

GIOVANNI FIANDACA

LEGALITÀ PENALE E DEMOCRAZIA

1. Le considerazioni che seguono sono incentrate sul principio di legalità in materia penale, visto in rapporto con la democrazia. Questa angolazione prospettica può apparire inusuale, se non proprio eccentrica. Eppure, sol che appena si rifletta, ci si accorge che la legalità penale in una accezione moderna ha certamente a che fare con la democrazia politica, e ciò sotto aspetti diversi e in qualche misura convergenti.

La sollecitazione a soffermarsi sui rapporti tra diritto penale e democrazia è, del resto, non nuova né recentissima. Non a caso, il tema ha vissuto significativi momenti di emersione all'indomani della seconda guerra mondiale, con il risorgere in Europa delle concezioni politiche democratiche. Lo testimoniano — tra l'altro — alcune pagine in questo senso emblematiche di Giuseppe Bettiol, contenute in un aureo libretto di filosofia penalistica intitolato *Il problema penale*, che mi piace richiamare come premesse alla mia analisi. Invero, Bettiol — che fu uno dei maggiori penalisti italiani del Novecento e, tra questi, uno dei più attenti alle matrici filosofiche e politiche delle dottrine penali — dedicava il secondo capitolo di quel prezioso testo al problema delle connessioni tra diritto penale e politica, articolando il discorso in relazione — rispettivamente — al liberalismo (di destra e di sinistra), alle correnti marxiste, all'autoritarismo e totalitarismo di destra e, infine, alla democrazia. Proprio con riferimento a quest'ultima, nel contrapporre al « totalitarismo penale » quella che egli stesso definisce « democrazia penale », Bettiol abbozza una sintesi di alcune direttrici di fondo di un diritto penale 'a sfondo democratico', istituendo significativamente un collegamento tra principio di legalità, concezione democratica e autonomia morale della persona umana: « Un diritto penale che sia veramente democratico deve innanzitutto rispettare le esigenze della

natura morale e quindi razionale dell'individuo [...]. Il diritto penale è limite all'interesse statale nel campo della penalità e quindi è negazione del terrore. Va da sé, quindi, che nell'ambito di un diritto penale democratico il principio di legalità non abbisogna di particolari giustificazioni: esso serve a garantire la libertà individuale anche se la sussunzione del fatto sotto la norma non va intesa in senso puramente meccanico, eliminando ogni possibilità di apprezzamento da parte del giudice » (1).

I passi citati, ricchi di tensione etico-politica, prospettano — al di là di una evidente enfaticizzazione di motivi filosofici ancorati al personalismo cristiano (2) — una tesi fondamentale, che riassumerei così: il principio penalistico di legalità deve, nell'ambito di una democrazia, orientarsi anch'esso in senso democratico.

Si tratta di una tesi che merita di essere fatta oggetto di verifica, per saggiarne significato e limiti, alla stregua della duplice evoluzione sia del diritto penale, sia dei sistemi democratici.

2. Nella manualistica contemporanea, non solo italiana, il principio di legalità continua a essere considerato un principio-cardine del sistema penale, ribadendosi che la sua matrice politico-ideologica affonda le radici nell'Illuminismo: in questa prospettiva esso conserverebbe la funzione di soddisfare fondamentali esigenze di garanzia, mettendo il cittadino al sicuro da possibili (e temibili) arbitrii non solo del potere esecutivo, ma anche del potere giudiziario. A questa originaria matrice, di stampo garantistico-liberale e connessa al più generale principio della separazione dei poteri pubblici, se ne aggiunge una seconda, parallela d'affermarsi del principio democratico e del suffragio universale: divenendo cioè il Parlamento espressione della volontà dell'intero popolo, ne seguirebbe — come si legge ad esempio in un recente manuale — « che attribuirgli il monopolio della produzione delle norme penali, signifi-

fica assicurare — a garanzia della libertà dei cittadini — una più forte legittimazione politica delle scelte punitive dello Stato » (3).

D'altra parte, questa doppia giustificazione del principio penalistico di legalità — in chiave sia liberal-garantista, sia democratica — non rappresenta affatto una peculiarità esclusiva della legalità in materia penale. È stato, infatti, di recente osservato nel contesto di una riflessione sul principio di legalità inteso in un'accezione più generale: « garantismo e democraticità sono le due *parole chiave* che servono per comprendere le discussioni sul principio di legalità, esprimendo probabilmente i nodi concettuali essenziali del problema » (4). Ma appunto perché l'istanza garantista e l'istanza democratica rappresentano i due 'fili rossi' della discussione attuale sulla portata del principio di legalità, si tratta di verificare come essi si rapportino l'un l'altro: ciò con riferimento, per un verso, al principio di legalità come principio generale dell'ordinamento e, per altro verso, alla più specifica legalità penale.

In effetti, nella letteratura penalistica l'attenzione degli studiosi si è tradizionalmente incentrata soprattutto sul versante garantista della legalità. Il che non deve peraltro sorprendere, se si considera che i problemi del garantismo in materia penale si accentuano e drammatizzano proprio per effetto della particolare durezza delle sanzioni penali, che ne fa paradossalmente un'« arma a doppio taglio » — cioè strumento di tutela di beni giuridici che, tuttavia, nel contempo comprime pesantemente i diritti fondamentali della persona che la subisce. Comparativamente meno approfondito risulta, invece, il versante relativo alla garanzia democratica della legalità penale: essendo verosimilmente i temi e i problemi della democrazia più congeniali ai costituzionalisti e ai politologi, che non ai penalisti di professione. Se ciò è vero, è anche vero forse che questa minore propensione del penalista ad approfondire i nessi tra legalità e democrazia si giustifica di meno nell'attuale fase storica, una volta che il vecchio positivismo giuridico di matrice ottocentesca mostra segni di cedimento anche all'interno della cultura penalistica e una

(1) G. BETTIOL, *Il problema penale*, Palermo, Priulla, 1948, p. 49.

(2) Sul retroterra culturale dell'autore cfr., G. MARINI, *Giuseppe Bettiol. Diritto penale come filosofia*, Napoli-Roma, Esi, 1985.

(3) G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, parte gen., Milano, Giuffrè, 2006², p. 31.

(4) S. PAJNO, *Considerazioni sul principio democratico e sul principio di legalità*, in « Dir. pubbl. », 2005, pp. 467 ss.

volta che è stato messo a fuoco un volto costituzionale dello stesso illecito penale: per cui l'ammissione del geniale (e controverso) Carl Schmitt « io vengo dal diritto penale e ho dovuto riconoscere che anche questo è Costituzione »⁽⁵⁾, se poteva suonare anticonformista e provocatoria fino a un recente passato, oggi potrebbe — volendo — fungere da monito per procedere con convinzione ed energia lungo la strada di una rifondazione in chiave costituzionale del magistero punitivo.

Quale che sia il punto di vista che si ritenga di dovere esprimere sull'attuale livello di sviluppo della rilettura costituzionalistica del sistema penale (v. *infra*, par. 7), dedicare maggiore attenzione al problema dei possibili nessi tra legalità penale e democrazia può non risultare sforzo vano: tra le questioni controvertibili dell'approccio costituzionale rientra, infatti, anche quella relativa al modo di fare interagire vincoli costituzionali e democrazia politica.

3. Nell'ambito della elaborazione penalistica corrente, la garanzia democratica sottesa al principio di legalità viene riconnessa — come abbiamo visto — all'esigenza di dare forte legittimazione politica alle scelte di tutela penale. Questa esigenza di legittimazione si spiega — lo ribadiamo — in considerazione del fatto che la sanzione penale è una medicina cui ricorrere con molta precauzione per i negativi effetti collaterali che ne derivano.

Ora, è essenziale innanzitutto che il principio di legalità, nella sua primaria funzione garantista di baluardo posto a presidio della libertà individuale, assicuri i cittadini che « lo Stato [...] non li punirà senza preventivamente informarli su ciò che è vietato o comandato » (Corte cost. n. 364/1988): così soddisfacendo il diritto fondamentale di ciascuno a conoscere in anticipo i fatti penalmente sanzionati, in modo da far dipendere da una libera scelta individuale la decisione se realizzare o no comportamenti cui l'ordinamento reagisce con le sanzioni più intrusive della sfera personale. Ma, per assicurare la sola certezza giuridica in termini di prevedibilità e calcolabilità del rischio penale, non sarebbe indispensabile concepire il principio di legalità come riserva di legge: allo scopo di

informare preventivamente i cittadini basterebbe la preconstituzione della regola di condotta da parte di una fonte normativa qualsiasi, anche di rango inferiore alla legge in senso formale.

L'essere invece il potere di definire i reati riservato al monopolio legislativo — con conseguente (tendenziale) esclusione di fonti normative di grado inferiore⁽⁶⁾ — intende, in realtà, promettere qualche cosa di più in una prospettiva di potenziamento delle garanzie sostanziali. Nel senso che il procedimento legislativo appare lo strumento potenzialmente più adeguato a garantire il bene della libertà personale sotto più profili concorrenti: da un lato, potendosi presumere che il Parlamento, quale organo rappresentativo della volontà popolare, ricorra alla coercizione penale soltanto in vista della tutela di interessi rilevanti per la collettività e la cui protezione valga, quindi, il sacrificio della libertà personale (e degli altri diritti) connesso all'applicazione della pena; dall'altro, l'assemblea parlamentare, essendo aperta al confronto tra le forze di maggioranza e di opposizione, dovrebbe poter consentire alle minoranze di esercitare un sindacato sulle scelte di criminalizzazione⁽⁷⁾.

