

Pasquale Troncone

## *Fictio legis e populismo penale. L'attacco alle radici della legalità costituzionale*

### **Sommario:**

1. Certezza del diritto e *fictio legis*: alla ricerca di un paradigma smarrito. – 2. Prendendo a prestito la retorica antica. Diritto penale e spirito del tempo. – 3. *Fictio legis* e statuto costituzionale della legalità penale. – 4. Il sabotaggio della legalità nelle forme procedurali e gli effetti della prassi finzionale. – 4.1. Leggi di emergenza. – 4.2. Leggi personali. – 4.3. La giurisprudenza normativa. – 4.4. Leggi penali del populismo emotivo. – 5. Possibili rimedi alle fonti originate dalla *fictio* ovvero la *fictio* come strumento correttivo.

### 1. *Certezza del diritto e fictio legis: alla ricerca di un paradigma smarrito*

L'evoluzione delle fonti di un ordinamento e le diversioni di tipo ideologico chiamate a governare di volta in volta il sistema politico e legislativo confondono talvolta nell'ombra i caratteri fondativi di uno stato costituzionale<sup>1</sup>.

Il principio guida della nostra Carta fondamentale che conferisce la cifra identitaria al nostro ordinamento va certamente rinvenuto nel secondo comma dell'art. 1 della Costituzione italiana: «La sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione». Norma di orientamento che costituisce il cardine dell'assetto politico e allo stesso tempo il cardine della legalità costituzionale tesa ad assicurare il valore della certezza del diritto<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Appare molto interessante riprendere il percorso concettuale seguito da G.J. Postema, *Common Law e sistema. Una prospettiva di teoria del diritto*, Napoli, ESI, 2019, p. 65, laddove introduce la categoria della fedeltà come tratto giuridico della legalità: «Il nucleo focale della legalità, come è noto, è formale e istituzionale, quello della fedeltà, invece, è dato dall'etica. Si occupa dell'ethos di una comunità politica, delle reciproche interazioni e delle pratiche comuni delle persone, all'interno di una comunità in cui lo Stato di diritto è pienamente vigente».

<sup>2</sup> Non si può non citare un classico sul tema, de F.L. Onate, *La certezza del diritto*, Milano, Giuffrè, 1968. La fase applicativa della norma attiva anche la relazione tra legislatore e interprete dove la certezza del diritto può subire un ulteriore deterioramento, sul tema C. Luzzati, *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, Giuffrè, 1999; E. Diciotti, *Verità*

Dove certezza non va declinato soltanto secondo i canoni classici di stabilità e conoscibilità della fonte che assicura eguaglianza, ma anche come **verità** delle ragioni e della realtà per cui il legislatore ordinario è chiamato ad intervenire con la legge<sup>3</sup>.

Questa ulteriore connotazione valoriale, la verità alla base della regola del diritto, rafforza il carattere di autorità e di validità della legge, la sua capacità prescrittiva di imporsi e, con essa, la legittimazione dell'organo legislativo designato dal patto fondativo della comunità da cui la legge promana<sup>4</sup>.

Nell'area della certezza e della verità del diritto si colloca, a nostro parere, anche la conformità del procedimento di approvazione della nuova norma giuridica alle procedure implementate<sup>5</sup> nel sistema legislativo che proprio nell'art. 1, II c., Cost. ritrova le coordinate tipiche legittimanti della democrazia parlamentare<sup>6</sup>.

Il diritto penale nella sua cifra identitaria costituita dalla eccezionalità rispetto alle regole ordinarie del sistema delle leggi, trattandosi della materia prescrittiva che limita la libertà con una norma di divieto, è il settore dell'ordinamento giuridico più esposto a scelte illiberali ed eversive<sup>7</sup>.

---

*e certezza nell'interpretazione della legge*, Torino, Giappichelli, 1999; O. Di Giovine, *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, Giuffrè, 2006; P. Rescigno, *Certezza del diritto e legalità*, in *Materiali per una cultura della legalità*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 7; S. Staiano, *Per orbite ellittiche. Modello garantista, valore della certezza, diritto penale*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), 2011.

<sup>3</sup> Dibattito che si va sviluppando e su cui si trovano pochissimi interventi nel settore del diritto penale sostanziale, come in AA.VV., «Verità» del precetto e della sanzione penale alla prova del processo, a cura di G. Forti, G. Varraso, M. Caputo, Napoli, Jovene, 2014. Un punto fermo è posto da O. Di Giovine, *A proposito di un recente dibattito tra "verità e diritto penale"*, in *Criminalia*, 2014, p. 539: «In tal senso, una cartina di tornasole è senza dubbio rappresentata dal concetto di verità la cui discussione si sta diffondendo anche in materia penale e che influenza inevitabilmente le posizioni in materia di interpretazione (un approccio meramente semantico presuppone infatti che la verità sia intesa come corrispondenza)». G.M. Flick, *Il dubbio è tensione verso la verità*, alla *Milanesiana letteratura*, in *Corriere della sera*, 19 luglio 2018. Dalla verità che genera l'intervento legislativo che con il ricorso al diritto penale restringe la libertà personale va distinta l'esigenza percepita che non è fondata sulla verità ma sull'impulso emotivo di provvedere, sul tema G. Giostra, *Riflessi della rappresentazione mediatica sulla giustizia "reale" e sulla giustizia "percepita"*, in [www.laegislazionepanel.eu](http://www.laegislazionepanel.eu), 17 settembre 2018.

<sup>4</sup> G. Acocella, *Abbozzo di una voce per un dizionario. "Legalità" in 2000 parole*, in *Materiali per una cultura della legalità*, Torino, Giappichelli, 2016.

<sup>5</sup> Il tema della identificazione della democrazia come procedura elaborato da Hans Kelsen ritrova nel sistema democratico occidentale contemporaneo una pluralità di procedure assiologicamente connotate, come chiarito da A. Morelli, *Le trasformazioni del principio democratico*, in [www.consultaonline.it](http://www.consultaonline.it), 2015, p. 203.

<sup>6</sup> M. Cartabia, *Nelle forme e nei limiti della Costituzione*, Lectio magistralis in occasione della Presentazione del Rapporto annuale dell'Associazione Italia decide «Democrazia degli interessi e interessi della democrazia. Migliorare la qualità della decisione pubblica», in Roma, 25 marzo 2019, in [www.italiadecide.it](http://www.italiadecide.it).

<sup>7</sup> Riferimento importante è il saggio di T. Padovani, *Jus non scriptum e crisi della legalità nel*

Questa è la ragione per cui compito del sistema democratico è prima di ogni altro quello di garantire l'esercizio da parte del cittadino del suo ruolo critico dell'azione politica e della legislazione: «Fin dall'antica Atene, essere testimoni dei tempi difficili è considerato un dovere del cittadino, parte della responsabilità civica di mantenere una società più o meno ben bilanciata. Alle leggi e ai regolamenti dell'ufficialità, il singolo individuo deve contrapporre di continuo domande: è nella tensione (o dialogo) tra quello che è stabilito dal trono e quello che si contesta dalla strada che deve vivere una società»<sup>8</sup>.

Allo stesso modo al giurista, in particolare al penalista, deve essere riservata la capacità di valutare il contesto storico nel quale si è generata una particolare scelta legislativa e quali ricadute essa possa avere sui diritti di libertà del singolo e sul sistema normativo in cui entra a far parte la norma penale<sup>9</sup>.

L'avanzare di nuove istanze politiche e i progetti di nuovi assetti di potere, secondo cui la democrazia moderna sarebbe costituita dal nucleo centrale del rapporto diretto tra decisore politico e popolo senza la mediazione di istituzioni filtro, negli ultimi anni stanno minando le radici della legalità costituzionale<sup>10</sup>. E se l'osservatorio privilegiato del penalista registra oggi un deciso mutamento dei fondamentali caratteri di certezza e di verità della legge, questo deve spingere a rintracciare la congruità del movente legislativo generatore che ha dato vita alla fattispecie incriminatrice<sup>11</sup>, perché soltanto conoscendo la

---

*diritto penale*, Napoli, Editoriale scientifica, 2014. In generale sul tema della legalità penale si rinvia a F.C. Palazzo, *Sistema delle fonti e legalità penale*, in *Cass. pen.*, 2005.

<sup>8</sup> A. Manguel, *Intellettuali di tutto il mondo dove siete finiti*, in *la Repubblica*, 6 agosto 2019, p. 34.

<sup>9</sup> S. Seminara, *Divagazioni sulla nozione di accademia*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 4 ottobre 2018, p. 7: «A questo punto la riflessione dovrebbe spostarsi sulla funzione dello studioso di diritto penale nella società odierna, come tutore dei “sacri” principi tramandatici dall'Illuminismo e al tempo stesso interprete di norme che da quei principi si allontanano o che addirittura rinnegano». Sullo stesso segno L. Lacché, M. Mencarelli, *Paura in criminalibus: il problema penale tra sentimento umano e dinamiche sociali*, in AA.VV., *La paura. Riflessioni interdisciplinari per un dibattito contemporaneo su violenza, ordine, sicurezza e diritto di punire*, in *Quaderni di storia del penale e della giustizia*, vol. 1, 2019, p. 8: «Gli “operatori” appaiono inquieti. La dottrina penalistica risente, non positivamente, di certi difetti tipici dell'iper-specializzazione e della frammentazione del “sistema” col rischio di perdere di vista le grandi questioni e le opzioni culturali di base. La distinzione un tempo rilevante, per la funzione sistematica strutturante che aveva, tra diritto penale sostanziale e processuale tende ad attenuarsi, facendo della questione penale anche, e per certi versi soprattutto, una questione di giustizia penale». F. Palazzo, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio “fondamentale”*, in *Quaderni fiorentini*, 2007, p. 1279.

<sup>10</sup> G. Martinico, *Fra mimetismo e parassitismo. Brevi considerazioni a proposito del complesso rapporto fra populismo e costituzionalismo*, in *www.questionegiustizia.it*, fasc. n. 1/2019; M. Cartabia, *Nelle forme e nei limiti della Costituzione*, cit., p. 5: «È dal parlamento che muove il circuito democratico, che legittima l'azione degli altri poteri, compresa l'amministrazione e la giurisdizione, pur sempre vincolati al principio di legalità e al rispetto della soggezione del giudice alla legge, atto tipico del parlamento».

<sup>11</sup> Come sempre illuminante il pensiero di F. Palazzo, *Verità come metodo di legiferazione. Fatti e valori nella formulazione del precetto penale*, in AA.VV., «Verità» del precetto e della san-

cornice operativa contestuale è possibile appurare la correttezza e la coerenza della risorsa penale attivata e l'opportunità di affidare in termini di *extrema ratio* la soluzione del problema alla materia penale<sup>12</sup>.

Il movente legislativo che imprime vigore alla scelta di politica criminale andrebbe considerato sempre con calibrata prudenza per comprendere le ragioni profonde della limitazione della libertà personale che nasce dalla previsione di una norma di divieto. In fondo il bisogno di pena trova la sua radice giustificatrice proprio in quel movente legislativo che può essere definito come **il rapporto di razionale coerenza che lega la necessità del divieto al fine politico criminale dell'opzione attivata** e, in questo intreccio, la ragione che giustifica il sacrificio della libertà personale.

Viceversa, il ricorso irrazionale alla risorsa punitiva finisce per delegittimare il sistema giuridico e il decisore politico che ha gestito la produzione di una norma che non ha verità nel suo movente generatore<sup>13</sup> finisce per non garantire più certezza, validità e stabilità alla regola, semplicemente perché il decisore assume il potere assoluto di modificarla e sostituirla in presenza di un'altra nuova esigenza che stima funzionale alla conservazione del suo potere<sup>14</sup>.

