



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

Scuola di Dottorato in
Studi Giuridici Comparati ed Europei

candidata: Raffaella Dimatteo

Il diritto penale tra principio di *extrema ratio* e realtà di *overcriminalization*.

Ragione discorsiva, razionalità empirica e democrazia penale: riflessioni intorno alla giustiziabilità del principio di sussidiarietà

Relatore Dott. Sergio Bonini

Anno Accademico 2009-2010

Curriculum di Diritto e procedura penale e filosofia del diritto

XXIII ciclo

Esame finale: 16/03/2011

Commissione esaminatrice:

Prof. Stefano Canestrari, Università di Bologna

Prof. Silvio Riondato, Università di Padova

Prof. Paolo Veneziani, Università di Parma

*Alle perdute heimat.
A questo tempo nuovo di apolidia.*

RINGRAZIAMENTI

Il mio primo grazie va al Dottore Sergio Bonini e ai Professori Gabriele Fornasari e Alessandro Melchionda per avermi dato la possibilità di condividere l'entusiasmo per una vita che non smette di rigenerarsi e che perciò rigenera.

Grazie alle Dottoresse Emanuela Fronza, Elena Maculan, Elena Mattevi e Antonia Menghini per l'accoglienza che continuano a riservarmi.

Grazie al Professore Diego Quaglioni per la fiducia riposta in me fin dal colloquio di ammissione alla Scuola di dottorato.

Grazie al Professore Paolo Grossi che, nella sua benevolenza, continua ad onorarmi di un dialogo inaugurato tre anni fa in occasione di un ciclo di indimenticate lezioni trentine.

Grazie ad alcuni giovani ricercatori dell'università italiana che ho il privilegio di considerare miei amici, i Dottori Ferrari e Penasa dell'Università di Trento, il Dottor Perini dell'Università di Siena e l'errante Dottor Picinali. Nella loro generosità, nel corso degli anni, hanno deciso di accordarmi stima condividendo le loro ricerche, facendomi leggere le bozze dei loro lavori, ascoltando le mie riflessioni. In particolare, ringrazio Matteo Ferrari, ora ricercatore presso la McGill University, per avermi introdotto agli studi in fatto di *Law and Cognitive Sciences* e *Culture and Legal Change*; la lettura della sua tesi di dottorato, poi pubblicata da una prestigiosa casa editrice, ha segnato l'inizio di una nuova fase dei miei interessi.¹ Grazie a Simone Penasa, in particolare, per le riflessioni condivise in materia di 'ragionevolezza scientifica' nel giudizio di costituzionalità delle leggi; un suo articolo sul tema – letto quando era ancora in forma di bozze – ha fatto sorgere in me una serie di interrogativi che mi hanno poi condotto ad alcuni dei temi trattati nella seconda parte di questo lavoro.² Grazie a Mario Perini per essermi stato compagno durante tutta la mia formazione giuridica ed in particolare per avermi guidato nella comprensione della dinamica dei rapporti istituzionali da cui deriva la forma di

¹ M. FERRARI, *Risk Perception, Culture, and Legal Change. A Comparative Study on Food Safety in the Wake of the Mad Cow Crisis*, Ashgate Publishing, 2009.

² S. PENASA, *La "ragionevolezza scientifica" delle leggi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2009, 817.

governo di uno Stato³. Grazie a Federico Picinali, mio compagno di dottorato. Lo ringrazio per tutta la vita nuova che fin da subito è stato (e anche perché, contro ogni logica, continua a credere che un giorno riuscirò a fare almeno un 5 A).

La galvanizzante esperienza statunitense presso la U.C. Berkeley è stata preziosa soprattutto per l'impareggiabile possibilità di dialogo con i docenti della School of Law.

Ringrazio il Professore Christopher Kutz, mio *advisor professor*, e il Professore Sanford Kadish, straordinari conoscitori dell'arte maieutica.

Grazie al Professore Jonathan Simon, in particolare, per le riflessioni condivise in fatto di “*governing through crime*”.

Un sentito grazie agli studenti e ai docenti dei corsi seminariali “*Humanistic and Empirical Studies in Moral Psychology*” (Professori Kathryn Abrams, Law; Alison Gopnik, Psychology; Christopher Kutz, Law/JSP; Anthony Long, Classics; Robert MacCoun, Law/JSP and Public Policy; Jay Wallace, Philosophy), ‘*Legal and Social Change*’ (Professore William Fernholz) e “*The Concept of Authority*” (Professoressa Hanna Pitkin).

Grazie altresì al Professore Stephen Sugarman.

Grazie a tutti gli Autori citati in questo lavoro. Senza le loro riflessioni e i loro studi le mie intuizioni si sarebbero risolte in insoddisfacenti balbettii.

Grazie alla mia famiglia, mio padre, mia madre, Alfonso e Sara, per il continuo permanere della loro presenza.

Grazie ai miei amici che rendono la mia vita un luogo libero e che fanno di me una persona migliore.

Grazie a Trento e alle sue salvifiche montagne.

Grazie agli sconosciuti in cui mi imbatto e che non sanno di esserci.

Grazie al tè, a Charlie Parker, ai libri che hanno reso leggere le scarpe, a Medeski Martin & Wood.

Grazie a Stefano.

³ Segnalo, in particolare, M. PERINI, *Le regole del potere: primato del Parlamento o del Governo?*, Giappichelli, 2009.

Grazie a tutti i colleghi e al personale amministrativo della Scuola di dottorato. In particolare, grazie alla Dottoressa Valentina Lucatti e al Dottore Matteo Rossaro.

Grazie a tutti i dipendenti e collaboratori della Biblioteca Centrale dell'Università degli Studi di Trento. La loro professionalità, che non ha mai mancato di essere cordiale, è stata complice e alleata della mia *ipertrofica* curiosità.

Grazie, infine – ed è un grazie che non smetterei mai di pronunciare – ai miei Maestri, il Dottor Marco D'Orazi e la Professoressa Letizia Gianformaggio, per avermi mostrato la libertà che deriva dal senso etico della conoscenza.

INDICE

	Pag.
ABSTRACT.....	V
PREMESSA. SUSSIDIARIETÀ, POLITICA CRIMINALE E POLITICA PENALE	IX
 PARTE I. IL LEGISLATORE RAZIONALE E I SUOI FALLIMENTI	
 CAPITOLO PRIMO	
IL PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETÀ	
1. Il <i>problema</i> dell' <i>extrema ratio</i>	1
2. Ordinamento costituzionale e <i>ratio</i> del principio di sussidiarietà: <i>The presumption of freedom</i>	19
3. Il principio di sussidiarietà penale: dalla <i>voluntas</i> della legge alla <i>ratio</i> del diritto.....	31
 CAPITOLO SECONDO	
IL REALE DEL DIRITTO PENALE: L' <i>OVERCRIMINALIZATION</i>	
1. <i>Ovecriminalization</i> in Italia e negli Stati Uniti d'America.....	49
2. Cenni sulle conseguenze dell'inflazione penale	61
 CAPITOLO TERZO	
INTORNO AD UNA DELLE MOLTEPLICI CAUSE DELLA NOMORREA PENALE: LA PAURA	
1. Biopolitica della paura. <i>Governing through crime</i>	69
2. La <i>percezione</i> del crimine e la funzione <i>tranquillante</i> della criminalizzazione	76
3. (...Segue) Paura e sicurezza: l' <i>espulsione</i> dello straniero e del terrorista...	82

4. Un caso emblematico: la legislazione statunitense anti-terrorismo post 11 settembre.....	89
---	----

PARTE II. PER UN RECUPERO DELLA RAZIONALITÀ DELLA LEGGE PENALE, OVVERO DELLA FUNZIONE DEMOCRATICA DELL' ARGOMENTAZIONE

INTRODUZIONE

SUSSIDIARIETÀ, DEMOCRAZIA PENALE E TRAPPOLA EPISTEMICA DEL DIRITTO

1. Riflessioni minime su “etica discorsiva e ragione pubblica”. Per una concezione deliberativa della democrazia penale tra ricerca del consenso e <i>disagreement</i>	115
2. La ‘trappola epistemica’ del diritto penale. Decisione, legge e conoscenza.	131

CAPITOLO PRIMO

IL RUOLO DEL PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETÀ NEL PROCEDIMENTO DI FORMAZIONE DELLA LEGGE PENALE

1. “Diritto penale al buio” e scienza della legislazione (riflessioni minime intorno a rappresentanza politica e informazione pubblica).....	139
2. Brevi considerazioni sul procedimento legislativo tra informazione e partecipazione: istruttoria legislativa, AIR, ATN.....	150

CAPITOLO SECONDO

PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETÀ E SINDACATO DI RAGIONEVOLEZZA DELLA LEGGE PENALE

1. Ragionevolezza, diritto penale e legittimazione della Corte costituzionale.	161
2. <i>I controlli</i> di ragionevolezza.....	173
3. Ragione discorsiva, razionalità empirica e processo costituzionale.....	180

INDICE

1. La sussidiarietà quale criterio di controllo della ragionevolezza strumentale della legge penale.....	191
--	-----

CAPITOLO TERZO

L'OBBLIGO DI MOTIVAZIONE DELLA LEGGE PENALE

1. Cenni introduttivi (minimi) sulla motivazione nel sistema italiano	203
2. La motivazione della legge	210
3. (...Segue) Revisione di un tabù	216
4. La motivazione della legge penale.....	227

BIBLIOGRAFIA	241
--------------------	-----

ABSTRACT

Il lavoro che qui si presenta ha inteso interrogarsi sul possibile ruolo che il principio di *extrema ratio* può svolgere nel processo di razionalizzazione del diritto penale.

La ricerca ha trovato approdo in una concezione della sussidiarietà quale principio costituzionale che, ponendo limiti alla potestà normativa penale e incidendo sulle *modalità di svolgimento* del procedimento legislativo, può essere considerato un principio *metodologico*, espressione, in materia penale, del principio di ragionevolezza nella sua declinazione di razionalità empirica e la cui più compiuta realizzazione – una volta accolta una concezione della legge intesa non già quale mera *voluntas* ma quale *ratio* – richiederebbe l'introduzione dell'obbligo di motivazione della legge penale.

Le riflessioni condotte nel corso della ricerca sono state ispirate e guidate dalla convinzione che uno Stato di diritto costituzionale, *ontologicamente* condizionato dal riconoscimento e dal rispetto della libertà individuale, sia fondato sulla 'premessa fondamentale' della precedenza sostanziale della persona umana rispetto allo Stato.

*“Occorre [...] che il popolo non dimentichi la semplice verità:
che la libertà, come tutti i beni della vita, come tutti i valori, non basta averla
conquistata una volta per sempre,
ma occorre conservarla con uno sforzo ogni giorno, rendendosi degni,
avendo l’animo abbastanza forte per affrontare la lotta
il giorno in cui fosse in pericolo.
Sarebbe pericolosa illusione quella di aver posto fuori di discussione, una volta per
sempre, certe conquiste perché consacrate da un articolo della Costituzione.
Né la pace dei popoli, né la giustizia sociale, né alcun altro bene è suscettibile
di conquiste definitive: ogni generazione deve dare la sua prova; che la nostra sia
all’altezza del suo compito e possa essere d’esempio a quelle che seguiranno”.*
Arturo Carlo Jemolo¹

¹ A. C. JEMOLO, *Che cos'è la Costituzione* (1946), Roma, 1996, 63.

PREMESSA

SUSSIDIARIETÀ, POLITICA CRIMINALE E POLITICA PENALE

“[Kant] rimproverava [ai] «politici» di non aver fiducia nella virtù e nella forza del movente morale, e di ripetere: «Il mondo è andato sempre così com'è andato sinora». Costoro, commentava, con questo loro atteggiamento fanno sì che l'oggetto della loro previsione, vale a dire l'immobilità e la monotona ripetitività della storia, si avveri. In tal modo ritardano ad arte i mezzi che potrebbero assicurare il progresso verso il meglio. Rispetto alle grandi aspirazioni degli uomini di buona volontà siamo già troppo in ritardo. Cerchiamo di non accrescerlo con la nostra sfiducia, con la nostra indolenza, con il nostro scetticismo. Non abbiamo molto tempo da perdere.”
Norberto Bobbio¹

“E tra l'utopistico ottimismo dell'abolizione del diritto penale, senza disporre di valide soluzioni alternative, e il regressivo pessimismo dell'amplificazione ed inasprimento di esso, sta il realismo attivo del miglioramento e contenimento del diritto penale [...]”
Ferrando Mantovani²

Vale precisare in via preliminare che oggetto di tale studio – volto ad occuparsi del principio di sussidiarietà – è il diritto positivo, da intendersi – sulle orme di un autorevole insegnamento – “non come un dato definitivo, ma come un *quid* che può essere mutato e alle cui modifiche strutturali il giurista, senza che con ciò esorbiti dai suoi limiti di competenza, deve cooperare.”³

Un approccio di tal sorta – come è evidente – impone al giurista l'assunzione di una prospettiva in cui il politico e il giuridico *non sono* separati (perché *non devono* essere separati) da una cesura netta.⁴

Il senso di tale impostazione risulta ancor più evidente se si pone mente al fatto che la riflessione di Bricola aveva lo scopo dichiarato di ridurre l'area del penalmente rilevante: mirava, pertanto – come è noto –, a rendere attuale il principio di

¹ N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, (1987), in N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1997, 65.

² F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2007, XLIII.

³ F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, XIX, Torino, 1973, 12. L'illustre autore, a riguardo, precisa che: “[I]l giurista, nel momento in cui si occupa della costruzione di norme future, momento in cui hanno libero sfogo tutte le opzioni ideologiche e i dati meta positivi, non deve soltanto limitarsi ad approntare gli strumenti concettuali e tecnici per il conseguimento di quei fini di politica legislativa che altri (i politici) devono prefigurare. E' una limitazione questa che appare doppiamente criticabile: da un lato, perché essa fa, dell'artificiosa contrapposizione tra giurista e politico, lo strumento per l'alienazione del primo dalla sfera decisionale; dall'altro, perché essa non tien conto del fatto che spesso, in un sistema a costituzione rigida, le stesse finalità di politica criminale sono prefigurate e al legislatore e al politico dalla Carta costituzionale.”: *ibidem*.

⁴ Sulla valorizzazione della dimensione politica del diritto penale, v. M. DONINI, G. INSOLERA, *Considerazioni introduttive*, in G. INSOLERA (a cura di), *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, Bologna, 2005, 15.

PREMESSA

sussidiarietà⁵. Tale approccio – verrebbe da dire *inevitabilmente* – ha fatto avanzare verso il proscenio la politica criminale, “rimettendo[la] in gioco, perché è solo la politica criminale che può realizzare la sussidiarietà”.⁶

Quella tra politica criminale e politica penale è differenza di non poco conto. Pur nella identità di fini (la riduzione del crimine), la prima si pone quale strumento della più generale politica sociale e può ricorrere a strumenti diversi da quelli propri del diritto penale⁷; in tali strumenti, per contro, si risolvono le possibilità di azione di una politica che voglia dirsi solo penale. In altri termini, “potrà valutarsi come politica criminale, in un’accezione allargata al massimo, ogni altra misura «politica» o amministrativa, formalizzata o meno in istituti giuridici, avente come obiettivo o come effetto calcolabile l’incidenza sugli stessi fenomeni devianti, che il diritto penale assume a suo oggetto.”⁸

Dal che consegue che la politica penale non ha che lo strumento penale, mentre dal punto visuale della politica criminale il diritto penale rappresenta una *extrema ratio*, lo strumento ultimo tra i molteplici offerti dalla politica sociale⁹; per dirla con

⁵ Nelle parole di Donini, il principio di sussidiarietà “ne costituiva l’[...] ispirazione politica di fondo”, M. DONINI, *La riforma del codice penale fra politica e cultura giuridica*, in *Quest. Giust.*, 2004, 493.

Tutta l’opera dell’autore bolognese è ispirata a tale scopo. Tra i tanti, possono qui citarsi quegli scritti in cui quell’impostazione risulta in modo più esplicito: *Teoria generale del reato*, cit.; *La depenalizzazione nella legge 24 novembre 1981, n.689: una svolta «reale» nella politica criminale* (1982), in F. BRICOLA, *Scritti di diritto penale*, Vol. I, Tomo II, Milano, 1997, 1439; *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative*, in M. DE ACUTIS, G. PALOMBARINI (a cura di), *Funzioni e limiti del diritto penale*, Padova, 1984, 3; *Legalità e crisi: l’art. 25, commi 2 e 3 della Costituzione, rivisitato alla fine degli anni ’70* (1980), in F. BRICOLA, *Scritti di diritto penale*, cit., 1273; *Politica criminale e politica penale dell’ordine pubblico (a proposito della legge 22 maggio 1975 n. 152)* (1975), in *Politica criminale e scienza del diritto penale*, Bologna, 1997, 101; *Carattere ‘sussidiario’ del diritto penale e oggetto della tutela*, in *Studi in memoria di G. Delitala*, vol. I, Milano, 1984, 99; *Rapporti tra dommatica e politica criminale* (1988), in *Politica criminale e scienza del diritto penale*, cit., 221.

⁶ M. DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale: la democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, 72.

⁷ Tradizionalmente il concetto di politica criminale è stato riferito ad una politica il cui fine esclusivo era di tipo preventivo, volto a ridurre il numero delle infrazioni alla legge penale. Più di recente, anche per l’influenza della vittimologia, il concetto è stato riferito anche al controllo delle conseguenze del crimine. In tal senso, si veda A. BARATTA, *La politica criminale e il diritto penale della Costituzione. Nuove riflessioni sul modello integrato delle scienze penali*, in S. CANESTRARI (a cura di), *Il diritto penale alla svolta di fine millennio*, Torino, 1998, 24.

⁸ D. PULITANÒ, *Politica criminale*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, 6.

⁹ Per tale ordine di considerazioni si rimanda a F. BRICOLA, *Politica criminale e politica penale dell’ordine pubblico*, cit. Vale ricordare che in tale scritto, ad una concezione autoritaria del concetto di ordine pubblico, cui corrisponde un incisivo intervento penale, l’autore contrappone una concezione costituzionalmente compatibile, tesa a pretendere l’intervento anche di strumenti extrapenalici. L’ordine

Marinucci, il diritto penale è «l'estremo rimedio» della «politica sociale», che resta la «migliore politica criminale».¹⁰

Ma politica criminale e politica penale – rilevava Roxin già nel 1973 – sono tutt'altro che antitetiche, essendo il diritto penale “la forma nella quale obiettivi di politica criminale vengono tradotti in termini giuridicamente validi.”¹¹ Si armonizzano pertanto, in tal modo – e si fa qui ricorso alla terminologia lisztiana – il diritto penale come scienza sociale e il diritto penale come scienza giuridica, in quello che Roxin ha considerato come un tentativo di unificare lo stato di diritto e lo stato sociale, o, in altri termini, un tentativo di unificare le ideologie liberali e con quelle solidaristiche¹².

Ricondurre il diritto penale alla più ampia politica criminale vuol dire, come è stato autorevolmente evidenziato, porsi nel dominio dell' «idea dello scopo»¹³. Vuol dire, cioè, evidenziare con forza la necessità di un fondamento *razionale* di un diritto penale che diviene, pertanto, strumento *controllabile*.¹⁴ La politica criminale, in altri termini, può a buon diritto essere considerato quale “luogo (per così dire) di fondazione e controllo razionale del diritto (penale).”¹⁵

Quell' «idea di scopo» è volta a porre dei limiti al diritto penale. Questo il senso della nota teoria lisztiana il cui nodo centrale pare risiedere proprio in quel connotato essenziale che è l'esistenza del *limite* in una potestà punitiva che voglia dirsi giuridica, e non morale o di pura vendetta (nello sviluppo da una pena primitiva come vendetta alla pena come scopo, del resto, von Liszt rintracciava un carattere «evoluzionistico» della sua stessa teoria¹⁶).

pubblico, dunque – così inteso – potrebbe costituire la *ratio* non solo della politica penale ma, in senso più ampio, di una complessa e strategica politica criminale.

¹⁰ G. MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *Jus*, 1974, 478.

¹¹ C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale* (1973), Napoli, 1986, 68.

¹² Per tale giudizio sull'opera di Roxin v. S. MOCCIA., *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli, 1992, 26.

¹³ In questo senso, D. PULITANÒ, *Politica criminale*, cit., 7.

¹⁴ Vale precisare che questa necessità di razionalità (e conseguente controllo), propria di una giustizia penale laica, “non [...] [va] recepita come un valore in sé, secondo un modello di giustizia trascendente o assoluta, ma [...] [va] sottoposta ad analisi e a ricostruzione come istituzione umana, storicamente determinata, orientata a concrete funzioni.”: D. PULITANÒ, *Politica criminale*, in *Enc. Dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 75.

¹⁵ D. PULITANÒ, *Politica criminale*, op. ult. cit., 74.

¹⁶ F. VON LISZT, *La teoria dello scopo nel diritto penale* (1905), Milano, 1962, 11.

PREMESSA

È il concetto di limite che trasforma la reazione punitiva in *diritto* penale.¹⁷

E quel limite impone, tra l'altro – e ai fini particolari che qui interessano – che la pena sia necessaria.¹⁸

Il principio che per eccellenza sintetizza la *necessità* quale manifestazione del limite del diritto penale è proprio il principio di sussidiarietà, principio, questo, che consente di considerare il diritto penale quale momento della dialettica tra una 'strategia preventiva' (di politica criminale) e una 'strategia punitiva' (di politica penale). Qui risiede il senso dell'idea del diritto penale come *extrema ratio*. Tale principio ha la funzione di guidare il legislatore nella scelta politica del *penale* nel più vasto ambito del *criminale* (e giustifica – quindi – le scelte di criminalizzazione); ha altresì la funzione di consentire all'interprete (giudice e giurista) di contestare la legittimità di una legge penale adottata senza tener conto delle possibili alternative alla scelta punitiva penale.