In questo quadro, la legittimazione democratica del diritto penale dovrebbe — almeno in linea teorica — assicurare razionalità, ponderazione e avvedutezza nel vagliare la necessità del ricorso alla sanzione punitiva sulla base di un previo bilancio tra rispettivi costi e benefici. Da questo punto di vista, la stessa riserva di legge dovrebbe dunque implicitamente implicare una concezione restrittiva del diritto penale come *extrema ratio* di tutela: cioè come ultimo rimedio cui ricorrere, a fronte della verificata mancanza di altri strumenti di intervento extrapenali (civili, amministrativi o extragiuridici) idonei a garantire ugualmente la protezione del bene o interesse in questione.

Tutto ciò, beninteso, in teoria. Ma, anche a prescindere dallo scarto tra quanto la riserva di legge vorrebbe promettere e quanto è capace di mantenere nella realtà (fenomeni di inflazione o ipertrofia

(6) Sul dibattuto problema dei limiti di ammissibilità di una compartecipazione di fonti sublegislative alla conformazione dei tipi criminosi, cfr. di recente, M. ROMANO, *Corte costituzionale e riserva di legge*, a cura di G. VASSALLI, Napoli-Roma, Est, 2006, pp. 29 ss.

(7) Cfr. ad esempio, a livello manualistico, MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale*, cit., p. 31; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, parte gen., Bologna, Zanichelli, 2006, p. 51.

(5) C. SCHMITT, *Un giurista davanti a se stesso. Saggi e interviste*, trad. it. a cura di G. Agamben, Vicenza, Neri Pozza editore, 2005, p. 167.

penalistica sono diffusi un po' in tutte le legislazioni contemporanee, non solo in quella italiana), ritengo meriti ulteriore attenzione proprio l'impostazione teorica sottesa al consueto modo di concepire il principio penalistico di legalità in chiave di garanzia democratica. Più in particolare, mi chiedo: questa concezione presuppone — ancorché implicitamente — l'adesione a un determinato modello di democrazia? O essa è compatibile con qualsiasi visione della democrazia?

In effetti, spinge a sollevare interrogativi siffatti, oltre al silenzio finora mantenuto in proposito dai gran parte dei penalisti, la acquisita consapevolezza che oggi non solo le teorie (conoscitive) e le dottrine (normative) sulla democrazia, ma anche le prassi dei sistemi democratici costringono a confrontarci con modi molto differenziati di concepire la democrazia stessa. Come è stato, di recente, ben osservato: «Dopo millenni di diffidenza o di aperta ostilità, oggi la democrazia è divenuta una sorta di tabù: nessuno oserebbe più criticarla. Eppure, sembra che tutti approvino la democrazia solo a patto di concepirla nei modi più diversi e anche opposti»⁽⁸⁾.

4. Credo che, se c'è un modello di democrazia implicito nella concezione del principio di legalità diffusa tra gli studiosi di diritto penale, questo modello rispecchi nella sostanza una concezione della democrazia rappresentativa corrispondente a una tradizione di pensiero tipica del costituzionalismo italiano. E cioè, secondo questa tradizione, il principio di legalità come riserva di legge in senso formale è concepito quale principio volto a garantire la corrispondenza tra il contenuto delle scelte politiche (nel nostro caso delle scelte di politica penale) e la volontà popolare così come espressa dai rappresentanti elettivi del popolo. Infatti la discussione parlamentare permetterebbe quel confronto pubblico tra tutte le forze politiche in campo, idoneo ad assicurare — sia pure attraverso lo strumento della rappresentanza — la più ampia partecipazione dei

cittadini alle deliberazioni di interesse generale⁽⁹⁾. Nel quadro di questa concezione classica della democrazia rappresentativa, rimane più in particolare da chiedersi quale sia il significato preferibile da attribuire alla dialettica tra maggioranza e opposizione entro una ottica che guardi specificamente alle esigenze di legittimazione politica delle scelte in materia penale. Invero, si ha l'impressione che l'enfasi posta nella letteratura penalistica sulla garanzia di democraticità quale risultato del confronto tra tutti gli orientamenti politici, rifletta, sia pure implicitamente, questa esigenza: cioè che le decisioni relative a che cosa e a come punire, appunto perché fortemente incidenti sulle libertà fondamentali della persona, siano coperte da un consenso il più possibile ampio. Da questo punto di vista, la sottolineatura della centralità della istituzione parlamentare, quale sede di confronto dialettico in pubblico tra tutti, sembra dunque alludere ad un modo di atteggiarsi del rapporto tra maggioranza e opposizione che proverei a indicare così: il ruolo delle forze politiche di minoranza non dovrebbe essere limitato d'esercizio di un controllo critico — dall'esterno — sulle scelte di penalizzazione prospettate dalle forze politiche di maggioranza, e all'eventuale proposta in sede di dibattito pubblico di soluzioni alternative. Piuttosto, la discussione e la deliberazione in tema di delitti e pene dovrebbero basarsi sulla interazione e sulla collaborazione tra le diverse forze politiche, in modo tale che la minoranza sia il più possibile coinvolta sia nella fase di elaborazione delle scelte, sia nella deliberazione finale in termini di auspicabile co-decisione. Insomma, viene così a profilarsi un modello di democrazia penale che non si accontenta del principio puramente maggioritario: stabilire se e come articolare forme di tutela penale, si prospetta come decisione a vocazione ultramaggioritaria, essendo appunto le opzioni in campo penale gravemente limitative dei diritti fondamentali di tutti i cittadini, a prescindere dalle diverse appartenenze politico-ideologiche.

Facendo nostro un rilievo formulato in termini più generali in un diverso contesto argomentativo, potremmo dunque esprimere il rapporto di tensione tra principio maggioritario e democrazia penale nel seguente modo: le decisioni politiche relative al se e come punire

⁽⁸⁾ M. BARBERIS, *Etica per giuristi*, Roma-Bari, Laterza, 2006, p. 42; cfr. anche G. ZAGREBELSKY, *Il « crucifige! » e la democrazia*, Torino, Einaudi, 1995, pp. 7 ss.

⁽⁹⁾ Su questo modello di democrazia rappresentativa cfr., di recente, S. PAJNO, *Considerazioni*, cit., pp. 4 ss. e ampi riferimenti ivi contenuti.

« per essere democratiche devono essere adottate mediante il concorso tra maggioranza e minoranza. Almeno, deve essere possibile il concorso tra la prima e la seconda: il principio di maggioranza come principio funzionale è una regola di chiusura, che deve essere 'sopportata' per consentire al sistema di mantenere una sua funzionalità. I presupposti per il superamento del principio di maggioranza, però, non devono mai venir meno »⁽¹⁰⁾.

D'altra parte, l'idea di un auspicabile coinvolgimento delle forze di minoranza nelle decisioni di contenuto penalistico può evocare, dal punto di vista del modo di intendere il principio maggioritario, la stessa notissima concezione kelseniana della democrazia come compromesso o accordo tra maggioranza e opposizione. Ridimensionando la prospettiva pessimistica del rischio incombente di una trasformazione del principio maggioritario in vera e propria dittatura della maggioranza, Kelsen inclinava — non senza ottimismo — a pensare che la volontà politica espressa nelle assemblee parlamentari fosse tendenzialmente, nella realtà effettuale, il risultato dell'influsso che la maggioranza e la minoranza esercitano l'una sull'altra⁽¹¹⁾. Per citare il grande praghese: « L'intera procedura parlamentare infatti, con la sua tecnica dialettico-contraddittoria, basata su discorsi e repliche, su argomenti e contrargomenti, tende a venire ad un compromesso. Questo è il vero significato del principio di maggioranza nella democrazia reale »⁽¹²⁾. Coerente con questa concezione della democrazia come compromesso, accordo, sintesi di posizioni differenti, è infine la tesi kelseniana della maggiore compatibilità con la democrazia parlamentare di un sistema elettorale di tipo proporzionale.

Prima di verificare il grado di attualità di una simile concezione della democrazia a fronte delle concrete tendenze delle democrazie contemporanee, è forse opportuno, per altro verso, tornare a porre in evidenza alcuni noti inconvenienti che la preferenza per accordi ampi su base compromissoria può recare con sé specie quando si

⁽¹⁰⁾ Ivi, p. 39.

⁽¹¹⁾ H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia*, in Id., *I fondamenti della democrazia*, trad. it. di A. M. Castronuovo, F. L. Cavazza e G. Melloni, Bologna, Il Mulino, 1966, p. 65.