La mancanza poi dei filtri critici, ossia gli ordinari percorsi parlamentari e il dibattito con le minoranze eluse dalle procedure legislative abbreviate dei

---

*zione penale alla prova del processo*, cit., p. 106: «la verità è soggetta al rischio di una possibile deriva proprio in tanto in quanto si ceda alla tentazione di convertirla da istanza di legiferazione a requisito contenutistico del disvalore della fattispecie [...] nel momento in cui i beni giuridici cessano di accreditarsi in ragione del consenso sociale e si pongono come intrinsecamente 'veritieri' perché non negoziabili o indecidibili nella loro assolutezza, allora si crea un pericoloso allentamento della verità come metodo di legiferazione con conseguente messa in gioco della stessa democrazia».

<sup>12</sup> Sempre centrale, per i vari ruoli ricoperti dal ceto composito dei giuristi, il tema trattato da M. Barberis, *Etica per giuristi*, Roma-Bari, Laterza, 2006. Sui caratteri identificativi della materia penale, si rinvia a AA.VV., *La "materia penale" tra diritto nazionale ed europeo*, a cura di L. Foffani, M. Donini, Torino, Giappichelli, 2018.

<sup>13</sup> Per i convergenti profili di teoria generale del diritto, laddove la certezza non sia una mera tecnica ma un auspicio di validità, si rinvia al paragrafo «*Le disposizioni normative in rapporto con la verità*», in A. Luna Serrano, *La sicurezza giuridica e le verità ufficiali del diritto*, Napoli, ESI, 2017, p. 13.

<sup>14</sup> Il pericolo di questo continuo riposizionamento della norma di divieto può incidere sul principio di prevedibilità convenzionale, in F. Viganò, *Il principio della prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 19 dicembre 2016: «Accessibilità (=conoscibilità) del precetto e prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie sono le parole chiave nella giurisprudenza pertinente di Strasburgo, che naturalmente legge il *nullum crimen, nulla poena sine lege* come diritto dell'individuo, anziché come "principio" ordinamentale funzionale alla tutela di interessi pubblici». Anche in questo caso il tema investe le categorie teoriche della teoria generale del diritto, la prevedibilità delle conseguenze giuridiche di atti o fatti, cui il diritto penale può accedere per rafforzare le proprie coordinate dommatiche, come del resto è ben illustrato in G. Gometz, *La certezza giuridica come prevedibilità*, Torino, Giappichelli, 2005, in particolare sulla stabilità dei rapporti giuridici nel paragrafo «*La certezza come prevedibilità*», p. 25.

decreti legge e dei decreti legislativi, dovrebbe garantire in questo nuovo quadro istituzionale una più immediata e diretta relazione tra popolo e decisore politico<sup>15</sup>.

L'attuale stagione del *populismo penale* pone il giurista nella condizione di dover registrare una evidente lesione del principio di certezza del diritto e della legalità costituzionale per effetto di leggi penali generate da un movente di *fictio legis*.

Un punto di partenza appare ineludibile premetterlo e concerne l'intimo legame tra il diritto penale e le scelte politiche e ideologiche che muovono l'opera legislativa<sup>16</sup>. In questo modo la scelta di politica criminale mistificante e falsificatrice è chiamata a reprimere comportamenti destinati a produrre un modesto danno sociale, ma che attraverso l'amplificazione dei possibili effetti spinge all'adozione di provvedimenti repressivi la cui vera ragione è lucrare consenso politico e irrobustire la posizione dominante di quell'assetto di potere destinato a enfatizzare sempre più frequentemente fenomeni di disagio sociale<sup>17</sup> tradotti in norme punitive<sup>18</sup>.

La minimizzazione e lo sprezzo dell'efficacia delle regole punitive vigenti (si pensi agli effetti anti-recidivanti delle misure alternative prevaricate dallo *slogan* della "certezza della pena" che vorrebbe vanificarle<sup>19</sup>), la paralisi con-

---

<sup>15</sup> Per i profili problematici della relazione tra il potere di produzione della norma penale e l'assetto dei poteri della democrazia rappresentativa, si veda G. Fiandaca, *Legalità penale e democrazia*, in *Quaderni fiorentini*, 2007, p. 1247.

<sup>16</sup> E. Musco, *Diritto penale e politica: conflitto, coesistenza o cooperazione?*, in *Nomos*, 1989.

<sup>17</sup> Emblematici sono gli esempi di condotte e comportamenti invasivi e molesti che si registrano nelle nostre aree cittadine ad intensa urbanizzazione. Esempio per l'enfatizzazione che lo ha preceduto è quello del reato di accattonaggio la cui illiceità viene posta a cavallo tra la risposta punitiva del diritto amministrativo e quella del diritto penale ma che eleva a fatto meritevole della pena episodi di marginalità sociale, si veda F. Curi, *Il reato di accattonaggio: "a volte ritornano". Il nuovo art. 669-bis c.p. d.l. 113/2018, convertito con modificazioni dalla l. 132/2018*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 21 gennaio 2019. Del pari privo di qualsivoglia tratto di illiceità intrinseco e di offensività in concreto è la figura del c.d. parcheggiatore abusivo (art. 7, comma 15-bis, Cons. Stato) che, quando la sua attività non trova alcun aggancio con forme di associazioni criminali sul territorio, appare del tutto privo di quella carica offensiva che ne giustifica la incriminazione nel settore penale di un ordinamento moderno e democratico. Appare più opportuno apprestare iniziative di welfare sociale piuttosto che approntare misure di DASPO urbano. Su tale ultima misura si rinvia a F. Palazzo, *Il volto del sistema penale e le riforme in atto*, in *Dir. pen. e proc.*, 2019, 1, p. 5.

<sup>18</sup> A. Manna, *Il fumo della pipa (il c.d. populismo politico e la reazione dell'Accademia e dell'Avvocatura)*, in *Arch. pen.*, n. 3, 2018, p. 1: «Limitando, ovviamente, lo spettro di indagine al sistema penale, non v'è dubbio che il c.d. populismo politico si converte in una sorta di populismo penale, giacché la matrice è assolutamente la medesima, nel senso che l'azione di Governo, per la prima volta dopo tanti lustri, non si affida più ad un'analisi razionale dell'esistente, bensì utilizza un'azione politica che, attraverso i mezzi di comunicazione di massa, in particolare di carattere cibernetico e, quindi, di enorme diffusività, non si riferisce alla ragione del popolo ma ha l'obiettivo di colpire gli "stati emotivi" della popolazione stessa».

<sup>19</sup> Sul punto ancora Papa Francesco, cit.: «b) Populismo penale. In questo contesto, negli ul-

trollata e tollerata degli strumenti operativi dell'incriminazione (la mancata riforma del processo penale) e l'entrata in vigore di norme che ledono principi fondamentali della persona umana (la creazione del cittadino-imputato per effetto della modifica della prescrizione) entrano a far parte di una precisa strategia destinata a finalità diverse dal giuridico, che aprono crepe nell'assetto costituzionale della legalità e che provano l'esistenza di un processo finzionale in atto<sup>20</sup>.

Il populismo come assetto di potere attiva un circuito relazionale diretto tra il popolo e l'esecutivo quale decisore politico, non più gli organi parlamentari e le procedure ordinarie di approvazione della legge, per cui le determinazioni legislative prendono vita per le sollecitazioni dirette che salgono dal popolo. L'assenza della mediazione di istanze ideologiche e dei saperi tecnici che garantiscono alla legge formale correttezza e legittimità sono il sostrato di scelte legislative di impulso emotivo che, prive di un ordine sistematico, generano risorse penali del tutto avulse dalle coordinate ordinamentali<sup>21</sup>.

Il tema di allarme utilizzato negli ultimi anni della **insicurezza sociale** è l'elemento propulsore delle sollecitazioni che provengono dal basso, che si raf-

---

timi decenni si è diffusa la convinzione che attraverso la pena pubblica si possano risolvere i più disparati problemi sociali, come se per le più diverse malattie ci venisse raccomandata la medesima medicina”.

<sup>20</sup> Ricco di riferimenti sul tema è il lavoro di G. Tuzet, *Finzioni*, in AA.VV., *Filosofia del diritto. Norme, concetti, argomenti*, a cura di M. Ricciardi, A. Rossetti, V. Velluzzi, Roma, Carocci, 2015, p. 269. Vedremo, nell'ambito della nostra analisi, che la finzione (nel senso di inganno – *in malam partem*) prende spunto da un artificio concettuale. Tornare a questo proposito di scottante attualità l'interrogativo che già – seppure nella diversa chiave segregazionista – si poneva M. Foucault, *Alternative alla prigione. Diffusione o diminuzione del controllo sociale?*, in *La società disciplinare*, Milano, Mimesis, 2010, p. 96: «Ecco l'ipotesi. La questione sarebbe: una politica penale – cioè, in via generale, la determinazione di un certo numero di delitti e di reati, le regole procedurali con le quali si intendono contrastare tali reati, le pene previste – una politica penale in varie società ha davvero la funzione dichiarata, per così dire, di eliminare i reati? In realtà, in ultima analisi, una politica penale, un codice di procedura penale, un codice di strumenti punitivi, l'apparato giudiziario apparentemente proteso a reprimere i reati, non sarebbe nei fatti destinato a organizzare le illegalità? A differenziarle, a stabilire fra di esse una sorta di gerarchia, così da tollerarne alcune e vietarne altre, sanzionarne alcune in un modo, altre in altro modo? La macchina penale avrebbe la funzione non di tendere alla scomparsa dei crimini, quanto piuttosto a controllarli, a mantenerli in un certo stato di equilibrio, utile dal punto di vista economico e produttivo dal punto di vista politico?».

<sup>21</sup> Sul punto di estrema criticità nel dialogo tra dottrina e legislatore ritorna utile ricordare quanto già sostenuto da G. Fiandaca, *Legislatore e dottrina penalistica: è ancora possibile un dialogo?*, in *Criminalia*, 2015, p. 17: «Non di rado si ha l'impressione di avere a che fare, più che con testi normativi sufficientemente definiti, con prodotti semi-lavorati o linee-guida inevitabilmente bisognose di essere concretizzate e specificate ad opera degli interpreti, per cui non è il legislatore ma la giurisprudenza a stabilire cos'è davvero punibile. E questa delega di fatto dal legislativo al giudiziario contribuisce, a sua volta, ad alimentare quella caduta in crisi della tipicità penale che affonda, peraltro, le radici anche in un più generale processo di progressiva obsolescenza dell'insieme dei principi garantistici di un diritto penale di matrice liberale».

forzano, a loro volta, per l'influenza che esercita il decisore politico sul clima sociale utilizzando il fattore mediatico e in questo modo finiscono per alimentare il senso di insicurezza collettivo.

A questo punto il rischio è di **non** consegnare al terreno dell'interpretazione della norma, come si dovrebbe, un razionale inquadramento esegetico, effetto di recupero di un senso sistematico, dal momento che la prescrizione normativa è priva di quei caratteri che salvaguardano la legalità e il rispetto delle garanzie<sup>22</sup>.

Verità del movente legislativo e certezza della fonte del diritto, dunque, sono alla base del paradigma della legalità, la cui elusione genera effetti di traslazione della determinazione della regola del diritto, della norma punitiva di comando, dall'alveo dell'organo parlamentare a quello della giurisdizione. Il passo successivo appare essere il condizionamento della giurisdizione che può avvenire con la già ventilata elezione dei giudici direttamente dal popolo<sup>23</sup>.

Tutto questo accade anche perché non si nutre più fiducia negli organi democratici elettivi che appaiono inerti o lenti nella determinazione della regola, nella risposta pronta ai bisogni.

L'attacco alle radici della legalità parte da questo combinarsi di cause ed effetti producendo serie distorsioni attraverso il ricorso a soluzioni fondate su moventi non sempre veri e su soluzioni legislative spesso meramente strumentali.