In altri termini, il principio di *extrema ratio* gioca un duplice ruolo: come criterio della politica legislativa criminale e come principio legittimante la scelta normativa penale. E in tal modo – lo si vedrà meglio in seguito – evidenzia con chiarezza il ruolo cruciale che la *ratio* di una legge ricopre rispetto alla *voluntas* del legislatore e, altresì – anche tale aspetto verrà considerato nel prosieguo del lavoro – *svolge* una *funzione ponte* tra lo *ius* e la *lex*.

Se così è, il processo che conduce alla produzione normativa di diritto penale non può consistere di sola riflessione dogmatica ma deve pensarsi nei termini di un sapere integrato. Non v'è nulla di nuovo in ciò, anzi: v'è piuttosto – nella (ri)proposta della questione penale nei termini di una scienza integrata – un ritorno, che è una ripetizione (e perciò una rinnovazione) di quanto già i padri del moderno diritto penale prefiguravano. Basti por mente alla penalistica italiana della seconda metà dell'Ottocento¹⁹; l'approccio che ha caratterizzato, ad esempio, esperienze come quella della 'Rivista penale' fondata da Luigi Lucchini (che avrebbe giocato un

¹⁷ Scrive von Liszt: “[A]ttraverso un processo di autolimitazione, la forza punitiva è diventata diritto penale (*jus puniendi*), attraverso la recezione dell'*idea dello scopo* la cieca e sfrenata reazione si è trasformata in pena giuridica e l'azione dominata dall'istinto è divenuta azione controllata dalla volontà. La potestà dello Stato ha impugnato la spada della Giustizia per tutelare l'ordinamento giuridico contro lo scellerato che vi si ribella”: F. VON LISZT, *op. cit.*, 33.

¹⁸ F. VON LISZT, *op. cit.*, 46, ove si legge “Solo la pena necessaria è giusta”.

¹⁹ Per approfondimenti sul tema si rimanda a M. SBRICCOLI, *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita* (1990), in M. SBRICCOLI, *Storia del diritto penale e della giustizia*, Milano, 2009, 493.

ruolo cruciale nel processo che avrebbe portato all'adozione del codice Zanardelli) si caratterizzava proprio per un'apertura a settori altri della ricerca, quali la statistica, la criminologia, la medicina legale, l'antropologia criminale, la sociologia.²⁰

Fin dai tempi dello Stato liberale, del resto, il diritto penale si era *trasformato* in scienza integrata; in quella fase, l'integrazione (perché di integrazione si è trattato) era avvenuta con i principi politici liberali. Pare di poter dire che l'idea che oggi il legislatore e la corte costituzionale mostrano di avere del diritto penale sembra essere ancora ferma a quella dello Stato liberale; non pare esser stato ancora *interiorizzato* quello sviluppo ulteriore dell'idea di diritto penale come scienza integrata (la responsabilità del che, come spesso si legge, è da attribuirsi essenzialmente all'influenza culturale esercitata dall'indirizzo tecnico-giuridico).²¹

Si potrebbe a questo punto obiettare che il ricorso a sia pur tanto autorevoli pensatori non rende per questo meno *naïve* questo tentativo volto a (continuare a) rimeditare la necessità di una politica criminale razionale.

Un dato appare comunque incontestabile: il legislatore, nonostante i suoi fallimenti, ostinatamente, persevera nella sua irrazionale bulimia incriminatrice.²² Lo stato delle

²⁰ Rileva M. SBRICCOLI, *La penalistica civile*, cit., che la visione agonistica che ha contrapposto quasi in modo manicheo le proposte dei due 'schieramenti' del tempo – le cc.dd. Scuola classica e Scuola positiva – hanno fatto perdere il senso, nelle pur irriducibili diversità, dei profondi punti comuni tra le due, quali, ad esempio, la visione integrata della scienza penale. Questo atteggiamento, scrive l'autorevole storico, "impedì [...] che le diverse tendenze prendessero coscienza, nel corso stesso della loro azione, della *funzione concorrente* che intanto venivano svolgendo: quella di mantenere la scienza penalistica, con tutta la sua specificità di *scienza giuridica*, nell'ambito delle altre scienze sociali e sul terreno del confronto con la politica e con la società.": *ibidem*, 552.

²¹ Merita qui di essere ricordato quanto scriveva von Liszt a riguardo: "Che vi siano un'antropologia criminale, una psicologia criminale, una statistica criminale come scienze particolari, discipline più o meno queste lontane dalla scienza del diritto penale, è prova della grave colpa che pesa sui rappresentanti della scienza giuridico-penale; ma ciò è anche la ragione dell'infruttuosità che quelle discipline hanno avuto fino ad oggi. Solo nel procedere parallelo di queste discipline con la scienza del diritto penale risiede la possibilità di una fruttuosa lotta contro la criminalità. In questa lotta, spetta alla nostra scienza la funzione di guida. A questa funzione essa non può rinunciare senza correre nel contempo al suicidio. Ma proprio per questo essa non deve e non può assumere nei confronti di quelle discipline un atteggiamento di distaccato disinteresse. I rappresentanti della teoria e della pratica del diritto penale, i docenti, i giudici, i rappresentanti del Pubblico Ministero, i funzionari di polizia, sono all'altezza del loro compito? E' necessaria una preparazione teorica e pratica molto più estesa?": F. VON LISZT, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, cit., 67.

²² A titolo d'esempio, può citarsi la politica criminale (*id est*, esclusivamente penale) adottata negli Stati Uniti in materia della c.d. 'lotta alla droga' Scrive a riguardo Husak (l'autore che, di recente, forse più di chiunque altro negli Stati Uniti si è occupato dell'inflazione penalistica in tale settore): "What other *evidence* is relevant in deciding how the fear of punishment affects the incidence of drug use? We might examine how trends in illicit drug use over the past thirty years are correlated with changes in law enforcement. If the fear of punishment were a significant factor in deterring illicit drug use, one would expect that rates of consumption would decline as punishments increased in frequency and severity. There appears to be no correlation, however, between the frequency and severity of

PREMESSA

cose è noto. Lo scenario italiano (e, come si avrà modo di dire, anche quello statunitense) sembra aver ridotto la politica criminale alla sola politica penale, tanto da rendere l'una sinonimo dell'altra, facendo così perdere alla politica penale ogni legame con la politica sociale.²³ Negli Stati Uniti come in Italia – per le ragioni che verranno illustrate nel prosieguo del lavoro²⁴ – nella scelta dei mezzi di tutela dei beni si riscontra storicamente un ormai tradizionale 'primato di fatto' del diritto penale.²⁵ In entrambi gli ordinamenti, infatti, la risposta penale rappresenta ormai non già l'ultima quanto la prima *ratio* di tutela dei beni.

La ricerca qui condotta potrebbe, pertanto, apparire quale mero esercizio retorico reso al servizio della buona coscienza del penalista (una sorta di autoinganno consolatorio, se si vuole)²⁶. L'operazione – di (ri)dare razionalità al diritto penale, al contrario – pare porsi nei termini di “un compito impellente e prioritario di ingegneria sociale e politica”.²⁷

Il compito è tutt'altro che facile ma non per questo l'impresa merita di essere abbandonata. L'intento non è di 'ri-creare', di 'ritornare' al diritto penale classico che

punishment and trends in drug use. If we look at the decade from 1980 to 1990, a case could be made that punishments were effective in deterring consumption. The incidence of illicit drug use – which generally peaked in 1979 – steadily decreased throughout the 1980s. However, frequent and severe punishments have not caused further declines after the 1990s – drug use has for the most part increased slightly or remained relatively flat in the past fifteen or twenty years. We reach the same conclusion when we examine the data on a state-by-state basis. States with greater rates of incarceration for drug offenders tend to experience higher rates of drug use. Prohibitionists who predict a massive increase in drug use after decriminalization must struggle to explain these data. If punitive drug policies help to keep drug use in check, why do actual trends in consumption appear to prove so resistant to the massive efforts we have made to punish drug users?": D. HUSAK, *Drugs, Addiction, Therapy, and Crime: Predicting the Future: A Bad Reason to Criminalize Drug Use*, 2009 *Utah L. Rev.* 105, 109 (corsivo aggiunto).

Analoghi rilievi critici relativamente alla stessa materia vengono svolti in relazione allo scenario italiano, tra gli altri, da L. PEPINO, *Dare un posto al disordine (Ovvero la possibile mitezza del diritto e le sue condizioni)*, in *Quest. Crim.*, 2004, 547.

²³ Sul primato della politica criminale sulla politica penale, v., tra gli altri, M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale: la democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, cit., 75-96.

²⁴ V. Parte I, Cap. 3.

²⁵ Tra i tanti, sottolinea il “primato di fatto” del diritto penale italiano rispetto al diritto civile e al diritto amministrativo F. GALGANO, *Civile e penale nella produzione di giustizia*, in M. DE ACUTIS, G. PALOMBARINI (a cura di), *Funzioni e limiti del diritto penale. Alternative di tutela*, Padova, 1984, 85. Scrive l'autore: “Questo «primato» si manifesta, in misura ugualmente estesa, sia in sede legislativa sia in sede giudiziaria. In sede legislativa emerge dalla esigua estensione delle riforme civili al confronto con la incessante proliferazione delle norme incriminatrici, [...]. In sede giudiziaria il primato della tutela penale si manifesta nella funzione di «supplenza» assunta dal giudice penale nel controllo della vita civile, sociale ed economica.”: *ibidem*, 85 e 89.

²⁶ Si interroga sulla riproponibilità della prospettiva dell'*extrema ratio*, ‘illusione dura a morire’, G. FIANDACA, *Il sistema penale tra utopia e disincanto*, in S. CANESTRARI (a cura di), *Il diritto penale alla svolta di fine millennio*, Torino, 1998, 55.

²⁷ G. MARINUCCI, *Politica criminale*, cit., 469.

nella realtà storica, peraltro, non è mai esistito²⁸, costituendo, piuttosto, un richiamo mitologico, ‘rimedio allusivo alla nostra impotenza tecnica’²⁹.

L’intento, piuttosto, è quello di tracciare come (ancora) possibile un diritto penale sussidiario. La sussidiarietà non è e non può ridursi ad essere mero corollario del diritto penale, costituendone, al contrario, un connotato essenziale. Se si vuole, l’idea della sussidiarietà penale è la ragione prima di un sistema normativo (penale) collocato in un sistema giuridico in cui la libertà sia la regola e la sua limitazione l’eccezione.

Ecco perché quell’‘operazione di recupero del razionale’ è necessaria. E quella razionalità va rintracciata nello spirito della nostra Carta fondamentale. Ragioni contingenti – di qualunque natura esse siano – non possono giustificare l’irrazionalità di una politica criminale che, strumentalizzando l’essere umano, viola il principio personalistico posto dall’art. 2 Cost.³⁰

²⁸ Scrive Fiandaca: “[Ma] mi chiedo, è mai esistito un tempo in cui il diritto penale dei professori ha veramente rispecchiato le caratteristiche del diritto penale vivente? E’ mai esistito veramente quel modello di diritto penale che noi professori definiamo classico, per differenziarlo o per contrapporlo al diritto penale moderno o addirittura a un diritto penale post-moderno?”: G. FIANDACA, *Il sistema penale tra utopia e disincanto*, cit., 51.

Nello stesso senso, scrive Padovani: “Ma io, che (confesso) indulgo agli studi storici, sia pure da dilettante, ho la sensazione, e, più che la sensazione, la certezza che quel diritto penale [quello classico] non è mai esistito. Quel diritto penale è la costruzione concettuale dei riformatori illuministici. Dopodiché, trovatemi un codice che corrisponda a quel modello. Troverete invece, se percorrerete i sistemi punitivi dell’Ottocento, la stessa tabe che oggi lamentate e denunciate come degenerazioni del diritto penale”: T. PADOVANI, *Spunti polemici e digressioni sparse sulla codificazione penale*, in S. CANESTRARI (a cura di), *Il diritto penale alla svolta di fine millennio*, cit., 97.

²⁹ M. DONINI, *La riforma della legislazione penale complementare: il suo significato «costituente» per la riforma del codice*, in M. DONINI (a cura di), *La riforma della legislazione penale complementare*, Padova, 2000, 14 (in nota 21).

Lo stesso autore, definisce il diritto penale classico quale “[i]l sogno di un passato sicuro che rasserena gli incubi di oggi, è la culla protetta della retribuzione, dei precetti “naturali”, del meritevole di pena «in sè».”: *ibidem*, 13.

³⁰ Scrive a riguardo Marinucci: “Se vuole essere legittima e seria, la futura politica criminale italiana ha perciò una strada obbligata: deve cercare saldi punti d’appoggio nella Costituzione e trarre alimento dalle acquisizioni criminologiche che hanno guidato l’attuale processo internazionale di rinnovamento del diritto penale.” E ancora: “La lungimiranza del costituente italiano consentirà fortunatamente di registrare una completa identità di risultati: nel senso che i principali postulati della politica criminale moderna non solo armonizzano con il nostro quadro costituzionale, ma hanno la virtù di trasformare l’istanza politica di adeguamento del diritto penale alla Costituzione in un’esigenza di razionalità ed efficacia politico-criminale.”: G. MARINUCCI, *Politica criminale*, cit., 471 e 480.

PREMESSA

Quid novi ?, si potrebbe chiedere legittimamente. Cose già sentite, cose già dette. Cose, però, non *realizzate*. Non abdicare di fronte alla realtà pare scelta necessaria. Si tratta, in fondo, di niente altro che di una questione di civiltà giuridica.³¹

In breve, può dirsi che la tesi intorno a cui ruotano le riflessioni che si vanno conducendo può essere così sintetizzata: la sussidiarietà è un *principio costituzionale* che, ponendo *limiti alla potestà normativa penale* e incidendo sulle *modalità di svolgimento del procedimento legislativo*, può essere considerato un principio ‘*metodologico*’, espressione, in materia penale, del principio di *ragionevolezza*, capace di fungere da *punto di raccordo tra la lex e lo ius*. Quello di cui qui si discorre è, in sintesi, un principio ispirato all’idea portante del garantismo costituzionale che trova nei limiti posti al potere della maggioranza uno dei suoi connotati più importanti.

Ogni elemento di questa definizione pretende, evidentemente, di essere oggetto di analisi.

Si procederà, pertanto, nei seguenti termini:

- a) Dopo un breve *excursus* storico volto a rinvenire tracce del *problema* dell’*extrema ratio* (Parte I, Cap. I, § 1), si presenterà
- b) la sussidiarietà quale *principio costituzionalmente fondato* (Parte I, Cap. I, § 2);
- c) la sussidiarietà quale principio *attualmente* argomentativo (Parte I, Cap. I, § 3);
- d) la sussidiarietà quale principio *metodologico*, espressione del *principio di ragionevolezza* (cenni in Parte I, Cap. I, § 3, con rinvio a Parte II, Cap. II per approfondimenti);
- e) descritto il fenomeno dell’*overcriminalization* e indagata la paura quale una delle concause del fenomeno (Parte I, Capp. 2 e 3),
- f) si considereranno, nel corso della Parte II, il ruolo che il principio di sussidiarietà può svolgere nel procedimento legislativo (Cap. 1) e nel sindacato di ragionevolezza di una legge penale (Cap. 2);

³¹ In questi termini si esprime Galgano: “La ricostruzione di una identità del diritto penale, alterata dall’odierno uso indiscriminato della potestà punitiva dello Stato, è impresa che potrà avere successo se procederà di pari misura, ed in modo coordinato, con un’alta impresa di cultura giuridica, che investa le altre partizioni del diritto e, in particolare, il diritto civile. [...] La questione è di legislazione, ma non solo di legislazione: è anche, e prima di tutto, una questione di civiltà giuridica.”: F. GALGANO, *Civile e penale nella produzione di giustizia*, cit., 106.

g) infine, si indagherà intorno all'introduzione nell'ordinamento italiano dell'obbligo di motivazione della legge penale, quale strumento capace (congiuntamente agli altri rimedi indicati nei capitoli 1 e 2, Parte II) di consentire la giustiziabilità del principio di sussidiarietà.³²

³² Nel corso di questo lavoro non si indagherà, pertanto, il ruolo che la sussidiarietà potrebbe svolgere quale principio guida della politica criminale europea; parimenti, non sarà oggetto di analisi la declinazione del principio quale criterio di selezione del penalmente rilevante nella fase dell'applicazione e dell'esecuzione della pena (entrambi i temi, per la loro importanza, meriterebbero di essere oggetto di autonome ricerche).

PARTE I. IL LEGISLATORE RAZIONALE E I SUOI FALLIMENTI

*“Anche la libertà è come l’equilibrio atomico: basta che sia infranta in una persona
[...] perché da questa frattura infinitesima si sprigioni e si diffonda una forza
distruttiva capace di sovvertire il mondo.”*
Piero Calamandrei¹

¹ P. CALAMANDREI, *L’avvenire dei diritti di libertà* (1945), in P. CALAMANDREI, *Costruire la democrazia*, Firenze, 1995,163.

CAPITOLO PRIMO

IL PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETÀ

1. Il *problema dell'extrema ratio*; 2. Ordinamento costituzionale e *ratio* del principio di sussidiarietà: *The presumption of freedom*; 3. Il principio di sussidiarietà penale: dalla *voluntas* della legge alla *ratio* del diritto.

1. Il problema dell'extrema ratio.¹

“Questa prospettiva [dei persecutori] è necessariamente ingannevole per il fatto che i persecutori sono convinti del giusto fondamento della loro violenza; essi si considerano dei giustizieri, hanno bisogno quindi di vittime colpevoli, ma questa prospettiva è parzialmente veritiera, perché la certezza di avere ragione incoraggia gli stessi persecutori a non occultare nulla dei loro massacri.[...] I persecutori ingenui non sanno quello che fanno. Sono troppo provvisti di buona coscienza per ingannare scientemente i loro lettori e presentano le cose così come le vedono realmente. Non sospettano che redigendo i loro resoconti danno alla posterità delle armi contro di loro. Questo è vero nel XVI secolo per la tristemente famosa «caccia alle streghe». È ancora vero ai nostri giorni per le aree «arretrate» del nostro pianeta.”
René Girard²

In quel lungo processo di fuoriuscita dalla vendetta (degli individui, della società, dello Stato) in cui consiste la storia del diritto penale³, il processo di pubblicizzazione⁴ che ha caratterizzato il diritto penale tra la fine del XIII e gli inizi

¹ Questo paragrafo, come si avrà modo di vedere, è volto a individuare se e in che modo il problema della sussidiarietà penale è stato tematizzato in diverse epoche storiche. Non verrà qui trattato il tema, a questo strettamente connesso, dell'analisi delle cause dell'inflazione penale, su cui v. Parte I, Cap. III.

² R. GIRARD, *Il capro espiatorio* (1982), Milano, 2002, 20 e 23.

³ La bella immagine è di M. SBRICCOLI e apre lo scritto *Giustizia criminale* (2002), in M. SBRICCOLI, *Storia del diritto penale e della giustizia*, Milano, 2009, 3. Nello stesso senso, v. M. DONINI: “Il diritto penale è un continuo tentativo di razionalizzare un bisogno di difesa-vendetta.”, in *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto tra diritto penale e politica*, in M. DONINI, *Alla ricerca di un disegno*, Padova, 2003, 6.

⁴ Per processo di pubblicizzazione è da intendersi “l'ingresso (attivo) del soggetto pubblico nella dinamica sostanzialmente ‘privatistica’ che caratterizzava in quella fase [metà del secolo XIII] – e avrebbe continuato a condizionare per molto tempo ancora – le pratiche di giustizia penale all'interno delle città.”, M. SBRICCOLI, «*Vidi communiter observari*». *L'emersione di un ordine penale pubblico nelle città italiane del secolo XIII* (1998), in M. SBRICCOLI, *Storia del diritto penale e della giustizia*, cit., 74.

Come precisa lo stesso Sbriccoli in altro scritto, tale processo non può essere ridotto ad un mera riforma di procedure, rappresentando piuttosto segno della trasformazione della natura stessa dei poteri pubblici. “In quegli anni – sottolinea l'autore – si avvia una protoforma dello Stato che trova proprio nel processo penale il primo dispositivo per la sua affermazione.”: M. SBRICCOLI, *La benda della giustizia. Iconografia, diritto e leggi penali dal medioevo all'età moderna* (2003), in M. SBRICCOLI, *Storia del diritto penale e della giustizia*, cit., 171.

del XIV secolo, a parere di chi scrive, rappresenta il momento da cui prendere le mosse per tentare di comprendere la nascita e l'emersione del problema (prima ancora che il principio) dell'*extrema ratio*. E' questa l'epoca in cui lo strumento penale diviene strumento di governo: i giudici del podestà perseguono d'ufficio i reati, conducono procedimenti anche quando il soggetto passivo, ottenuta la riparazione, non mostra di avere interesse alcuno al processo (si ricordi che fino ad allora la giustizia penale era stata prevalentemente 'giustizia negoziata' volta ad ottenere una riparazione più che una punizione)⁵. È questa l'epoca in cui – grazie a quell'operazione logica per cui l'interesse ad agire viene scisso in un versante privato (quello della vittima) e in uno pubblico (della città) – va affermandosi l'idea per cui la commissione di un reato offende non solo la vittima ma anche la *res pubblica*, che ha, perciò, il potere di comminare una pena.⁶

Questo momento cruciale della storia del diritto penale pare non possa essere meglio sintetizzabile se non riportando un celeberrimo passo di Alberto da Gandino (risale infatti all'epoca di cui si sta discorrendo il *Tractatus de maleficiis*)⁷: "*Hodie de iure civili iudices Potestatum de quolibet maleficio cognoscunt per inquisitionem ex officio suo [...]. Et ita servant iudices de consuetudine, ut notat Dominus Guido, et ut vidi communiter observari, quamvis sit contra ius civile.*"⁸

Se quella precedente era 'negoziata', questa – nel linguaggio di Sbriccoli – si fa 'giustizia egemonica di apparato'. Il germe è ormai gettato: una nuova concezione

⁵ A scanso di fraintendimenti, preme precisare che non si intende affatto dire che nel XIII secolo la dimensione privata della giustizia penale scomparve; piuttosto, la dimensione pubblica iniziò a convivere con procedure transattive che sarebbero poi state riconosciute e disciplinate negli statuti comunali (si rimanda agli scritti dal carattere storico citati nel corso di tutto questo paragrafo per ulteriori approfondimenti sul punto); qui basti dire che fino a tutto il Cinquecento si rintracciano numerosi trattati sulle procedure negoziali in ambito penale. Per una pressoché totale scomparsa del momento negoziale nella giustizia criminale bisognerà attendere l'epoca della codificazione. Si comprende allora – è questo un assai interessante rilievo di Sbriccoli – il chiaro significato storico dell'ultimo articolo della *Leopoldina*, l'art. 119: "La pena voluta dalla legge, e decretata dai giudici, sarà irremissibilmente eseguita. Revochiamo perciò ogni facoltà [...] di accordare diminuzione, permuta, composizione, o condonazione di pene tanto pecuniarie, che afflittive.": M. SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, cit., 12, in nota 3.