⁽¹²⁾ Ivi, p. 66.

tratta di deliberare in materia di legislazione penale o, più in generale, in materia di legislazione. Com'è intuibile, questi inconvenienti derivano dal rapporto di inevitabile tensione (non di rado addirittura di aperto contrasto) che viene a crearsi tra, da un lato, l'esigenza di raggiungere un compromesso tra i contrastanti orientamenti politico-parlamentari e, dall'altro, l'esigenza tradizionalmente tipica della regolamentazione giuridica (in diritto penale come, del resto, in tutti gli altri settori dell'ordinamento) di attingere accettabili *standard* di razionalità e ordine sistematico. Un problema di compatibilità, questo tra democrazia e sistema giuridico, che peraltro non tormenta soltanto il nostro tempo, ma affonda le radici nella stessa genesi storica del diritto occidentale. In proposito, è stato di recente osservato con molta efficacia da Aldo Schiavone che l'idea di Occidente, o meglio della sua ragione civile, si è formata « nel corso della modernità integrando al proprio interno due dispositivi: il paradigma di ascendenza greca della politica come sovranità popolare e della legge uguale per tutti, e quello di derivazione romana del diritto come conformità a un sistema autocentrato di regole razionalmente definite ». « L'antichità aveva elaborato questi due modelli in modo largamente dissociato; solo l'Europa moderna sarebbe riuscita a metterli faticosamente insieme, cercando di coniugare diritto e democrazia, ordine giuridico e ordine sovrano: un processo complesso, dagli esiti ancora aperti e imprevedibili »⁽¹³⁾.

5. Il modello di democrazia rappresentativa a vocazione potenzialmente ultramaggioritaria, evocato nel paragrafo che precede, deve essere adesso confrontato con le linee di tendenza della democrazia reale così come ha funzionato nel corso degli ultimi anni, specie (ma non soltanto) nel contesto italiano.

Le tendenze di fondo che sono andate affermandosi, com'è noto, convergono nel senso di un ridimensionamento della centralità e dell'importanza dell'istituzione parlamentare, di un orientarsi in senso maggioritario del sistema politico, di un potenziamento del

⁽¹³⁾ A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, Einaudi, 2005, p. 12. Sul problema dei nessi tra diritti e democrazia, cfr., altresì, di recente, C. LUZZATI, *La politica della legalità*, Bologna, Il Mulino, 2005, pp. 211 ss.

ruolo protagonista del governo anche sul terreno delle riforme legislative: tutto ciò — per di più — entro un orizzonte più generale incline a promuovere la personalizzazione e mediatizzazione della politica, con conseguente crisi e caduta della partecipazione e delle varie forme di coinvolgimento attivo dei cittadini. Fenomeni, questi, che sembrano in realtà prefigurare un tramonto della democrazia rappresentativa secondo quel modello, forse non poco idealizzato, tradizionalmente caro alla maggior parte di noi giuristi. È un fatto — piaccia o non piaccia — che tra i politologi si parla ormai di 'post-democrazia' (14), o di 'democrazia che non c'è più' (15).

Questi fattori generali di crisi si sono sotto certi aspetti accentuati, nel contesto italiano, a causa della lunga e incerta transizione di regime conseguente alla bufera di Tangentopoli, della deriva in senso oligarchico-mediatico-plebiscitario innescata dal centrodestra berlusconiano (16) e del persistere di una confusa mescolanza tra vecchio e nuovo che connota la fase più recente del nostro sistema politico: fase invero caratterizzata — per richiamare una analisi lucida e graffiante — da assaggi di presidenzialismo e rigurgiti di partitocrazia, poteri esecutivi più forti, elezione diretta dei capi (premier, sindaci, governatori) ma, in contemporanea controtendenza, da un ritorno di segreterie e apparati di partito (17).

Queste trasformazioni e involuzioni del sistema politico, se non hanno condotto a una formale abolizione del principio di legalità, hanno certamente intaccato la sua sostanza democratico-garantista. Peraltro, la presa d'atto di un forte abbassamento sia del tasso di democraticità, sia della razionalità del processo legislativo ha finito col coinvolgere un po' tutti i settori (dalle riforme costituzionali alla legislazione in materia di economia, scuola, immigrazione ecc.), e con l'aggravante di un andamento così convulso e confuso da

sollecitare l'impietosa diagnosi di 'psicopatologia delle riforme quotidiane' (18).

Con specifico riferimento alla produzione normativa in materia penale, la legislatura da poco conclusasi meriterà anche in futuro di essere ricordata per una tendenza addirittura 'compulsiva' a improvvisare e imporre a colpi di maggioranza riforme le più eterogenee, per di più ispirate da un lato a obiettivi di favoritismo *ad personam* e, dall'altro, a una politica criminale di stampo populistico e socialmente discriminatoria (19). Con una ulteriore perversa propensione a presentare e reclamizzare, sul piano della comunicazione politico-mediatica, le innovazioni legislative come una 'operazione di *marketing*' destinata a soddisfare molteplici bisogni (veri o supposti) ed ansie del pubblico dei consumatori-destinatari, mentre le proprietà innovative risultavano di fatto assai più fittizie che reali (20).

Ora, anche a prescindere da questa persino risibile scimmiotatura delle tecniche pubblicitarie, la poco felice stagione del riformismo penale berlusconiano dovrebbe in ogni caso rimanere nella memoria storica come una esperienza emblematica: tale cioè da indurre a riflettere — al di là di ogni illusorio idealismo giuridico — sulla effettiva capacità di resa del tradizionale principio *nullum crimen sine lege*. È vero che la sua persistente vigenza nell'ordinamento ha — nonostante tutto — continuato a fungere da baluardo contro il rischio di rotture ancora più gravi della razionalità penalistica che si sarebbero forse potute produrre in assenza del carattere pubblico della discussione parlamentare imposta dalla riserva di legge (21). Ma è altrettanto vero che, se si fosse disposti ad accontentarsi di esaurire le funzioni positive di quest'ultima nella pubbli-

(18) L. VANDELLI, *Psicopatologia delle riforme quotidiane*, Bologna, Il Mulino, 2006.

(19) Cfr. il recente quadro critico tracciato in *La legislazione penale compulsiva*, a cura di G. Insolera, Padova, Cedam, 2006. Cfr. pure E. DOLCINI, *Leggi penali « ad personam », riserva di legge e principio di eguaglianza*, in « Riv. it. dir. proc. pen. », 2004, pp. 50 ss.

(20) Così efficacemente, F. SGUBBI, *Presentazione*, in *La legislazione compulsiva*, cit., pp. XI ss.

(21) Cfr. E. DOLCINI, *Il carattere generale e astratto della legge e la riserva di legge in materia penale: principi-cardine dell'ordinamento o polverose reminiscenze del passato?*, in *Interpretazione e precedente giudiziale in materia penale*, a cura di G. COCCO, Padova, Cedam, 2005, pp. 61 ss.

(14) Ci limitiamo a citare, per tutti, C. CROUCH, *Postdemocrazia*, trad. it. di C. Paternò, Roma-Bari, Laterza, 2003.

(15) P. GINSBORG, *La democrazia che non c'è*, Torino, Einaudi, 2006.

(16) P. GINSBORG, *Berlusconi. Ambizioni patrimoniali in una democrazia mediatica*, Torino, Einaudi, 2003.

(17) Cfr. M. CALISE, *La terza Repubblica. Partiti contro presidenti*, Bari-Roma, Laterza, 2006.

cità comunque garantita dal dibattito parlamentare, si finirebbe così col rinunciare proprio alla dimensione più ricca e pregnante della riserva di legge medesima, che ha a che fare — come sappiamo — con la garanzia di democraticità sia del procedimento legislativo che del suo risultato. Ora, quel che l'esperienza del riformismo penale più recente ha fatto toccare con mano è che il principio penalistico di riserva di legge, considerato in sé e per sé, non è idoneo a garantire che le scelte di politica criminale siano frutto di un dibattito democratico reale e di un confronto vero tra maggioranza e opposizione. Condizioni irrinunciabili, queste, per favorire il connubio tra *voluntas legis* e *ratio*; o, detto altrimenti, per impedire che prevalga la forza numerica del principio maggioritario (secondo una deriva da 'dittatura' della maggioranza), sganciata da ogni preoccupazione di razionalità discorsiva capace di aggregare ampi consensi.

Se è così, dobbiamo allora prendere atto di ciò: perché la riserva di legge sia più in grado di mantenere la promessa di rendere possibile una legislazione penale ispirata a criteri di razionalità, occorrono alcune condizioni politiche di contesto che sono tutt'altro che scontate in partenza. Queste condizioni — necessarie ma, come vedremo, non sufficienti (v. *infra*, par. 6) — mentre è meno facile che si realizzino nell'ambito di una democrazia vissuta in senso esasperatamente maggioritario, trovano un terreno di attecchimento più favorevole in contesti politico-parlamentari caratterizzati da un tendenziale equilibrio delle forze in campo e, nel contempo, animati da una cultura democratica orientata al dialogo e al confronto. Diversamente, e specie quando una maggioranza numericamente soverchiante non si fa scrupolo di imporre la sua politica criminale di parte in pressoché totale dispregio dell'opposizione, la riserva di legge smarrisce la sua più autentica funzione legittimatrice: in questa situazione, per rimediare a una legalità parlamentare da sola non idonea a garantire soglie accettabili di razionalità penalistica, occorrerà allora attingere il diverso piano della democrazia costituzionale, e confidare in interventi correttivi del giudice delle leggi⁽²²⁾; pur con

⁽²²⁾ Cfr. anche F. PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale. significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regula juris*, in *Diritto penale e sistema costituzionale*, cit., p. 55.

tutti i complessi problemi di possibile sconfinamento che, specie in materia penale, il sindacato costituzionale di ragionevolezza inevitabilmente solleva⁽²³⁾.