## 2. Prendendo a prestito la retorica antica. Diritto penale e spirito del tempo

Yan Thomas in un originale saggio del 1995 apparso sul numero XXI della rivista francese "*Droits*", nel prendere in esame la teorica giuridica prodotta nel mondo del diritto romano antico e successivamente recuperata in quello medioevale, ragionava intorno al fondamento dell'istituto che va sotto la denominazione di "*Fictio legis*"<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup>G. Insolera, *I percorsi di una egemonia*, in *Criminalia*, 2015, p. 371: «Esso favorisce il fenomeno della "supplenza" giudiziaria propiziata dalle difficoltà del sistema politico di fronte ai conflitti e a nuove emergenze sociali ed economiche, con l'abbandono della tradizionale dimensione esecutoria del potere giudiziario». L. Ferrajoli, *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, p. 65: «E la legge non può qualificare come penalmente rilevante qualunque ipotesi anche indeterminata di devianza, ma solo comportamenti empirici determinati, come tali esattamente identificabili e insieme ascrivibili alla colpevolezza di un soggetto».

<sup>23</sup>Per una critica alle forme di "democrazia dogmatica" si veda G. Zagrebelsky, *Il "Crucifige!" e la democrazia*, Torino, Einaudi, 2007.

<sup>24</sup>Y. Thomas, *Fictio legis*, Macerata, Quodlibet, 2016, originariamente apparso come «*Fictio legis. L'empire de la fiction romaine et ses limites medievals*», in *Droits. Revue française de théorie juridique*, 21, 1995, p. 17.

Potremmo oggi dire che quel modello teorico recuperato da Thomas, al di là della probabile retorica che il diritto ne ha fatto nei diversi secoli, può rappresentare un utile strumento di indagine per passare in rassegna la legislazione penale degli ultimi anni e, attraverso di essa, individuare il movente legislativo che si trova alla sua base, per comprenderne le ragioni politico criminali, ma soprattutto politiche – del ceto politico; del decisore politico – in senso stretto, della sua entrata in vigore.

Questo ambizioso quanto ricco quadro dell'indagine non può, tuttavia, prescindere dalle moderne coordinate arginanti dettate dagli artt. 49 e 52 della Carta di Nizza che ormai, anche per la giurisprudenza normativa europea, costituiscono le colonne d'Ercole entro cui lasciare transitare le scelte legislative in materia penale degli stati membri, evocando costantemente i canoni di controllo della legge, vale a dire la **necessità** e il livello tollerabile di **sacrificio** della libertà personale.

La tesi che intendiamo proporre è la seguente: «La *fictio* altro non sarebbe se non quella tecnica attraverso cui il diritto (a) traveste i fatti diversamente da ciò che essi sono per (b) tirare tutte le conseguenze giuridicamente rilevanti che da questa verità fittizia – oppure istituita – non possono non discendere»<sup>25</sup>. Si tratta, dunque, di una finzione ingannevole, *in malam partem*, e non quella, come si chiarirà più avanti, che produce diritto a favore, a vantaggio, dei diritti fondamentali della persona, in *bonam partem*<sup>26</sup>.

Vi è un dato da cui prende spunto la vicenda narrativa della *fictio legis* e quel dato è costituito dalla **certezza del falso** da parte di chi innesca il movente legislativo. Senza la certezza e la consapevolezza del falso da parte di chi se ne fa promotore, detto in altri termini la strumentalità orientata dell'azione creatrice del diritto, non vi sarebbe questione sulla necessità di adottare una norma giuridica di stampo penale<sup>27</sup>. Il falso presupposto, la falsa vicenda sociale, il mistificato fenomeno sociale dannoso da cui prende vita tutta l'azione del legislatore, devono coincidere con la falsa rappresentazione della realtà o la falsa interpretazione di un fatto concreto<sup>28</sup>. Solo a queste condizioni può

---

<sup>25</sup> La definizione è efficacemente fornita da Michele Spanò nella introduzione a *Fictio legis* di Yan Thomas. Ancora utile sul tema è AA.VV., *Le finzioni del diritto*, a cura di B. D'Usseaux, Milano, Giuffrè, 2002.

<sup>26</sup> Ricco di riferimenti sul tema è il lavoro di G. Tuzet, *Finzioni*, in AA.VV., *Filosofia del diritto. Norme, concetti, argomenti*, a cura di M. Ricciardi, A. Rossetti, V. Velluzzi, Roma, Carocci, 2015, p. 269.

<sup>27</sup> Pur non spostandosi sul terreno della manipolazione del reale, ma mantenendosi nell'ambito della necessità di una norma punitiva, la prudenza del legislatore dettata nella fase di limitazione della libertà personale imporrebbe quanto afferma L. Ferrajoli, *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, p. 65: «E la legge non può qualificare come penalmente rilevante qualunque ipotesi anche indeterminata di devianza, ma solo comportamenti empirici determinati, come tali esattamente identificabili e insieme ascrivibili alla colpevolezza di un soggetto».

<sup>28</sup> La citazione che si riporta di C.J. Cino da Pistoia, pp. 4, 19, 16 – è la più plastica defini-

reggere la teoria della *fictio legis*, altrimenti il movente sarebbe giustificabile e la scelta regolativa necessaria o quantomeno legittimamente giustificata dagli eventi.

Prendere atto di questo fenomeno legislativo, vuol dire raggiungere la ragionevole certezza che la finzione è divenuta l'autentica finalità regolativa del diritto e in questa nuova dimensione tutta l'azione legislativa è caratterizzata da un “**fatto o fenomeno**” falso che costituisce la base motivazionale della scelta; la “**necessità**” di intervenire a regolarlo come falsa base argomentativa; il “**movente legislativo**” come espediente falsificatore della ragione politica; la “**legge**” che entra in vigore come strumento di controllo del consenso sociale che nella sua verità fattuale si ammanta della connotazione formale di certezza del diritto<sup>29</sup>.

In questo modo il concetto di certezza del diritto<sup>30</sup>, carattere che assicura giustizia, eguaglianza applicativa e coerenza ai principi fondanti un ordinamento, è la traduzione spuria di una necessità falsificata dipendente da un fatto posto alla sua base che, a ben vedere, nasce dalla faglia che si interpone tra il piano della realtà e l'ordine dei fatti<sup>31</sup>.

In realtà, le diverse opzioni di tecnica giuridica cui si fa ricorso nascondono un'altra insidia: occorre cura nel distinguere la “certezza” dalla “incertezza” della verità, nella stessa misura in cui il falso si distingue dalla presunzione.

E allora, il falso da cui muove l'azione legislativa genera una norma chiamata a regolare un fatto fittizio e la presunzione, da cui origina il movente legislativo fondato sul vero, dà luogo all'incertezza del diritto.

In entrambi i casi la finzione della legge che diviene operativa **serve strumentalmente a sedare il bisogno di pena indotto nei destinatari delle norme che diventeranno successivamente le vere vittime dei loro effetti**<sup>32</sup>.

---

zione della tecnica di falsificazione: «La finzione prende per vero ciò che è certamente contrario al vero».

<sup>29</sup> Sul tema di carattere generale del consenso si veda C.E. Paliero, *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1992, p. 849; E. Musco, *Consenso e legislazione penale*, in *Studi in memoria di R. Dell'Andro*, Bari, Cacucci, 1994.

<sup>30</sup> La trattazione del tema non può partire da un classico, F.L. de Onate, *La certezza del diritto*, Milano, Giuffrè, 1968. La fase applicativa della norma attiva anche la relazione tra legislatore e interprete dove la certezza del diritto può subire un ulteriore deterioramento, sul tema C. Luzzati, *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, Giuffrè, 1999; E. Diciotti, *Verità e certezza nell'interpretazione della legge*, Torino, Giappichelli, 1999; O. Di Giovine, *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, Giuffrè, 2006. P. Rescigno, *Certezza del diritto e legalità*, in *Materiali per una cultura della legalità*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 7; S. Staiano, *Per orbite ellittiche. Modello garantista, valore della certezza, diritto penale*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*, 2011.

<sup>31</sup> Yan Thomas definisce questa ipotesi “*Sovversione del fatto*”, in M. Spanò, M. Vallerani, *Come se. Le politiche della finzione giuridica*, in Y. Thomas, *Fictio legis*, cit., p. 97.

<sup>32</sup> G. Fiandaca, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, p. 95: «In questo quadro, l'ispirazione populistica si è notoriamente tradotta in una accentuata strumenta-

Il diritto medioevale andava anche oltre lo spettro finzionale di produzione della legge, facendo un uso strumentale della presunzione.

In diritto penale, ad esempio, vigeva una presunzione assoluta di colpevolezza che radicava il principio giudiziario della c.d. «estensione della cattiva fama». Si riteneva che chi si fosse macchiato di un crimine recasse con sé lo stigma inestinguibile della colpa e l'infamia precedente portava il giudice a condannare sempre e comunque un imputato, non tanto per il nuovo fatto commesso quanto per l'estensione degli effetti della precedente condanna che induceva a qualificare, sempre e comunque, un nuovo comportamento come un crimine colpevole. Anche questa vicenda era un tassello della narrativa giuridica finzionale, mistificatoria, che entrava a far parte però della categoria della *fictio juris* (finzione del diritto in *action*), piuttosto che della *fictio legis* (finzione della fonte).

Secondo una prospettiva moderna si potrebbe parlare di diritto penale d'autore o ancora di diritto penale del nemico, attraverso la costituzione giuridica di classi pericolose, il cui tipico avamposto sono le misure di prevenzione personali per punire la pericolosità sociale, l'esatto opposto del diritto penale contemporaneo di stampo costituzionale che tende al recupero sociale del condannato e al superamento dello stigma penale.

Peraltro, Thomas, sulla scorta dei precedenti storici, dipana il bandolo della complessiva operazione "finzionale" distinguendo la "finzione positiva" dalla "finzione negativa". Con la prima si asserisce l'esistenza di un fatto inesistente o inventato generando la norma che lo regolerà; con la seconda si interviene ad annullare un evento prescrittivo abrogando la norma che l'ha motivato. In questo caso il falso diventa, nello stesso tempo e con la medesima efficacia, l'espedito abilitativo di un movente legislativo e il canone di controllo soppressivo di una legge.

Certamente non è il caso della materia penale, ma va da sé che per la finzione negativa è molto importante riconoscere cittadinanza al *procedimento analogico soppressivo* di norme simili se nate su di un presupposto falso: inapplicabilità di entrambe.

Non diversamente opinando, l'analogia è da rifiutare nell'ipotesi della finzione positiva, poiché, non solo assume la funzione di un moltiplicatore di falsificazione, ma soprattutto perché la finzione tende a scartare l'analogia proprio perché questa potrebbe rappresentare l'amplificazione degli effetti giuridici di **un fatto vero**, seppure appartenente al compendio di altra norma regolativa.

Occorre sempre e comunque riconoscere prevalenza di norma fondata su un fatto falso su una fondata su un fatto vero e non vi deve essere espedito

---

lizzazione politica del diritto penale, e delle sue valenze simboliche, in chiave di rassicurazione collettiva rispetto a paure e allarmi a loro volta indotti, o comunque enfatizzati da campagne politico-mediatiche propense a drammatizzare il rischio-criminalità».

tecnico, quale il procedimento analogico, per estendere una norma fondata su un fatto vero che possa incrinare l'efficacia degli effetti di una norma nata su un fatto falso.

Se il movente legislativo, diciamo noi, orbita nella pragmatica del diritto come strumento di tempestiva e concreta risoluzione di fattispecie concrete non regolate, benché fondate su un fatto falsificato, l'operazione di tecnica legislativa cui si ricorre è quella del "travestimento dei fatti" con l'intento di farli apparire veri e come immanente e irrinunciabile la creazione giudiziaria della fattispecie astratta chiamata a regolarli.

Lo spirito pragmatico dei romani li portava a ricorrere alla finzione anche quando vi era la certezza che il fatto o l'evento fosse vero, ma occorreva rivestire di finzione quel fatto semplicemente per garantire i medesimi effetti a situazioni analoghe che andavano considerate del tutto identiche per il diritto. Thomas precisa che lo schiavo che veniva affrancato e diventava un uomo libero assumeva lo *status* attraverso la clausola "*come se fosse nato ingenuo*", facendo risalire il nuovo *status* alla sua origine e applicando la formula giuridica in termini di retroattività socialmente favorevole.

