sistema penale di ispirazione simbolico-espressiva: il potere di amnistia ed indulto è stato concepito ed esercitato quale forma auto-referenziale del sistema penale razionalmente dis-misurato; in pratica, come meccanismo di riproduzione, secondo scansioni ricorsive e chiuse, dei suoi elementi identificativi»⁷⁵.

In sintesi: un vero e proprio meccanismo di criminalizzazione esasperata a cui fanno da contraltare provvedimenti di segno opposto; un *modus operandi* privo di qualunque razionalità che può comprendersi solo utilizzando chiavi di lettura più consone ad altre discipline: ci riferiamo alla c.d. teoria del caos⁷⁶.

⁷² Considera il sovraffollamento carcerario «come l'epifenomeno di una serie di problemi sociologici e criminologici estremamente seri, che non meritano di essere considerati soltanto dal punto di vista delle responsabilità dell'esecutivo per non essere stato capace di offrire un regime carcerario all'altezza degli standards europei» M. RONCO, *I decreti delegati al Governo in tema di riforma del sistema sanzionatorio*, in *Arch. pen.*, 2014, 2, pp. 6-7.

⁷³ La c.d. legge Gozzini veniva emanata con l'intento di far fronte ad esigenze di 'decarcerizzazione' anche se, è stato evidenziato (cfr. G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 765), agli effetti positivi di riduzione dell'area del carcere ha comportato «un fenomeno di "fuga" dalla pena detentiva determinata da orientamenti in realtà eccessivamente "indulgenzialistici"».

⁷⁴ V. MAIELLO, *Clemenza e sistema penale*, cit., p. 55.

⁷⁵ V. MAIELLO, *op. ult. cit.*, pp. 57-58.

⁷⁶ Si veda in proposito J. GLEICK, *Caos. La nascita di una nuova scienza* (1987), Milano, 2016, p. 39 ss.; più in generale sull'argomento cfr. I. PRIGOGINE-I. STENGERS., *La nouvelle alliance* (Paris, 1979), trad. it. *La nuova alleanza. Metamorfosi della scienza*, Torino, 1999;

Gli esiti di una tale 'filosofia' sul terreno processuale, con particolare riferimento alla «eccessiva durata dei giudizi»⁷⁷, agli «interminabili tempi della giustizia»⁷⁸ o alla dilatazione dei tempi di celebrazione del processo⁷⁹, sono noti per essere in questa sede anche solo richiamati⁸⁰. La situazione di grave crisi della giustizia penale⁸¹ – efficacemente raffigurata nei termini di

I. PRIGOGINE, *La fin des certitudes. Temps, chaos et lois de la nature* (Paris, 2001), trad. it. *La fine delle certezze. Il tempo, il caos e le leggi della natura*, Torino, 2014, richiamati da S. ALEO, *Profili e ragioni di destrutturazione*, cit., p. 255. E, infatti, di «“caoticità” del sistema» ha scritto a proposito della l. n. 67/2014 per una depenalizzazione in cui «“misteriose”» sono le ragioni per la scelta dei reati da trasformare in illeciti amministrativi, G. LOSAPPIO, *Depenalizzazione, tranquillità personale e inquinamento acustico. L'art. 659 e la delega per la depenalizzazione delle contravvenzioni del c.p.* (4 novembre 2015), in <https://archiviopdc.dirittopenaleuomo.org>, p. 3.

⁷⁷ Recentemente cfr. Corte cost., 18 novembre 2020, n. 278, in <https://www.corte costituzionale.it>, con nota di G.L. GATTA, *Emergenza Covid e sospensione della prescrizione del reato: la Consulta fa leva sull'art. 159 c.p. per escludere la violazione del principio di irretroattività ribadendo al contempo la natura sostanziale della prescrizione, coperta dalla garanzia dell'art. 25, co. 2 Cost.* (26 dicembre 2020), in <https://sistemapenale.it>.