⁶ Si rimanda, per questi rilievi, agli scritti di Sbriccoli già citati e a quelli che verranno citati nelle note seguenti.

⁷ L'opera fu composta tra il 1286 e il 1300.

⁸ Passo riportato da M. SBRICCOLI, «*Vidi communiter observari*», cit., 80. Il Guido cui presumibilmente Alberto da Gandino si riferisce è Guido da Suzzara, suo maestro.

della materia penale⁹ si imporrà in tutta Europa nel corso del XVI.¹⁰ I frutti sono ancor oggi, nel XXI secolo, ben visibili.

È proprio tra il Cinque e Seicento che si registra un enorme aumento delle incriminazioni.¹¹ Il diritto penale, monopolizzato dal principe, mostra di voler educare e disciplinare i sudditi¹². Il reato si confonde con il peccato. Le pene si inaspriscono.¹³ Le streghe vengono bruciate. Gli untori cacciati. Gli eretici torturati. Un fiume in piena di editti, bandi, ordini inonda l'agire quotidiano delle popolazioni europee. Il diritto penale dà albergo ad una logica che a lungo lo avrebbe caratterizzato: la logica per cui (fare) giustizia vuole dire reprimere.¹⁴

⁹ “Tale concezione riposa sullo spostamento della rilevanza penale di un atto o di un comportamento dal piano del *danno* a quello della *disobbedienza*, il che corrisponde all'estensione dello schema dell'infrazione politica ad ogni violazione penale di qualche rilievo. Il perno di questa concezione è nel vincolo sempre più stretto che ancora la giustizia alla legge, e nell'idea – che cresce nell'opinione generale, fino a farsi ideologia e senso comune – secondo la quale qualsiasi violazione di un obbligo penale può essere assimilata a una forma di minacciosa indisciplina. Quando dico che in questo passaggio si legge la forma paradigmatica del reato politico, intendo riferirmi a due profili. Il primo, teorico e di fondo, sta nella assunzione di ogni trasgressione penale nello schema della ‘offesa alla *respubblica*’, [...]. Il secondo, per così dire storico, riposa sul fatto che tutti i reati comuni di qualche rilevanza vengono trattati in un processo penale che era stato pensato e costruito, *olim*, per la persecuzione dell'eterodossia religiosa e dell'opposizione politica radicale. [...] Quello era il processo pensato per il nemico. [...] Nessuna meraviglia, dunque, se l'impiego secolare di quella logica processuale, combinata all'avvento di una legislazione assai severa [...], farà maturare la convinzione – prima contrastata, poi subita, infine dominante – che ‘fare giustizia’ consiste nel reprimere, che compito degli apparati giudiziari è ‘combattere contro il crimine’, che i criminali sono nemici e che gli Stati, avendo preteso il monopolio della giustizia penale, hanno il dovere di ‘rappresentare’ sudditi e società nell'esercizio di una *efficace* vendetta contro di essi.”: M. SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, cit., 18 e 19.

¹⁰ Si ricordi che i secoli di cui qui, con estrema sintesi si va discorrendo, è l'epoca di celebri leggi quali la *Constitutio Criminalis Carolina* (1532), con cui Carlo V tentò di creare un diritto penale comune per tutto l'Impero; le *Ordonnances* di Tours (1493), di Blois (1498) e di Villers-Cotterets (1539). Vale precisare che nel 1542 Paolo III, con la bolla *Licet ab initio*, avrebbe dato avvio alla Santa Inquisizione.

¹¹ Uno storico del diritto italiano, a commento dell'ampliarsi della casistica criminale nel Cinque-Seicento, ha modo di rilevare che “[d]a questo punto di vista l'Età moderna può essere ritenuta per molti Stati (non tutti) un periodo *anche più oppressivo del Medioevo*, età in cui si avevano apparati pubblici molto più esili e quindi anche meno efficienti e repressivi.”: M. ASCHERI, *Introduzione storica al diritto moderno e contemporaneo*, Torino, 2008, 105.

¹² Su quest'intento pedagogico, v. i lavori già citati di Sbriccoli e Ascheri.

¹³ Si ricordi che la durezza delle pene, al tempo, era ritenuto elemento necessario anche allo scopo di evidenziare l'indispensabilità del potere di grazia del principe. Per quest'ordine di rilievi, M. ASCHERI, *Introduzione storica al diritto moderno e contemporaneo*, cit., 107.

¹⁴ Non può, peraltro, omettersi di ricordare che il Cinquecento fu il secolo che, per primo, conobbe un grande fiorire della dottrina penale. In precedenza, i Glossatori e i Commentatori avevano prestato scarsa cura alla materia, anche perché la stessa compilazione giustiniana se ne occupava in modo assai limitato (il Codice dedicava solo 1 dei suoi 12 libri al diritto penale, il Digesto 2 su 50). Per questi rilievi, v. A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa*, Bologna, 2007, 270.

Con tali vesti, il diritto penale si sarebbe presentato, prima ancora che alla corte dei pensatori liberali del Settecento, ai rappresentanti del giusrazionalismo.¹⁵ Quella congerie di norme – che facevano del diritto penale un soggetto *già* in crisi – agli sguardi più attenti – palesano ora l'esigenza di adottare una visione diversa dell'intervento penale, alternativa a quella ormai consolidata. Proprio ad un giusrazionalista si deve una chiara esposizione di quello che noi oggi denominiamo 'principio della sussidiarietà penale'. Scrive Ugo Grozio nel 1625: "*qui delinquit in eo statu est ut puniri licite possit: sed non ideo sequitur debere eam exigi: quia hoc pendet ex connexione finium, ob quos poena instituta est, cum ipsa poena. Quare si fines poenae propositi alia via obtinere possint, iam apparet, nihil esse quod ad poenam erigenda praecise obliget.*"¹⁶

La funzione critica verso l'esistente condotta dal giusnaturalismo (ché il diritto naturale veniva considerato superiore alle norme positive – legislative o consuetudinarie – con quello in contrasto)¹⁷ può a buon diritto essere considerata prodromica rispetto alla cultura illuministica.¹⁸ Fu grazie alla diffusione delle idee giusnaturalistiche (cui seguirono le dichiarazioni dei diritti dell'uomo degli stati liberali e quindi le costituzioni degli Stati di diritto) che andò maturando la consapevolezza della centralità dei diritti dell'individuo.¹⁹ In particolare, si deve al giusnaturalismo l'elaborazione di quella concezione individualistica dell'uomo che avrebbe portato al ribaltamento dei ruoli nel rapporto tra governanti e governati; se fino ad allora oggetto della politica era stato il governo e l'esercizio del potere, con

¹⁵ Tra gli altri, e sia pur con un breve cenno, non può non ricordarsi l'enorme influenza esercitata sullo sviluppo del processo penale dalla teoria politica dell'assolutismo di Hobbes. Nel modello teorico di una politica accentratrice la razionalizzazione del diritto penale fa leva sul criterio dell'utilità della conservazione del sovrano, quindi dello Stato. Non vi è considerazione alcuna per il dilemma che occuperà i giuristi dell'epoca immediatamente successiva, e vale a dire il conflitto tra ordine e libertà. Per le considerazioni in materia penale della teoria di Hobbes, si veda G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna, 1976, 66.

¹⁶ U. GROZIO, *De jure belli ac pacis libri tres*, 1625, lib. 2, cap. XX, tit. XX, n. 10, riportato in S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 114.

¹⁷ In tal senso, A. PADOVA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa*, cit., 391.

¹⁸ La cui data di nascita, com'è noto, viene fatta convenzionalmente coincidere con la data di pubblicazione de 'Lo spirito delle leggi' di Montesquieu (1748).

¹⁹ A scanso di equivoci, preme precisare per inciso che – presentando una sintesi storica come quella appena descritta nel testo – non si intende affatto accogliere una idea della storia come uno sviluppo teleologico destinato al miglioramento continuo del pensiero e dell'agire umano. La storia del XX secolo, del resto, basterebbe a far crollare il più fervente assertore di una concezione di tal sorta.

l'individuo relegato alla posizione di soggetto passivo di quel potere, ora la scena viene guadagnata dall'individuo e dai suoi diritti.²⁰

Nel frattempo, l'11 novembre del 1620 erano sbarcati, sulla costa orientale di quelli che sarebbero divenuti gli Stati Uniti d'America, i padri pellegrini salpati pochi mesi prima da Plymouth, in Inghilterra.²¹ Di lì a poco avrebbero gettato le basi non solo del c.d. 'nuovo mondo' ma anche di una concezione del diritto penale che oggi – nel XXI secolo degli Stati Uniti – appare dotata di una vitalità talmente granitica che non pare destinata ad alcun declino: il diritto penale quale strumento di *enforcement* della morale.²²

Il diritto penale del diritto coloniale²³ di cui si fecero portatori 'gli uomini di Plymouth' si caratterizzava infatti per una forte stigmatizzazione di comportamenti

²⁰ In questo senso, N. BOBBIO, *L'età dei diritti* (1987), in N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1990, 61. Scrive Bobbio: "E' con la nascita dello stato di diritto che avviene il passaggio finale dal punto di vista del principe a quello dei cittadini. Nello stato dispotico i singoli individui hanno solo doveri e non diritti. Nello stato assoluto gli individui vantano nei riguardi del sovrano diritti privati. Nello stato di diritto l'individuo ha verso lo stato non solo diritti privati ma anche diritti pubblici. Lo stato di diritto è lo stato dei cittadini.": *ibidem*.

²¹ Si ricordi che si deve ai padri pellegrini quella che è considerata la prima delle costituzioni americane: il 15 novembre del 1636, i *pilgrim fathers* adottarono un codice che non si limitò a riorganizzare la legislazione fino ad allora esistente ma prevede anche un (sia pur 'rudimentale') *bill of rights*. Il valore di questo atto viene così riassunto da Haskins: "[F]irst, [it is significant] because this codification – quite apart from its constitutional significance – was the first code of laws in any modern sense in North America; second, because it reveals much of the social organization of the colony; third, because it preserved and gave vitality to English legal institution which otherwise might not have survived; fourth, because it contains laws, first introduced at Plymouth, that made lasting contributions to the present-day law of Massachusetts and, ultimately, to the modern law of the United States.": G.L. HASKINS, *The Legal Heritage of Plymouth Colony* (1962), in L.M. FRIEDMAN-H.N. SCHEIBER (a cura di), *American Law and the Constitutional Order*, Cambridge, 1978, 38.

²² L'influenza della tradizione puritana nella storia degli Stati Uniti è un tema dibattuto e variamente interpretato. L'avversione per 'vizi' e 'piaceri' (quali l'uso di alcol e stupefacenti, e il gioco d'azzardo) e per la sessualità ha caratterizzato in vario modo le diverse epoche della storia americana. La c.d. '*war on vice*' è, per dirla con le parole di Friedman, "full of zigs and zags". Se, infatti, nella prima parte del XIX secolo, tale guerra sembrò scemare, alla fine dello stesso secolo, si sarebbe assistito ad una "*eruption or outburst of new morality - a flock of new laws heating up the war against sin and debauchery*": L.M. FRIEDMAN, *American Law in the 20th Century*, New Haven and London, 2002, 95.

²³ Una precisazione appare necessaria. Se fino alla fine della prima metà del XX secolo, gli storici erano soliti riferirsi alla tradizione coloniale americana come fosse una realtà monolitica (e da un punto di vista sociale e da un punto di vista giuridico), studi più recenti (quali quello di Haskins già citato) hanno rivelato la complessità di quell'esperienza, soprattutto dal punto di vista giuridico. Il diritto coloniale non era uguale dappertutto, anzi, in ogni colonia era dato rintracciare quattro diversi complessi normativi: il *folk law*, un diritto di natura consuetudinaria (una sorta di 'diritto inglese vivente), il diritto propriamente indigeno (fatto di norme e di prassi) e, infine, un complesso di norme la cui adozione fu dettata da mere ragioni ideologiche (quali, ad esempio, le norme dettate dall'etica puritana). Per questa analisi, si veda L.M. FRIEDMAN, *A History of American Law*, New York, 1973,

ritenuti moralmente riprovevoli (nel che pare possa rintracciarsi una forte influenza del calvinismo). Si pensi che, ad esempio, il diritto penale del New England non contemplava espressamente la rapina ma prevedeva, invece, la fornicazione. Non solo. Se l'espressione *felony* pur usata nelle corti non compariva in alcun *statute* del tempo, il termine *misdemeanor* veniva adoperato per riferirsi a quelle condotte il cui carattere criminale sarebbe stato individuato in aula dal giudice (senza, dunque, alcuna predeterminazione della fattispecie incriminatrice).²⁴ Non di rado, addirittura, in aula si citava la Bibbia come fonte per risolvere un caso.

Questa concezione si sarebbe rivelata contagiosa; tracce consistenti se ne rinvennero nella legislazione del Massachusetts (che, nel presunto rispetto della legge mosaica, sanzionava con la pena di morte il reato di adulterio e di blasfemia), nella legislazione della Virginia e del Maryland. Addirittura, in Virginia – durante la prima età coloniale – furono criminalizzate molte più condotte ritenute contrarie alla morale pubblica che condotte contro lo Stato, la religione, la persona o la proprietà.²⁵

Ma v'è dell'altro. Col tempo, la giustizia penale andò assumendo il ruolo non solo di 'controllore morale' ma anche di 'controllore economico'; la semplice lettura delle norme penali dell'epoca regala un'immagine abbastanza nitida dei diversi interessi economici delle colonie.²⁶

In un sistema ancora agli albori in cui il peccato coincideva con il crimine, in cui il diritto penale, sorta di 'braccio armato di dio', veniva considerato come mezzo (oltre che per creare una società armoniosa dai valori condivisi) per realizzare il disegno divino in terra; in un sistema in cui il diritto penale fungeva da regolatore economico, del principio di *extrema ratio* – va da sé – nessuno sentiva il bisogno.

35. Qui, pertanto, si farà ricorso all'espressione 'diritto coloniale' quando un determinato fenomeno o caratteristica sia dato rintracciare in tutte le colonie.

²⁴ Si veda J. GOEBEL, JR., *King's Law and Local Custom in Seventeenth-Century New England* (1931), in L.M. FRIEDMAN, H.N. SCHEIBER (a cura di), *American Law and the Constitutional Order*, cit., 34; l'autore sottolinea che "This was thoroughly Calvinistic and entirely in line with the Puritans' notion of wide judicial discretion in penal matters.": *ibidem*.

²⁵ Si veda D. FLAHERTY, *Law and Enforcement of Morals in Early America* (1971), in L.M. FRIEDMAN-H.N. SCHEIBER (a cura di), *American Law and the Constitutional Order*, cit., 55.

²⁶ Per esempio, si comprende che la produzione di suini aveva uno speciale rilievo nell'economia della Virginia allorquando si va a leggere che il furto di un maiale era punito più severamente che un furto di una pecora. O ancora, lo Stato di New York considerava illegale "from and after the first day of May, until the first day of September annually to gather, rake, take up, or bring to the market, any oysters whatsoever, under the penalty of twenty shillings for every offence". Queste ed altre norme sono riportate da L.M. FRIEDMAN, *A History of American Law*, cit., 75.

Nella *vecchia Europa*, lo si è anticipato, il movimento illuminista aveva intanto preso corpo. Il ‘problema penale’ assume, ora, una assoluta centralità.²⁷ È ai pensatori del Settecento di tutta Europa che si deve, infatti, la prima corale critica al diritto penale per come fino ad allora pensato e realizzato. Proclamato il primato della legislazione, espressione della volontà del legislatore – *id est* della sua *razionalità* – il giusrazionalista illuminista si affida ad uno spersonalizzato sovrano per la palingenesi della giustizia criminale da attuarsi mediante poche, chiare e semplici leggi. È allora che nasce l’idea di diritto penale ancora oggi insegnata (e in parte positivizzata) pressoché in tutto il mondo occidentale.

Un ruolo cruciale, appare fin troppo ovvio ricordarlo, fu giocato dal pensiero di Cesare Beccaria, le cui opere divennero simbolo di quel movimento che nella triade ‘umanitarismo, utilitarismo, proporzionalismo’ condensava le aspirazioni di un’epoca. Prima ancora, dunque, della nascita dello Stato liberale, all’interno di sistemi ancora autoritari, la legge viene concepita come baluardo contro l’arbitrio del tiranno²⁸: la legge non più solo ed essenzialmente come uno strumento dell’autorità ma, soprattutto e innanzitutto, come un limite all’autorità.²⁹

E’ proprio nello spirito di quest’epoca in cui matura la consapevolezza del valore delle libertà individuali che può emergere l’idea di un diritto penale sussidiario. Eloquente, a riguardo, la conclusione de *Dei delitti e delle pene*: “Perché ogni pena non sia una violenza di uno o di molti contro un privato cittadino, dev’essere essenzialmente pubblica, pronta, *necessaria*, la minima delle possibili nelle date circostanze, proporzionata a’ delitti, dettata dalle leggi.”³⁰

Nell’Illuminismo, dunque – può dirsi con le parole di Pulitanò – “la razionalità strumentale della pena «necessaria» non è meramente tecnica, ma definita da un utilitarismo fortemente impregnato di valori etici e politici.”³¹ Tale aspetto è particolarmente evidente in Bentham il cui *minimalist approach* al diritto penale lo portava a sostenere che la criminalizzazione di una condotta non dovrebbe essere

²⁷ Per un’analisi del dibattito penale nell’Illuminismo si rimanda a G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., 383-483.

²⁸ Scrive Beccaria: “Ogni atto di autorità di uomo a uomo che non derivi dall’assoluta necessità è tirannico”, in C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, (1764) Milano, 2007, 38.

²⁹ Per queste considerazioni, P. CALAMANDREI, *La crisi della legalità* (1945), in P. CALAMANDREI, *Costruire la democrazia*, Firenze, 1995, 19.

³⁰ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., 115 (corsivo aggiunto).

³¹ D. PULITANÒ, *Politica criminale*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, 10.

ammessa “where it is groundless [...]; where it must be inefficacious [...]; where it unprofitable or too expensive [...]; where it is needless: where the mischief may be prevented, or cease of itself, without it: that is, at a cheaper rate.”³²

Di là dall’oceano, nel 1776, le colonie americane proclamavano l’indipendenza dall’Inghilterra; “[I]ike all revolutions – è stato scritto – it was a struggle for control of the reins of power. The criminal law is one lever through which government brings power to bear on the individual citizen. The Revolutionary leaders, quite naturally, identified oppression with abuse of criminal law, and identified the rights of man with basic rights to fair criminal trial.”³³

Il diritto penale dei nuovi Stati viene profondamente influenzato dalle idee riformiste europee che avevano avuto ampia eco nel *Nuovo mondo*. Anche negli Stati Uniti inizia a diffondersi l’idea e l’urgenza di un diritto penale più giusto, ‘illuminato’ perché provvisto di pene meno crudeli rispetto al passato e proporzionali al fatto commesso. L’art. 38 della costituzione della Pennsylvania del 1776, per esempio, prevede l’obbligo per il futuro legislatore di riformare le leggi penali³⁴, mentre la costituzione del New Hampshire (1784) stabilì che “a multitude of sanguinary laws is both impolitic and unjust.”

A questi principi seguirono un gran numero di riforme in ambito penale; è questa l’epoca in cui si iniziano a distinguere diverse fattispecie di omicidio (diversi ‘gradi’) (i primi stati a recepire l’innovazione furono la Virginia, l’Ohio, lo Stato di New York e il Missouri). Ed è questa altresì l’epoca in cui inizia la campagna per l’abolizione della pena di morte.³⁵

Sulla base delle ricerche condotte, pare a chi scrive di poter dire che in quest’epoca la riflessione giuridica statunitense non evidenzia espressamente il carattere sussidiario del diritto penale, né lamenta il fenomeno dell’inflazione penalistica.³⁶ Eppure, il numero delle leggi penali già cresceva a dismisura, il diritto penale

³² J. BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (1789), London, 1970, 159.

³³ L.M. FRIEDMAN, *A History of American Law*, cit., 280.

³⁴ E il ‘futuro legislatore penale’ non ottemperò all’obbligo prima del 1786 quando la pena di morte venne abolita per reati quali la rapina, per il furto notturno con scasso e per la sodomia. Solo quattro anni dopo, nel 1790, questa riforma venne abrogata.

³⁵ Si rimanda alla storia del diritto americano di Friedman già citata per approfondimenti sul tema.