La vera fonte della *fictio legis*, tuttavia, fu *ipostatizzata* nella legge Cornelia, secondo la quale il prigioniero veniva considerato morto prima di assumere la qualifica di prigioniero allorché perdeva lo *status* di cittadino romano<sup>33</sup>. Ma per evitare che il suo testamento fosse dichiarato nullo, la *Fictio legis Corneliae*, denominata in questo modo dalla *Lex Cornelia Sullae de captivis* datata nell'81 a.C., stabilì che il momento della morte del prigioniero (*captivus*) dovesse coincidere fittiziamente con il momento della sua cattura e, quindi, con la perdita della libertà<sup>34</sup>. Solo in tale ipotesi poteva essere considerato per il diritto romano valido il testamento da lui redatto.

L'evento testamentario, è noto, diventava centrale nella vita giuridica romana per il trasferimento del patrimonio familiare secondo l'indirizzo patrilineare. Con la legge Cornelia, in maniera del tutto pragmatica, fu stabilito che se il figlio fosse stato generato dopo la cattura del padre e il padre fosse morto durante la prigionia, ebbene sarebbe risultato che il patrimonio era stato trasferito considerando che il padre fosse morto prima di cadere nelle mani dei nemici e che il figlio in questo modo ereditasse da uomo libero benché fosse stato generato da un soldato in costanza della sua prigionia.

In altri termini, lo stato di prigionia, che privava di diritti la persona nata libera, imponeva con la legge Cornelia – falsificando la realtà –, di prendere atto di un evento falso, vale a dire che il *de cuius* era libero e in grado di trasferire il patrimonio.

---

<sup>33</sup> M. Bretone, *Finzioni e formule nel diritto romano*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Bologna, il Mulino, 2001, n. 31, p. 295.

<sup>34</sup> A. Guarino, *Diritto privato romano*, Napoli, Jovene, 1992, IX ed., p. 298.

Occorreva, in questo modo, dare certezza ai rapporti giuridici che seguendo gli effetti di questa tecnica di falsificazione erano fondati su un dato reale alterato ma falso, attraverso il ricorso a un espediente in grado di assicurare gli effetti che si desiderava ottenere.

### 3. *Fictio legis e statuto costituzionale della legalità penale*

La narrazione del percorso giuridico finzionale ci chiama tuttavia fare un passo in avanti. Non esiste soltanto la legge fondata su un dato falso o opportunamente enfatizzato fino a rendersi tale, ma può esistere anche il diritto elaborato su un fatto frutto di una lettura falsificata della realtà, una mistificazione del concreto<sup>35</sup>.

Se la *fictio legis* trova il suo fondamento in un **“non fatto” vale a dire un falso** conclamato **utilizzato come espediente per produrre una norma** che lo regoli, la *fictio juris* è **la manipolazione finzionale del diritto** vigente per piegarlo a soluzioni applicative, soprattutto giurisprudenziali, per fare in modo di rintracciare quella regola giuridica che la mancanza della fonte non consentirebbe di utilizzare.

In entrambi i casi si fa ricorso alla finzione positiva, quella creativa della fonte e del diritto e non negativa che, anzi, darebbe luogo a un vuoto normativo che non rientra sempre nei piani dell'attività manipolatoria.

In diritto penale, oltre che all'eliminazione diretta per contrasto con i principi superiori dell'ordinamento, la finzione negativa finirebbe per integrare la desuetudine, fonte ripudiata dalla materia penale, sebbene, talvolta, possa rappresentare una forma di abrogazione silente di una norma incriminatrice scomoda o non più attuale.

Andando a compiere l'analisi del fondo delle questioni si scopre che è possibile distinguere una **politica criminale** in grado di generare una vicenda definibile di *fictio legis* e, d'altro canto, una **politica giudiziaria** che offre il margine di apprezzamento della *fictio juris*. Questo duplice crinale su cui può svilupparsi la vicenda finzionale vede, talvolta su piani contrapposti, talaltra su piani convergenti, il legislatore e il giudice. Anzi, da un lato un legislatore – solo ceto politico di governo – che supplisce la funzione parlamentare della sovranità popolare; e dall'altro un giudice che supplisce, a suo modo e talvolta anche in contrasto con le idee del ceto politico, la funzione legislativa spesso inerte o indifferente a determinati fatti<sup>36</sup>. Prende vita in tal procedere una le-

---

<sup>35</sup> Occorre prendere atto, come sostenuto dal D. Pulitanò, *Cura della verità e diritto penale*, in AA.VV., «Verità» del precetto e della sanzione penale alla prova del processo, cit., p. 63, che il problematico rapporto tra diritto e verità «attraversa a tutto campo il mondo del diritto, e segnatamente il diritto penale: riguarda i rapporti del mondo normativo con il mondo dei fatti».

<sup>36</sup> Si prenda in considerazione la paradossale vicenda normativa dell'aiuto o istigazione al

gislazione caratterizzata da una precisa e individuabile cifra identitaria, tale da fondare la categoria legislativa del “*patrimonio normativo finzionale*”.

Questo assetto, seppure assume a nostro parere, un ambito contestuale caratterizzato dalla finzione positiva, non si evidenzia fortuitamente nel suo operare, bensì matura progressivamente quando la funzione regolativa del diritto svolge il suo itinerario creativo e attuativo indirizzata da intenti manipolatori e dettate da scelte politiche di tipo arbitrario. Il contesto finzionale, infatti, manipola in primo luogo la natura della scelta regolativa facendola passare per discrezionale, in realtà connotata al suo interno da un fine arbitrario e del tutto incoerente con la cornice di valore del sistema.

Se la struttura della finzione presenta un movente legislativo generato artatamente dall'emergere di un fatto falso, cui si afferma occorra apprestare la necessaria regola del diritto, da un punto di vista meramente funzionale la finzione è quell'espedito che dà vita a una procedura che offre uno strumento attuativo da utilizzare per conformare il sistema delle leggi a precise scelte di natura politica. Cosicché la **struttura** è il meccanismo funzionale in base alla quale viene creata la regola, da parte del legislatore o del giudice; la **funzione** integra la ragione di tipo politico che consente al potere centrale di utilizzare uno strumento giuridico per fini arbitrari che senza l'operazione finzionale non avrebbe avuto a disposizione. In questo procedere si attua il **sabotaggio della verità** nel momento della determinazione legislativa di punire un fatto concreto offensivo o quantomeno lesivo degli interessi dell'ordinamento.

Le componenti relazionali, struttura e funzione, devono fare, anche, i conti con il generale concetto di eversione ordinamentale. La finzione, infatti, modella un sistema normativo del tutto avulso dal contesto dei valori dell'ordinamento ed essendo caratterizzato da un movente del tutto falsificato, porta alla stabilizzazione di norme o di decisioni in stridente contrasto con il quadro legislativo dei principi, fino ad apparire come norme eversive perché lesive dello stesso contesto giuridico e valoriale di appartenenza. Le norme eversive, peraltro, rappresentano l'evento estremo di lesione della legalità.

Un esempio paradigmatico di finzione positiva, tanto più eclatante perché avvenuta sul piano del diritto internazionale, è quello che riguarda il caso della compagine militare guidata dagli Stati Uniti che decise di attaccare l'Iraq di Saddam Hussein per sventare l'imminente pericolo di un attacco generalizzato da parte del dittatore iracheno con gas tossici. Si scoprì, solo successivamente, che la delibera delle Nazioni Unite che autorizzava l'aggressione militare era fondata su un fatto falso, non esisteva un arsenale chimico di aggressione, e che tutte le decisioni giuridiche e militari assunte in quell'ambito erano state

---

suicidio punito dall'art. 580 c.p. e dalla questione di parziale incostituzionalità della fattispecie incriminatrice sulla quale non ha voluto intervenire il Parlamento, nonostante la Corte costituzionale avesse provveduto con una ordinanza sospensiva n. 207 del 24 ottobre 2018, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

generate dalla artificiosa situazione di fondo che imponeva un intervento d'urgenza. L'attacco militare legittimamente deliberato sul piano della legalità formale celava in realtà il proposito, poi attuato, di un'aggressione gratuita a uno stato sovrano e immune da qualsiasi responsabilità. Un provvedimento punitivo, dunque, che prendeva vita da un fatto reale artatamente mistificato e che può rappresentare un pericoloso precedente sul piano delle relazioni tra Stati sovrani.

Seppure in una dimensione in scala, se è vero che l'ordinamento italiano assicura i valori di uguaglianza e solidarietà, leggi che dovessero vietare il soccorso in mare lederebbero quei valori identitari che fondano il nostro ordinamento costituzionale nonché le leggi internazionali sul mare e le norme sorte sulla base dell'enfatizzazione di un fenomeno, come quello dell'emigrazione di massa incontrollabile, sarebbero in contrasto e quindi eversive del nostro sistema costituzionale e del quadro pattizio internazionale<sup>37</sup>.

L'incapacità di organizzare l'accoglienza inclusiva, a livello nazionale e continentale, enfatizza un fatto elevandolo alla misura esponenziale di un fenomeno, fino al punto da motivare l'adozione di provvedimenti legislativi che sono in evidente controtendenza con lo spirito della democrazia e con i principi guida della legislazione eurounitaria in materia di diritti fondamentali dell'uomo<sup>38</sup>.

Uno spaccato degli ultimi anni ci offre il caso del delitto di corruzione che nella sua enfatizzazione mediatica impone di farvi fronte in maniera ferma e decisa, pur apparendo una criticità la dimensione del fenomeno percepito (il 97% degli italiani ritiene che la corruzione sia un fenomeno dilagante in Italia (contro una media Ue del 76%) dai casi effettivamente registrati dalle statistiche giudiziarie<sup>39</sup>.

Il Primo Presidente della Suprema Corte di Cassazione dott. Giovanni Canzio nella sua Relazione annuale del 2106 in riferimento all'amministrazione della giustizia nel 2015 faceva una importante puntualizzazione: «In questa ottica, la corruzione non è soltanto un reato contro la pubblica amministrazione, ma è uno dei più gravi reati contro l'economia»; e poi nel successivo

---

<sup>37</sup> Circa il tentativo di elusione normativa del soccorso di necessità, si rinvia a S. Zirulia, *Soccorsi in mare e porti sicuri: pubblicate le raccomandazioni del Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 20 giugno 2019. In ultimo l'intervento di S. Moccia, *Persino il codice Rocco dà lezioni di garantismo al ministro della paura*, in *Il Manifesto*, 6 agosto 2019. Il Presidente della Repubblica in data 8 agosto 2019 ha promulgata la nuova legge denominata "Decreto sicurezza bis" sottolineando **che la corretta interpretazione** che il giudice dovrà comunque interpretarla alla luce delle leggi internazionali e in particolare dalla Convenzione di Montego Bay che consentono il soccorso di necessità in mare, in [www.quirinale.it](http://www.quirinale.it).

<sup>38</sup> Sulla questione G. Dodaro, *Discriminazione dello straniero irregolare nell'aggravante comune della clandestinità*, in *Riv.it. dir. e proc. pen.*, 2008, p. 1634; AA.VV., *Il controllo penale dell'immigrazione irregolare: esigenze di tutela, tentazioni simboliche, imperativi garantistici*, a cura di R. Sicurella, Torino, Giappichelli, 2012; A. Sessa, *Controllo dei flussi migratori e sistema penale: la politica criminale delle "non scelte" alla prova della tenuta democratica del sistema*, in *Dir. pen. e proc.*, vol. 4, 2017, p. 522.