⁷⁸ F. MANTOVANI, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Giust. pen.*, 2015, II, c. 321.

⁷⁹ Sulle sollecitazioni al legislatore di evitare la dilatazione dei tempi processuali che «può assumere dimensioni imponenti in dibattimenti complessi (...) produce costi significativi, in termini tanto di ragionevole durata del processo, quanto di efficiente amministrazione della giustizia penale» cfr. Corte cost., 20 maggio 2019, n. 132, in <https://www.corte costituzionale.it>.

⁸⁰ Le statistiche, del resto, sono di una chiarezza difficilmente confutabile; dal sito del Ministero della giustizia (<https://www.giustizia.it/giustizia/it>) si ricava che all'anno 2021 il numero dei processi penali pendenti è di 1.566.722 (23.736 innanzi alla Corte di Cassazione; 262.761 presso la Corte di Appello; 1.139.491 di competenza del Tribunale ordinario; 41.320 davanti al Tribunale per i minorenni; 99.414 di spettanza del Giudice di Pace); riporta (27 dicembre 2019) il quotidiano *Il Sole 24 Ore* (<https://www.ilsole24ore.com>) che la durata media del processo penale è di quattro anni e quattro mesi e che i tempi nei tre gradi di giudizio salgono a sei anni nei distretti di Roma e Napoli. In proposito si rinvia alla più completa analisi di G. LOSAPPIO-S. ADUASIO, *Il rapporto 2016 (per il 2014) della “Commissione Europea per l'Efficienza della Giustizia” in seno al Consiglio d'Europa* (26 gennaio 2017), in <https://archiviopdc.dirittopenaleuomo.org>, che evidenziano: «In Italia i risultati nella classifica del Disposition Time sono ancora peggiori rispetto a quelli del Clearance Rate. I dati sono negativi (se non pessimi) sia in prospettiva diacronica che sincronica: la durata dei procedimenti penali è costantemente aumentata: 329 giorni nel 2010, 370 giorni nel 2012, 386 giorni nel 2014, ovvero la performance più negativa tra quelle registrate nei 45 paesi esaminati dal rapporto».

⁸¹ Il nostro sistema giuridico e giudiziario – afferma S. ALEO, *Dei giuristi e dintorni*, Padova, 2014, p. 382 – «appare a tutti fallimentare dal punto di vista dell'efficienza, cioè dei risultati, dei tempi, dei costi».

«macchina “ingolfata” che gira a vuoto»⁸² – può essere sintetizzata nelle affermazioni svolte recentemente dalla dottrina quando sostiene: «Da molti anni la complessa macchina della nostra giustizia penale soffre di una situazione di affaticamento e ingolfamento, di cui i lunghi tempi processuali e la prescrizione falcidiante sono solamente la manifestazione estrema, più visibile e meno tollerabile»; e, dunque, risulta affetta da una «malattia cronica e alla lunga letale»⁸³.

Non meno problematica è la situazione concernente il sistema carcerario⁸⁴; è sufficiente in proposito richiamare gli interventi della Corte EDU ed in particolare la cd. sentenza Torreggiani⁸⁵; la Corte europea dei diritti dell'uomo – investita, dopo la sentenza Sulejmanovic c. Italia, del 16 luglio 2009 (ric. n. 22635/03)⁸⁶, di centinaia di ricorsi da parte di detenuti italiani

⁸² G. INSOLERA, *La macchina “ingolfata” della giustizia penale, il processo e la pena*, in *Quest. giust.* (5 luglio 2015), consultabile sul sito <https://www.questionegiustizia.it>.

⁸³ Lo evidenzia con estrema efficacia F. PALAZZO, *I profili di diritto sostanziale della riforma penale*, cit., p. 3, a proposito della recente riforma Cartabia; per un quadro d'insieme della l. n. 134/2021 cfr. G.L. GATTA, *Le modifiche introdotte dalla Riforma Cartabia*, in *Codice penale commentato*⁵, fondato da E. DOLCINI e G. MARINUCCI, *Addenda di aggiornamento*, Milano, 2021, p. 1 ss.