³⁶ Piuttosto, si lamenta lo stato *disordinato* della normativa penale, sparsa in centinaia di testi e frammenti.

occupandosi sempre più di un numero imprecisato di materie. L'Indiana, ad esempio, prevedeva come reato finanche "allow epsom salts to remain unenclosed and exposed to the stock, cattle or horses of the neighborhood."³⁷

Questo fenomeno inflazionistico andò intensificandosi nel periodo immediatamente successivo alla Rivoluzione americana, quando, di fronte ad una diminuzione del numero di offese alla religione, si registrò un aumento di offese contro il domicilio e la proprietà privata.³⁸

In Europa le idee della riflessione liberale (politologica, filosofica, giuridica) avrebbero trovato la loro attuazione nella Francia rivoluzionaria (lo Stato – che trova, ora, la sua legittimazione nel popolo – riconosce e garantisce i diritti degli individui), nelle dichiarazioni dei diritti settecentesche e nelle prime codificazioni.³⁹

Si legge nella Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789:

Art. 8. La legge deve stabilire solo pene *strettamente ed evidentemente necessarie* e nessuno può essere punito se non in virtù di una legge stabilita e promulgata anteriormente al delitto, e legalmente applicata.⁴⁰

E nella Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1793:

Art. 15. La Legge deve decretare solo *pene strettamente ed evidentemente necessarie*: le pene devono essere proporzionate al delitto e utili alla società.

Nella riflessione ottocentesca, il tema della sussidiarietà penale va assumendo una sempre maggiore rilevanza, presentandosi nei termini di un'aspirazione salvifica dai

³⁷ Il reato è riportato, assieme a molti altri, in L.M. FRIEDMAN, *A History of American Law*, cit., 293.

³⁸ Se prima della rivoluzione i 2/3 di tutti i procedimenti penali erano intentati per comportamenti contro la moralità (ad esempio, tra il 1760 e il 1774 su 370 procedimenti penali 210 erano intentati per fornicazione), in seguito si iniziò a diffondere l'idea che i reati dovessero essere perseguiti per 'assicurare la pace e la sicurezza della società'. Nel 1810 più del 50% dei procedimenti riguardavano casi di furto: "the criminal [...] was no longer envisioned as a sinner against God, but rather as one who preyed upon his fellow citizens.": W.E. NELSON, *Emerging Notions of Modern Criminal Law in the Revolutionary Era: An Historical Perspective* (1967), in L.M. FRIEDMAN, H.N. SCHEIBER (a cura di), *American Law and the Constitutional Order*, cit., 170.

³⁹ Il primo esempio di codificazione penale moderna è individuato nel *Codice generale sui delitti e sulle pene* (1787) e nell'*Ordine giudiziario criminale* (1788).

⁴⁰ Merita peraltro di essere ricordato anche l'art. 5 di tale Dichiarazione che, ponendo limiti alla potestà normativa penale, getta le basi per il riconoscimento della c.d. 'presunzione di libertà': 'La legge può vietare solo le azioni nocive alla società'. Sul valore di tale norma, v. P. CARETTI, *I diritti fondamentali*, Torino, 2005, 6.

disastri di quella che Frank chiamò, con frase destinata a divenire celebre, ‘ipertrofia del diritto penale’⁴¹.

Il penale, come problema sociale e giuridico, è ora assolutamente centrale.⁴² Il conflitto tra le esigenze dell’‘ordine’ e quelle della libertà si fa stridente. Di fronte ad una realtà che pare privilegiare il primo, la riflessione teorica si fa portatrice delle istanze della seconda.

Il rimando a G.D. Romagnosi appare, a riguardo, imprescindibile⁴³:

§393: [I] veri *confini* del diritto di punire. Abbiamo detto ch’egli si estende quanto la *necessità* di usare delle pene per la preservazione del giusto ben essere umano. E che *oltre* la detta necessità non dispiega la sua esistenza ed attività.⁴⁴

Parte Terza. Principj fondamentali riguardanti l’esercizio del diritto penale in generale.

Se diasi un’occhiata alla più parte delle leggi, onde i popoli vengono governati, ed alle dottrine di coloro che fino al dì d’oggi dettarono precetti di diritto, e che tuttora ne scrivono, si scorge fra tutti, su di questo particolare, un contrasto di disposizioni, un conflitto di principj, ed una confusione di opinar tale, che giungerebbe a far meravigliare lo stesso filosofo, se, istruito dalla esperienza di tutti i secoli, non sapesse che lo spirito umano non s’incammina ed inoltra sulle vie del vero, se non dopo di avere traviato a seconda delle illusioni tutte dell’interesse, delle surrette prevenzioni, de’ sistemi fattizj, dei delirj funesti della licenza, della deferenza indolente della credulità, ed in breve, se non dopo di avere esauste le sorgenti tutte dell’errore. [...] [L]a ragione de’ Legislatori, sprovvoluta di saldo ed unico sostegno, è costretta tuttavia ad errare a seconda di incerte o licenziose o tiranniche opinioni.⁴⁵

§ 400: Ogni pena debb’essere *necessaria* a fine d’essere giusta.⁴⁶

§405: Qual è la regola giustificante l’uso delle pene? La sola *Necessità*. Non mi stancherò mai di ripeterlo a’ miei leggitori, onde nol possano obbliare: la necessità è l’unico punto di contratto, mercè il quale il *fatto* delle pene può unirsi al diritto. [...] senza di lei, verrà eternamente proscritto come crudele e condannato come tirannico. Quindi, io lo ripeto, la necessità sarà quell’unico e gran canone, dal quale al Filosofo ed al Legislatore non sarà mai lecito, per minima distanza, allontanarsi. [...].⁴⁷

⁴¹ L’espressione è coniatà dall’autore in *Die Überspannung der staatlichen Strafgewalt*, in *ZStW*, 1898, 733, citato da C. E. PALIERO, *Minima non curat praetor. Ipertrofia del diritto penale e de criminalizzazione dei reati bagattellari*, Padova, 1985, 4.

⁴² “Si può dire che lungo l’intero secolo [l’Ottocento] non ci sarebbe stato problema aperto, in fatto di crescita civile, di libertà, di giustizia o di evoluzione politica, che non attraversasse in qualche punto il sistema penale. Acquisire o garantire la più piccola delle libertà, di giustizia o di evoluzione politica, che non attraversasse in qualche punto il sistema penale. Acquisire o garantire la più piccola delle libertà, comportava la riscrittura o la cancellazione di una norma penale, di un divieto, di un crimine. Ogni nuovo elemento di civiltà che andasse ad arricchire la società attraverso i suoi ordinamenti, portava con sé mutamenti, spesso importanti, dell’ordine penale vigente.”: M. SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, cit., 33.

⁴³ I passi che seguono sono tratti da G.D. ROMAGNOSI, *Genesi del diritto penale*, 1833 (V edizione), Prato, ristampato in forma anastatica nel 2003, Assago, con Introduzione di Elio Palombi.

⁴⁴ G. D. ROMAGNOSI, *Genesi del diritto penale*, cit., 122.

⁴⁵ G. D. ROMAGNOSI, *op.cit.*, 126.

⁴⁶ G. D. ROMAGNOSI, *op.cit.*, 128.

Dunque, dicendo che pena è *necessaria* a prevenire il delitto, si afferma essenzialmente, che ella debb'essere un mezzo *efficace* ad imprigionare le cagioni, ed il *solo* mezzo a ciò efficace.⁴⁸

Voci tanto autorevoli, riflessioni tanto raffinate, non pare siano state in grado di incidere nell'immediato sulla politica penale italiana. Il diritto penale quale *extrema ratio* va piuttosto cristallizzandosi come caratteristica essenziale di un diritto penale *ideale*, di fronte ad un diritto penale *reale* in continua espansione. Per di più, il *nuovo* diritto penale – quello del *nuovo* Regno d'Italia – incorpora la ragion di stato. L'esperienza del brigantaggio (che avrebbe inaugurato l'eterna logica dell'emergenza della politica italiana⁴⁹) costituisce esempio eloquente del carattere della giustizia criminale ottocentesca. Merita, comunque, di essere ricordato che, in seguito all'adozione dello Statuto Albertino⁵⁰, sia la dottrina (soprattutto costituzionale) che la giurisprudenza fecero sempre più frequente ricorso alla c.d. "stretta necessità", criterio inteso sia a valutare la legittimità di normative restrittive della libertà sia a guidare l'interprete in sede applicativa. Il criterio, in sintesi, se non poteva certo vincolare il legislatore ordinario, di fatto, divenne però criterio interpretativo vincolante per l'interprete.⁵¹

Di fronte al diritto penale del Regno d'Italia, i penalisti non rimangono silenti. Nel corso di quella fase che è stata chiamata 'penalistica civile'⁵², si deve a uomini come Francesco Carrara la tenuta in vita della (ormai divenuta costante) aspirazione a un diritto penale liberale e di una distinzione tra la politica criminale e la politica penale.⁵³

⁴⁷ G. D. ROMAGNOSI, *op.cit.*, 129.

⁴⁸ G. D. ROMAGNOSI, *op.cit.*, 132.

⁴⁹ Sul tema dell'emergenza non può che rinviarsi alla riflessione di G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Torino, 2003.

⁵⁰ Si ricordi che l'art. 26 dello Statuto Albertino recitava "La libertà individuale è guarentita".

⁵¹ Per queste considerazioni v. G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1976, 170 e 172. A conferma dell'uso sempre più diffuso di tale criterio, l'Autore ricorda, tra le altre, la sentenza Cass. Torino, 16 ottobre 1865, in *Giur. it.*, 1865, I, 1093, ove, pur di fronte ad una decisione sfavorevole all'imputato, si legge "che massimo sempre essere deve il favore della libertà.", 170 (in nota n 4).

⁵² Per tale denominazione si veda M. SBRICCOLI, *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, cit. L'espressione intende denotare quella fase che va dagli anni Quaranta agli anni Settanta dell'Ottocento che vede i giuristi penalisti porsi "l'obiettivo di assicurare uno spazio alla 'giustizia' nella vita sociale; insieme a quello di arricchire il processo di incivilimento, del quale la centralità del diritto penale li rendeva protagonisti primari.": *ibidem*, 505.

⁵³ La lettura delle pagine di Carrara donano al lettore insieme, in un processo sincronico, il conforto che l'eccellenza del pensiero e dell'analisi sanno porgere e lo sconforto che deriva dal constatare che quella stessa eccellenza pare non aver potuto incidere sulla realtà e il suo svolgersi storico.

Si legge nel *Programma*:

“[Ma] fra l’uno [il magistero *penale*] e l’altro [il magistero di *buon governo*] intercede un abisso. [...] [n]e è diverso l’oggetto; diverse le norme e i confini. Che se ambedue sembrano unificarsi perché unica è l’autorità sociale che esercita l’uno e l’altro, non si unificano però in loro stessi, né in faccia alla scienza. Nella guisa stessa che due arti non possono considerarsi come formanti un solo corpo di regole perché si esercitino per avventura da un solo uomo, così non può dirsi che se il governo stesso e previene e punisce, la prevenzione e la punizione si unifichino nella causa, nei limiti, nei modi, negli effetti, e nel fine.”⁵⁴

“Fu un errore credere che il magistero di polizia attenesse alla scienza nostra. [...] Compenetrando il magistero di polizia nel giure penale si generò confusione nelle idee, e si aprì la strada dell’arbitrio per cagione del mutuo prestito delle rispettive norme, che non erano dall’uno all’altro comunicabili. Ora ne avvenne che il magistero di polizia, per la influenza dei principii del giure penale, si stringesse fra tali lacci che lo rendevano inetto. Ora ne avvenne che sul giure penale si attribuisse una smodata influenza alla idea della prevenzione, allargando l’arbitrio a discapito della giustizia. [...] Sono due forze riunite nella stessa mano dell’autorità sociale. Ma sono due forze essenzialmente distinte. Se l’una si misura con le norme dell’altra si affievolisce fino alla impotenza: se l’altra si misura con le norme dell’una si esagera fino alla ferocia.”⁵⁵

“Il criterio che separa il magistero penale dal magistero del buon governo, e che distingue così i *delitti* dalle *trasgressioni*, non può essere che questo: che il magistero penale deve colpire soltanto i fatti ai quali possa adattarsi il carattere di moralmente riprovevoli, perché ha la misura del suo diritto nella giustizia assoluta; mentre il magistero di buon governo può colpire anche fatti moralmente innocenti, perché il fondamento del suo diritto è la pubblica utilità. Che se in qualche codice si videro manomesse coteste regole nella formazione delle classi; ed ora nella legge penale si intrusero *trasgressioni*, ora alla legge di polizia si consegnarono veri *delitti*; ciò non contraddice la verità dei principj, ma prova soltanto l’errore e la inesattezza dei legislatori.”⁵⁶

“La scienza criminale è la ricerca dei limiti interni ed esterni entro i quali soltanto lo Stato può tutelare i diritti umani con lo spogliare di un suo diritto l’uomo che li abbia attaccati; e dei modi più convenienti di esercitare con siffatto mezzo questa tutela.”⁵⁷

“[La scienza criminale] ha per sua missione di frenare le aberrazioni dell’autorità sociale nel *divieto*, nella *repressione*, e nel *giudizio*, onde questa si mantenga nelle

Si precisa fin da ora che è stato possibile consultare in originale la sola quarta edizione del *Programma*, quella del 1871. Non essendo stato possibile reperire la quinta edizione originale, si è fatto ricorso alla riedizione del 1993, curata dai professori Bricola e Nobili per la casa editrice Il mulino (si ricorda che la quinta edizione del *Programma* è quella che presenta la celebra *Prefazione* in cui l’autore spiega le ragioni del titolo). Le citazioni che seguono, ove non diversamente indicato, sono tratte dalla quarta edizione.

⁵⁴ F. CARRARA, *Programma del Corso di diritto criminale. Parte generale*, IV ed., Lucca, 1871, 18.

⁵⁵ F. CARRARA, *op.cit.*, 19.

⁵⁶ F. CARRARA, *op.cit.*, 23.

⁵⁷ F. CARRARA, *op.cit.*, 24.

vie della giustizia e non degeneri in tirannia. La scienza criminale ha per sua missione di moderare gli abusi dell'autorità nell'esercizio di quei tre grandi fatti."⁵⁸

Nel conflitto tra l'ordine, la sicurezza dei cittadini e la libertà del singolo, di fronte a pratiche repressive, Carrara ribadisce la centralità di norme di garanzia per i diritti dell'individuo. Da qui la sua critica al ricorso abusivo alla sanzione penale.⁵⁹ Pur dai pochi stralci qui riportati, emerge chiaramente l'esigenza di un diritto penale necessario, che per essere giusto deve rifuggire dal quel fenomeno che lo stesso autore lucchese chiamava 'nomorrea penale'.⁶⁰ Emerge pertanto, nella riflessione carrariana, l'idea di un diritto penale sorretto dal principio di sussidiarietà: perché diritto penale sorretto dalla ragione.⁶¹

La migliore dottrina, dunque – pur di fronte ad una realtà normativa di tutt'altre fattezze⁶² – ha ben chiara e ribadisce strenuamente l'idea che il criterio della stretta necessità debba guidare l'imposizione di limiti alla libertà personale.

⁵⁸ F. CARRARA, *Prefazione*, in *Programma del Corso di diritto criminale. Del delitto e della pena* (1859), V ed., Bologna, 1993, 31.

⁵⁹ Come è noto, anche allo scopo di scongiurare tale fenomeno, Carrara ritenne necessario configurare il reato come un ente giuridico: "Siffatta formula parvemi dovesse stare nella esatta nozione costituente il delitto. La medesima espressi dicendo: il delitto *non è un ente di fatto, ma un ente giuridico*. [...] [È] un ente giuridico perché la sua essenzialità deve consistere impretebilmente nella violazione di un *diritto*": F. CARRARA, *Prefazione*, cit., 32. E ancora: "Col definire il delitto *un ente giuridico* si porta la scienza penale sotto il dominio di un imperativo assoluto; e si sbarazza una volta per sempre dal rischio di divenire strumento o dello ascetismo o di velleità politiche; e si è acquistato un criterio perenne per distinguere i codici penali della tirannide dai codici penali della giustizia.": *ibidem*, 33.

⁶⁰ F. CARRARA, *Un nuovo delitto*, in *Opuscoli di diritto criminale*, Prato, 1889, vol. IV, 522, riportato da C. E. PALIERO, «Minima non curat praetor». *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, cit., 7.

⁶¹ Di 'messaggio di razionalità' proveniente dalla riflessione carrariana parla Bricola: "Il *Programma* di Carrara contiene in sé, dunque, i germi e gli insegnamenti per un fecondo dibattito attuale e chiama il legislatore e il giurista (in ispecie in una prospettiva critica e costruttiva della sua funzione) alla scuola della ragione, con la specificità del fatto che alcuni dei principi di ragione (e di diritto materiale) hanno oggi forza di principi costituzionali.": in *Introduzione*, F. Carrara, *Prefazione*, in *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, V ed cit., 20.

⁶² Un esempio su tutti. Si pensi alla vicenda del c.d. arresto personale, vale a dire, l'arresto per debiti (all'epoca, l'insolvenza non era un reato ma ancora un illecito civile, l'arresto per debiti era pertanto un istituto civilistico). Nel 1863 il ministro Pisanelli presenta la proposta di abolizione di tale fattispecie, supportato dalla maggioranza della commissione per lo studio del codice civile. Ebbene, in sede politica la proposta non viene accolta perché "riforma oltre modo spinta e poco propizia alle civili transazioni", risultando necessario che "la legge si armasse di tutto il suo potere per proteggere le obbligazioni commerciali anche a costo della libertà individuale." Bisognerà attendere il 1877 perché l'arresto personale venga previsto per le ipotesi di danno civile conseguente a reato, e il 1931 per l'abrogazione della fattispecie. Per tale vicenda, si veda G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, cit., 174-179 (le frasi virgolettate sono a pagina 176 e sono tratte dalla relazione del ministro Vacca al Parlamento).

Quanto al diritto penale statunitense, l'inizio del XX secolo segna un decisivo cambio di rotta.

Fino ad allora, il governo federale (in conformità al dettato costituzionale) si era scarsamente occupato della materia penale.⁶³ La prima vera prigione federale, del resto, fu costruita solo nel 1891. Si consideri che nell'anno fiscale concluso alla data del 30 Giugno 1905 si era registrato un totale di sole 18.163 cause penali federali, in tutto il Paese, mentre nel 1915 il numero complessivo di tutti i detenuti per reati federali era di 3.000 persone.⁶⁴ In soli 15 anni, il numero complessivo sarebbe arrivato a ben 13.000.

Leggi come il *Mann Act*, il *National Motor Vehicle Theft Act*, la legislazione del proibizionismo e quella in materia di stupefacenti resero evidente che il confine tra il diritto penale degli Stati e il diritto penale federale era divenuto estremamente mobile. Le voci che si levano contro questa espansione federale si fondano più su presunte violazioni della distribuzione di competenze tracciata dalla costituzione che sulla necessità di confinare il diritto penale entro i limiti della *extrema ratio*. In altri termini, era l'equilibrio dei poteri statali e federale ad essere minacciato, e non già l'idea di un diritto penale sussidiario.⁶⁵

In Italia, dalla 'pestilenza fascista'⁶⁶ dei primi decenni del XX secolo, non v'era certo da aspettarsi da parte del legislatore attuazione alcuna del principio liberale di *extrema ratio*. Lo Stato autoritario ha bisogno del diritto penale, 'di quanto più diritto penale possibile', perché ha bisogno di intimidire.⁶⁷ Il fascismo – 'falsificatore della legalità' – che ha fatto del diritto penale, innanzitutto, uno strumento a tutela di se stesso – ha 'adulterato la legalità' "[lasciando] in vigore in apparenza nel codice penale il principio *nulla poena sine lege*, ma coll'istituzione del tribunale speciale e delle commissioni per il confino si dà al governo e alla polizia mano libera per

⁶³ Sul tema del riparto di competenza in materia penale tra la legislazione federale e le diverse legislazioni statali, v. Parte I, Cap. II.

⁶⁴ Dati tratti da L.M. FRIEDMAN, *American Law in the 20th Century*, cit., 80-82.

⁶⁵ Sul punto, più estesamente v. Parte I, Cap. II., § 3.

⁶⁶ L'espressione è di Calamandrei ed è tratta da P. CALAMANDREI, *La crisi della legalità*, cit., 24.

⁶⁷ Non possono non ricordarsi quantomeno le leggi del 1926 (che sopprimono i partiti politici e la stampa libera, e che sanzionano con la pena di morte i reati politici) e quelle razziali del 1938.

perseguitar l'innocenza, e per trasformarla volta per volta, secondo le istruzioni che scendon dall'alto, in delitto capitale.”⁶⁸

Bisognerà attendere l'epoca repubblicana perché i rapporti tra lo Stato e le libertà del cittadino si configurino in termini liberali (sul punto *amplius* § 2) e perché la Costituzione delinea un volto nuovo del diritto penale. Su quella configurazione, a onor del vero, per decenni sarebbe calato un velo, sì da renderlo difficilmente riconoscibile. La sussidiarietà – in un Paese colpito dall'*emergenza* del terrorismo, della criminalità organizzata, dalla corruzione, dalla paura indifferenziata per qualunque (possibile) fonte di insicurezza (terrorista, immigrato, drogato, a seconda degli umori del momento) – è, evidentemente, un lusso che non ci si è potuti permettere. Quantomeno, non fino a quando la cultura giuridica italiana negli anni Settanta non ha deciso di rinnovarsi. Il pensiero va, evidentemente, alla Scuola bolognese del Professore Bricola⁶⁹, a buon diritto definita quale 'rinnovata penalistica civile'.⁷⁰

Da allora in poi non v'è penalista italiano – a quanto consta – che non prenda atto della (apparentemente) inarrestabile ipertrofia normativa in cui versa il diritto penale italiano e che, al contempo, non consideri la sussidiarietà come caratteristica di un diritto penale democratico compatibile con un sistema che voglia dirsi quantomeno ispirato ai principi del diritto penale liberale.⁷¹ Innumerevoli sono pertanto, ad oggi, le riflessioni che in materia penale risultano essere ispirate al rispetto di quel

⁶⁸ P. CALAMANDREI, *La crisi della legalità*, cit., 20. Dello stesso Calamandrei sono le espressioni virgolettate.

⁶⁹ Si rinvia alla Premessa sia per i riferimenti bibliografici all'opera dell'illustre autore sia per la centralità che il tema dell'*extrema ratio* occupò nella sua riflessione.