<sup>39</sup> Si veda l'esito delle indagini contenute nella prima "Relazione della Commissione europea sulla lotta alla corruzione", in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 11 febbraio 2014.

anno 2017 esprimeva una condivisibile preoccupazione: «È fortemente avvertita nel Paese la percezione di una diffusa corruzione sia nella Pubblica Amministrazione che tra i privati. Essa non trova tuttavia riscontro nelle rilevazioni delle statistiche giudiziarie. Il dato statistico nazionale sia degli uffici di merito che presso questa Corte evidenzia, tuttavia, un numero eccessivamente esiguo di giudizi penali instaurati per siffatti gravi delitti [n. 273 procedimenti definiti nel 2016 in Cassazione, pari allo 0.5%]. Occorre, pertanto, un'approfondita riflessione sulla efficacia delle attuali misure, preventive e repressive, di contrasto del fenomeno, perché ne sia consentita l'emersione nelle sue reali dimensioni anche nelle aule di giustizia»<sup>40</sup>.

Pertanto, la portata della *fictio* va ben oltre la stretta disciplina letterale della regola normativa, ma investe altri momenti qualificativi dell'azione legislativa. Struttura e funzione si devono accompagnare al fine, l'utilità, e il consenso sociale che sollecita e, successivamente, approva quella scelta.

Tutto questo è radicato su un bisogno indotto di pena, di controllo orientato della punizione che va oltre la verità del fatto.

In definitiva, il populismo penale crea quelle condizioni di fatto per cui la stessa opinione pubblica invoca una regola repressiva favorendo l'intervento di quella parte politica che la propone e che, successivamente all'adozione della regola, approva l'operato del proponente e sempre più fiduciosamente si affida al decisore politico in grado anche in futuro di garantire l'adozione di altre regole che la stessa opinione pubblica ritiene indispensabili ma che in realtà non lo sono perché sorte su basi della realtà falsificata.

In maniera speculare accade che l'annuncio della regola giuridica venga respinta dall'opinione pubblica che, convinta della sua entrata in vigore, ne disapprova l'iniziativa. Solo a questo punto il decisore politico fa un passo indietro e blocca il percorso legislativo del provvedimento annunciato.

Il risultato è che tutte le norme limitative della libertà, entrate in vigore nell'intento di comporre un quadro dove la gestione dei bisogni diventa lo strumento di controllo più efficace, finiscono per compromettere la libertà e l'autodeterminazione proprio di quei soggetti destinatari che quelle regole hanno proposto in maniera indotta e ampiamente condivisa.

#### *4. Il sabotaggio della legalità nelle forme procedurali e gli effetti della prassi finzionale*

I diversi contesti storici in cui originano i moventi legislativi che poi danno vita ai provvedimenti legislativi evidenziano talune scelte estreme dell'ordina-

---

<sup>40</sup> V. Mongillo, *La legge "spazzacorrotti": ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 27 maggio 2019.

mento che, benché radicalmente diverse nella struttura e nella funzione, talvolta si corre il rischio di confonderle<sup>41</sup>.

Per quanto poi concerne il sovvertimento delle procedure istituzionali di approvazione delle leggi, la *fictio legis* diventa l'origine di un diritto penale il-liberale perché privato dei meccanismi di controllo nella fase di esercizio della funzione legislativa. In questo senso va analizzato il vasto e sempre più ampio e variegato fenomeno legislativo della decretazione d'urgenza nonché il varo dei numerosi decreti legislativi, vere e proprie forme di abuso provvedimentoale, che depongono nel senso di concretizzare un alto numero di leggi che eludono il percorso parlamentare<sup>42</sup>.

L'assenza del controllo delle Camere e soprattutto la mancanza di spazio di interlocuzione all'intervento delle opposizioni parlamentari, contributo necessario all'equilibrio intrinseco dei provvedimenti legislativi dotati dei caratteri naturali di generalità e astrattezza, consegnano al giudice norme penali il cui movente legislativo le indirizza a percorsi applicativi distonici rispetto a quelli di coerenza ordinamentale. L'effetto che se ne produce è che **il diritto urta contro i fatti**.

Il caso della rilettura polarizzante della causa di giustificazione della difesa legittima, art. 52 c.p., ribattezzata "*legittima difesa domiciliare*", ha orientato fittiziamente, quella che era nata come norma di favore, verso un indirizzo applicativo diverso, ma solo fittiziamente. Nella realtà, l'opinione pubblica che aveva sostenuto la giustificazione per chi avesse messo in pericolo la vita di un ladro all'interno della propria abitazione, con il varo della modifica additiva della norma, ha immaginato l'introduzione di una presunzione assoluta di innocenza nel caso dell'omicidio del ladro, incidendo sulla disciplina del c.d. eccesso colposo<sup>43</sup>.

Il movente legislativo, con queste premesse, nasceva in realtà da un fatto falso, l'assenza di una presunzione legale, quando in realtà la norma scriminante vigente teneva già conto di una serie di criteri e di una consolidata linea interpretativa in grado di salvaguardare la posizione della vittima che non sarebbe mai divenuta carnefice alle condizioni date. Ed invece, il correttivo prescrittivo apportato al testo parte da una finzione di fatto che ha dato vita a una norma manipolatoria che va incontro agli annunci fatti propri dall'opinione pubblica, ma che nella realtà processuale non muterà nulla dei criteri di accertamento che il giudice sarà tenuto ad utilizzare, né si modificherà la responsa-

---

<sup>41</sup> A. Manna, *La crisi attuale della codificazione penale italiana*, in *Ind. pen.*, 2006, p. 965.

<sup>42</sup> C. Cupelli, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Napoli, ESI, 2012.

<sup>43</sup> Anche in questo caso vi è stato un intervento del Presidente della Repubblica in data 26 aprile 2019 ha promulgata la nuova legge precisando che la corretta interpretazione che il giudice dovrà darne tenga conto della «portata obiettiva del grave turbamento e che questo sia effettivamente determinato dalla concreta situazione in cui si manifesta» escludendo qualsiasi presunzione, in *www.quirinale.it*.

bilità dell'aggredito nel caso in cui uccida il ladro nella convinzione che difendersi a casa propria vuol dire ricorrere a qualsiasi mezzo offensivo e a qualsiasi forma di azione aggressiva.

In realtà, la manipolazione è giunta al punto da confondere il ruolo di aggredito con quello di aggressore e ha trasformato l'aggredito nel possibile autore di un omicidio, sbilanciando il peso dei valori che si contrappongono in campo: la difesa del patrimonio contro il più prezioso bene della vita. Una sorta di eterogenesi dei fini.

Una ipotesi di finzione negativa invece ha assunto negli ultimi mesi la vicenda legislativa – vi era stata infatti legge delega – quella della mancata adozione dei decreti attuativi relativi a quella parte della riforma della legge sull'ordinamento penitenziario concernente l'ampliamento del trattamento rieducativo con le misure alternative alla detenzione<sup>44</sup>. La spinta all'ampliamento di misure punitive, che dopo tanti anni erano state sdoganate dalla categoria di “benefici penitenziari” per ottenere il riconoscimento di vere e proprie pene in esecuzione, intendeva assicurare una svolta evolutiva al principio costituzionale di rieducazione rimasto in larga misura del tutto inattuato<sup>45</sup>.

In questa nuova materia si è registrato un vero e proprio “spreco legislativo” costituito dalla mancata attuazione della legge delega, vanificando il testo con la sua estinzione per la mancata adozione nel termine ultimo indicato dei decreti legislativi attuativi. Questo fenomeno, per la verità nuovo alle cronache giuridiche insieme alla mancata adozione dell'intero testo della legge delega sulla nuova depenalizzazione, è una chiara ipotesi di falsificazione della “non esistenza” di esigenze che motivavano l'adozione delle nuove norme. In questo caso il fatto falso è costituito dall'assenza di necessità che, invece, sussisteva e continua a sussistere per la costante crescita del numero dei detenuti che genera una strutturale situazione di sovraffollamento carcerario, oltre, e molto più importante, alla mancata concretizzazione di quel percorso rieducativo che l'art. 27 Cost. attende dal 1948.

Legato a questo quadro di mancata realizzazione di progetti legislativi approvati dal Parlamento è la vicenda opposta, quella dell'elusione dei percorsi di trattamento penitenziario e di risocializzazione del condannato attuata attraverso l'aumento delle pene edittali per particolari categorie di reato.

Sono molti i delitti che hanno subito l'aumento esponenziale delle pene, si pensi alla fascia dei reati predatori, furto aggravato, rapina, violazione di domicilio, così come le nuove figure di delitto punite con pene draconiane, si pensi al *revenge porn*, la “*Diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti*”

---

<sup>44</sup> Quanto mai pertinenti le riflessioni di G. Giostra, *Questione carceraria, insicurezza sociale e populismo penale*, in *www.questionegiustizia.it*, 27 giugno 2014.

<sup>45</sup> Ampi e puntuali riferimenti in Commissione Giostra, *Il progetto di riforma penitenziaria*, Roma, NEU-Nuova Editrice Universitaria, 2019.

dell'art. 612-ter c.p. che replica paradossalmente una delle ipotesi di reato prevista all'art. 167 del Codice della *privacy* intitolata “*Trattamento illecito di dati*” personali, punito con pene molto più contenute.

Quanto poi a tutta la fascia dei reati che costellano la vicenda corruttiva si è registrato un proliferare di norme incriminatrici dalla non sempre ineccepibile determinatezza e soprattutto il lievitare dell'intero apparato sanzionatorio, personali e patrimoniali, con una velenosa appendice nella norma che impedisce il trattamento penitenziario dei condannati per tali delitti, essendo stato inserito il delitto di corruzione tra le categorie ostative dell'art. 4-bis della legge sull'Ordinamento Penitenziario<sup>46</sup>.

La *fictio legis* è arrivata al punto da non riconoscere uguale dignità incriminatrice alla corruzione privata diversamente da come viene conferita alla corruzione pubblica, nonostante le comuni fonti sovranazionali. Non si comprende, infatti, venuta meno la pregiudiziale teleologica della tutela del dovere di fedeltà alla funzione pubblica a favore della libera concorrenza del mercato, come peraltro le direttive sovranazionali indirizzano, il delitto dell'art. 2635 c.c. “*Corruzione privata*” rimane una norma meramente simbolica, pur appartenendo al novero dei reati corruttivi che andrebbero combattuti ciascuno con gli stessi strumenti e con la stessa inflessibilità. Né la eliminazione della perseguibilità a querela, a favore esclusivamente di quella d'ufficio, ha reso la fattispecie più elastica, lasciando invariati gli elementi costitutivi di una norma di difficile configurabilità in concreto<sup>47</sup>.

L'aumento delle pene genera anche un altro fenomeno di falsificazione dei fatti, quello condizionato dal concetto mai concretamente comprensibile di “certezza della pena” o forse certezza dell'esecuzione della pena. In questo caso la legge n. 3 del 9 gennaio 2019 “*Spazzacorrotti*” non incide sul profilo di diritto sostanziale della disciplina della prescrizione prevista nel codice penale, ma pur lasciando inalterati i regimi minimi dei vari termini prescrizionali, introduce una variazione di natura processuale dei delitti, incidendo sul *dies a quo* dopo il giudizio di primo grado e di appello che restano sospesi<sup>48</sup>. La pre-

---

<sup>46</sup> V. Manes, *Corruzione senza tipicità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2018, p. 1126.

<sup>47</sup> Come dispone la legge 9 gennaio 2019, n. 3 detta “*Spazzacorrotti*” avendo modificato l'art. 4-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354 «Divieto di concessione dei benefici e accertamento della pericolosità sociale dei condannati per taluni delitti»: «1. L'assegnazione al lavoro all'esterno, i permessi premio e le misure alternative alla detenzione previste dal capo VI, esclusa la liberazione anticipata, possono essere concessi ai detenuti e internati per i seguenti delitti solo nei casi in cui tali detenuti e internati collaborino con la giustizia a norma dell'art. 58-ter della presente legge o a norma dell'art. 323-bis, secondo comma, c.p.: delitti commessi per finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordine democratico mediante il compimento di atti di violenza, delitti di cui agli artt. 314, primo comma, 317, 318, 319, 319-bis, 319-ter, 319-quater, primo comma, 320, 321, 322, 322-bis, 416-bis e 416-ter c.p.».