6. Ma, come si anticipava, anche il confronto parlamentare più ampio e approfondito non sarebbe sufficiente — da solo — a dotare la legislazione penale di valori ottimali in termini di razionalità, efficacia ed equilibrio sotto il profilo delle garanzie. Le condizioni che fanno da presupposto — beninteso, sempre in linea teorica — a un diritto penale democraticamente legittimato non si esauriscono, a ben vedere, nel metodo democratico di discussione: il livello di democraticità delle opzioni di politica criminale dipenderà anche dalla loro maggiore o minore conformità a criteri di fondatezza empirico-scientifica intersoggettivamente verificabili e, perciò, sottratti alla logica della mera discrezionalità politica. Il rapporto tra metodo democratico e metodo scientifico⁽²⁴⁾, in sede di elaborazione delle leggi penali, andrebbe teoricamente impostato e pragmaticamente gestito in termini non di possibile antinomia o conflitto, bensì di virtuosa interazione: una democrazia degna di questo nome, impegnata a osservare discorsivamente i canoni della razionalità pubblica, dovrebbe infatti privilegiare la tendenziale oggettività dei saperi empirici (scientifico-naturalistici, sociologici, criminologici, psicologici ecc.) quale antidoto contro i ricorrenti rischi di scelte politico-criminali arbitrarie o, comunque, condizionate oltre misura da pregiudizi ideologici, preferenze valutative partigiane, tentazioni opportunistiche di sfruttamento politico-simbolico delle risorse penali, fattori irrazionali e reazioni emotive artificialmente alimentate dal sistema mediatico.

Ma tradurre in realtà l'obiettivo di rendere più solide le basi scientifiche delle deliberazioni in materia penale è impresa ardua,

⁽²³⁾ Di recente, in argomento, cfr. O. DI GIOVINE, *Il sindacato di ragionevolezza della Corte costituzionale in un « caso facile »*, in corso di pubblicazione in « Riv. it. dir. e proc. pen. », 2007. Più in generale, per una rimediazione critica dei limiti di compatibilità tra principio democratico e controllo di costituzionalità, cfr. A. PINTORE, *I diritti della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2003.

⁽²⁴⁾ Cfr., diffusamente, M. DONINI, *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto tra diritto penale e politica*, in « Riv. it. dir. e proc. pen. », 2001, pp. 27 ss.; Id., *Il volto attuale dell'illecito penale*, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 281 ss.

oggi forse più di ieri. E ciò per un complesso di ragioni che qui possiamo soltanto accennare.

A parte un possibile eccesso di fiducia 'scientista', tanto più illusorio in una fase storica come la nostra (contrassegnata, invece, da un crescente disincanto post-moderno rispetto alle certezze della razionalità scientifica), è un dato di fatto che la scienza penalistica contemporanea — non solo italiana — non dispone di un patrimonio di conoscenze extranormative sufficiente per innescare una reale svolta in direzione di una maggiore implementazione scientifica della progettazione legislativa e delle decisioni giudiziarie (25). Oltre alle gravi carenze di know how, rimane l'ulteriore problema di instaurare canali di comunicazione tra le sedi deputate alla elaborazione dei saperi specialistici e i circuiti politico-istituzionali della produzione delle norme. In proposito, le difficoltà sono aggravate dal fatto che questi circuiti tendono a operare in via autonoma, in una sorta di chiusura autoreferenziale, tenendo ai margini gli esperti in scienze sociali e persino gli esponenti della dottrina penalistica intesa in senso stretto: lo dimostra la gran parte della copiosissima ed eterogenea legislazione penale emanata nel corso degli ultimi decenni, rispetto alla quale il contributo dei professori di diritto è stato nel complesso scarso e comunque insufficiente.

Questa mancante o insufficiente comunicazione tra versante politico e versante tecnico-scientifico non ha certo giovato a una credibile traduzione in atto dell'ideale liberaldemocratico della tutela penale come *extrema ratio*. Al contrario, sono prevalse tendenze volte a ri-politicizzare in chiave di protezione dell'ordine pubblico la questione penale, parallelamente al diffondersi di un'ossessione securitaria politicamente assecondata per calcoli elettoralistici. L'enfaticizzazione della tutela della sicurezza è divenuta, così, presunta *ratio* democratica di un forte inasprimento del regime penale (si pensi in particolare alla legge Cirielli) destinato ai delinquenti recidivi, additati come nuovi 'nemici' della società. Onde finisce col riproporsi, come attuale anche nel contesto italiano, l'interrogativo

(25) Cfr. G. FIANDACA, *Scienze e diritto. Il giudice di fronte alle controversie tecnico-scientifiche. Il diritto e il processo penale*, in *Pensare la complessità. Itinerari interdisciplinari*, a cura di S. Costantino e C. Rinaldi, Palermo, Sigma edizioni, 2004, pp. 175 ss.

imbarazzante relativo alla compatibilità assiologica tra la richiesta sociale di pene draconiane e i valori fondamentali dell'ordinamento democratico.

Problema di compatibilità che, com'è ovvio, riguarda innanzitutto e a maggior ragione la pena di morte, con la conseguente grande distanza che continua in proposito a differenziare le democrazie europee e quella americana. Ma comprendere le possibili ragioni del mantenimento della pena capitale in America, significa non soltanto riflettere sulle specificità della democrazia americana: significa anche sondare i profondi legami che possono intercorrere tra l'autocoscienza di una comunità democratica e il modo di concepire e sentire la stessa punizione (26). Ed è chiaro che, nel parlare qui di comunità democratica o democrazia, si fa riferimento a un concetto di democrazia non già formale o procedurale, bensì sostanziale o qualitativo (27). Più che come metodo o regime, ovvero come semplice formula quantitativo-numerica, la democrazia viene cioè in rilievo quale insieme di valori, modo di concepire il senso della vita in comune muovendo dalla centralità della persona umana e della sua dignità. Proprio prendendo le mosse da questo concetto normativo o sostanziale di democrazia, c'è spazio per un approccio critico volto a distinguere tra orientamenti collettivi che meritano o non meritano di essere assecondata. Se la vox populi non è la vox Dei, se il volere della maggioranza non ha per ciò stesso rango di verità o valore di giustizia, questa esigenza di vaglio e di presa di distanza critica (28) diventa irrinunciabile anche in materia di giustizia penale,

(26) In proposito si leggano le recenti e stimolanti considerazioni di S. TUROW, *Punizione suprema. Una riflessione sulla pena di morte*, trad. it. di V. Ricci, Milano, Mondadori, 2005. L'autore sottolinea il nesso, che a suo giudizio esiste, tra la fiducia nei valori positivi della legge come componente fondamentale della democrazia americana e la richiesta che il castigo sia portato all'estremo nel caso di gravi violazioni: «La pena di morte nasce in parte dalle grandi speranze che nutriamo nei confronti del sistema di regole che abbiamo creato» (ivi, pp. 9-10).

(27) In generale sulla distinzione tra le due prospettive concettuali della democrazia in senso rispettivamente formale e sostanziale cfr., tra gli altri, M. BARBERIS, *Etica per giuristi*, cit., pp. 42 e ss.; V. MURA, *Categorie della politica. Elementi per una teoria generale*, Torino, Giappichelli, 2004², pp. 313 ss.

(28) Sul concetto di democrazia «critica» cfr., in particolare, G. ZAGREBELSKY, *Il «crucifige!»*, cit., pp. 103 ss.

stante il persistente radicamento popolare di bisogni emotivi di punizione e di pulsioni giustizialiste.

Di fronte alla ricorrente sollecitazione a prendere sul serio i bisogni di punizione a tutt'oggi avvertiti dai cittadini allarmati dalla criminalità, Klaus Lüderssen è tra i non molti studiosi di diritto penale disposti ad ammettere esplicitamente, e senza alcuna ipocrisia, che qui si apre una grossa questione relativa anche al modo di concepire la democrazia, e i rapporti tra questa e gli atteggiamenti verso la punizione: « In ciò si nasconde un certo modo di intendere la democrazia? Un modo che non pensa alle minoranze, né agli sviluppi 'buoni' che possono profilarsi? [...]. Il puro prestare ascolto a ciò che forse il popolo effettivamente potrebbe volere (torna a profilarsi la domanda: chi è il popolo?) non può essere fatto passare per attuazione di istanze democratiche [...]. Prescindendo dalle regole e dai limiti di orientamento democratico validi in modo particolare per i giudici, emerge a questo proposito un tema centrale per la democrazia. Anche un legislatore che intenda essere democratico, infatti, da un lato deve sforzarsi di fare ciò che la maggioranza vorrebbe e, dall'altro, non può limitarsi a constatare, senza idee, ciò che venga desiderato »⁽²⁹⁾.