⁷⁰ M. SBRICCOLI sia in *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)* (1998), sia in *Il problema penale* (2001), entrambi ora in M. SBRICCOLI, *Storia del diritto penale e della giustizia*, cit., 658 e 713.

⁷¹ Per tutti, si veda per ora S. MOCCIA, *La perenne emergenza: tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1997; ID., *Aspetti involutivi del sistema penale*, in S. CANESTRARI (a cura di), *Il diritto penale alla svolta di fine millennio*, Torino, 1998, 284, ove si legge “[L]a finalità del diritto penale, quale delicatissimo *instrumentum regni*, riflette immediatamente quella perseguita dallo Stato democratico, che, in quanto tale, deve limitarsi ad assicurare le condizioni ottimali per la sicurezza del singolo e la pacifica coesistenza tra i consociati. [...] In altri termini, solo per gravi offese ai fondamentali beni giuridici, del singolo e della collettività, lo stato sociale di diritto consente di intervenire con il diritto penale; diversamente esso stesso costituirebbe un fattore di violazione della legalità e quindi, sul piano sostanziale, dei diritti del singolo o della collettività che, in premessa, intendeva tutelare.”: *ibidem*, 284. E ancora: “Legittimità ed effettività devono, dunque, procedere insieme, illuminate dall'idea della sussidiarietà che, nello stato sociale di diritto, impone il ricorso al sistema penale solo come *extrema ratio* e nel rispetto di tutte le garanzie stabilite. Diversamente, se pure si riuscirà a reprimere temporaneamente un fenomeno criminale, si produrranno altra illegalità ed altre vittime, con grave pregiudizio delle ragioni della democrazia.”: *ibidem*, 290.

principio.⁷² In questo scenario, merita di essere (per ora solo) menzionata la recente riflessione di Donini (su cui *amplius* § 3, oltre che in tutto il corso del lavoro), autore che, riconoscendo alla razionalità discorsiva della legge un ruolo assolutamente cruciale in ogni sistema che voglia dirsi realmente democratico, ha elaborato e proposto una nuova scienza della legislazione, “garante del metodo legislativo” e posta al servizio della “verifica pubblica della razionalità della legge”.⁷³

Quanto al panorama statunitense del XX secolo, verso la fine degli anni Sessanta due autorevoli voci si levano per stigmatizzare il fenomeno dell’*overcriminalization* in difesa del *last resort principle*: Sanford Kadish e Herbert Packer.

Nei suoi scritti Kadish⁷⁴ – per primo nell’accademia statunitense – evidenzia come il carattere di ‘*last and necessary resort*’ del diritto penale fosse profondamente

⁷² Non possono non menzionarsi, tra questi, innanzitutto gli studi di C. E. PALIERO, in particolare «Minima non curat praetor». *Ipertropia del diritto penale e de criminalizzazione dei reati bagatellari*, cit. e *Il principio di effettività del diritto penale: profili politico-criminali*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, I, Milano, 1991.

Meritano, altresì, di essere ricordati autori quali A. BARATTA, teorico del c.d. ‘diritto penale minimo’. Si veda, in particolare, *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, in *Dei delitti e delle pene*, 3, 1985, ove l’autore articola l’idea del minimo penale declinando una serie di principi, suddivisi in due categorie: quella dei ‘principi intrasistemici’ e quella dei ‘principi extrasistemici’. Alla prima categoria andrebbero ricondotti principi di limitazione formale (la riserva di legge, il principio di irretroattività, il principio del c.d. del primato della legge penale sostanziale e il principio della rappresentanza popolare); principi di limitazione funzionale (principio c.d. della risposta non contingente, principio di proporzionalità astratta, principio di idoneità, principio di sussidiarietà, principio di proporzionalità concreta o principio di adeguatezza del costo sociale, principio della implementabilità amministrativa della legge, principio del rispetto per le autonomie culturali e principio del primato della vittima); principi, infine, di limitazione personale o di limitazione della responsabilità penale (vi rientrano il principio dell’imputazione personale, quello della responsabilità per l’atto, il principio della esigibilità sociale del comportamento conforme alla legge).

Alla seconda categoria, quella dei principi extrasistemici, andrebbero ricondotti il principio di de criminalizzazione e il principio metodologico della costruzione alternativa dei conflitti e dei problemi sociali.

Occorre precisare che l’approccio noto come ‘diritto penale minimo’ è declinato, da altri autori, in termini diversi da quelli qui descritti; si pensi, ad esempio, alla ricostruzione di L. FERRAJOLI per cui il diritto penale (minimo) dovrebbe assumere come scopo “non solo [quello] del massimo vantaggio dei non devianti attraverso la loro difesa dai delitti, ma anche del minimo danno dei devianti attraverso la loro difesa da danni più gravi.”: *Il diritto penale minimo*, in *Dei delitti e delle pene*, 1985, 521; per diritto penale minimo, dunque, per tale autore, dovrebbe intendersi, in altri termini, “la legge del più debole contro la legge del più forte che vigerebbe in sua assenza.”: L. FERRAJOLI, *Crisi della legalità e diritto penale minimo*, in U. CURI, G. PALOMBARINI, *Diritto penale minimo*, Roma, 2002, 10.

⁷³ M. DONINI, *La riforma del codice penale fra politica e cultura giuridica*, in *Quest. Giust.*, 2004, 507.

⁷⁴ Si vedano, in particolare, *The crisis of overcriminalization*, 374 *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 157 (1967); *More on Overcriminalization*, 15 *U.C.L.A. Law Review* 719 (1972); *Some Observations on the Use of Criminal Sanctions in Enforcing Economic Regulations*, 30 *University of Chicago Law Review* 423 (1963). Questi saggi sono ora disponibili

minacciato da un gran numero di fattispecie incriminanti comportamenti non particolarmente offensivi o il cui carattere offensivo non godeva di un generale consenso e finanche da comportamenti totalmente inoffensivi. In particolare, tre sono le situazioni in cui il ricorso al diritto penale appare a Kadish particolarmente ingiustificato e pericoloso: “(1) to declare or enforce public standards of private morality, (2) as a means of providing social services in default of other public agency, and (3) as a disingenuous means of permitting police to do indirectly what the law forbids them to do directly.”⁷⁵

La storia e le dimensioni attuali del fenomeno dell'*overcriminalization* negli Stati Uniti⁷⁶ rendono tristemente profetiche alcune sue riflessioni:

“The plain sense that the criminal law is highly specialized tool of social control, useful for certain purposes but not for others; that when improperly used it is capable of producing more evil than good; that the decision to criminalize any particular behavior must follow only after an assessment and balancing of gains and losses – this obvious injunction of rationality has been noted widely for over 250 years [...]. The need for restraint seems to be recognized by those who deal with the criminal laws, but not by those who make them or by the general public, which lives under them. One hopes that attempts to set out the facts and to particularize the perils of overcriminalization may ultimately affect the decisions of the legislatures. But past experience gives little cause for optimism. Perhaps part of the explanation of the lack of success is the inherent limitation of any rational appeal against a course of conduct which is moved by powerful irrational drives. Explaining to legislatures why it does more harm than good to criminalize drunkenness [...], for example, has as little effect (and for the same reasons) as explaining to alcoholics [...] that their behavior does them more harm than good.”⁷⁷

Quanto a Herbert Packer, il senso della sua opera più celebre, *The limits of the criminal sanction*, del 1968, sta proprio nel rispetto del *last resort principle*. Packer, com'è noto, mira a individuare delle valide alternative al diritto penale, e le rintraccia nel diritto amministrativo e nel diritto civile:

“There is the question of alternatives: what other means of social control are available to achieve the same ends? The question of alternatives is particularly crucial. If there are readily available alternatives that avoid or minimize the formidable battery of objections and obstacles we have been considering, they must be carefully weighed. If there are not, we must face, rather than reject out of hand,

anche nella raccolta S. H. KADISH, *Blame and Punishment*, New York, 1987, cui si farà qui riferimento per le citazioni.

⁷⁵ S. H. KADISH, *The crisis of overcriminalization*, cit., 22.

⁷⁶ Sul punto si veda il capitolo successivo.

⁷⁷ S. H. KADISH, *op. ult. cit.*, 33.

the alternative of doing nothing. [...] the kinds of limiting criteria that our hypothetically rational or prudent lawmaker ought to take into account in determining what kinds of conduct should (or should not) be made criminal.⁷⁸

E ancora, esplicitando il senso del *last resort principle*:

“In a sense, all limiting criteria reduce themselves to a simple prescription: first thing first. The criminal sanction is the law’s ultimate threat. [...] The sanction is at once uniquely coercive and, in the broadest sense, uniquely expensive. It should be reserved for what really matters.”⁷⁹

“The prudent legislator, faced with the question of whether to make a certain kind of conduct criminal or (as it more frequently presents itself today) the question of whether to continue applying the criminal sanction to a certain kind of conduct, will ask himself what other means of control are available.”⁸⁰

L’anno successivo, nel 1969, Normal Morris e Gordon Hawkins scrivono un lavoro destinato a divenire celebre⁸¹, il cui primo capitolo è intitolato ‘*The Overreach of Criminal Law*’; vi si legge:

“The first principle of our cure for crime is this: we must strip off the moralistic excrescences on our criminal justice system so that it may concentrate on the essential. The prime function of the criminal law is to protect our persons and our property; these purposes are now engulfed in a mass of other distracting inefficiently performed, legislative duties. When the criminal law invades the spheres of private morality and social welfare, it exceeds its proper limits at the cost of neglecting its primary tasks. This unwarranted extension is expensive, ineffective, and criminogenic.”⁸²

“We think it is improper, impolitic, and usually socially harmful for the law to intervene or attempt to regulate the private moral conduct of the citizen. In this country we have a highly moralistic criminal law and a long tradition of using it as an instrument for that purpose. It is also an unduly costly one, both in terms of harm done and in terms of the neglect of the proper tasks of law enforcement. Most of our legislation [...] is wholly misguided. It is based on an exaggerated conception of the capacity of the criminal law to influence men.”⁸³

Più di recente, si è occupato del problema dell’*extrema ratio* Douglas Husak, sia nei lavori aventi ad oggetto lo specifico fenomeno dell’*overcriminalization* sia in altri

⁷⁸ H. L. PACKER, *The Limits of the Criminal Sanction*, Stanford, 1968, 250.

⁷⁹ H. L. PACKER, *op. cit.*, 250.

⁸⁰ H. L. PACKER, *op. cit.*, 251.

⁸¹ N. MORRIS, G. HAWKINS, *The honest politician’s guide to crime control*, Chicago and London, 1969.

⁸² N. MORRIS, G. HAWKINS, *op. cit.*, 2. Si riferiscono a “drunkenness, narcotics and drug abuse, gambling, disorderly conduct and vagrancy, abortion, sexual behavior, juvenile delinquency.”

⁸³ N. MORRIS, G. HAWKINS, *op. cit.*, 5.

volti a ricostruire una *theory of criminalization*.⁸⁴ In particolare, l'autore ha sottolineato la tensione drammatica che caratterizza il rapporto tra strumento penale e tasso di democrazia del sistema statunitense, come si evince in settori quali quello relativo alla disciplina dell'uso di sostanze stupefacenti e al controllo dell'immigrazione (del ruolo riconosciuto da Husak al *last resort principle* nel sistema penale statunitense si dirà al § 3).

2. *Ordinamento costituzionale e ratio del principio di sussidiarietà: The presumption of freedom.*

“Those who won our independence believed that the final end of the state was to make men free to develop their faculties [...]. They did not exalt order at the cost of liberty.”
Justice Louis D. Brandeis⁸⁵

“[L]a onnipotenza della legge, che pur rispecchia la volontà della maggioranza dei cittadini, deve arrestarsi di fronte a certe libertà civili e politiche, che sono riconosciute a tutti i cittadini anche se appartenenti alla minoranza, e che costituiscono intorno a ciascuno di essi una specie di fertilizzio individuale, di cui lo stato costituzionale si impegna in anticipo a non tentare la espugnazione.”
Piero Calamandrei⁸⁶

Il fondamento costituzionale del principio di sussidiarietà emerge da norme positive e – come si vedrà nel prosieguo del lavoro – da quella razionalità del diritto che non sta solo nella sua positività. Qui si tenterà di fondare la ricostruzione del principio facendo leva, innanzitutto, sia su una certa interpretazione della *concezione della Costituzione*, sia sul significato che, sulla base delle stesse norme costituzionali, si può attribuire alla *libertà dell'individuo nei suoi rapporti con lo Stato* (nel che sta il tentativo di rispondere alla domanda: “Qual è il significato, il valore della libertà individuale riconosciuto nel nostro ordinamento costituzionale?”).

Pare necessario precisare che l'operazione che ci si accinge a svolgere non è intesa a *dedurre* dal testo del 1948 il principio di sussidiarietà. Pare preferibile dire che, *oggi*,

⁸⁴ Tra i lavori di D. N. HUSAK si segnalano, in particolare, *Overcriminalization. The Limits of the Criminal Law*, New York, 2008; *Legalize This! The case for decriminalizing drugs*, London-New York, 2002; *Applying Ultima Ratio: A Skeptical Assessment*, 2 *Ohio St. J. Crim.* 535, (2005); *The Criminal Law as Last Resort*, *Oxford Journal of Legal Studied*, Vol. 24, No.2 (2004), 207-235; *The Morality of Criminal Law: A Symposium in Honor of Professor Sandy Kadish: Holistic Retributivism*, 88 *Calif. L. Rev.* 991; *Is the Criminal Law Important?*, 1 *Ohio St. J. Crim. L.* 261; *Predicting the Future: A Bad Reason to Criminalize Drug Use*, 2009 *Utah L. Rev.* 105.

⁸⁵ Justice L. D. BRANDEIS, concurring, *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927).

⁸⁶ P. CALAMANDREI, *La crisi della legalità* (1944), cit., 19.

è possibile *interpretare* la Carta fondamentale e l'intero ordinamento costituzionale in modo tale da rintracciare, innanzitutto, il fondamento costituzionale del principio e, in seconda battuta, in modo tale da poter intravedere alcune modifiche che potrebbero essere apportate nell'ordinamento italiano sì da rendere giustiziabile il principio di sussidiarietà.⁸⁷ La forza della tesi che qui si presenta si tenterà di rintracciarla non nella *deduzione* ma nell'*argomentazione*. Altri potranno argomentare che il principio di sussidiarietà non ha alcun fondamento costituzionale, o che al più la Costituzione, pur riconoscendolo, non può riconoscere la giustiziabilità ma, appunto, *argomenteranno*, senza dedurre (la deduzione non pare operazione propria di un metodo democratico che voglia ispirarsi al pluralismo)⁸⁸.

Come poc'anzi anticipato, rintracciare il fondamento costituzionale del principio di sussidiarietà significa condurre un'operazione interpretativa volta ad attribuire significato alle disposizioni della Carta fondamentale. Seguendo un autorevole insegnamento⁸⁹, v'è da ritenere che questa operazione (che consiste nel chiedersi 'che cosa dice, che cosa prescrive la costituzione') debba essere necessariamente preceduta da un'altra operazione, interpretativa pur essa, volta a comprendere 'cosa è, come prescrive la costituzione'. In altri termini – e in estrema sintesi – l'interpretazione della Costituzione quale *procedimento volto a ricavare norme* dalle disposizioni costituzionali richiede che preliminarmente sia stata condotta l'interpretazione della Costituzione in un senso diverso (preliminare e a quello pregiudiziale), vale a dire l'interpretazione quale procedimento di "attribuzione di una funzione, di un valore, di un ruolo, di un rilievo specifico alla Costituzione – scritta o non scritta che sia – tanto nella dinamica degli assetti istituzionali, quanto nel contesto del mutamento sociale."⁹⁰

La pregiudizialità di tale questione – quella volta ad individuare *la concezione della Costituzione* – gioca un ruolo cruciale per ogni indagine che voglia trovare nella testo

⁸⁷ In ciò risiede la capacità della Costituzione di trovare applicazione in realtà sociali diverse da quelle esistenti al momento della sua entrata in vigore. La Costituzione, quindi, saprà adattarsi ai mutamenti nel tempo senza per ciò smettere di svolgere la capacità di orientamento per la società, senza perdere cioè la sua funzione prescrittiva. In questi termini si esprime G. D'AMICO, *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, Messina, 2008, 91.

⁸⁸ Si rimanda alla seconda parte di questo lavoro per un approfondimento di queste considerazioni. Si veda, comunque, fin da ora, M. DONINI, *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto tra diritto penale e politica*, cit.

⁸⁹ L. GIANFORMAGGIO, *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1985, 65.

⁹⁰ L. GIANFORMAGGIO, *op. cit.*, 66 (corsivo aggiunto).

costituzionale argomenti a favore (o contro) una tesi. Del resto, pare di poter dire che proprio questo è stato il metodo interpretativo – *scandito in due tempi*, verrebbe da dire – che ha guidato l’interpretazione costituzionalmente orientata del diritto penale. Il *primo tempo* battuto da tale Scuola di pensiero è stato quello di individuare una concezione della Costituzione, considerata (*interpretata*) non già quale mero limite delle norme penali ma, piuttosto, quale momento dell’ordinamento volto a tracciarne i caratteri essenziali. La Carta fondamentale ha delineato un volto del diritto penale, ne ha (pro)posto un modello, rappresentando, per dirla con le celebri parole di Bricola, una ‘sintesi a priori’ dell’intervento penale.⁹¹

E – aspetto, questo, cruciale – quei caratteri essenziali vengono individuati in parametri normativi (vincolanti) per il legislatore e per l’interprete penali.⁹²

Se questa ne è la *funzione* (anche) rispetto al diritto penale, il *valore* della costituzione (per quello che qui ci occupa) va rintracciato nel suo essere documento fondante una certa idea dei rapporti tra Stato e individuo. La Costituzione repubblicana, ribaltando l’impostazione ottocentesca (e la sua degenerazione fascista) quanto ai rapporti tra Stato e individuo, positivizza, all’art. 2, il principio personalistico e trova nel “potenziamento della persona umana” il suo motivo ispiratore, predisponendo un numero ampio di libertà individuali e, al contempo, riconoscendo l’esigenza dell’effettività del godimento di tali libertà da parte di tutti i cittadini.⁹³

Illuminante, in tal senso, quanto si legge nei resoconti sommari delle sedute della I Sottocommissione dell’Assemblea costituente da cui emerge con nettezza l’idea centrale della priorità della persona rispetto allo Stato.⁹⁴ In particolare, nella seduta del 9 settembre del 1946 l’onorevole La Pira sottolinea come sia proprio della nuova

⁹¹ F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, XIX, Torino, 1973, 24. La locuzione riportata nel testo contrassegna non già – come precisa l’autore bolognese – “un disancoramento dal diritto positivo, ma anzi la rivelazione *immediata* [...] di connotati essenziali del reato nella sua unità principalmente attraverso le norme costituzionali [...]”: *ibidem*.

⁹² Si avrà modo di sottolineare in altra parte del lavoro che il punto focale di questa impostazione sta nell’aver valorizzato in ambito penale le caratteristiche proprie del rapporto tra legge e costituzione in uno stato di diritto costituzionale a costituzione rigida, e vale a dire, in estrema sintesi, nell’aver valorizzato che la democrazia maggioritaria ha dei limiti. Questo aspetto viene sottolineato, tra gli altri, da M. DONINI, *La riforma del codice penale fra politica e cultura giuridica*, cit., 489.

⁹³ Le parole virgolettate sono di C. MORTATI, *Ispirazione democratica della Costituzione* (1955), in C. MORTATI, *Scritti sulle fonti del diritto e sull’interpretazione*, Milano, 1972, 281.

⁹⁴ I resoconti sono reperibili all’indirizzo

http://legislature.camera.it/frameset.asp?content=/altre_sezionism/304/8964/documentotesto.asp%3F (il documento pdf riproduce la versione anastatica dei resoconti).

concezione dello Stato democratico – contrapposta allo Stato fascista e alla connessa teoria dei diritti riflessi⁹⁵ – il riconoscimento dei diritti fondamentali⁹⁶; e come sia altresì proprio di quella stessa concezione un’idea di persona intesa come ‘ente dotato di una sua interiore autonomia [...]. [L]a libertà e i diritti subiettivi non [sono considerati] come concessione, ma come conseguenza di questa interiore autonomia.’”⁹⁷

E si deve all’onorevole Dossetti il celebre ordine del giorno di quell’altrettanto celebre seduta (l’ordine del giorno verrà discusso il giorno successivo): “ La Sottocommissione esaminate le possibili impostazioni sistematiche di una dichiarazione dei diritti dell’uomo [...] ritiene che la sola impostazione veramente conforme alle esigenze storiche, cui il nuovo statuto dell’Italia democratica deve soddisfare, è quella che: a) riconosca la precedenza sostanziale della persona umana [...] rispetto allo Stato e la destinazione di questo a servizio di quella; [...] c) che per ciò affermi l’esistenza [...] dei diritti fondamentali delle persone [...] anteriormente ad ogni concessione da parte dello Stato.”⁹⁸

Sarà peraltro lo stesso Dossetti, nella seduta del 10 settembre, a ribadire con vigore che i diritti fondamentali “da qualunque parte vengano [dalla natura o dalla storia], lo Stato non conferisce ma riconosce.”⁹⁹

Deriva da ciò la c.d. ‘non neutralità’ dello Stato italiano, neutralità che deriva dalla preferenza – netta – per i diritti di libertà e per la priorità di tali diritti nei confronti di altri valori.¹⁰⁰ E ciò che ancor più conta – e conta anche ai fini del significato che può attribuirsi al principio di sussidiarietà (oltre che ai fini della sua possibile giustiziabilità) – “il profilo essenziale di questa sua [dello Stato italiano] non neutralità e che ne qualifica l’identità (rispetto ad altri tipi di Stato o di forme di governo) è data non già dalla mera precedenza teorica (e forse filosofica) della

⁹⁵ Tale concezione, di matrice hegeliana –che considerava lo Stato come un tutto e il singolo come un elemento subordinato alla collettività – riteneva che i diritti venissero concessi dallo Stato e non già da questo riconosciuti.