<sup>48</sup> Per una puntuale critica G. Losappio, *Il congedo dalla prescrizione nel processo penale. Tempus fu(g)it*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 1° luglio 2019.

scrizione, infatti, è l'altro "ventre molle" di una situazione della giustizia in Italia che affronta falsi miti piuttosto che assicurare tempi di giudizio certi, tempestivi, abrogando – di fatto –, come mera operazione di finzione negativa, il principio costituzionale della ragionevole durata del processo e pregiudicando il principio di presunzione di innocenza.

A ben vedere anche le manovre tecniche sui tempi di prescrizione si possono risolvere in un potere sottratto alla decisione del giudice, la cui discrezionalità è annullata con l'introduzione di una serie di presunzioni normative assolute che non lasciano margine di manovra ai poteri di bilanciamento delle circostanze e sui meccanismi di cumulo giuridico delle pene.

La modifica apportata, ad esempio, all'ultimo comma dell'art. 158 c.p., che sarà nel suo complesso operativo dal 1 gennaio 2020, va esattamente in questo senso: «Il termine della prescrizione decorre, per il reato consumato, dal giorno della consumazione; per il reato tentato, dal giorno in cui è cessata l'attività del colpevole; per il reato permanente o continuato, dal giorno in cui è cessata la permanenza o la continuazione».

In questo modo il legislatore ha creato un'unità normativa del reato continuato, una disciplina vincolante, che nella fase di giudizio non potrà essere superata da giudice. Viene annullata la possibilità di separare i reati connessi e con essa si impedisce di dichiarare la prescrizione delle singole ipotesi di reato, ottenendone come effetto l'aumento esponenziale delle pene sia nella fase di comminatoria sia in quella della esecuzione.

Non mancano altre manifestazioni di percorsi legislativi che assumono caratteristiche analoghe o proprie della *fictio legis* e della *fictio juris*, secondo una scansione della legislazione che segue il contesto politico che la produce.

#### 4.1. Leggi di emergenza

Il tema dell'emergenza normativa è uno di quelli che potrebbe essere declinato come una forma di *fictio legis*, ma in realtà non lo è, e sarebbe un errore reputarlo tale. Il movente che costituisce il criterio di discriminazione di fondo della *fictio* resta sempre la falsità o la verità del fatto da regolare. In questo caso la *fictio* viene imposta per la salvaguardia del sistema, per meglio dire dell'assetto di potere, svolge in realtà una funzione conservativa dell'ordinamento che fa ricorso a veri anticorpi normativi, compromettendo i diritti individuali ma sviluppando risorse per la tutela orientata di interessi collettivi.

Nel caso dell'emergenza il fatto esiste ed è riscontrabile come vero, anche se a quel fatto viene fornita una risposta, non solo dalla portata sproporzionata, per quanto viene varata una legislazione che orienta artificiosamente la regola giuridica per sostenere un movente legislativo, di parte, preordinato, istituzionale.

La premessa fattuale per giungere alla legislazione di emergenza è la creazione della figura del “nemico” che non è possibile sconfiggere se non attraverso leggi che nella forma rispettano i criteri della legislazione, mentre nella sostanza violano in maniera evidente diritti fondamentali della persona e in questo modo i principi fondamentali delle norme costituzionali<sup>49</sup>. La suggestione di questo modo di condurre il governo della legislazione e della politica istituzionale è ricondotta alla formula del “governo attraverso la criminalità”, in cui la *governance* passa per la gestione strumentale e fittizia della lotta alla criminalità<sup>50</sup>.

Resta il fatto che l'emergenza, i cui effetti sono anch'essi al limite della eversione ordinamentale, enfatizza il fine dell'azione legislativa attraverso l'adozione di mezzi sovradimensionati, rispetto a un fatto storico effettivamente accaduto ma occasione per conservare e rafforzare assetti di potere.

La legislazione di emergenza entrata in vigore negli anni successivi all'attacco delle Torri gemelle del 2001 e propagatasi in tutti i continenti con leggi penali durissime e norme processuali al limite dell'accettabile – *si pensi alla sistematica violazione della privacy con le intercettazioni a tappeto* –, partiva da un fatto riscontrabile, reale, il fenomeno del terrorismo, per dare sfogo a una legislazione funzionale essenzialmente a garantire e tutelare gli assetti del potere politico<sup>51</sup>.

Il concetto intorno al quale ruota questo nuovo percorso prodotto del terrorismo internazionale è quello della sicurezza, rivelatasi poi, nel diritto penale italiano, la traduzione moderna dell'ordine pubblico, come ampiamente noto nel nostro passato ordinamentale, che si è simmetricamente trasmutato in tutela securitaria<sup>52</sup>.

Questo nuovo paradigma legislativo stravolge i passaggi procedurali di adozione delle leggi, il fulcro decisionale diventa l'esecutivo, esautorando il Parlamento nazionale, e mette in crisi tutto il tema delle libertà fondamentali in nome di un interesse superiore costituito dall'integrità del sistema costituzionale e il principio di democrazia.

A ben vedere, con il tempo quelle norme erodono lentamente proprio la solidità delle garanzie individuali e compromettono irreversibilmente la solidità del sistema di tutela dei diritti dell'uomo.

Dunque, l'emergenza può essere considerata come una *fictio juris* ma non

---

<sup>49</sup>J. Simon, *Il governo della paura. Guerra alla criminalità e democrazia in America*, Milano, Raffaello Cortina Editore, 2008.

<sup>50</sup>G. Fiandaca, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, p. 98.

<sup>51</sup>Tema ampiamente analizzato da A.M. Dershowitz, *Terrorismo*, Roma, 2003 e D.M. Amann, *Le leggi americane contro il terrorismo*, in *Critica del diritto*, 2003, p. 27.

<sup>52</sup>M. Donini, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3562. Interessante il doppio versante espresso dal tema securitario, da un lato la sicurezza garantita per i “nostri”, dall'altro di pura repressione senza via d'uscita per gli “altri”, come argomenta D. Pulitanò, *Sicurezza e diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, p. 556.

una *fictio legis*, poiché gli effetti preordinati si proiettano sulla fase del divenire applicativo del diritto e non per la manipolazione dei presupposti della fonte giuridica.

#### 4.2. *Leggi personali*

Altra ipotesi accreditabile di finzione legislativa è quella che passa sotto il nome di “*leggi ad personam*”<sup>53</sup>. Anche in questo caso però ci troviamo di fronte a un fenomeno manipolatorio ma non finzionale, poiché il movente legislativo prende spunto dall’oggettiva necessità di modificare o adottare una soluzione legislativa. Il problema mistificatorio e distorsivo è insito nel fatto che quella legge andrebbe elaborata e adottata con finalità e con destinatari diversi, riferita alla platea della generalità e non a soggetti singoli o gruppi appartenenti al ceto politico.

Il profilo funzionale di leggi siffatte mette in luce la strumentalizzazione a fini specifici di parte di una norma penale e poi di un’intera legislazione complementare che nel tempo entra in vigore.

Accade che, puntualmente, si registra una perfetta coincidenza tra gli interessi di carattere generale, che impongono la modifica normativa sulla base di un fatto vero, e gli interessi di un singolo o di una parte identificabile nell’assetto di potere del decisore politico che vanifica il concetto di generalità della norma giuridica. Analizzando la struttura della norma da un punto di vista tecnico-giuridico e la coincidenza di interessi in quel preciso momento storico, si accerta che la funzione di una disposizione penale è stata generata soprattutto per dare soluzione a un fatto vero che avrebbe potuto trovare soluzione in un momento diverso o con una struttura descrittiva diversa.

L’esempio del reato di false comunicazioni sociali (artt. 2621 e 2622 c.c.) è paradigmatico di questo modo di intendere l’intervento legislativo “occasionale”, ove occorre intervenire per correggere distorsioni normative rispetto a fonti europee, ma lo si è fatto nel 2002 introducendo una norma contravvenzionale al posto di una ipotesi di delitto nel momento in cui il decisore politico doveva eludere il rigore applicativo della fattispecie all’epoca vigente<sup>54</sup>. Quella che poteva apparire una semplice coincidenza di interessi tale non era, poiché l’intervento modificativo era nel senso opposto da quello dettato dalla cornice normativa europea entro la quale il legislatore italiano era chiamato a intervenire<sup>55</sup>.

---

<sup>53</sup> E. Dolcini, *Leggi penali «ad personam», riserva di legge e principio di eguaglianza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004.

<sup>54</sup> La legge è il d.lgs. n. 61 dell’11 aprile 2002 che si accompagna alle altre 40, così come calcolate da fonti giornalistiche.

<sup>55</sup> Si vedano le «Conclusioni dell’avvocato generale Juliane Kokott nelle cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02 *Silvio Berlusconi e a.*». «Secondo l’avvocato generale Juliane Ko-

### 4.3. La giurisprudenza normativa

Nel settore della prassi del diritto penale italiano contemporaneo anche molte decisioni giurisprudenziali hanno aperto dei percorsi decisionali che partivano da fatti della vita sociale che non avevano alcuna regolazione e che attendevano una soluzione legislativa che tardava ad arrivare<sup>56</sup>. Per queste ragioni il giudice ha creato la regola giuridica prendendo a base della norma un fatto che non rientrava esattamente in quello oggetto di una norma vigente e che, ledendo l'integrità dei principi di riserva di legge e tassatività, la utilizzava come espediente finzionale<sup>57</sup>.

Altre volte nel corso dell'interpretazione giudiziaria il giudice ha utilizzato una base normativa legittimamente emanata dal legislatore, ma utilizzata in un senso diverso o applicata a un caso non del tutto identico né analogo, ma tale da rivestire i medesimi caratteri strutturali del fatto regolato<sup>58</sup>. Si parla anche della pluralità dei significati normativi ricavabili da uno stesso enunciato linguistico legislativo, per giustificare l'estensione del percorso di *fictio juris*<sup>59</sup>.

Uno dei casi più significativi è quello relativo alla vicenda applicativa del disastro ambientale e sanitario gemmato dalla ipotesi del disastro innominato del secondo comma dell'art. 434 c.p., soltanto successivamente introdotto nella legislazione italiana<sup>60</sup> anche a seguito di una sentenza monito della Corte

---

kott una legge penale più favorevole adottata successivamente alla commissione del reato deve essere applicata se e in quanto contrasta con il diritto comunitario». «La pubblicazione di un bilancio falso andrebbe equiparata all'omessa pubblicazione dello stesso; gli Stati membri dovrebbero dunque prevedere sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive anche per l'ipotesi di falso in bilancio. La disapplicazione di una legge penale più favorevole successiva, contrastante con il diritto comunitario, sarebbe compatibile con il principio della legalità della pena», in *www.europa.eu*, 14 ottobre 2004.

<sup>56</sup> Per imbrigliare la giurisdizione, decisive le considerazioni di L. Ferrajoli, *Crisi della legalità penale e giurisdizione. Una proposta: la riserva di codice*, in *Legalità e giurisdizione. Le garanzie penali tra incertezze del presente ed ipotesi del futuro*, Padova, Cedam, 2001, p. 27.

<sup>57</sup> G. Verde, *Il difficile rapporto tra giudice e legge*, Napoli, ESI, 2013.

<sup>58</sup> Riferisce sull'ampio dibattito svolto nell'ambito dei processual-penalisti circa la frattura tra fatto analizzato in sede processuale e corrispondenza con la verità storica O. Di Giovine, *A proposito di un recente dibattito tra "verità e diritto penale"*, cit., p. 551: «Il diritto è dunque per sua natura un (tipo particolare di) sistema formalizzato, che quindi non potrà mai attingere alla "verità vera", ma soltanto alla "sua verità", quanto più vicina a quella "vera". Si ripresenta dunque l'aporia che la dottrina processualistica intendeva scongiurare: manteniamo in piedi lo schema della corrispondenza, ma lo riduciamo a simulacro negandone la funzione (realmente) conoscitiva». In termini scettici in ordine al risultato di verità nel processo E. Resta, *La verità e il processo*, in *Pol. dir.*, 2004, p. 369. Sui caratteri generali del processo come strumento di accertamento del vero M. Taruffo, *La verità nel processo*, in AA.VV., «Verità» del precetto e della sanzione penale alla prova del processo, cit., p. 181.