Ancora una volta il miglioramento qualitativo del diritto penale viene, dunque, collocato in un orizzonte teorico di trascendimento della democrazia puramente maggioritaria. Ma, com'è ovvio, nulla garantisce che la democrazia critica, quale modello normativo di democrazia orientato nel nostro caso a mitigare il rigore punitivo in nome di ideali di libertà, giustizia e rispetto della dignità umana, sia destinata ad avere la meglio — di molto o anche di poco — sulla democrazia reale, quale riflesso o risultato dei contingenti orientamenti e delle mutevoli tendenze del processo politico.

7. La preoccupazione di tenere il diritto penale al riparo da un eccesso di politicizzazione contingente ha, com'è noto, ispirato in seno alla dottrina italiana — a partire dalla prima metà degli anni Settanta del Novecento — un tentativo teorico di rifondazione in chiave costi-

(*) K. LÜDERSSEN, *Il declino del diritto penale*, trad. it. a cura di L. Eusebi, Milano, Giuffrè, 2005, pp. 106-107; in senso ampiamente adesivo cfr. C. MAZZUCATO, *La pena in castigo*, Milano, Vita e pensiero, 2006, pp. 55 ss.

tuzionale del sistema dei delitti e delle pene. Questo tentativo, ambizioso quanto affascinante, di costruire una legalità penale di livello costituzionale — a cominciare da una selezione dei beni giuridici penalmente tutelabili circoscritta al novero dei beni di rilevanza costituzionale (esplicita o implicita) —, nonostante si sia tradotto nel contributo più originale fornito dalla penalistica italiana contemporanea, ha finora prodotto esiti complessivamente inferiori a certe iniziali aspettative. Non è questa la sede per tentare un bilancio critico esauriente dei diversi filoni in cui, a partire dalla originaria elaborazione di Franco Bricola e dei suoi primi seguaci, è poi sfociata la rilettura costituzionalmente orientata della tutela penale: nella nota alternativa teorica tra versioni più forti e più deboli, vale a dire rispettivamente ancorate a una ritenuta efficacia orientativa vincolante del testo costituzionale ovvero più inclini ad ammettere un rapporto dialettico di aperta e complessa interazione tra vincoli costituzionali di principio e corrispondenti opzioni concretizzatrici ad opera del legislatore ordinario. Basta forse rilevare che di fronte alla scelta, se assecondare la tentazione di una sorta di neo-giusnaturalismo costituzionale ovvero accettare il rischio di riconsegnare pressoché interamente la politica penale nelle mani del legislatore parlamentare, è nella dottrina maggioritaria infine prevalso un orientamento di tipo mediano, intenzionalmente lontano dai due opposti estremismi. Rifiuto quindi dei vincoli costituzionali rigidi, ma nello stesso tempo rifiuto di un ritorno alla pura discrezionalità politica: il risultato che ne consegue — sostanzialmente confermato anche dalla giurisprudenza penale della Consulta — viene, in realtà, a coincidere con la tesi che quanto ai contenuti della tutela penale i valori e i principi costituzionali hanno una efficacia tendenzialmente orientativa, ed una efficacia invece vincolante soltanto nei pochi casi di contrasto palese o di irragionevolezza manifesta delle scelte legislative⁽³⁰⁾.

Esito troppo timido e, perciò, deludente dell'ambizioso approccio costituzionalistico? Com'è inevitabile, pure in proposito le risposte possono legittimamente divergere. È il tipo di risposta non

(30) In senso analogo riassume l'orientamento dominante M. DONINI, *Metodo democratico e metodo scientifico*, cit., pp. 39 ss.

può non essere, ancora una volta, condizionato dalla preferenza per un certo modello di democrazia piuttosto che per un altro.

È evidente che una versione forte della costituzionalizzazione del sistema penale giustificerebbe sia l'introduzione di nuove disposizioni costituzionali volte a esplicitare i capisaldi della sua rifondazione, sia un ruolo più interventista della Consulta in sede di sindacato di legittimità sul contenuto delle scelte di tutela pur democraticamente deliberate⁽³¹⁾. E, di fronte alla prevedibile obiezione dei conseguenti rischi di una politicizzazione incontrollabile del sindacato di legittimità⁽³²⁾, non si è invero mancato di replicare che, pur trattandosi di rischi seri, un modo per farvi fronte esiste: esso dovrebbe cioè consistere nel rinnovare il metodo dello stesso approccio costituzionalistico. Più precisamente, si auspica un rinnovamento metodologico mirante a una più efficace implementazione tecnica delle direttive di fonte costituzionale ad opera, innanzitutto, della dottrina accademica: onde renderle più adatte, per un verso, a essere trasfuse nella conformazione legislativa dei fatti punibili e, per altro verso, a essere utilizzate come criteri di più penetrante sindacato di costituzionalità. Insomma, la svolta auspicata dovrebbe consistere nel riuscire finalmente a tradurre criteri (di ritenuta rilevanza costituzionale) finora assai generici quali sussidiarietà/proporzionalità/offensività in parametri così precisi sotto l'aspetto tecnico-giuridico, e al tempo stesso così ben corredati di basi empiriche, da evitare il ricorrente rischio di un eccesso di discrezionalità politico-valutativa al momento di farne applicazione in sede legislativa o giurisdizionale⁽³³⁾.

Ora, a volere arrischiare una valutazione critica sulla scorta di prime impressioni, si potrebbe supporre che la suddetta proposta di rinnovamento teorico rifletta, nella sostanza, una nota preoccupazione kelseniana, più volte riproposta successivamente e riferita —

questa volta — al settore penale: la preoccupazione cioè che l'utilizzazione di parametri (costituzionali) generici e vaghi accentui, appunto, il tasso di creatività e politicità dei giudizi di costituzionalità, con conseguente traslazione di potere istituzionale dal Parlamento alla giurisdizione (costituzionale ma anche ordinaria)⁽³⁴⁾. Da questo punto di vista, se Kelsen consigliava — peraltro non senza ingenuità⁽³⁵⁾ — di inserire nei documenti costituzionali disposizioni normative il più possibile dettagliate, come sostanziale equivalente di questo consiglio potrebbe *mutatis mutandis* infatti suonare la raccomandazione di chi oggi — come abbiamo visto poc'anzi — propone di ancorare la costituzionalizzazione del diritto penale a concetti precisi e univocamente operazionabili, e ciò proprio per evitare che la logica della concretizzazione politica si imponga ai danni della logica giuridico-giudiziaria. Ma si tratta di una strada realisticamente percorribile?

In primo luogo, v'è invero da riflettere sulla plausibilità del ruolo-guida che, nell'ambito di questo progetto di rinnovamento dell'approccio costituzionalistico, viene assegnato alla stessa scienza penalistica: la quale sarebbe chiamata ad assolvere la preliminare e essenziale funzione di dare fondamenti più saldi e più univoci all'impianto costituzionale del diritto penale. Ciò peraltro in assenza di vere e proprie direttive (costituzionali) esplicite, e anzi con l'impegno di progettare eventuali nuove norme costituzionali pensate appositamente per la materia penale. Sicché, è giuocoforza chiedersi: rafforzare e implementare le basi costituzionali del diritto penale, sarebbe e rimarrebbe attività di elaborazione *scientifica*? O, pur senza riconoscerlo apertamente, si vagheggia il ritorno a una *auctoritas* doctorum svincolata dalle norme scritte e incline, piuttosto, a tentazioni neo-giusrazionalistiche e neo-giusnaturalistiche? Nel sospettare che le cose possano stare nel secondo senso, è da aggiungere che si tratterebbe in ogni caso di un modello di scienza penalistica ben diverso da quello o, meglio, da quelli di fatto adottati

⁽³¹⁾ Ivi, più diffusamente, pp. 40 ss.

⁽³²⁾ G. FIANDACA, *Intervento al dibattito su Giustizia penale e riforma costituzionale nel testo approvato dalla Commissione Bicamerale*, in « Critica del diritto », 1998, pp. 143-145; ID., *La legalità penale negli equilibri del sistema politico-costituzionale*, in « Il Foro Italiano », 2000, V, pp. 173 ss.

⁽³³⁾ Cfr. M. DONINI, *Metodo democratico e metodo scientifico*, cit., pp. 40 ss.; ID., *Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale nella Carte costituzionale. L'insegnamento dell'esperienza italiana*, in « Il Foro Italiano », 2001, V, pp. 30 ss.

⁽³⁴⁾ Cfr. H. KELSEN, *La garanzia giurisdizionale della Costituzione*, in *Id.*, *La giustizia costituzionale*, trad. it. a cura di C. Geraci, Milano, Giuffrè, 1981, pp. 189 ss.

⁽³⁵⁾ Cfr. A. PINTORE, *I diritti della democrazia*, cit., p. 121, nota 74, ID., *democrazia senza diritti In margine al Kelsen democratico*, in « Sociologia del diritto », n. 2, 1999, pp. 27 ss.