⁸⁴ La capienza regolamentare degli istituti di pena – come si legge sul sito <https://www.giustizia.it/giustizia/it> del Ministero della Giustizia – è di 50.931 mentre (alla data del 29 febbraio 2020) il numero dei detenuti raggiunge la cifra di 61.230; i condannati non definitivi sono pari a 9.032 e coloro che si trovano in attesa di primo giudizio ammontano a 9.920. L'aspetto più rilevante di tali dati è che sommando le ultime due voci si ottiene una percentuale superiore al trenta per cento di persone in attesa di giudizio definitivo.

⁸⁵ Corte EDU, Sez. II, sent. 8 gennaio 2013, Torreggiani e a. c. Italia, ric. n. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10, in <https://hudoc.echr.coe.int>. Per un commento alla decisione cfr. G. DELLA MORTE, *La situazione carceraria italiana viola strutturalmente gli standard sui diritti umani (a margine della sentenza Torreggiani c. Italia)*, in *Dir. umani e dir. internaz.*, 2013, p. 147 ss.; M. DOVA, *Torreggiani c. Italia, un barlume di speranza nella cronaca del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 2, p. 948 ss.; G. TAMBURINO, *La sentenza Torreggiani e altri della Corte di Strasburgo*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 11 ss.; A. FERRARO, *La particolare tenuità del fatto tra principi costituzionali ed esigenze di efficienza del sistema*, in A. MARANDOLA-K. LA REGINA-R. APRATI (a cura di), *Verso un processo penale accelerato. Riflessioni intorno alla l. 67/2014 al D.Lgs. 28/2015 e al D.L. 2798/2014*, Napoli, 2015, p. 63.

⁸⁶ In <https://www.giustizia.it/giustizia/it>. Si tratta della decisione in materia di condizioni di detenzione; il ricorrente, detenuto nel carcere romano di Rebibbia, aveva condiviso dal gennaio all'aprile del 2003 una cella di 16,20 m² con altri 5 detenuti (risultando così lo spazio disponibile per ciascuno di 2,7 m²). Tenuto conto che il Comitato per la prevenzione della tortura (istituito dal Consiglio d'Europa) ha fissato in 7 m² lo spazio minimo per detenuto, la Corte ha constatato una violazione. Essa ha motivato che – sebbene non sia possibile sta-

che lamentavano la violazione del proprio diritto a non subire pene o trattamenti inumani o degradanti in conseguenza del sovraffollamento carcerario⁸⁷ – ha pronunciato una sentenza pilota contro il nostro Paese, accertando nel caso concreto la violazione dell'art. 3 CEDU a danno di sette ricorrenti e, contestualmente, ingiungendo allo Stato italiano di introdurre, entro il termine di un anno dal momento in cui la sentenza della Corte sarà divenuta definitiva, «un ricorso o un insieme di ricorsi interni idonei ad offrire un ristoro adeguato e sufficiente per i casi di sovraffollamento carcerario, in conformità ai principi stabiliti dalla giurisprudenza della Corte»⁸⁸. Dalla Corte

bilire in maniera certa e definitiva lo spazio personale che deve essere riconosciuto a ciascun detenuto ai termini della Convenzione – la mancanza evidente di spazio personale costituisce violazione dell'art. 3 CEDU, relativo al divieto di trattamenti inumani e degradanti; sulla sentenza cfr. M. BORTOLATO, *Sovraffollamento carcerario e trattamenti disumani o degradanti*, in *Quest. giust.*, 2009, p. 111 ss.; L. EUSEBI, *Ripensare le modalità delle risposte ai reati traendo spunto da C. eur. dir. uomo 19 giugno 2009, Sulejmanovic c. Italie*, in *Cass. pen.*, 2009, 12, p. 4938 ss.