⁹⁶ Per la precisione, l’espressione cui l’on. La Pira fa ricorso è altra: “diritti ‘sacri, inalienabili, naturali’ del cittadino”, *Resoconto delle sedute della I Sottocommissione*, cit., 14.

⁹⁷ G. LA PIRA, *Resoconto delle sedute della I Sottocommissione*, cit., 14.

⁹⁸ G. DOSSETTI, *Resoconto delle sedute della I Sottocommissione*, cit., 21 e 22.

⁹⁹ G. DOSSETTI, *op. cit.*, 26.

Sul tema della ‘naturalità’ o ‘storicità’ dei diritti fondamentali, si veda N. BOBBIO, *Sul fondamento dei diritti dell’uomo*, (1964) in N. BOBBIO, *L’età dei diritti*, cit., 5.

¹⁰⁰ In tal senso, v. G. GROTTANELLI DE’ SANTI, *Note introduttive di diritto costituzionale*, Torino, 1988, 143-146.

persona umana rispetto allo Stato, ma dal fatto e dal comando che le libertà descritte e specificate nella prima parte della Costituzione sono il presupposto essenziale per la formazione e per il corretto funzionamento degli organi che vengono descritti nella seconda parte.”¹⁰¹

E ancora – sia concesso di proseguire con questa lunga citazione – “La precedenza sostanziale della persona umana senza il collegamento costante, preciso e puntiglioso con la seconda parte della Costituzione rischia di significare una mera bellissima espressione verbale priva di contenuto cogente [...]”¹⁰²

Rintracciato in questi termini il rapporto Stato-cittadino delineato nel nostro sistema costituzionale e quindi individuata la *posizione* riconosciuta alla libertà (sul punto si tornerà nel prosieguo del lavoro allorquando si dirà del significato della riserva di legge e del principio di separazione dei poteri), ci si può ora accingere a considerare qual è la *concezione* della libertà individuale accolta nella nostra Carta fondamentale. In particolare, qui interessa indagare intorno al significato che la nostra Carta fondamentale riconosce al valore della libertà personale allo scopo di rintracciare la *ratio* del principio di sussidiarietà.

Prima di proseguire preme precisare, in un breve inciso, che quello che qui interessa è comprendere come è concepito nel nostro sistema costituzionale il ‘rapporto politico per eccellenza’ (l’espressione è di Bobbio), quello tra governanti e governati. Lo scopo di questa parte della ricerca è di individuare i tratti della libertà del governato pennellati dal Costituente sì da comprendere come deve atteggiarsi il governante (il legislatore criminale-penale, più specificamente). È il punto prospettico ad essere diverso. Qui non si considera *innanzitutto* la legge come garanzia della libertà ma si parte dall’idea di libertà per comprendere cosa si deve pretendere dalla legge penale. La cosa, evidentemente, interessa perché l’intento è quello di comprendere come deve atteggiarsi il potere normativo penale dello Stato di fronte alla libertà per come concepita nel Testo fondamentale. E questo perché, in estrema sintesi, ciò che muove questa indagine, essenzialmente, consiste nell’interesse ad occuparsi del potere e dei suoi limiti nell’intromissione nella sfera di libertà dell’individuo.

¹⁰¹ G. GROTTANELLI DE’ SANTI, *op. cit.*, 145.

¹⁰² G. GROTTANELLI DE’ SANTI, *op. cit.*, 145.

Qui non interessa tanto individuare una *nozione* precisa di ‘libertà personale’¹⁰³, non interessa, cioè, rispondere alla domanda ‘cos’è la libertà’ (l’operazione, tra l’altro, sarebbe tutt’altro che agevole¹⁰⁴) – quanto, piuttosto, comprendere il valore che alla libertà viene attribuito nel nostro sistema costituzionale.

Se nello Statuto Albertino¹⁰⁵ la tutela della libertà era rimessa ad un modello in cui la legge veniva considerata quale strumento sufficiente di garanzia (la concezione sottesa è cristallina: il legislatore è espressione della *volontà* popolare, *pertanto* le leggi non possono che essere *giuste*), un modello, questo, che non contemplava l’opzione dell’‘abuso del legislatore’¹⁰⁶, nell’epoca costituzionale – anche alla luce della drammatica esperienza del fascismo – la configurazione dei diritti fondamentali (tra cui la libertà personale rientra a pieno titolo) viene impostata in termini del tutto nuovi.¹⁰⁷ Per dirla con le parole di un illustre autore, la costituzione del 1948 ha

¹⁰³ La parola ‘libertà’ – ormai entrata a pieno titolo nel ‘linguaggio comune’ – è variamente usata, i significati ad essa attribuiti essendo innumerevoli. Non è sempre stato così. Si veda, a riguardo, P. LARSON – N. MARASCHIO, *Per una storia del termine italiano libertà*, http://www.accademiadellacrusca.it/img_usr/Articolo_Maraschio_Larson.pdf. L’origine dotta del termine sarebbe desumibile, scrivono gli autori, nella *b* intervocalica non divenuta *v* come accade nella parole derivate dal latino (si considerino, ad es, avere/habere; governare/gubernare). ‘Libertà’, dunque, e non ‘livertà’.

Questa breve ma interessante storia del termine libertà, tra le altre cose, analizza anche la frequenza del vocabolo a partire dalla seconda metà del Settecento, epoca di rinnovamento politico, verificabile sul versante delle idee così come su quello del linguaggio.

¹⁰⁴ Diceva Hegel che “di nessuna idea si sa così universalmente che è indeterminata, polisensa e, perciò, adatta ad essere realmente soggetta ai maggiori equivoci, come dell’idea di libertà.”: G. W. F. Hegel, *Enciclopedia delle scienze filosofiche* (1817), citato da A. BALDASSARRE, *Libertà (problemi generali)*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990, 1.

¹⁰⁵ Per un’analisi della libertà personale nello Statuto Albertino v. P. CARETTI, *I diritti fondamentali*, cit., cap. II. Dello stesso autore si veda altresì, per una sintesi dell’evoluzione della concezione della libertà nello Statuto Albertino, nello Stato fascista fino a giungere alla Costituzione repubblicana, P. CARETTI, *La libertà personale nella Costituzione*, in *Questione Giustizia*, 2004, 225. Si veda altresì G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, cit., Cap. V.

¹⁰⁶ “[Il problema dell’abuso del legislatore], veniva affrontato dalla dottrina dell’epoca per lo più in termini per così dire “fideistici”, muovendo dall’assunto per cui la legge, in quanto espressione della volontà del popolo non poteva che essere giusta. La debolezza di tale conclusione non sfuggì alla dottrina più attenta dell’epoca, la quale ebbe a notare realisticamente che l’insieme delle disposizioni statutarie relative ai diritti di libertà «non poteva rivestire che il dubbio valore d’una raccomandazione ai posteri [...] [I]l nostro Statuto non concede diritti all’individuo, ma semplici presunzioni di diritti: mentre l’esistenza giuridica e il vero contenuto dei diritti subiettivi individuali dipendono affatto dalle leggi che specificamente ne trattano, ed è in queste che bisogna cercarli» (F.Racioppi, I.Brunelli)”: P. CARETTI, *I diritti fondamentali*, cit., 26.

¹⁰⁷ Si ricordi che la disciplina costituzionale della libertà trova ispirazione in tre diversi orientamenti (quelli stessi che, del resto, hanno caratterizzato la scrittura dell’intero impianto costituzionale). Il primo orientamento, quello liberale, convinto assertore della necessità di ridurre al minimo ogni possibile interferenza dello Stato a fini di difesa sociale; il secondo, quello solidaristico, che pur riconoscendo la priorità dell’individuo sullo Stato, ritiene che l’intervento dello Stato sia necessario per consentire alla libertà di realizzarsi; il terzo, infine, tende a riconoscere, invece, la prevalenza della difesa sociale sulla libertà del singolo. Per l’analisi di questi orientamenti, v. G. AMATO, *Individuo e*

abbandonato l'idea di "libertà tedesca", che aveva trionfato in Europa fino alla seconda guerra mondiale, per accoglierne l'idea "anglo-americana".¹⁰⁸

Pur non potendo qui soffermarsi adeguatamente su un tema tanto importante quanto affascinante quale l'influenza della concezione della libertà statunitense sulle costituzioni europee in generale e su quella italiana in particolare, la questione merita di essere quanto meno accennata, al duplice scopo di comprendere al meglio (le radici de) il valore della libertà riconosciuto nella Costituzione repubblicana e di chiarire l'affermazione poc'anzi riportata – quanto all'abbandono della concezione tedesca della libertà da parte dei Padri costituenti italiani per accogliere quella anglo-americana – affermazione, questa, che potrebbe erroneamente far assumere che la concezione costituzionale italiana della libertà coincida con quella statunitense.¹⁰⁹

autorità nella disciplina della libertà personale, cit., 362-366; v. altresì i resoconti della I Sottocommissione già citati.

¹⁰⁸ A. BALDASSARRE, *Diritti pubblici soggettivi*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1989, 9. La prima, la "libertà tedesca" – precisa l'autore – definiva la libertà solo in relazione allo Stato e in dipendenza da esso, diversamente da esperienze come quella inglese, e poi come quella statunitense, che non hanno mai conosciuto concetti come quello di Stato-persona, e dove il fondamento del sistema era da rintracciarsi, piuttosto – e al contrario – nei diritti di libertà e nel parlamentarismo, espressione di quegli stessi diritti, *ibidem*.

¹⁰⁹ La bibliografia sull'idea di libertà negli Stati Uniti è sterminata. Per quanto tale idea sia imprescindibile (anche nel suo significato meramente simbolico) per la comprensione della cultura (non solo giuridica) statunitense, non ha però prodotto nel pensiero americano riflessioni "astratte". Come ha fatto notare un importante storico americano, nella letteratura statunitense non c'è un'opera corrispondente a *On Liberty* di J. Stuart Mill o a *Two Concepts of Liberty* di I. Berlin e questo perché la libertà non è considerata, appunto, quale concetto astratto, predeterminato e immutabile quanto, piuttosto, come "an essentially contested concept", E. FONER, *The Story of American Freedom*, New York and London, 1998, XIV. Oltre all'interessantissima opera di Foner appena citata (e ai lavori che si citeranno nelle note seguenti) si rinvia, per uno studio introduttivo sul tema, a A. BARTH, *The Price of Liberty*, New York, 1972; l'autore – e si noti che l'opera risale a quasi quaranta anni fa – evidenzia la messa in pericolo della libertà a causa della garanzia dell'ordine e della sicurezza a causa di una "isteria" diffusa. La Costituzione, già da allora, risultava minata da un'estensione dei poteri di polizia, nel nome della sicurezza, a danno della libertà. Si veda anche, per un'analisi comparata parimenti interessante, E.J. EBERLE, *Dignity and Liberty. Constitutional Visions in Germany and the United States*, Westport, 2002. Si rinvia altresì a P. ELLEN FRANKEL, H. DICKMAN (a cura di), *Liberty, Property, And the Foundations of the American Constitution*, New York, 1989 (il lavoro, analizzando la posizione riconosciuta alla libertà e alla proprietà nella Costituzione Americana, si interroga sul rapporto tra Costituzione e capitalismo); M. KAMMEN, *Spheres of Liberty. Changing Perceptions of Liberty in American Culture*, Madison, 1986 (il lavoro segue lo sviluppo dell'idea di libertà fin dalle origini degli Stati Uniti fino ad arrivare al XX secolo, e conclude interrogandosi sul rapporto tra libertà ed eguaglianza nella cultura statunitense). Dello stesso autore si segnala *Sovereignty and Liberty. Constitutional Discourse in American Culture*, Madison, 1988 (dove l'autore percorre la storia della libertà e dei suoi molteplici e spesso contraddittori significati nella storia degli Stati Uniti). V. altresì P.G. KAUPER, *Frontiers of Constitutional Liberty* (1956), New York, 1971 (il lavoro presenta una serie di saggi tutti volti a comprendere l'interpretazione – mutevole – del concetto di libertà nella giurisprudenza della Corte Suprema); J.W. DANFORD, *Roots of Freedom. A Primer on Modern Liberty*, Wilmington, 2000; K.L. GRASSO, C. RODRIGUEZ (a cura di), *Liberty Under Law, Constitutionalism Yesterday, Today and Tomorrow*, University Press of America, 1998 (l'opera collettanea ricomprende saggi volti ad indagare, ad esempio, il pensiero politico dei Framers – così lo

Per non cadere in tale erronea convinzione, basterebbe già solo por mente al fatto che manca nella costituzione americana la dimensione sociale della libertà; la Carta costituzionale statunitense è stata concepita, infatti, per limitare i poteri del “government” che, nell’ottica dei costituenti, non è un governo proattivo. In altri termini, manca nella Costituzione come originariamente concepita, una visione volta a conciliare i diritti individuali con una più ampia solidarietà sociale (bisognerà attendere la Grande Depressione degli anni Trenta per iniziare a intravedere una diversa concezione del governo grazie al *New Deal* del Presidente Franklin D. Roosevelt¹¹⁰). Si potrà allora comprendere perché nella cultura statunitense dei diritti, tradizionalmente, non vi è alcun momento di rivendicazione di intervento da parte dello Stato.

Ciò precisato, può a buon diritto dirsi che la Costituzione americana ruota intorno al concetto stesso di libertà; “freedom or autonomy – è stato detto – is the central aim of the American constitutional order, as developed by the Supreme Court and believed by most Americans”; in questo senso può essere definita nei termini di una ‘constitution of liberty’.¹¹¹ È stata l’esigenza di garantire la tutela della libertà ad aver condotto i Padri fondatori ad elaborare un progetto politico volto a creare una società governata da un testo scritto fondamentale, una società democratica retta da

scritto di T. L. Pangle – o la concezione della libertà in Edmund Burke – il contributo di F. Canavan – o, ancora, il ruolo che *The Federalist Paper* riconosce al potere giudiziario – lo scritto di W. Gangi – e quello decisamente pessimistico sullo stato di salute della Costituzione americana di G.W. Carey).

Un’interessante analisi del rapporto tra proprietà e libertà, anche per quanto concerne “l’uso emotivo delle parole” e la loro correlata declinazione linguistica (“the property of security”, “the liberty of property”, espressioni quali “our persons and earnings are our own” per riferirsi, nel XVIII sec., al diritto alla sicurezza) è svolta da J.P. REID, *The concept of Liberty in the Age of the American Revolution*, Chicago and London, 1988.

¹¹⁰ Non è un caso che sia stato proprio il Presidente Roosevelt ad avanzare la proposta, *non accolta*, di elaborare un secondo *Bill of Rights*, noto come ‘The Economic Bill of Rights’. Degli estratti del messaggio rivolto dal Presidente al Congresso il giorno 11 Gennaio del 1944 (che meriterebbero di essere letti per comprendere al meglio non solo *quell’epoca* ma, vien da dire, *la stessa storia degli Stati Uniti*) sono stati ristampati in S. ROSENMAN (a cura di), *The Public Papers & Addresses of Franklin D. Roosevelt*, Vol XIII, New York, 1950, 40. Il messaggio può essere altresì consultato alla pagina <http://www.worldpolicy.org/projects/globalrights/econrights/fdr-econbill.html>

¹¹¹ E.J. EBERLE, *Dignity and Liberty. Constitutional Visions in Germany and the United States*, cit., 6. L’espressione ‘constitution of liberty’ è stata pronunciata dal Prof. Donald Kommers in un intervento tenuto presso l’Università di Heidelberg, in Germania, il 24 Luglio del 1998, intitolato ‘Can German Constitutionalism Serve as a Model for the United States?’, riportata nel libro di Eberle a pag. 7 (più precisamente, il Prof. Kommers, comparando le costituzioni tedesca e statunitense, ha sostenuto che ‘we can speak of a German constitution of dignity as compared to an American constitution of liberty’).

‘a government of laws and not of men’.¹¹² Questo progetto sarebbe confluito nella costituzione americana ove si accoglie la concezione per cui ogni individuo è libero di perseguire il proprio benessere e *deve essere garantito dall’esercizio di qualsiasi potere statale arbitrario, discriminatorio o irrazionale*.¹¹³ Questo progetto originario sarebbe stato portato a compimento nel 1789 con l’adozione di un “Bill of Rights”¹¹⁴, la cui ragione d’essere sta proprio nel riconoscimento del valore della libertà individuale (che viene declinata nei tre domini dell’uomo¹¹⁵: del pensiero, di azione, di parola).¹¹⁶

Questo breve inciso sulla libertà americana (da cui, in parte – come si è detto – deriva la concezione della libertà accolta nella Costituzione italiana) consente di dire che nel testo costituzionale statunitense – come del resto risulta evidente già dopo una prima lettura – la tutela della libertà individuale è garantita *tramite il controllo del potere statale*. L’intento dei Framers era, chiaramente, di delimitare il potere di intervento statale a tutela della libertà del singolo (assai eloquente, in tal senso, il

¹¹² Questa celebre frase è tratta dall’altrettanto celebre sentenza *Marbury v. Madison*, 5 U.S.137 (1803).

¹¹³ In questo senso, A.H. KELLY, *Where Constitutional Liberty Came From*, cit., 24.

¹¹⁴ La Costituzione americana, infatti, nella sua formulazione originaria non conteneva una carta dei diritti fondamentali. L’assenza di un *Bill of Rights* nella costituzione federale è stata giustificata da James Wilson, uno dei Padri costituenti, sulla base dell’assunto per cui una elencazione dei diritti non solo non era necessaria ma era anche soluzione non pratica e pericolosa, perché l’inserimento nell’elencazione di taluni e non altri diritti avrebbe comportato il mancato riconoscimento costituzionale di questi ultimi. Considerata invece la natura dinamica del concetto di libertà, sembrava molto più appropriato rimettersi, da un lato, alla dottrina del *limited government* e, dall’altro, rimettere ai giudici lo sviluppo della tutela costituzionale dei diritti umani.

¹¹⁵ Per un’analisi di questi tre domini v. T.V. SMITH, *What Liberty Means to Free Men*, in A. H. KELLY, (a cura di), *Foundations of Freedom in the American Constitution*, New York, 1958, 2.

¹¹⁶ Questa ispirazione ha caratterizzato fin da subito il pensiero dei Framers, profondamente influenzati dal pensiero di John Locke e dagli “Institutes” e “Commentaries on the Common Law” di Sir Edward Coke su cui si formarono generazioni di giuristi americani. Sulla base di tali fonti, l’idea di potere sovrano accolta dalla costituzione statunitense è quello di un potere limitato da taluni *fundamental principles of natural right and reason*. Si consideri altresì che i Framers erano profondi conoscitori, non solo della storia e del pensiero inglese, ma altresì di Platone, Aristotele, Cicerone, Tacito, Plutarco, frequentemente citati nei loro scritti, in particolare da Jefferson e Madison che si dedicarono allo studio della storia e della scienza della politica. “From Rome – è stato scritto – they took the original idea of republicanism, dividing representation into two houses, a Senate, modeled on the Roman Senate, and a chambre for citizen representation, the House of Representatives. From the practices of English mixed government (a government shared by the sovereign and Parliament), they devised their a sharing-of-power arrangement. From Swiss experience, they took the modern idea of republicanism and confederation of sovereign cantons, transforming it into a new version of federalism. And from the great French thinker Montesquieu they devised their own separation-of-powers strategy. From these European sources, American fashioned a new version of republicanism. The American version featured balance government, the spreading of government power among three coordinate branches of the legislature, executive, and judiciary, and the additional division of power among federal departments and sovereign state governments.”: E.J. EBERLE, *Dignity and Liberty. Constitutional Visions in Germany and the United States*, cit., 14.

fatto che la costituzione americana vede come suo destinatario principale ‘the government’ e non i cittadini). Con estrema sintesi, e con le parole di Eberle, può quindi dirsi che ‘limitation of government endows Americans with tremendous freedom. The nature of this freedom is essentially unchanneled or guided, left to the vagaries of community spirit or the legislative process.’¹¹⁷

Il passaggio nell’Italia repubblicana ad un’idea della libertà in parte intrisa di tale concezione del rapporto tra individuo e Stato è, evidentemente, epocale: l’inaugurazione di una moderna democrazia pluralista ribalta la conformazione dei diritti di libertà che sono, ora, parte integrante di quell’ordinamento di valori che vincola e limita la maggioranza parlamentare: le libertà costituzionali divengono “principi supremi dell’ordinamento costituzionale”.¹¹⁸ La Costituzione del 1948, pertanto, rifuggendo da un modello di tipo proprietario (proprio di una concezione utilitaristica dei rapporti tra individuo e terzi) e accogliendo l’idea di una ‘libertà-dignità’¹¹⁹; riconoscendo, inoltre, la libertà negativa al pari di quella positiva, riconosce “la globale capacità di autodeterminazione di ciascuno individuo come valore realmente supremo, come valore della persona totale che, nel suo nucleo essenziale, si impone anche allo Stato e ne limita originariamente i poteri.”¹²⁰

Questa, in sintesi, la concezione della libertà che può dirsi accolta nel nostro sistema costituzionale che poggia, in modo che appare difficilmente contestabile, sulla presunzione della libertà che informa tutto il dettato costituzionale. Può così dirsi che “il principio *in dubio pro libertate* [...] costituisce la matrice di tutte le previsioni in materia penale.”¹²¹ Tali previsioni, in altri termini, trovano la loro *ratio* nel c.d. diritto a non essere puniti (“diritto” nel senso di “*right*” *not to be punished*). Questo diritto può essere inciso, come si dirà a breve, solo di fronte ad una norma che il potere legislativo è in grado di *giustificare* perché è in grado di *fornire ragioni*.

Così dicendo, non si è però ancora detto nulla quanto alla costruzione dogmatica delle ‘situazioni di libertà’; il punto pare imprescindibile allo scopo di rintracciare la

¹¹⁷ E.J. EBERLE, *Dignity and Liberty. Constitutional Visions in Germany and the United States*, cit., 17.