(se non esplicitamente teorizzati) dalla dottrina oggi maggioritaria ⁽³⁶⁾: che scopo prevalente del lavoro dottrinale debba essere quello di rendere più rigorosa e vincolante la fondazione costituzionale dell'illecito penale, è assunto oggi sostenuto da una parte minoritaria della dottrina (che si identifica, per di più, con alcuni esponenti soltanto dell'attuale scuola bolognese) ⁽³⁷⁾.

Si aggiunga ancora che la possibilità di implementare nella misura auspicabile, sul piano tecnico-operativo, parametri del tipo sussidiarietà/proporzionalità/offensività è finora più congetturata che dimostrata. Ad esempio, anche la più recente rivisitazione di un ritenuto principio-cardine come quello di offensività, se certamente reca un significativo contributo in chiave di approfondimento teorico-generale, non altrettanto riesce a fare — e non è un caso — in termini di concreta implementazione tecnico-giuridica del principio medesimo ⁽³⁸⁾. E una difficoltà analoga, di carattere oggettivo prima ancora che imputabile a eventuali limiti soggettivi di singoli studiosi, si prospetta nel tentativo di precisare a fini applicativi tutti gli altri parametri generali coinvolti.

D'altra parte, allo stesso più agguerrito propugnatore del rinnovamento metodologico dell'approccio costituzionalistico non sfugge che il perseguito maggiore rigore tecnico-scientifico giammai potrebbe imporsi sino al punto di fare della scienza e della Corte costituzionale le uniche custodi, dall'alto di una posizione *aristocratica*, del nucleo duro e indisponibile di un diritto penale costituzionalmente orientato: si ammette infatti che, pur in sede di riscrittura della 'costituzione penalistica', al metodo aristocratico del giurista e del giudice costituzionale dovrebbe accompagnarsi il *metodo democratico* tipico della discussione pubblica ispirata ai canoni della logica discorsiva ⁽³⁹⁾. Ma, se così è, si ripropone allora il problema di come fare interagire 'costituzione penalistica' e democrazia discor-

⁽³⁶⁾ Cfr. in proposito G. FIANDACA, *Spunti problematici di riflessione sull'attuale ruolo della scienza penalistica*, in *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, a cura di M. Donini e G. Insolera. Bologna, Monduzzi, 2005, pp. 41 ss.

⁽³⁷⁾ Cfr. oltre alle già citate prese di posizione di Massimo Donini, N. MAZZA CUVA, *Intervento al dibattito su Giustizia penale e riforma costituzionale nel testo approvato dalla Commissione*, cit., pp. 155 ss.

⁽³⁸⁾ V. MANES, *Il principio di offensività in diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2005.

⁽³⁹⁾ Cfr. M. DONINI, *Ragioni e limiti*, cit., pp. 45.

siva, in modo da garantire alla prima efficacia vincolante sul piano giuridico, pur riconoscendo nel medesimo tempo che sono molte le soluzioni (concretizzazioni) legislative e/o giudiziali costituzionalmente compatibili « in un quadro pluralistico e discorsivo di attuazione dei principi » ⁽⁴⁰⁾. Limitarsi a suggerire che occorre in proposito « approfondire le acquisizioni più attuali di un modello discorsivo di costituzionalismo penale » ⁽⁴¹⁾, se serve ad additare una strada possibile, non equivale a rassicurare sulla sua effettiva percorribilità.

Come appunto avverte la riflessione politologica e giusfilosofica più recente, nel quadro di una democrazia costituzionale orientata in senso deliberativo-discorsivo Parlamento e Corte costituzionale, per quanto entrambi co-protagonisti del processo democratico (processo che viene così ad assumere i caratteri di un processo circolare indefinito, nel quale 'nessuno ha l'ultima parola'), rappresentano tuttavia « valori confliggenti: il Parlamento, la democrazia e i diritti politici; la Corte costituzionale, tutti gli altri diritti. Il Parlamento e la Corte costituzionale servono appunto a esprimere, e a tentare di comporre, quei valori sempre potenzialmente confliggenti che sono la democrazia e i diritti » ⁽⁴²⁾. Orbene, posto che tutto ciò vale in generale, lo stesso vale anche sul versante penale? Per rispondere alla domanda, dobbiamo aver chiaro che cosa davvero significhi garanzia costituzionale sul terreno specifico della coercizione penale, essendo la dimensione costituzionalistica in proposito concepibile e di fatto concepita ora in un senso più ristretto, ora in un senso più ampio: nel primo, come mera compatibilità (o non incompatibilità) tra le scelte di politica penale e i valori e diritti fondamentali costituzionalmente protetti (onde, la Costituzione rappresenta in questo senso un limite *negativo* all'intervento penale); nel secondo, la stessa Costituzione dovrebbe esprimere vincoli *positivi* di tipo contenutistico rispetto alla conformazione della disciplina dei delitti e delle pene. Se si opta per questa seconda alternativa, la garanzia costituzionale e lo stesso controllo della Corte dovrebbero coerentemente estendersi sino a includere i contenuti della tutela penale e

⁽⁴⁰⁾ Come riconosce peraltro lo stesso M. DONINI, *Il volto*, cit., p. 68.

⁽⁴¹⁾ Ivi, p. 73.

⁽⁴²⁾ M. BARBERIS, *Etica*, cit., p. 79.

l'articolazione delle tecniche di tutela, cioè un genere di decisioni che — secondo un più generale riparto di competenze — rientrerebbero più propriamente nella sfera della democrazia. Ma allora, a volere trarre tutte le implicazioni di questa concezione della dimensione costituzionale del diritto penale, ne consegue in linea teorica che 'costituzione penalistica' e 'democrazia', lungi dall'esprimere valori e principi potenzialmente confliggenti, rappresentano due sistemi fungibilmente cooperativi che dovrebbero convergere nella protezione dei medesimi valori: insomma, la stessa deliberazione democratica — purché corretta dal punto di vista del metodo e dei criteri di decisione — dovrebbe (in teoria) sempre assumere contenuti attuativi di un programma costituzionale di tutela penale. Ma come verificare tale correttezza di decisione, una volta che già in partenza si ammetta che possono essere molteplici le scelte politiche di tutela egualmente rispettose dei principi costituzionali e perciò costituzionalmente equivalenti? Verosimilmente, queste difficoltà fungono ancora una volta da significativo indizio del fatto che il processo di concretizzazione per via democratico-discorsiva della politica penale è privo di veri e propri vincoli positivi, di matrice costituzionale, preesistenti rispetto alla deliberazione democratica.

8. Anche a prescindere dai tentativi teorici di rifondazione in chiave costituzionale dei contenuti e dei modi della tutela penale, rimane il fatto che il lamentabile *deficit* di democraticità continua in ogni caso a essere considerato da alcuni autori il fattore maggiore di crisi della legislazione penale contemporanea. Anche perché, come accennato, nello stesso settore penale è andata diffondendosi una tendenza osservabile più in generale, per effetto della quale il governo ha finito per assumere la *leadership* del processo legislativo. Come è stato osservato: «Vuoi per bypassare mediazioni e veti incrociati parlamentari, vuoi per rispondere tempestivamente ad emergenze economiche o internazionali, vuoi semplicemente per concentrare al vertice le scelte più delicate e controverse, il governo è diventato in Italia il principale produttore di atti normativi» (43).

In materia penale, se è venuto meno il ricorso — frequente sino a un recente passato — alla decretazione d'urgenza, ha invece preso

piede negli ultimi anni lo strumento della legge-delega, cioè uno strumento normativo che una parte almeno della dottrina ritiene « incompatibile con le istanze di garanzia sottostanti al principio di legalità, sotto il profilo della riserva di legge. Nell'ultimo lustro [...] interi settori del diritto penale dell'economia sono stati profondamente innovati sulla base di leggi-delega al governo, il quale con i decreti legislativi ha poi cristallizzato le definitive scelte di criminalizzazione. Le riforme penalistiche in materia di mercati finanziari, di reati tributari e di reati societari sono state realizzate sulla base di leggi-delega più o meno articolate che comunque hanno sempre visto l'esecutivo esprimere valutazioni discrezionali nella confezione del divieto penale » (44).

Per reagire a questa situazione, considerata incompatibile col principio della competenza esclusiva del potere legislativo nella configurazione dei fatti di reato (45), vi è in realtà chi ipotizza nuovi rimedi istituzionali volti a riaffermare non solo la centralità del Parlamento nel procedimento di produzione delle norme penali, ma a riaffermarla in maniera rafforzata. Prendendo cioè spunto dalla modifica della disciplina dell'amnistia e dell'indulto realizzata con legge cost. n. 1/1992 (la quale, com'è noto, ha introdotto per la concessione di entrambi i provvedimenti una procedura parlamentare aggravata), e individuando una prospettiva di continuità tra il momento estintivo della fattispecie penale e il suo momento genetico, la proposta che viene avanzata è in sintesi questa: così come oggi è richiesta la maggioranza qualificata dei due terzi per emettere provvedimenti legislativi di clemenza, lo stesso tipo di procedimento aggravato dovrebbe essere previsto per decidere se introdurre o modificare una fattispecie di reato; a questo scopo si suggerisce di aggiungere un nuovo comma all'art. 25 Cost., che stabilisca che la legge penale è approvata (o modificata) a maggioranza dei due terzi dei componenti di ciascuna Camera (46).