<sup>59</sup> M. Trapani, *Creazione giudiziale della norma penale e suo controllo politico*, in *Arch. pen.*, n. 1, 2017, p. 22.

<sup>60</sup> Si tratta dell'art. 452-*quater* c.p.

costituzionale<sup>61</sup>. L'estensione del significato dell'evento disastroso era giunta al punto da ritenere ricomprese vicende che a stretto rigore, soprattutto in punto di tassatività, gli elementi costitutivi della fattispecie incriminatrice non annoverava affatto.

#### 4.4. *Leggi penali del populismo emotivo*

Difficilmente definibile teoricamente la stagione legislativa e amministrativa del populismo, se non che le sollecitazioni dell'intervento punitivo, di stampo penale o di natura amministrativa, partono dal basso<sup>62</sup>.

La politica perdendo la sua capacità pedagogica di orientamento, in cui le istanze e i bisogni dovrebbero essere mediati tra una corretta direzione politica e una piena consapevolezza degli effetti da parte dei destinatari, i quali sviluppano un'autonoma capacità critica, si è invece rifugiata in un pragmatismo interventista che non conosce confini<sup>63</sup>.

Si affievoliscono le linee di demarcazione tra i settori dell'ordinamento giuridico e si apre il campo alla sovrapposizione reciproca tra scelte di diritto penale e scelte di diritto amministrativo, entrambe ben connotabili implicitamente come materia penale<sup>64</sup>.

---

<sup>61</sup> Corte cost. 30 luglio 2008, n. 327, in *www.cortecostituzionale.it*. In dottrina A. Gargani, *Reati contro l'incolumità pubblica*, vol. IX, in *Trattato di diritto penale*, diretto da C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, Milano, Giuffrè, 2013, p. 417; F. Giunta, *I contorni del "disastro innominato" e l'ombra del "disastro ambientale" alla luce del principio di determinatezza*, nota a Corte cost., 1° agosto 2008, n. 327, in *Giur. cost.*, 2008, p. 3539.

<sup>62</sup> Secondo L. Ferrajoli, *Il populismo penale nell'età dei populismi politici*, in *www.questionegiustizia.it*, n. 1, 2019: «La prima differenza è il carattere criminogeno assunto oggi in Italia dalle leggi e dalle politiche governative in tema di sicurezza. Mi limito a ricordare due misure il cui effetto sarà quello di accrescere la devianza, la marginalità sociale e l'insicurezza».

<sup>63</sup> Una definizione attendibile è suggerita da N. Tranfaglia, *Populismo. Un carattere originale nella storia d'Italia*, Roma, Castelvecchi, 2014: «Il populismo, inteso come capacità di coinvolgere la massa degli umani, dicendo loro esattamente quello che vogliono sentirsi dire e non dovendo attuare un programma preciso o dettato da un'ideologia pregressa, dispone – per così dire – della flessibilità necessaria per andare di volta in volta incontro alle esigenze e ai desideri del suo popolo».

<sup>64</sup> Tutto l'eterogeneo contenuto prescrittivo e punitivo della legge I dicembre 2018, n. 32 (G.U. 3 dicembre 2018), di conversione del d.l. 4 ottobre 2018, n. 113 detto "*Decreto sicurezza*" ha destato una serie di perplessità di carattere costituzionale come evidenziato da AA.VV., *I profili di illegittimità costituzionale del Decreto Salvini*, a cura di G. Santoro, Antigone Edizioni, 2019. Su una delle prime questioni di legittimità sollevate la Corte costituzionale ha dichiarato in data 24 luglio 2019: «Il potere sostitutivo del prefetto nelle attività di comuni e province è illegittimo perché lede l'autonomia degli enti locali e contrasta con il principio di tipicità e legalità dell'azione amministrativa», dal Comunicato della Corte. Sullo stesso terreno è utile considerare il contenuto nella nuova disciplina del "*Decreto sicurezza bis*", in cui al Ministero dell'Interno vengono conferiti "superpoteri" in materia di polizia portuale per impedire l'uso delle navi e lo sbarco di immigrati clandestini.

La confusione dei confini di intervento tra ciò che appartiene al diritto e ciò che è politica genera nell'opinione pubblica la convinzione di trovarsi in presenza di un decisore politico in grado di assumere iniziative rassicuranti e il concetto di sicurezza pubblica finisce per dominare l'ampio spettro delle materie di governo<sup>65</sup>. Un aspetto domina la scienza degli interventi legislativi, il fatto che il decisore politico è sempre pronto a un intervento normativo, anche di fronte a fatti episodici che potrebbero non maturare in fatti reiterati, con un pragmatismo interventista che appare come una ulteriore offerta di garanzia per la tutela alla collettività. L'emotività che connota il bisogno di pena che sale dal basso viene tempestivamente colto dal decisore che raccoglie l'istanza e vi provvede soddisfacendo quell'esigenza di protezione e di ordine che finisce per rassicurare<sup>66</sup>.

Questo procedere così rapido facendo leva su risposte pronte ed efficaci marca eludendolo uno snodo istituzionale importante, quello dei passaggi parlamentari che decantando e offrendo riflessione sulla proposta di intervento vengono diversamente considerati mera "perdita di tempo"<sup>67</sup>. Quel tempo che invece sarebbe una preziosa risorsa per comprendere a fondo le motivazioni razionali della scelta e affinare tecnicamente la regola del caso. La speditezza o fretta, invece, impone di privilegiare strumenti di intervento con atti legislativi di urgenza che scavalcano la volontà popolare del Parlamento<sup>68</sup>. La piazza prende il posto delle Camere, la democrazia parlamentare viene di fatto sospesa, e le scelte sono assunte in maniera disorganica, tecnicamente irrazionale, tali da suscitare disordine nel sistema di coerenza della legislazione penale.

A ben vedere il meccanismo di produzione della legislazione populistica a-

---

<sup>65</sup> D. Pulitanò, *Intervento*, in AA.VV., *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 21 dicembre 2016, p. 3: «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. Con malinconico disincanto, dobbiamo considerare i correnti usi populistici della legislazione penale come un prodotto della democrazia, sia pure di una democrazia sfigurata».

<sup>66</sup> S. Anastasia, M. Anselmi, D. Falcinelli, *Il populismo penale. Una prospettiva italiana*, Padova, Wolters Kluwer-Cedam, 2015.

<sup>67</sup> Sulla diversione normativa dai canoni tradizionali di produzione legislativa, si rinvia a C. Cupelli, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Napoli, ESI, 2012.

<sup>68</sup> «Il Parlamento è il luogo della democrazia. Ci vuole un rapporto sano tra Parlamento e governo, tra diversi poteri dello Stato». Lo ha affermato il presidente della Camera dei deputati, Roberto Fico, nel corso della cerimonia di consegna del Ventaglio da parte dell'Associazione stampa parlamentare. Dopo aver sottolineato il "ruolo umanitario centrale" dell'Italia, Fico, richiamando quanto scritto al premier Conte, ha ribadito la "centralità del Parlamento" e la necessità che «il governo faccia meno decreti perché i decreti non riescono a far lavorare la Camera dei deputati e il Parlamento tutto in serenità», da [www.agensir.it](http://www.agensir.it) del 16 luglio 2019. Da qui la lettura lucida di AA.VV., *La legislazione penale compulsiva*, a cura di G. Insolera, Padova, Cedam, 2006.

sistematica assume in realtà un carattere circolare. Muove da un fatto reale che viene rappresentato all'opinione pubblica esaltandone la gravità e l'allarme, al punto che occorre intervenire con una norma punitiva con funzione intimidativa e pesantemente afflittiva<sup>69</sup>. Il passaggio ulteriore è quello che vede il decisore o parte del ceto politico raccogliere l'allarme che sale dal popolo<sup>70</sup> e, con l'intento di rassicurarlo, passare alla formulazione della norma rintracciando quel percorso di esame e di approvazione quanto più incisivo e rapido possibile privo, talvolta, di una oggettiva offensività giuridica da tutelare<sup>71</sup>.

L'enfaticizzazione dell'esigenza normativa, in questo modo, contribuisce a mortificare il carattere di proporzionalità della norma, compromettendo il nesso funzionale tra necessità e ragionevolezza della pena, dove ragionevolezza dovrebbe essere proporzione tra il comportamento e la risposta punitiva nel quadro dei complessivi interessi tutelati dall'ordinamento penale<sup>72</sup>.

È paradigmatico l'intervento normativo cui prima si è accennato del *revenge porn* la cui fattispecie incriminatrice è l'esatto duplicato di una norma preesistente, quella dell'art. 167 del Codice della *privacy*, che era stata impostata nella fase preparatoria della riforma del d.lgs. n. 196/2003 dalle Commissioni competenti del Parlamento come norma penale argine ai fenomeni definiti di "vendetta porno". Nonostante l'argine punitivo già elevato contro fatti di sicura offensività, l'emotività suscitata da alcuni ultimi casi di cronaca raccolta dal decisore politico, attento e tempestivo regolatore dei conti, mette in campo una nuova norma, quella dell'art. 612-ter c.p., inserita nel c.d. "Codice rosso" con pene sensibilmente più elevate<sup>73</sup>.

---

<sup>69</sup> Per la consueta ricchezza argomentativa e documentale, si rinvia a M. Donini, *Populismo e ragione pubblica. Il post-illuminismo penale tra lex e ius*, Bologna, Mucchi, 2019.

<sup>70</sup> Sul tema G. Fiandaca, *Populismo politico e populismo giudiziario cit.*, p. 96: «Ciò perché la patente di populista può essere concessa a quanti utilizzano tecniche retoriche o manipolative di acquisizione del consenso, a loro volta costruite intorno alla pretesa di essere gli interpreti più autentici e i difensori più credibili degli interessi del popolo – a prescindere, invero, da ogni rapporto di effettiva corrispondenza tra ideologia e realtà».

<sup>71</sup> Invita a selezionare, in un ambito anfibologico, il concetto deteriore di populismo D. Pulitanò, *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, in *Criminalia*, 2013, p. 127: «L'uso populistico della legislazione penale può consistere nell'esibizione di una severità realmente perseguita (con i suoi costi ed i possibili effetti), o restare sostanzialmente simbolico (un aspetto di per sé neutro, connaturato alle norme penali, non necessariamente negativo, ma spesso sì). Un aspetto degradato è il proliferare di norme inutili, sotto forma di fattispecie speciali o di circostanze aggravanti di poca o nulla valenza, mera espressione di buone intenzioni di tutela, matrici di differenziazioni che spesso sono di incerta giustificazione a fronte del principio d'uguaglianza».

<sup>72</sup> Sul punto ancora Papa Francesco, cit.: «b) Populismo penale. In questo contesto, negli ultimi decenni si è diffusa la convinzione che attraverso la pena pubblica si possano risolvere i più disparati problemi sociali, come se per le più diverse malattie ci venisse raccomandata la medesima medicina».

<sup>73</sup> L'interrogativo che si pone è: quando è stata violata la riserva di codice dell'art. 3-bis c.p.? La problematica generale è trattata da L. Foffani, *Codice penale e legislazione complementare: da*

La repressione di fatti sporadici che assumono nella discussione pubblica la dimensione di fenomeni di massa e che offrono rassicurazione e tranquillità, in realtà innescano lo squilibrio nella materia dei diritti individuali e lentamente la sicurezza collettiva sottrae terreno di protezione ai diritti fondamentali della persona. Si pone come paradigmatico in questo ambito tutta la complessa disciplina che ha aggravato le pene e i fatti commessi contro gli appartenenti le forze di polizia, previste nel “*Decreto sicurezza bis*”, attraverso il rafforzamento del principio di autorità.