¹¹⁸ In questi termini si esprime la Corte costituzionale; *ex plurimis*, v. 183/1973, 170/1984, 1146/1988.

¹¹⁹ M. RUOTOLO, *Gli itinerari della giurisprudenza costituzionale in tema di libertà personale*, in *Quest. Giust.*, 2004, 244.

La proprietà quale archetipo dei diritti di libertà aveva caratterizzato lo Stato liberale.

¹²⁰ A. BALDASSARRE, *Libertà (problemi generali)*, cit., 17.

¹²¹ S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA, G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2007, 98.

natura della *ratio* del principio di sussidiarietà. Pare di poter innanzitutto escludere la riconducibilità delle situazioni di libertà alla categoria dei c.d. diritti pubblici soggettivi, il cui declino – dopo il successo riscosso fino alla prima metà del XX sec. – è stato segnato dall'avvento delle costituzioni democratiche nel secondo dopoguerra.¹²²

Un orientamento diffuso nel pensiero giuridico italiano qualifica le situazioni di libertà nei termini di un diritto soggettivo perfetto¹²³, taluno ritenendo – quanto al suo contenuto – si tratti di situazione giuridica soggettiva attiva, comprensiva di tutte quelle facoltà materiali e giuridiche che costituiscono la ragion d'essere del riconoscimento costituzionale dei diritti di libertà¹²⁴. Altri, invece, ritengono che i diritti di libertà consistono nella pretesa individuale a che lo Stato si astenga dall'intervenire nella sfera individuale privata.¹²⁵ Pace, in ciò dissentendo da P.F. Grossi, ritiene che l'astensione dello Stato (o, genericamente, di un terzo) non è il contenuto del diritto di libertà (come distinguerlo altrimenti – si chiede – da un diritto a un comportamento omissivo come quello di cui all'art. 27, 3 comma Cost.?)

¹²² Tale categoria – propria di una costruzione dei rapporti tra Stato e cittadino le cui radici teoriche sono riconducibili alla tradizione del moderno autoritarismo (tradizione, questa, sintetizzabile nella teoria dello 'Stato-persona' e dei diritti degli individui come 'diritti derivati' dal sovrano) – categoria, si diceva – formulata originariamente da Carl F. Geber verso la fine del XIX sec. – poggiava sull'idea portante del 'diritto di dominio' dello Stato verso i cittadini, titolari – nei confronti di quello – di una situazione soggettiva passiva, di mera soggezione, priva di qualsiasi pretesa attiva nei confronti della potestà statale. Tale costruzione verrà poi ripresa e innovata da Jellinek la cui riflessione si pone in linea di continuità con quella di Geber quanto all'idea della superiorità dello Stato-persona sul cittadino. Jellinek, riconoscendo al solo campo del diritto privato la possibilità per i cittadini di far uso della propria libertà naturale, considera, invece, i rapporti di diritto pubblico, generalmente, quali rapporti di subordinazione: la posizione degli individui è, in tal caso, una situazione di dovere (*status subiectionis*), ed altre situazioni (che egli definisce *status libertatis* e *status civitatis*) che, comunque, non sono situazioni tutelabili, quanto, piuttosto, "spazi materiali in cui l'individuo, non essendo sottoposto a comandi statali e non interferendo in libertà altrui, vanta una «naturale» libertà di azione." È da questi status che sorgono i diritti pubblici soggettivi, definibili in termini di "pretese", [...] sono [...] cioè un *agere posse* «concesso» dallo Stato, non già un *agere licere*." Tale ricostruzione sarebbe stata destinata ad aver un grande successo in Europa, Italia compresa, quanto meno fino all'epoca del costituzionalismo repubblicano, quando i principi liberali e della democrazia pluralistica sarebbero risultati incompatibili con quella teorica basata sul "privilegio statalistico". Sul tema v. A. BALDASSARRE, *Diritti pubblici soggettivi*, in *Enc. giur.*, Roma, XI, 1989 (le frasi virgolettate sono a pag. 6); per una critica alla categoria dei diritti pubblici soggettivi si veda altresì A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, 2003, in part. 65-76.

¹²³ In questo senso e riferendosi, in generale, ai diritti di libertà, P. CARETTI, *I diritti fondamentali*, cit., 196.

¹²⁴ A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, cit., 86 e 116.

¹²⁵ P. F. GROSSI, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, Torino, 1988, 235-256.

ma è, piuttosto, “una conseguenza dell’esistenza di una *facultas agendi* che verrebbe radicalmente pregiudicata qualora non vi fosse tale astensione.”¹²⁶

Che le libertà possano essere definite in termini di ‘diritti’ – come è noto – è, del resto, punto tutt’altro che pacifico (il dato letterale costituzionale, che equipara diritti e libertà, avrebbe pertanto, secondo taluni, un carattere ‘enfatico ed evocativo’¹²⁷). Tutte le libertà, pertanto – per questa ricostruzione – sarebbero da ricondursi al *pregiuridico*, a quanto è presupposto dall’ordinamento; se così è, si può, allora, parlare di situazioni giuridiche soggettive solo in relazione a quelle situazioni “che scaturiscono quando trattasi di contrastare [...] poteri limitativi, ovvero di pretendere – all’inverso – la rimozione degli ostacoli giuridici che si frappongono all’esercizio, in situazioni particolari, di talune libertà.”¹²⁸ Che a noi risulti difficile accettare *il fatto* che porzioni della realtà vivano ed esistano pur se non ‘create’ o ‘toccate’ dall’ordinamento, sarebbe cosa da imputarsi, da un lato, alle influenze del costituzionalismo francese (per cui è il ‘diritto’ la situazione soggettiva che fa da garante sommo contro le invasioni del potere pubblico), e dall’altro, alle influenze del positivismo (“frutto della statolatria filtrata nel costituzionalismo liberale del continente dai precedenti ordinamenti assolutistici”).¹²⁹ In sintesi, la libertà, per tale ricostruzione, è “più ancora che uno specifico aspetto della personalità umana, una situazione (il non giurista direbbe più espressivamente una condizione) preliminare al potenziale esplicarsi dei più vari aspetti di tale personalità, [...]”¹³⁰

Se così è – se la libertà del singolo è un presupposto dello stesso ordinamento – si potrà, pertanto, ben comprendere il valore di quella presunzione cui già si è fatto cenno e che opera nei confronti degli interventi normativi (anche solo potenzialmente) capaci di incidere sulla libertà dell’individuo e che è nota come “presunzione della libertà” (il concetto viene espresso negli stessi termini oltreoceano, ove si parla di *presumption of freedom*). Sul tema si tornerà nella seconda parte di questo lavoro allorquando, indagando intorno al ruolo del principio

¹²⁶ A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, cit., 116.

¹²⁷ In questo senso, G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, cit., 4.

¹²⁸ G. AMATO, *op. cit.*, 9. Precisa l’autore che ricondurre le libertà al pre-giuridico non significa dedurne l’irrelevanza giuridica, al contrario: “dire che le libertà, in quanto tali, non sono diritti, lungi dal chiuderlo, apre il discorso dei modi in cui esse sono garantite; vale a dire, in primo luogo, dei limiti che lo stesso legislatore può incontrare nella disciplina dei poteri che vi incidono.”: *ibidem*, nota 16.

¹²⁹ In questi termini, G. AMATO, *op. cit.*; la frase virgolettata è a pagina 11.

¹³⁰ G. AMATO, *op. cit.*, 24.

di sussidiarietà nel sindacato costituzionale della legge penale, ci si interrogherà sull'intensità di tale tipo di controllo e sull'eventuale inversione dell'onere della prova a capo del legislatore (Parte II, Cap. II, § 4).

Rintracciata in questi termini la concezione della Costituzione e i rapporti tra libertà individuale e Stato, è possibile andare a considerare, in conclusione, *cosa dicono* le norme della Costituzione, *cosa* prescrivono (*'battere il secondo tempo'* del processo interpretativo che si va qui conducendo). In altri termini, è la concezione della libertà accolta dal costituente che guida l'interprete nella lettura delle norme costituzionali (anche) in materia penale.

Questo approccio consente pertanto di poter dire che:

“[L]a pena resta [...] la più grave limitazione che lo Stato apporta alla libertà e personalità dell'individuo. Questo dato, raffrontato con i principi costituzionali di tutela della libertà e personalità, artt. 2, 3, 13, 25, co.2 e 3 Cost. – anche nella loro interazione con quelli di tutela della dignità, personalità della responsabilità penale e rieducazione – impone il ricorso alla sanzione penale solo quando venga in discussione un bene di significatività comparabile a quello della libertà individuale e, inoltre, non risultino disponibili altri efficaci strumenti di controllo sociale, meno incidenti nella sfera individuale. Possiamo, quindi, affermare che il principio di *extrema ratio* del diritto penale, per il quale il legislatore è tenuto ad intervenire con la sanzione penale solo quando non siano praticabili altre soluzioni, assume nel nostro contesto ordinamentale un rilievo costituzionale.”¹³¹

E, ancora, con autorevole voce:

“[Dalla normativa costituzionale] sembra emergere l'intento del costituente di circoscrivere entro limiti di stretta necessità [...] l'area dell'illecito penale. E infatti: l'art 25, 2° comma, Cost., affidando interamente al potere legislativo o al Governo, nelle sole forme del decreto legislativo o del decreto-legge, la normazione penale, non può, se non vuole correre il rischio di rimanere una mera enunciazione di principio praticamente inattuabile, non muovere dall'idea di una riduzione del campo dell'illiceità penale.”¹³²

Il principio di sussidiarietà trova, pertanto, fondamento nello stesso “statuto dell'indipendenza della persona umana” delineato nella Carta fondamentale e, alla luce di tale stesso statuto, “negli stessi principi costituzionali espliciti in materia penale.”¹³³

¹³¹ S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 112.

¹³² F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., 14.

¹³³ F. BRICOLA, *Rapporti tra dottrina e politica criminale*, cit., 12.

3. *Il principio di sussidiarietà: dalla voluntas della legge alla ratio del diritto.*

“Il sistema giuridico non dice al Parlamento: purché rispetti le barriere e i “lacci” della Costituzione, fai ciò che vuoi. Nella Costituzione, piuttosto, sono contenuti tanti principi, sia di carattere dimostrativo e sia di carattere più politico-criminale (o di indirizzo politico), che danno un ‘volto’, un fondamento al diritto penale, un’immagine ancora generica, la sinopia di un affresco, ma dal contenuto positivo.”
Massimo Donini¹³⁴

“La democrazia penale del consenso politico, naturalmente, potrebbe (continuare a) puntare su spinte emotive, sulla paura delle vittime potenziali, per eludere ogni verifica empirica, cercando legittimazione per un uso irrazionale degli strumenti punitivi. Ma è chiaro che quando mi richiamo a un corretto metodo democratico non posso fare riferimento, per la scienza e la politica penali, alla regola procedurale della maggioranza, ma a quella dell’informazione della maggioranza.”
Massimo Donini¹³⁵

Se si ritiene che la caratterizzazione del diritto penale moderno vada rintracciata in uno ‘stile per principi’, da essi, evidentemente, non può prescindersi per comprendere il volto della materia penale: ‘non si tratta di una novità estetica’ – è stato autorevolmente detto – “quanto, piuttosto, di una trasformazione genetica e metodologica di tutto il vecchio sapere”¹³⁶. Per evitare che “il diritto penale per principi” si risolva (e dissolva) in mera enfasi declamatoria, pare oltre che opportuno anche inevitabile assumere il peso delle conseguenze di tale impostazione e rintracciare così le ‘trasformazioni genetiche’ che lo stesso sistema giuridico costituzionale e la stessa democrazia penale hanno per ciò subito.

Tale impostazione (il principio come norma vincolante) si rifà a quella tradizione di pensiero che, distinguendo nel *genus* delle norme principi e regole, ritiene che, pur nelle diverse loro connotazioni logiche (su cui *infra*) entrambi siano dotati di portata vincolante.¹³⁷ Tale impostazione è valida, si intende, anche (e soprattutto) in relazione alla Carta fondamentale.

¹³⁴ M. DONINI, *La riforma del codice penale fra politica e cultura giuridica*, cit., 496.

¹³⁵ M. DONINI, *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto tra diritto penale e politica*, cit., 25.

¹³⁶ M. DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale: la democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, cit., 61.

¹³⁷ Nell’esperienza italiana repubblicana, anche grazie all’influenza esercitata dal pensiero di V. CRISAFULLI (si veda, in particolare, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952), questa concezione dei principi giuridici ha finito col prevalere su quella che riconosceva loro una mera portata programmatica. In tal modo, è stata messa in atto una trasformazione della tradizionale nozione dei principi, da *riassuntiva* (o al più *integrativa*) a *costruttiva*. Per quest’ultimo ordine di considerazioni si veda G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, 212.

La Costituzione è un atto normativo e le sue disposizioni sono disposizioni normative.¹³⁸ I principi costituzionali, espressi o inespressi che siano, sono norme la cui violazione può esser fatta valere in sede di giudizio di costituzionalità. Il punto è stato chiarito e sottolineato fin dagli albori dell'esperienza costituzionale italiana:

“Un principio, sia espresso in una apposita formulazione legislativa, sia invece implicito o latente nell'ordinamento, costituisce dunque una norma, applicabile quale regola di determinati comportamenti pubblici o privati. Non altrimenti si spiegherebbe, in un ordinamento che esclude di regola la creazione giudiziaria del diritto, l'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale [...]. Giacché, se i principi fossero semplici direttive teoriche, bisognerebbe allora ammettere coerentemente che in tali ipotesi la norma è posta dal giudice, e non è invece da questi solamente *applicata* al caso specifico. [...] Se la violazione da parte di una sentenza dei principi generali impliciti dà adito al ricorso in cassazione per violazione di legge, non si vede davvero perché la violazione di un principio costituzionale (implicito o esplicitamente posto), da parte di una norma di legge, non sarebbe a sua volta causa di illegittimità costituzionale della norma stessa, rilevabile *incidenter tantum* dal giudice, oggi, nell'assenza della Corte costituzionale, e rilevabile, domani, con effetti generali, ad opera della Corte.¹³⁹

A pensare diversamente, quanto all'obbligatorietà dei principi, si cadrebbe in un'ottica anacronistica, propria di uno Stato a costituzione flessibile.

Un principio, si è detto, al pari di una regola, è, dunque, vincolante. Per poter comprendere il *funzionamento* dei principi in generale (e quindi, anche, per quanto qui ci occupa, del principio di sussidiarietà) occorre però soffermarsi sul *diverso modo di operare* dei principi rispetto alle regole. Potrà così dirsi che mentre le regole – secondo il celebre criterio elaborato da Dworkin – sono applicabili nella forma del ‘tutto o niente’, sì che in presenza dei fatti posti dalla regola questa si applicherà (è questo il modello di regole cui è riconducibile la altrettanto celebre formula condizionale kelseniana: se è *a*, allora deve essere *b*); l'applicazione di un principio non comporta, invece, in modo automatico, che a certe condizioni seguano certe conseguenze, e questo perché il principio non prevede tali conseguenze: si tratta di

¹³⁸ “Una Costituzione deve essere intesa ed interpretata, in tutte le sue parti, *magis ut valeat*, perché così vogliono la sua natura e la sua funzione, che sono e non potrebbero non essere [...] di atto normativo, diretto a disciplinare obbligatoriamente comportamenti pubblici e privati.”: V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, cit., 11. Merita di essere ricordato, sia pur per inciso, che nella stessa opera del 1952 Crisafulli precisava che sono norme giuridiche obbligatorie le norme programmatiche della Costituzione, erroneamente ritenute prive di contenuto normativo. In ciò, del resto, risulta evidente il passaggio da un sistema a costituzione flessibile ad uno a costituzione rigida; nessuna norma costituzionale, pertanto, ha efficacia meramente programmatica risultando obbligatoria anche per il legislatore.

¹³⁹ V. CRISAFULLI, *op. cit.*, 15 e 16.

‘norme senza fattispecie, a prescrizione generica’.¹⁴⁰ Il che equivale a dire che una regola, in presenza delle condizioni previste, non può che essere applicata, mentre il principio – preso in considerazione dal giudice o dal legislatore – può non prevalere su altri principi. La qual cosa si spiega in virtù di una loro peculiare caratteristica (assente nelle regole): i principi hanno *un peso*, un’importanza. “Quando i principi si intersecano [...], per risolvere il conflitto, occorre prendere in considerazione il peso relativo di ciascun principio. Non può esservi, ovviamente, un’esatta misurazione, e il giudizio, per cui un particolare principio o politica è più importante di un altro, sarà spesso controverso. Tuttavia, questa dimensione è parte integrante del concetto di principio, talché è sensato chiedersi quale importanza o peso un principio abbia.”¹⁴¹ I principi, in altri termini, sono bilanciabili.

Le regole operano diversamente. Se una regola è in conflitto con altra regola, per risolvere il contrasto, si farà ricorso a criteri atti a risolvere l’antinomia quali quello della *lex specialis* o della *lex posterior*. La distinzione tra una regola e un principio non sta, dunque, nella diversa formulazione delle norme, trattandosi piuttosto di una *distinzione di tipo logico* che attiene a un diverso atteggiarsi del *ragionamento giuridico*. Con autorevole dottrina, può così individuarsi la differenza tra regola e principio nel momento della loro interpretazione-applicazione¹⁴². Dire che una disposizione normativa contiene una regola o un principio significa, in quest’ottica, che le pratiche interpretativo-applicative saranno diverse. La regola, e solo la regola, richiede la sussunzione di una fattispecie concreta in una fattispecie astratta; l’argomentazione che sorregge il ragionamento comporterà necessariamente una conclusione compatibile con la formulazione della regola. In altri termini, qui siamo nel pieno dominio del sillogismo.¹⁴³

Non altrettanto è a dirsi per il principio, di cui non è proprio il ragionamento deduttivo¹⁴⁴. I principi ammettono argomentazioni le cui conclusioni possono essere

¹⁴⁰ La definizione è tratta da G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., 213.

¹⁴¹ R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio* (1977), Bologna, 1982, 96.

¹⁴² L. GIANFORMAGGIO, *L’interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi*, cit., 72-81.

¹⁴³ Con le parole di Donini, può anche dirsi che nell’applicazione di una regola “[u]n fatto concreto [...] o è conforme, oppure è difforme rispetto alla regola.”: M. DONINI, *Teoria del reato*, Padova, 1996, 26.

¹⁴⁴ Zagrebelsky descrive così il diverso procedimento interpretativo di regole e principi: “I principi mettono [...] in moto quell’ «andare e venire» dal fatto al diritto e viceversa, nel quale consiste [...] il processo interpretativo. Non è così per le regole, le quali operano esclusivamente in una direzione,

incompatibili con la formulazione letterale del principio stesso.¹⁴⁵ Ma – ed è questo un aspetto cruciale – “a questa conclusione, non si sarà pervenuti per via interpretativa, cioè risolvendo a monte l’incompatibilità (qualificata come meramente apparente) mediante una riformulazione della disposizione da cui la norma vien tratta, in un enunciato dichiarato sinonimo di quello legislativo [...]. Che una norma in una argomentazione valga come principio significa che il soggetto argomentante riconosce apertamente [...] tale incompatibilità; ed appunto con ciò si impegna a fornire e fornisce [...] le ragioni che militano a favore della conclusione incompatibile con il principio; nonché, evidentemente, delle ragioni di secondo ordine o grado, capaci di giustificare la prevalenza attribuita a quelle ragioni su quel principio.”¹⁴⁶

Si è deciso di riportare questa lunga citazione perché sintetizza con mirabile chiarezza un aspetto essenziale ma troppo spesso dimenticato dei principi: dai principi ci si può discostare. Intorno ai principi si possono svolgere ragionamenti che conducono, per via argomentativa, a conclusioni con essi incompatibili. E questo avviene perché l’operazione di bilanciamento, cui si è fatto cenno, implica la contemporanea considerazione di *più* principi e non potrebbe essere altrimenti, posto che la pluralità dei principi è propria di un ordinamento costituzionale quale quello delineato nella nostra Carta fondamentale.

Donini ha rilevato che tale aspetto è stato troppo spesso dimenticato e sottovalutato dall’approccio costituzionale del diritto italiano. Se il diritto penale romanistico e quindi medioevale – osserva l’autore – è stato un diritto penale delle categorie, quello illuminista è stato invece un diritto penale dei principi; pertanto, una interpretazione metodologicamente corretta deve anche ricordare di operare una differenza e distinguere un diritto penale delle regole (diverso, per l’appunto, da quello dei principi):

“Ecco, la stagione costituzionalistica italiana, dagli anni settanta in poi, non ha sempre tenuto presente la distinzione tra principi e regole, e ha considerato le norme-principio come se fossero disposizioni tassative e determinate implicanti

attraverso procedimento logici di natura deduttiva.”: G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., 223.

¹⁴⁵ L. GIANFORMAGGIO, *L’interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi*, cit., 77.