(44) Così, E. MUSCO, *L'illusione penalistica*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 272.

(45) *Ibidem*.

(46) Ivi, p. 185. Un modello analogo di riserva di legge rafforzata, circoscritto però alle sole materie (non necessariamente a carattere penale) la cui disciplina incide restrittivamente sui diritti fondamentali, è già operante nell'ordinamento spagnolo: cfr. L. FOFFANI, *Codice penale e legislazione complementare: da un modello « policentrico » a un modello « piramidale »*, in *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare*, a cura di M. Donini, Milano, Giuffrè, 2003, p. 304.

(43) M. CALISE, *La terza Repubblica*, cit., p. 53

Un simile rimedio, che si differenzia dal diverso suggerimento di introdurre in materia penale una 'riserva di codice' o di legge 'organica' (47), dovrebbe appunto tendere all'obiettivo di ripristinare la garanzia di democraticità sottesa alla riserva di legge: « [...] c'è l'esigenza di sottrarre alle scorribande di una maggioranza parlamentare scelte di valore che coinvolgono l'intero assetto sociale. Il settore dei delitti e delle pene, come insegna la storia del diritto penale, può, a ragione, anzi deve essere considerato materia di rilevanza costituzionale » (48).

Com'è agevole osservare, l'orientamento fin qui riassunto si distingue per il fatto di tenere conto della dimensione costituzionale del diritto penale trasferendo il modello di soluzione dal piano dei criteri e contenuti sostanziali a quello dei vincoli procedurali diretti a favorire il dibattito democratico: la previsione di una legge « a procedimento aggravato » come fonte esclusiva delle norme penali dovrebbe, infatti, presentare il vantaggio di promuovere intese normativo-sociali molto ampie e condivise sui beni da proteggere, le condotte da punire e le sanzioni da applicare. Da questo punto di vista, è il principio del discorso secondo un modello di democrazia deliberativa a farsi carico del carattere costituzionalmente rilevante del diritto penale.

Ma, anche questa volta, la suggestività della proposta teorica non esime dall'esplicitare possibili ragioni di dubbio.

Un primo rilievo concerne l'effettivo ambito di estensione delle norme penali da assumere a oggetto di riserva di legge rafforzata: *tutte* indistintamente, ovvero soltanto quelle che comminano *pene detentive*? La seconda soluzione potrebbe apparire più ragionevole, considerando che nella gran parte degli ordinamenti contemporanei esistono ormai *più modelli* di diritto penale, diversificabili anche in base al diverso grado di durezza delle sanzioni applicabili e, altresì,

(47) A favore della « riserva di codice » cfr., soprattutto, 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 ss. Sulla proposta di « riserva di legge organica » contenuta nel progetto di revisione costituzionale elaborato dall'ultima Commissione bicamerale cfr., tra altri, M. DONINI, *Alla ricerca di un disegno*, Padova, Cedam, 2003, pp. 106 ss.

(48) E. MUSCO, *l'illusione*, cit., p. 181.

al loro carattere detentivo o extradetentivo (economico-patrimoniale, interdittivo, riparatorio ecc.): sicché pretendere un procedimento parlamentare aggravato per introdurre (o modificare) anche reati di gravità medio-bassa, punibili ad esempio con la sola pena pecuniaria, potrebbe risultare sproporzionato per eccesso. Inoltre, è prevedibile l'obiezione che i tempi necessari a far maturare maggioranze qualificate cozzerebbero con l'esigenza di una sollecita creazione di nuove disposizioni incriminatrici nei casi in cui occorresse far fronte a eventuali situazioni emergenziali di improvvisa insorgenza.

Una ulteriore riserva critica potrebbe chiamare in causa un generale principio di complessiva ragionevolezza legislativa, sotto il profilo che anche scelte legislative a carattere non penalistico (o comunque non coercitivo) possono nondimeno incidere pesantemente sui diritti, sulla qualità della vita e sul destino delle singole persone: se ciò è vero, sarebbe complessivamente ragionevole circoscrivere il procedimento aggravato di produzione normativa alle sole norme penali?

Infine, è forse superfluo rilevare che un rimedio pur sempre formale-procedurale quale una legge a maggioranza qualificata non sarebbe — di per sé — idoneo a ridare maggiore razionalità e credibilità al diritto penale: essendo un auspicabile incremento di razionalità e credibilità, più che riflesso automatico di una maggioranza numerica, verosimile frutto di una visione unitaria e coerente dell'universo penalistico. Ma una visione siffatta stenta in realtà ad essere recuperata proprio nel tormentato momento storico che stiamo vivendo, definibile di modernità « liquida » per riproporre una efficace metafora di Zygmunt Bauman: in una società pluralistica, frammentata, mutevole, incoerente, priva di riferimenti certi e univoci, in cui le identità si indeboliscono, si smarrisce il senso della totalità e viene meno la possibilità di progettare a lungo termine (49), anche il diritto penale è destinato a entrare in crisi e a perdere la sua razionalità unitaria. Non a caso, è lo stesso modello di codice di matrice illuministica a non mantenere più le sue promesse e la sua centralità nella odierna geografia penalistica, come peraltro compro-

(49) Cfr. Z. BAUMAN, *Modernità liquida*, trad. it. di S. Minucci, Roma-Bari, Laterza, 2002; Id., *Vita liquida*, trad. it. M. Cupellaro, Roma-Bari, Laterza, 2006.

vano — almeno con riferimento all'Italia — i non pochi tentativi finora falliti di dar vita a una nuova codificazione penale ⁽⁵⁰⁾.

Ha osservato in proposito un ormai disincantato Uberto ScarPELLI: « Il processo di decodificazione, il disordine legislativo sino al caos non possono essere attribuiti, se non in misura ridotta, ad insipienza degli uomini e difetto delle istituzioni: la crisi dei codici e in generale della legge ha radici che giungono al modo d'essere, o di mutare, dell'uomo contemporaneo. Sulle sue mutazioni si conclude forse la vicenda rassicurante e liberatrice della legge nello Stato moderno [...] » ⁽⁵¹⁾.

9. Nell'affrontare il tema della legalità penale non si può, oggi, trascurare la prospettiva europea.

Ai fini della mia analisi, quel che più rileva — detto con estrema sintesi — è il ben noto *deficit* di democraticità, di cui continuano a soffrire le istituzioni europee e che — al di là dei dati normativi formali desumibili dai trattati — costituisce il motivo sostanziale del disconoscimento di una loro potestà penale diretta. Ma, se in atto manca una competenza penale diretta, esiste già qualcosa di definibile diritto penale *europizzato* quale riflesso sia di un complesso intrecciarsi di fenomeni normativi nazionali e sopranazionali, sia dell'attività delle Corti europee ⁽⁵²⁾.

Proprio la necessità di gestire un diritto penale europizzato implica — tra l'altro — la capacità di ripensare i concetti penalistici in un'ottica trasversale; da qui anche la necessità di un progressivo riavvicinamento tra le diverse tradizioni giuridiche di *civil law* e di *common law*. A questa prospettiva di riavvicinamento, invero, da qualche tempo concorrono anche la giurisprudenza della Corte di Stasburgo e l'attività giudiziale della Corte di giustizia del Lussemburgo. Come è stato ben osservato, al di là degli aspetti tecnico-

normativi, quel che emerge come dato saliente è « una spinta poderosa [...] nel senso di una maggiore osmosi e armonizzazione fra giurisprudenze nazionali (anche costituzionali) e giurisprudenze sopranazionali nel campo dei diritti fondamentali, e il significato culturale che essa assume. Da un lato gli standards elaborati a livello europeo vincolano di fatto e di diritto le giurisprudenze nazionali, dall'altro queste concorrono continuamente alla definizione di quegli stessi standards, in un processo di tipo circolare » ⁽⁵³⁾.

In questa sede, il nostro interesse si concentra ovviamente sul contributo che le Corti europee hanno fornito alla definizione del concetto di legalità penale, dovendo esse mediare tra due tradizioni ordinamentali in cui il principio di legalità è concepito in maniera non coincidente (negli ordinamenti di *common law*, come noto, la legalità penale non è affidata alla riserva di legge scritta come condizione irrinunciabile, così come invece avviene nei sistemi di *civil law*).

Orbene, in questa prospettiva di mediazione, si spiega come la giurisprudenza europea abbia finito col privilegiare, più che la forma, il nucleo minimo sostanziale del principio in questione: ritenendo, di conseguenza, che il diritto fondamentale di ciascun cittadino alla previa conoscenza o conoscibilità dei fatti penalmente vietati sia sufficientemente garantito dalla loro predeterminazione normativa, senza che sia necessario che l'atto normativo-fonte sia a sua volta costituito da una legge parlamentare ⁽⁵⁴⁾. Peraltro, è da aggiungere che nella giurisprudenza delle Corti europee lo stesso presupposto della conoscibilità della norma di condotta è da intendere, oltre che nel senso di possibilità astratta di conoscenza, anche in quello di possibilità concreta in rapporto al significato interpretativo attribuito dai giudici alla norma oggetto del singolo processo: per cui « non è più in gioco il primato della legge e del principio democratico ad essa soggiacente, bensì la libertà di autodeterminazione dell'individuo dinanzi ad un diritto che si realizza essenzial-

⁽⁵⁰⁾ Cfr., da ultimo, il consuntivo tracciato da A. MANNA, *La crisi attuale della codificazione penale italiana*, in « Ind. pen. », 2006, pp. 965 ss.