⁸⁷ Sul problema del sovraffollamento carcerario, tenendo presente i rapporti del Consiglio d'Europa, cfr. E. DOLCINI, *La "questione penitenziaria" nella prospettiva del penalista: un provvisorio bilancio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1655 ss.; ID., *L'Europa in cammino verso carceri meno affollate e meno lontane da accettabili standard di umanità*, in (16 marzo 2016), <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org>. Dall'analisi dei dati statistici viene evidenziato che dal 2010 ad oggi la popolazione carceraria è calata in misura consistente; negli ultimi due anni, però, la popolazione carceraria ha ripreso a crescere a ritmi assai sostenuti, cfr. A. DELLA BELLA, *Il carcere oggi: tra diritti negati e promesse di rieducazione*, *Riv. tri. dir. pen. cont.*, 1917, 4, p. 42 ss. Sulla questione del sovraffollamento carcerario nel rapporto tra CEDU e Costituzione repubblicana, cfr. A. MANNA, *Corso di diritto penale. Parte generale*⁴, Padova, 2017, p. 631 ss. Sulla crisi del carcere frutto di varie cause, tra cui sovraffollamento, numero impressionante di suicidi e di autolesionismo se paragonato ai tassi percentuali della popolazione libera, ozio forzato e degradante, annullamento di qualunque pur raro sforzo di responsabilizzazione, dall'abbruttimento dovuto alle conseguenze della mancanza di 'affettività' cfr. F. PALAZZO, *Crisi del carcere e culture di riforma*, in *Riv. tri. dir. pen. cont.*, 2017, 4, p. 5 ss.; sul tema, si veda anche G. MANNOZZI, *Crisi del sistema sanzionatorio e prospettive di riforma: un dialogo tra storia, diritto ed arte*, ivi, p. 98 ss.; A. PUGIOTTO, *La parabola del sovraffollamento carcerario e i suoi insegnamenti costituzionalistici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 3, p. 1204 ss. Sul sovraffollamento carcerario, con particolare riferimento alle modalità di calcolo della superficie della cella cfr. Cass. pen. Sez. I, 13 dicembre 2016, n. 52819, in <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org>, con nota di M. MARIOTTI, *Ancora sul sovraffollamento carcerario: nel calcolo della superficie della cella è compreso lo spazio del letto? La Cassazione interpreta la giurisprudenza di Strasburgo in modo particolarmente favorevole ai detenuti* (29 marzo 2017), ivi; G. TORRENTE, *La popolazione detenuta in Italia tra sforzi riduzionisti e nuove tentazioni populiste* (27 ottobre 2016), ivi; A. MARTUFI, *Sovraffollamento carcerario e mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie: le alternative al carcere nel diritto dell'Unione europea* (5 luglio 2016), ivi.

⁸⁸ Così F. VIGANÒ, *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri*

EDU veniva intimato di predisporre rimedi non solo *ex post* – come la previsione di strumenti (ricorsi) utilizzabili dai detenuti per contestare la situazione in cui erano costretti a vivere – ma anche misure *ex ante*⁸⁹.

Le conseguenze – e, quindi, la necessità dell'introduzione dell'innovativa previsione di cui all'art. 131-*bis* c.p. – sul sistema penale sostanziale⁹⁰, processuale⁹¹ e penitenziario⁹² vengono tenute ben presente nella Relazione della c.d. Commissione Palazzo⁹³ che in ordine ai criteri ispiratori e agli obiettivi dello Schema di delega legislativa in materia di riforma del sistema sanzionatorio penale si esprime in tal senso: quanto ai criteri ispiratori dello schema, senz'altro dominante è stato l'intento di ridurre l'incidenza della pena carceraria, reclusione e arresto, anche al fine di porre le condizioni "sistemiche" per rimediare a quel sovraffollamento – a tacere della situazione carceraria – che tiene l'Italia sotto la spada di Damocle della Corte europea dei diritti dell'uomo e che ha costituito oggetto dell'autorevole messaggio al parlamento da parte del Presidente della Repubblica. Sul punto, la Commis-

italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno, 9 gennaio 2013, in <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org>; sulla rilevanza della sentenza Torregiani ai fini dell'introduzione della clausola di esiguità del fatto cfr. V. MAIELLO, *La particolare tenuità del fatto. Intervento*, in *Diritti & Giurisprudenza*, 2015, 3, p. 24; sullo «shock prodotto dalla sentenza Torregiani» che ha spinto il legislatore ad emanare provvedimenti di urgenza diretti ad ottenere un immediato effetto di contenimento della popolazione carceraria, cfr. F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture (A proposito della legge n. 67/2014)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 4, p. 1695.

⁸⁹ A. MANNA, *Corso di diritto penale*, cit., p. 486.

⁹⁰ Sottolineano il bisogno di arginare il fenomeno dell'ipertrofia penalistica attraverso la nuova causa di non punibilità G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 913; rimarca le esigenze di deflazione processuale e di riduzione «qualitativa» dell'area di rilevanza penale T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 177.

⁹¹ Sulle esigenze di deflazione processuale perseguite dall'esclusione della punibilità per irrilevanza del fatto cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 871.

⁹² Evidenziano i possibili «sia pure modesti» effetti deflattivi che possono derivare dall'applicazione del nuovo art. 131-*bis* c.p., C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale*, cit., p. 691.

⁹³ COMMISSIONE PER ELABORARE PROPOSTE DI INTERVENTI IN TEMA DI SISTEMA SANZIONATORIO PENALE. (Commissione istituita con decreto del Ministro della Giustizia del 10 giugno 2013, presieduta dal Prof. Francesco Palazzo) Schema per la redazione di principi e criteri direttivi di delega legislativa in materia di riforma del sistema sanzionatorio penale (dicembre 2013). La Commissione era composta dai proff. L. Eusebi, A. Gargani, A. Gullo, V. Maiello, G. Mannozi, M. Pelissero, C. Piergallini; dai magistrati R. Blaiotta, P. Canevelli, G. Fidelbo, G. Piffer e dall'avv. F. De Minicis; la Relazione allo Schema per la redazione di principi e criteri direttivi di delega legislativa in materia di riforma del sistema sanzionatorio penale (dicembre 2013), può leggersi su <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org>.

sione è stata assolutamente unanime nel ritenere che ormai i tempi siano maturi «per imprimere al nostro sistema una svolta coraggiosa nel senso di un radicale ridimensionamento della pena carceraria per la fascia più bassa della criminalità» (§ III, punto 7). Si afferma, ancora, la necessità, nel quadro di una più completa revisione del sistema sanzionatorio nel suo complesso, di potenziare soluzioni di definizione anticipata del processo mediante istituti di natura riparatoria o media-conciliativa (§ II punto 6). Il punto cruciale dello Schema – si legge ancora nella Relazione della Commissione – consiste nella creazione di nuove tipologie sanzionatorie non carcerarie ma non per questo prive di una loro significativa consistenza, capace di unire rilevanti limitazioni di alcuni diritti fondamentali diversi dalla libertà personale con l'offerta di occasioni o percorsi di risocializzazione (§ III punto 9).

La Commissione, condivisibilmente, si orienta nel senso di recuperare il corretto funzionamento dei principi fondativi di un diritto penale del fatto come quello nostro di derivazione costituzionale. In una tale ottica si iscrive – come avremo modo di dimostrare⁹⁴ – anche la causa di non punibilità di cui all'art. 131 *bis*-c.p.; anzi la previsione dell'irrelevanza del fatto si pone in termini di logica conseguenza del recupero delle connotazioni di fondo del sistema penal-processuale.

⁹⁴ V. *infra* § 4.1.