In realtà le politiche penali securitarie diventano un volano per accrescere il consenso politico con l’ostentazione di provvedimenti legislativi che, nel minacciare un uso intimidatorio della pena, cui non segue la concreta esecuzione per effetto del blocco dei meccanismi processuali, assumono la veste di “risposte atte ai bisogni”<sup>74</sup>. Gli effetti che ne derivano sono la frantumazione dell’assetto di coerenza di tutto il sistema delle leggi e dei presidi istituzionali e una sempre più **pervasiva capacità indiretta di suscitare l’induzione dei bisogni con la perdita dello spirito critico collettivo**.

E tutto questo accade in presenza di un significativo calo dei reati contro la vita e contro il patrimonio, come viene segnalato dalle statistiche di settore.

Occorre a questo punto chiedersi se il simbolismo punitivo costituisca una delle possibili forme di finzione legislativa come espediente tecnico che emerge dal fatto falsificato.

La risposta non può che essere positiva perché varare una norma di difficile impatto applicativo che si ponga a presidio di una punizione con sanzioni spropositate è il ricorso – scaltro – alla funzione general-preventiva della pena, all’intimidazione fine a sé stessa, ma che non porta a combattere un fenomeno, semplicemente perché il fenomeno non esiste, se non singolari ipotesi occasionali<sup>75</sup>. Spesso queste decisioni legislative, leggi-provvedimento, si accompa-

---

*un modello «policentrico» a un modello «piramidale», in M. Donini (a cura di), Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare, Milano, Giuffrè, 2003, p. 304.*

<sup>74</sup>Z. Bauman, *Questioni sociali e repressione penale*, in AA.VV., *Periferie dell’impero. Poteri globali e controllo sociale*, a cura di S. Ciappi, Edizioni Derive Approdi, 2003, p. 161: «Costruire nuove prigioni, emanare statuti che moltiplicano il numero dei reati per i quali è previsto il carcere e allungare le sentenze carcerarie sono misure che fanno guadagnare popolarità ai governi, perché trasmettono un’immagine forte, energica, determinata e soprattutto “attiva” sul problema della sicurezza personale dei loro cittadini. La spettacolarità, la severità e l’immediatezza delle operazioni punitive è di gran lunga più importante della loro efficacia che, visti la naturale indifferenza dell’attenzione pubblica e il brevissimo raggio della memoria collettiva, viene verificata raramente. Si tratta di un aspetto addirittura più importante delle cifre effettive dei crimini indagati e commessi. Una cosa utile è, ovviamente, se di tanto in tanto si pone sotto gli occhi dell’attenzione pubblica un nuovo crimine, ed è sempre meglio che questo sia particolarmente orrendo e ripugnante, così da lanciare una nuova campagna di controllo e di punizione».

<sup>75</sup>Il monito alla moderazione delle scelte sanzionatorie e il richiamo al superiore principio di proporzionalità sono contenuti in Corte cost. 23 gennaio 2019, n. 40, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it): «4.3. – D’altra parte, l’intervento di questa Corte non è ulteriormente differibile, posto che è

gnano anche all'efficacia retroattiva della norma, dimostrando in questo modo una pragmatica capacità efficientista, ben sapendo che i principi di carattere generale del diritto penale contemporaneo vietano l'applicazione retroattiva di una norma a contenuto punitivo.

Avere introdotto il delitto di corruzione nella categoria dei reati ostativi dell'art. 4-bis o.p., con la espressa previsione di dare esecuzione alla pena impedendo il ricorso alle misure alternative alla detenzione anche per i reati commessi e giudicati prima della sua entrata in vigore, è la piena dimostrazione di una retroattività fittizia, ma nota al legislatore, semplicemente per imprimere inflessibilità al principio di "certezza della pena".

Ma anche questo rientra nella vicenda finzionale della fonte del diritto.

### 5. Possibili rimedi alle fonti originate dalla *fictio* ovvero la *fictio* come strumento correttivo

Questo modo di intendere la politica criminale con il ricorso ai medesimi strumenti di iniziativa e di concretizzazione della politica ideologica vuol dire giungere al punto che la *fictio legis* finisce per travolgere intenti sia pure lodevoli<sup>76</sup>. Le istanze politiche vengono tradotte direttamente sul terreno giuridico senza la mediazione dei saperi.

Il rischio che dalla *fictio legis* (*law in action*) si possano poi generare interventi correttivi tipici della *fictio juris* e trovarsi di fronte a una giurisprudenza normativa, si definisce creativa, quando la legge presenta limiti tali da non potere essere interpretata che nel solo senso attribuitogli dal giudice, è un altro rischio insito nella narrazione finzionale.

Il vero problema è che proprio l'opera giurisprudenziale, facendo leva sulla *fictio juris*, potrebbe apportare importanti correttivi alle norme ed essere utilizzate come argine alla dilagante illiberalità di fenomeni di falsificazione della

---

rimasto inascoltato il pressante invito rivolto al legislatore affinché procedesse "rapidamente a soddisfare il principio di necessaria proporzionalità del trattamento sanzionatorio, risanando la frattura che separa le pene previste per i fatti lievi e per i fatti non lievi dai commi 5 e 1 dell'art. 73 del d.P.R. n. 309/1990", anche in considerazione "dell'elevato numero dei giudizi, pendenti e definiti, aventi ad oggetto reati in materia di stupefacenti" (sentenza n. 179 del 2017)».

<sup>76</sup>Un rimedio per sventare la finzione del fatto che dà vita al precetto è suggerita da F. Palazzo, *Verità come metodo di legiferazione. Fatti e valori nella formulazione del precetto penale*, in AA.VV., «Verità» del precetto e della sanzione penale alla prova del processo, cit., p. 106: «la verità è soggetta al rischio di una possibile deriva proprio in tanto in quanto si ceda alla tentazione di convertirla da istanza di legiferazione a requisito contenutistico del disvalore della fattispecie [...] nel momento in cui i beni giuridici cessano di accreditarsi in ragione del consenso sociale e si pongono come intrinsecamente "veritieri" perché non negoziabili o indecidibili nella loro assolutezza, allora si crea un pericoloso allentamento della verità come metodo di legiferazione con conseguente messa in gioco della stessa democrazia».

fonte, *fictio legis*. La presunzione di difesa legittima originata da una *fictio legis* potrà essere corretta, alla luce di una interpretazione sistematica e valoriale della nuova disposizione, da una salutare e coerente soluzione giurisprudenziale di *fictio juris*<sup>77</sup>.

La questione di legittimità resta certamente una delle strade maestre per risolvere il conflitto con i principi generali del sistema, ma talvolta lo stesso giudice, pur di non inflazionare lo strumento del ricorso alla Corte costituzionale si esprime con una propria decisione apportando correzione alla norma, secondo il criterio dell'interpretazione costituzionalmente orientata. Non a caso le leggi degli ultimi mesi sono tutte potenzialmente materia di questione di costituzionalità, a volte sollevata, altre in via di proponimento.

Questo quadro mostra in tutta evidenza che il legislatore, pur intendendo segnare un percorso di egoistico arbitrio, viene sostituito dalla giurisdizione e sempre più la volontà popolare si troverà a soccombere al potere giudiziario. Il Parlamento perde centralità operativa in materia legislativa per colpa di un decisore politico che si fa legislatore ma che produce leggi dai profili e dai contenuti assolutamente inattendibili e illegittimi.

Il profluvio di sentenze del giudice nazionale e dei giudici europei che formano ormai fonte normativa consolidata finisce per radicare un potere del tutto imprevisto e la democrazia viene dimezzata perché la volontà popolare perde, nella fisiologia dell'impianto istituzionale, il suo potere naturale di emanare leggi.

Questi squilibri istituzionali si traducono in squilibri di sovranità e il ceto politico in generale viene privato del potere per il fatto di produrre leggi che non rispondono ai canoni e al rigore legislativo, consegnando al giudice in questo modo il compito di provvedere con i necessari correttivi o, addirittura, con l'alterazione del senso dell'originario intervento legislativo. Il giudice diventa il vero motore della produzione del diritto e la giurisprudenza normativa o creativa si trasforma in fonte della legge.

In questo passaggio di poteri si insinua il rischio che anche il giudice un giorno possa perdere il ruolo di indipendenza, laddove dovesse concretizzarsi l'elezione popolare dei giudici. Ancora una volta si innescherebbe il perverso circuito di una legalità regolata direttamente dal decisore politico che raccoglie le istanze del "*popolo sovrano*", pretermettendo tutto il sistema dei filtri intermedi e terzietà della giurisdizione.

In realtà, il dialogo giurisprudenziale che si intesse di giorno in giorno anche tra i giudici nazionali e convenzionali – il c.d. dialogo tra le Corti – può probabilmente costituire quell'ulteriore correttivo delle fonti penali illibera-

---

<sup>77</sup> Un caso recentissimo lo fornisce la sentenza della Suprema Corte che ha provveduto a chiarire che l'avverbio "*sempre*" utilizzato dal legislatore non introduce alcuna presunzione di sussistenza della legittima difesa domiciliare, Cass. pen., Sez. V, 13 giugno 2019, n. 40414, in [www.cassazione.it](http://www.cassazione.it).

li<sup>78</sup>. Questi interventi però preludono a un possibile scontro, proprio ragionando in termini di sovranità che, sottratta al Parlamento, si concentra nelle mani del giudice che da interprete e applicatore del diritto si trasforma in fonte della legge.

Il disordine delle leggi, la tecnica avventurosa utilizzata nel disciplinarne da un punto di vista tecnico-giuridico il precetto, lo sviamento rispetto alle regole generali, la mancanza di investimenti su uomini e mezzi nel settore della giustizia, sono tutte premesse in fatto che offrono al decisore, non legislatore, di gestire le leggi-provvedimento secondo indirizzi e termini di valore del tutto avulsi dalla cornice disciplinare del nostro ordinamento giuridico.

Ecco perché il vero problema della giustizia penale è il processo non la certezza della pena, uno *slogan* privo di qualsiasi fondamento giuridico, ma anch'esso parte di quel procedimento di falsificazione dei confini del giuridico indotto dal populismo penale. La certezza dell'esecuzione della pena detentiva, pecuniaria o la confisca dei beni sequestrati al condannato a favore dello Stato mancano della loro efficacia repressiva e soprattutto preventiva, perché manca la fase della effettiva esecuzione. Per non sconfinare negli effetti perversi che scattano quando l'imputato viene ritenuto estraneo ai fatti contestatigli, la privazione della sua libertà inutile e tutto il suo patrimonio disperso nell'attesa della definitività del giudizio<sup>79</sup>.

Da questo coacervo si forma il terreno fertile dell'alterazione della fonte di legittimazione attraverso le iniziative di *fictio legis* e *fictio juris*, cosicché la vicenda finzionale priva la democrazia di trasparenza nei moventi delle scelte e di razionalità nella scelta della risposta punitiva, con il risultato di favorire una tale situazione di disordine normativo da offrire il destro a opzioni punitive sempre più strumentalmente pervasive, dispotiche e sempre meno rispettose dello statuto della legalità penale vincolata<sup>80</sup>.

---

<sup>78</sup> M. Cartabia, *La Cedu e l'ordinamento italiano: rapporti tra fonti, rapporti tra giurisdizioni*, in AA.VV., *All'incrocio tra Costituzione e Cedu. Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo*, a cura di R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi, Torino, Giappichelli, 2007.

<sup>79</sup> E. Amodio, *A furor di popolo. La giustizia vendicativa gialloverde*, Roma, Donzelli, 2019.

<sup>80</sup> Come efficacemente sostenuto neppure la scienza – sebbene nel suo ruolo correttivo – potrebbe sostituirsi alla legittimazione democratica del Parlamento, in G. Fiandaca, *Legalità penale e democrazia*, in AA.VV., *Principio di legalità e diritto penale*, in *Quaderni fiorentini*, 2007, p. 1247: «Anche a volere davvero ritenere irreversibile la crisi della *lex* parlamentaria, sarebbe un abbaglio narcisistico per l'odierno studioso anche solo ipotizzare che siano tornati i tempi per rimettere all'*auctoritas doctorum* la creazione dell'unico diritto penale legittimo».