⁽⁵¹⁾ U. SCARPELLI, *Dalla legge al codice, dal codice ai principi* (1987), riprodotto in *Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia*, a cura di A. Schiavello e V. Velluzzi, Torino, Giappichelli, 2005, pp. 99-100.

⁽⁵²⁾ In proposito sia consentito rinviare a G. FIANDACA, *Quale diritto penale per l'Europa?*, saggio inserito in un volume collettivo a cura di F. Viola, in corso di pubblicazione presso la casa editrice Il Mulino.

⁽⁵³⁾ V. ONIDA, *I diritti umani in una comunità internazionale*, in « Il Mulino », 2005, pp. 79 ss.

⁽⁵⁴⁾ Cfr., tra altri, E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2006, pp. 56 ss.; F. PALAZZO, *Legalità e determinatezza*, cit., pp. 72 ss.

mente nel dictum del giudice »⁽⁵⁵⁾. Sul versante europeo, dunque, non solo si conferma e (sotto certi aspetti) aggrava la crisi della dimensione democratica del principio di legalità, ma tende a profilarsi una chiara tendenza a valorizzarne soprattutto l'aspetto garantistico-liberale: insomma, ciò che davvero importa è che il cittadino sia posto in condizioni di calcolare in anticipo il concreto rischio penale, a tutela della certezza di libere scelte d'azione; non è, invece, necessario che i presupposti contenutistici della responsabilità penale vengano deliberati mediante un atto normativo espressione della volontà popolare.

Il problema delle prospettive future della legalità penale in ambito europeo non può, ovviamente, essere affrontato in questa sede. Ci limitiamo a rilevare che si profilano orientamenti, anche interni al dibattito scientifico che si sviluppa più in generale nell'ambito del diritto pubblico, che tematizzano la possibilità di ridimensionare l'indispensabilità della garanzia democratica, proprio prendendo spunto dal già accennato fenomeno — riscontrabile oggi un po' in tutte le democrazie europee — del progressivo incremento della cosiddetta legislazione governativa e del conseguente ruolo egemonico tendenzialmente assunto dal governo nei processi legislativi, a discapito dell'istituzione parlamentare: da qui la ritenuta esigenza di elaborare nuove strategie di legittimazione democratica, atte a consentire l'apertura dell'organo-governo a momenti di democrazia partecipativa, le quali potrebbero risultare adeguate — si ipotizza — per forme internazionali o sopranazionali di esercizio del potere sovrano⁽⁵⁶⁾.

Ora, per valutare se prospettazioni teoriche di questo tipo siano davvero dirette a soddisfare anche le esigenze connesse al fondamento democratico della legislazione penale (specie dal punto di vista della tradizione europeo-continentale), occorrerebbe invero differenziare l'analisi in funzione dei diversi possibili modelli di un futuro diritto penale europeo e in rapporto ai corrispondenti mo-

⁽⁵⁵⁾ F. PALAZZO, *Legalità e determinatezza*, cit., p. 73.

⁽⁵⁶⁾ È questo ad esempio l'approccio teorico sviluppato A. von BOGDANDY, *Gubernative Rechtssetzung*, Tübingen, 2000; cfr. anche l'ampia sintesi fattane da K. LÜDERSSEN, *Europeizzazione del diritto penale e legislazione governativa*, in *Il diritto penale nella prospettiva europea. Quali politiche criminali per l'Europa?*, a cura di S. Canestrari e L. Foffani, Milano, Giuffrè, 2005, pp. 488-492.

delli di legittimazione: nel senso che eventuali persistenti *deficit* di democraticità, forse tollerabili rispetto a un modello di diritto penale amministrativizzato legittimato ad applicare soltanto pene pecuniarie o privative di diritti, non lo sarebbero invece se l'Europa dovesse in futuro dotarsi di un diritto penale che infligge anche sanzioni detentive o che estende il suo potere di disciplina anche a materie eticamente sensibili⁽⁵⁷⁾.

10. È giunto il momento di tirare le fila dell'analisi fin qui condotta per prospettare alcuni rilievi di sintesi.

Ragioni diverse, emergenti sul duplice versante nazionale e meta-nazionale, sembrano convergere nel suffragare una presa d'atto che possiamo sintetizzare così: nell'attuale momento storico il principio di riserva di legge in materia penale continua, tendenzialmente, ad assolvere una funzione garantistico-liberale di salvaguardia dei diritti di libertà e di autodeterminazione del singolo; esso non riesce, invece, a mantenere l'ulteriore promessa di garantire un'autentica legittimazione democratica delle scelte di politica penale.

Di fronte alla diffusa constatazione della progressiva entrata in crisi della garanzia di democraticità sottesa al principio di legalità, si assiste all'emergere di proposte teoriche che — lungi dal riflettere atteggiamenti di realistica rassegnazione — additano nuovi percorsi da seguire: con l'ambizioso obiettivo non solo di ripristinare la ratio democratica della riserva di legge, ma addirittura di rafforzarla (quanto meno entro i confini dell'ordinamento penale nazionale). Al di là delle rispettive differenze, sia la proposta teorica di rinnovare il metodo dell'approccio costituzionalistico al diritto penale (*supra*, par. 7), sia la proposta di prevedere per l'approvazione delle leggi penali un procedimento parlamentare aggravato (*supra*, par. 8), convergono nel mettere in evidenza un punto che finiscono in larga misura con l'avere in comune: si tratta della tendenza a non concepire più la dimensione costituzionale del diritto penale come irrigidita in una vincolatività (per dir così) statica di parametri di costituzionalità normativamente predeterminati una volta e per tutte, bensì a proiettarla nel gioco complesso e dinamico di una democrazia costituzionale sostanzialmente orientata in senso discorsivo-

⁽⁵⁷⁾ In proposito sia consentito rinviare a G. FIANDACA, *Quale diritto penale*, cit.

deliberativo ⁽⁵⁸⁾. Si accolga o meno un simile modello di democrazia, rimane il fatto che esso è ben lontano dal corrispondere alle modalità di funzionamento reale delle democrazie contemporanee, inclusa quella italiana. Da questo punto di vista, l'entrata in crisi della ratio democratica della riserva di legge costituisce il riflesso — nel settore specifico del diritto penale — della più generale crisi della democrazia.

Come abbiamo visto, la prospettiva non migliora se proiettiamo il discorso in un orizzonte meta-nazionale, e in particolare europeo: la persistente sottolineatura teorica dell'importanza decisiva della dimensione democratica della legalità penale può anche suonare come un'illusione da 'anime belle', a fronte del pragmatismo tecnocratico che anima la politica criminale delle burocrazie di Bruxelles.

Certo, resta da chiedersi se lo studioso debba limitarsi a prendere atto con rassegnazione dello stato delle cose esistenti, o se debba piuttosto farsi promotore di tentativi di inversione di tendenza. Anche a volere prescegliere la seconda alternativa, sarebbe però opportuno evitare la tentazione di un'eventuale sopravvalutazione delle capacità di prestazione di una scienza penalistica pur rinvigorita e rinnovata in prospettiva futura: la tentazione cioè — affiorata in qualcuno dei partecipanti a un ancora recente seminario bolognese su riserva di legge, democrazia penale e ruolo della scienza ⁽⁵⁹⁾ — di pensare di gravare il ceto dei penalisti del compito di riattivare i presupposti, politico-criminali e scientifici, per ripristinare nella sua effettività e in tutta la sua ricchezza di implicazioni quella garanzia democratica della riserva di legge, che le istituzioni politiche rappresentative non riescono più ad assicurare. Se così realmente pensassimo di potere operare, come studiosi di diritto penale finiremmo con l'accollarci una funzione di vera e propria supplenza nei confronti delle istituzioni politiche, per la quale ci mancherebbero sia le forze, sia la legittimazione democratica. Anche

⁽⁵⁸⁾ Per un'efficace sintesi del modello di democrazia in questione cfr. M. BARBERIS, *Etica*, cit., pp. 68 ss. Per stimolanti considerazioni sui rapporti tra costituzionalismo e democrazia, anche sotto più generali profili, cfr., nell'ambito della letteratura italiana più recente, A. PINTORE, *I diritti*, cit. e A. PANEbianco, *Il potere, lo Stato, la libertà*, Bologna, Il Mulino, 2004, pp. 146 ss.

⁽⁵⁹⁾ Alludo, in particolare, all'intervento di M. DONINI, *Democrazia penale e ruolo della scienza*, in *Riserva di legge*, cit., pp. 27 ss.

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 ⁽⁶⁰⁾.

⁽⁶⁰⁾ Cfr., più diffusamente, G. FIANDACA, *Spunti problematici*, cit., pp. 41 ss