¹⁴⁶ L. GIANFORMAGGIO, *op. cit.*, 78.

soluzioni legislative univoche e indiscutibili. Anche all'interno delle stesse norme-principio, poi, ha mancato del tutto di distinguere fra principi di politica criminale che presentano un carattere argomentativo o di indirizzo (per esempio, *extrema ratio* o sussidiarietà) e principi aventi una «forza di legge» più dimostrativa (per esempio, principio di riserva di legge, di colpevolezza, di tassatività, ecc.) tali da poter essere utilizzati autonomamente dalla Corte costituzionale, da soli e senza l'ausilio di altre norme della Costituzione per caducare le leggi con essi contrastanti.”¹⁴⁷

Vale soffermarsi sulla distinzione proposta da Donini tra principi dimostrativi e principi argomentativi cui si è appena fatto cenno.¹⁴⁸ I primi, precisa l'autore, sono principi cogenti – per il legislatore, per l'interprete e per la Corte costituzionale nei giudizi di costituzionalità delle leggi (l'autore qualifica in questi termini, ad esempio, il principio di irretroattività delle norme penali incriminatrici). I secondi sono principi di indirizzo politico (altrimenti detti principi informativi, corrispondenti a quelli che Dworkin definisce *policies*), non vincolanti. A tale seconda categoria Donini riconduce – tra gli altri – il principio di sussidiarietà, utilizzabile in modo non dimostrativo dalla Corte costituzionale. Questo significa che *oggi* non può essere sollevata una questione di costituzionalità di una norma penale perché prodotta in violazione del (solo) principio di *extrema ratio*.¹⁴⁹

Sul punto, del resto, la stessa Corte costituzionale, facendo ricorso ad una distinzione tra principi basata sulla loro giustiziabilità, ha reso evidente di non poter interferire con la discrezionalità del legislatore (sul rapporto tra la discrezionalità del legislatore e il sindacato di costituzionalità v. Parte II, Cap. II, § 1). Possono qui considerarsi, a titolo di esempio, due sentenze in cui la Corte si è espressa circa la natura del principio di sussidiarietà. Nella prima – la n. 409 del 1989 – la Corte ritiene che, *pur non essendo il legislatore arbitro delle scelte in fatto di criminalizzazione*, dovendo ancorare ogni previsione di reato “ad una reale dannosità sociale”, cionondimeno tali scelte “sono autenticamente ideologiche e politiche e, pertanto, non formalmente controllabili” mediante il giudizio incidentale di costituzionalità. E aggiunge: “La non applicazione, da parte del legislatore ordinario, dei *criteri informativi di politica criminale* (quale quello di sussidiarietà del diritto penale) costituzionalmente sanciti,

¹⁴⁷ M. DONINI, *Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta fondamentale. L'insegnamento dell'esperienza italiana*, in *Foro it.*, 2001, V, 34.

¹⁴⁸ La distinzione è ripresa in diversi saggi dell'autore. Qui si rinvia a M. DONINI, *Teoria del reato*, Padova, 1996, 27-29 e ID., *Teoria del reato*, in *Dig.disc.pen.*, XIV, Torino, 1999, 234-235.

¹⁴⁹ Questo significa che una incriminazione illiberale può non essere incostituzionale. Il punto è evidenziato da M. DONINI, *Principi costituzionali e sistema penale. Modello e programma*, cit., 426.

possono, infatti, essere censurati da questa Corte *solo* per violazione del criterio di ragionevolezza e *per indebita compressione* del diritto fondamentale di libertà costituzionalmente riconosciuto.”

Nella seconda sentenza – la n. 487 del 1999 – la Corte riconduce il principio di sussidiarietà al novero dei limiti sostanziali del legislatore nelle scelte criminalizzatrici, limiti, questi, qualificati in termini di *‘direttive di politica criminale’*, e – dopo aver precisato che “la realizzazione di tal[e] principi[o] [costituisce] garanzia dell’intera comunità” – aggiunge che lo stesso principio, oltre a imporre che “la criminalizzazione, costituendo l’*ultima ratio*, deve intervenire soltanto allorché, da parte degli altri rami dell’ordinamento, non venga offerta adeguata tutela ai beni da garantire”, comporta anche, da un lato, “programmi di politica generale, e criminale in ispecie”, e altresì “*‘giudizi prognostici’* da parte dello Stato.”

A questo punto, si potrebbe fondatamente sollevare un’obiezione. Se, come si è detto, i principi, come le regole, sono norme; se, dunque, i principi sono dotati di precettività, su quale base è allora possibile fondare tale distinzione? Si può tentare di rispondere dicendo, innanzitutto, che, indubbiamente, tanto le *policies* che i *principles*, essendo norme giuridiche, “obbligano indistintamente tutti, privati cittadini e pubblici poteri”. Se pure il legislatore costituente non lo avesse disposto (ma lo ha fatto predisponendo l’ultima disposizione transitoria) tale obbligatorietà discenderebbe “dalla concezione della costituzione.”¹⁵⁰ Si potrebbe pertanto dire che anche i principi di indirizzo politico (in quanto principi giuridici) sono obbligatori.¹⁵¹

Pare indubbio che sulla base del solo testo costituzionale, in un’ottica meramente normativistica, potrebbe anche sostenersi la giustiziabilità del principio di sussidiarietà. Ma il diritto non è solo norma: è norma, è decisione, è istituzione: ha “una dimensione non solo normativistica ma anche ermeneutica, discendente dal modo con cui organi istituzionali decidono sul contenuto delle disposizioni

¹⁵⁰ Le frasi virgolettate sono tratte da L. GIANFORMAGGIO, *L’interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi*, cit., 92.

¹⁵¹ Come è noto, nella sistematica in materia di principi costituzionali elaborata da Crisafulli, è con riferimento a questi principi – quelli volti a disciplinare il comportamento degli organi legislativi – che può parlarsi di ‘norme giuridiche *direttive* (o programmatiche)’, norme cioè ‘rivolte dal legislatore a sé medesimo’. Ora, queste norme sono comunque portatrici di un obbligo: il legislatore deve tenerle presenti, e non può discostarsene senza fornire, al contempo, un motivo. V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, cit., 7-23.

normative.”¹⁵² Può pertanto dirsi che, alla luce della giurisprudenza costituzionale (e anche alla luce della riflessione dottrinale), *oggi*, il principio di sussidiarietà non è *ancora* giustiziabile. Ma può divenirlo.

Lo stesso Donini, nell’elaborare la distinzione tra principi giuridici a contenuto dimostrativo o assiomatico e principi dalla natura argomentativa, non ha mancato di precisare che tale distinzione ha confini mobili, dovendo essere intesa in una *dimensione storica*, e perciò variabile, modificabile, *in divenire* (esempio paradigmatico, in tal senso, è dato dal principio di colpevolezza, a lungo considerato un principio argomentativo ma divenuto principio di natura dimostrativa ad opera della sentenza n. 364 del 1988 della Corte costituzionale).

In un’ottica che rivaluti, anche nel fenomeno giuridico, il sapere empirico (come si avrà modo di dire nella seconda parte, questo sapere è rilevante sia nel procedimento di formazione della legge che nell’eventuale sindacato di costituzionalità), la sussidiarietà può assumere il ruolo di principio primo nel controllo delle scelte operate dal legislatore in ambito penale. Una proposta di tal sorta solleva innumerevoli questioni, tutte cruciali, che vanno dal valore della riserva di legge, al significato attuale del principio di separazione dei poteri, al rapporto tra principio di legalità, controllo delle decisioni normative e potere della Corte costituzionale, questioni, queste, che saranno oggetto di analisi nella Parte II. Del resto, ben si potrebbe dire che proprio la *gravità* di tali questioni dovrebbe invitare a una certa prudenza prima di proporre la tesi della possibile giustiziabilità costituzionale del principio di *extrema ratio*. Assai autorevoli, del resto, sono le voci di quegli autori che si mostrano scettici nei confronti della possibilità di rendere giustiziabile il principio di sussidiarietà.¹⁵³

¹⁵² M. DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale: la democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, cit., 71.

¹⁵³ Nella manualistica così come pure nella saggistica, sia italiane che statunitensi, la sussidiarietà penale non viene presentata nei termini di un principio giustiziabile e viene variamente definita ora quale *carattere* del sistema penale (quanto al significato da attribuirsi a tale termine, si consideri che un *carattere* del diritto penale “pur rinviando a premesse di valore e prescrittive, non [ha] la funzione di esprimere direttive per il legislatore o l’interprete, ma solo l’obiettivo tendenza o l’atteggiarsi di una fenomenologia del sistema”: M. DONINI, *Teoria del reato* (1996), cit., 32); ora quale *criterio* di scienza della legislazione; ora quale *principio di indirizzo politico* (corrispondente a quelle che Dworkin chiama *policies*, vale a dire standard che non sono norme e che, pertanto, non sono *binding*, cioè vincolanti; ora quale *principio costituzionale* ma non giustiziabile dinnanzi alla Corte costituzionale (o alla Corte Suprema).

Una pur rapida panoramica permette di individuare innanzitutto autori che, pur considerando il *principio* di sussidiarietà ‘espressione della moderna concezione del diritto penale’, oltre che

‘presupposto – sul piano logico – del principio di tassatività’, ne escludono il carattere giustiziabile alla luce del principio sovraordinato di separazione dei poteri; pertanto “la valutazione circa l’adeguatezza di scopo dell’intervento penale e, di converso, l’inadeguatezza di altri meccanismi è rimessa, in via esclusiva, al Parlamento sovrano”: S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA, G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2007, 141 (corsivo aggiunto).

Nega portata obbligatoria al *principio* di sussidiarietà anche D. PULITANÒ., *Diritto penale*, Torino, 2009, 55 (su cui *infra* nel testo).

Considerano la sussidiarietà un principio costituzionale (fondato sull’art. 13, co.1 Cost.), vincolante per il legislatore – obbligato, pertanto, a fare della pena ‘un uso il più limitato possibile’ –, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, Milano, 2009, 10. Ritengono illegittimo l’intervento penale ‘non necessario’ e auspicano l’attribuzione al principio di sussidiarietà una maggiore centralità quale principio di politica criminale anche G. FIANDACA., E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2007, 29.

Altri ancora, annoverano il *principio* di sussidiarietà tra i parametri cui il legislatore dovrebbe guardare nella produzione di una fattispecie penale, A. CADOPPI, P. VENEZIANI., *Elementi di diritto penale. Parte generale*, Padova, 2007, 97.

Nella dottrina, non manualistica, possono per ora essere menzionate, tra le altre, le posizioni di chi ritiene che la sussidiarietà vada considerata non già quale principio vincolante ma quale *criterio* per il legislatore, G. VASSALLI, *I principi generali del diritto nell’esperienza penalistica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 707.

E, ancora, la posizione di chi ritiene che dovrebbe parlarsi di principio costituzionale dal carattere «metodologico» F. PALAZZO., *Principi costituzionali, beni giuridici e scelte di criminalizzazione*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvoletti*, I, Milano, 1991, 378.

Si omette qui qualsiasi cenno alla ricostruzione operata da altri autori cui si farà riferimento più avanti nel testo. Vale far notare che nessuna delle enciclopedie giuridiche italiane dedica una voce al principio di sussidiarietà penale.

Quanto al panorama statunitense, i manuali non dedicano particolare attenzione al *last resort principle* (a rischio di ribadire l’ovvio, vale ricordare che i manuali universitari statunitensi presentano una struttura e un’impostazione assai diversa da quelle italiane, diverso essendo il metodo di studio e lo scopo stesso dello studio del diritto penale, e del diritto più in generale, nelle *schools of law*).

In alcuni manuali il principio non viene neanche menzionato; è questo il caso del manuale di P. E. JOHNSON, *Criminal Law. Cases, Materials and Text*, St. Paul, Minn., 2000, del manuale di J. KAPLAN, R. WEISBERG, *Criminal Law. Cases and Materials*, Boston, Toronto, London, 1991, Second Edition e quello di A. H. LOEWY, *Criminal Law. Cases and Materials*, Cincinnati, 1991. La mancata menzione del principio non coincide però con l’obliamento del problema dei limiti del potere punitivo statale. A pag. 24 del manuale di KAPLAN e WEISBERG, ad esempio, si legge: “We are concerned here with the perennial issue of political authority: Under what circumstances is the state justified in bringing its force to bear on the individual human being? These issues, of course, are not confined to the criminal law, but it is in the area of penal regulation that they are most dramatically manifested. The criminal law, then, is located somewhere near the center of the political problem, as the history of the twentieth century abundantly reveals. It is no accident, after all, that the agencies of criminal justice and law enforcement are those first seized by an emerging totalitarian regime. In short, a study of criminal justice is most fundamentally a study in the exercise of political power. No such study can properly avoid the problem of the abuse of power.”

Nonostante il silenzio del manuale di LOEWY, appena citato, pare comunque assai significativo – ai fini del tema qui in esame - l’incipit del libro: “The concept of punishment is central to the criminal law. Although aspects of punishment appears elsewhere in the law (e.g. punitive damages in civil law), nowhere else is it so central. Indeed, were simple compensation to the victim sufficient, it would be unnecessary to bring down the full moral force of the criminal law on the criminal. In asking whether particular activity ought to be criminal, we are asking whether it ought to be punished.”, 1.

C. FOOTE E R. e J. LEVY (*Criminal Law. Cases and Materials*, Boston-Toronto, 1981) non citano il principio ma, sia pur in un rapido passaggio, richiamano il fenomeno della *overcriminalization*, per dedicare poi maggiore attenzione alla *decriminalization*. Nella prefazione (pag. XVIII) si legge, infatti: “A number of pedagogical choices follow from our basic outlook. [...] Fifth, we examine law reform issues against a background of an overloaded criminal justice system – asking whether it is good policy and politically possible to streamline the system by extensive ‘decriminalization’ when social values are in conflict.”Gli autori ritornano sul tema nel capitolo 9 - intitolato alla

Decriminalization – e, nell’antologia di brani, viene riportato il celebre articolo di Sanford Kadish *The crisis of overcriminalization*, 374 *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 157 (1967), 854 e ss.

In questo panorama si pongono come eccezioni due manuali.

Il primo è quello di R.N. BOYCE, D.A. DRIPPS, R.M. PERKINS (*Criminal Law and Procedure. Cases and Materials*, New York, 2007) che, con una serie di interrogativi, invitano lo studente lettore a porsi nell’ottica dei temi proprio del principio di *extrema ratio* (ma ancora una volta si deve notare l’assenza di riferimento alcuno a tale formula o altra equivalente): “Ordinarily the legislature declares conduct to be criminal, and willingly shoulders the burden of the criminal law’s procedural safeguards. In the two cases that follow, however, the legislature purported to be imposing civil, as distinct from criminal, liability. Why might a legislature choose to invoke the criminal process rather than civil sanctions? To what extent does the Constitution require the legislature to proceed through the criminal process? What distinctive procedures do tradition and the Constitution require in criminal cases? Condensed to two short but very difficult questions, what is the nature, and what are the purposes, of the criminal law?”: *ibidem*, 2.

L’altro manuale, come era prevedibile, è quello di S.H. KADISH, S.J. SCHULHOFER (*Criminal Law and Its processes. Cases and Materials*, New York, 2001), che dedica al tema del *what to punish* diverse pagine, in particolare le pagine da 156 a 171. Ma prima ancora si legge: “It is obvious that our society does not subject to criminal punishment all conduct that is antisocial or otherwise undesirable. Criminal punishment is only one of many sanctions available to induce compliance with preferred norms of conduct. A society may attempt to discourage undesired conduct by taxing it; it may provide for civil liability, including injunctive relief at the behest of a public agency or an injured party; it may establish an agency to govern such behavior through licenses, rules, and regulations; or, for reasons practical or principled, it may leave it to be dealt with by private social pressures. When is criminal punishment the appropriate choice? What is there about the nature of punishment that may make it unsuitable for certain kinds of conduct?”: *ibidem*, 95.

E in materia di *products liability*, gli autori scrivono: “Should the criminal law enforce standards of product liability, or should issues of product safety be left to the tort law? Consider, for example, recent revelations concerning certain Firestone tires (..they were serious defective...)[...]. [The] [a]rgument in favor of the criminal sanction [is]: Consumers have a right to be free from hazardous products. This right is not adequately protected by the tort law, which allows manufactures to make a defective product if paying off the victims is cheaper than fixing the problem. Such transactions are improper because we can put no price on human safety; society must express that judgment by punishing corporations that violate their basic duty of producing safe products. One commentator concludes that ‘absent potential criminal responsibility for marketing a defective product, the value of human life is reduced to mere cost analysis’. [The] [a]rguments against criminal liability [are]: Any fine levied by statute would be far smaller than the potential tort liability for each accident. Therefore, fear of monetary penalties would not add a significant deterrent. The deterrent effect would therefore rest on the stigma involved. That stigma will unfairly fall on all persons associated with the corporation, and furthermore, a judge cannot vary the degree of stigma based on the culpability or deterrability of the offense. Stigma is therefore not likely to be an effective tool. Furthermore, the complicated issues involved in such prosecutions guarantee trials that last for months and cost millions of dollars, resources that might be better used combating other crimes. Finally, there is a more basic problem: Consumers do not want safety at any cost. They may prefer not to pay for the safety.”: *ibidem*, 95.

Quanto alla più recente dottrina statunitense, Jareborg nega natura costituzionale al principio e lo ritiene pressoché inutile: “It is obviously – scrive l’autore – not a constitutional principle. It is rather a principle of legislative ethics, a principle that legislators seem to care little about.”: N. JAREBORG, *Criminalization as Last Resort (Ultima Ratio)*, 2 *Ohio St. J. Crim. L.*, 521. Nello stesso senso si esprime Husak; l’autore innanzitutto distingue due tipi di principi penali, quelli ‘substantive’ e quelli ‘pragmatic’ (“[P]ersons who are punished for violating a criminal law that breaches a substantive principle – scrive Husak – have a legitimate grievance against the state. They have a basis to complain that their treatment is unjust, since they are punished for conduct the state had insufficient moral reasons to criminalize (eg harm principle).” Invece, “[wh]en criminal laws breach the second kind of principle an offender cannot complain about personal injustice. Although he is punished for conduct the state had insufficient moral reasons to criminalize.”) Quindi, si chiede: “are persons treated unjustly when they are punished for committing crimes that breach the last resort principle?” Husak è

Un illustre autore, pur riconoscendo il valore del principio di sussidiarietà, non pare intravederne alcun ruolo pratico perché incapace di offrire criteri di soluzione dei problemi di politica legislativa:

“[N]ulla [dice] sui criteri di valutazione che il legislatore dovrebbe seguire. Le soluzioni concrete restano affidate alla valutazione politica del legislatore. [...] [C]oncetti del genere *non* offrono criteri di soluzione dei concreti problemi di politica legislativa. Le ben intenzionate formule dottrinali non conducono a soluzioni vincolate: giustamente invitano il legislatore ad un uso *il più possibile limitato* dello strumento penale, ma lasciano indefinito il possibile limite.”¹⁵⁴

V'è da ritenere, al contrario, che il principio di sussidiarietà – per le ragioni che si esporranno nel corso di questo lavoro – può contribuire a che la produzione legislativa venga condotta attraverso quelle ‘procedure di democrazia, fondate sulla libertà’ auspiccate dallo stesso autore.¹⁵⁵

Merita altresì di essere considerata la posizione di Ferrando Mantovani. L'autore pone in termini dubitativi il ‘peso’ da riconoscersi alla sussidiarietà, considerata quale articolazione del principio di necessità. Pur considerandolo un principio costituzionalizzato, l'autore gli attribuisce il valore di “direttrice fondamentale della politica legislativa, ma non anche un rigoroso limite per il legislatore”. E ciò in virtù di una serie di ‘incognite’ che impedirebbero di considerarlo un principio vincolante:

“[Pe]r la difficoltà di una netta distinzione tra beni meritevoli e immeritevoli di tutela penale [...] [;] [p]er la difficoltà di distinguere tra i diversi gradi di offesa [...] [;] [p]er l'impossibilità di una misurazione precisa di gradi di efficacia delle sanzioni penali ed extrapenali, date le insuperabili carenze o il dubbio valore di rilevazioni empirico-statistiche di comparazione [...] [;] [p]er la non fattibilità di previe sperimentazioni. Per l'incertezza circa la spettanza dell'onere probatorio sull'esistenza di sanzioni extrapenali efficaci al legislatore o al ricorrente innanzi alla Corte costituzionale. E perché, se realisticamente intesa, la sussidiarietà deve

mosso dall'intento di ricondurre il principio di sussidiarietà al novero dei substantive principle perché “[t]he criminal law should be a last resort because the right not to be subjected to punishment – understood to include both hard treatment *and* censure – is extremely valuable and therefore very difficult to override. Whenever feasible, the state should use alternative means of social control that do not infringe this valuable right.”: D. HUSAK, *The Criminal Law as Last Resort*, *Oxford Journal of Legal Studied*, Vol. 24, No.2 (2004), 229-232. Cionostante, in altro scritto, l'autore è costretto a riconoscere: “The last resort principle may seem to offer the potential to dramatically narrow the reach of the criminal sanction. Like Jareborg, however, I am pessimistic that this principle would prove very effective in achieving this result.”: D. HUSAK, *Applying Ultima Ratio: A Skeptical Assessment*, in 2 *Ohio St. J. Crim.* 535 (2005), 536.

¹⁵⁴ D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 55.

¹⁵⁵ D. PULITANÒ, *op.cit.*, 37. L'autore sottolinea che sia ‘la volontà della maggioranza, e non la ‘ragione’, [a definire] il principio democratico. [...] E’ la valutazione politica del legislatore ‘sovrano’, e non un astratto criterio di ragione, ad avere l’ultima parola’.

tener conto del dato incontrovertibile che i più sono sensibili non tanto ai fatti offensivi di entità spersonalizzate (fisco, economia, ecc.), quanto e innanzitutto alla piaga della «microcriminalità», incidente sulla qualità della vita quotidiana. E che ad essi deve essere data la possibilità di sentirsi tutelati, anche col solo minacciare il prevaricatore di denuncia, favorendosi, altrimenti, i fenomeni degenerativi dell'autodifesa e auto giustizia e dei *delitti di reazione*.¹⁵⁶

Nello stesso senso, si esprime Mario Romano che considera la sussidiarietà un 'canone materiale di politica criminale', che giammai potrà essere qualificato nei termini di un parametro formale di raffronto per la dichiarazione di illegittimità di norme penale (la Corte, non essendo organo responsabile – per tale autore – non può entrare nel merito delle scelte discrezionali del legislatore. Questo aspetto sarà oggetto di analisi nel prosieguo del lavoro, v. Parte II, Cap. II).¹⁵⁷

Pare invece di poter condurre all'ordine di idee qui proposte le riflessioni condotte da Fiandaca e Musco i quali (lo si è già accennato), considerando il principio di sussidiarietà una specificazione in ambito penale del principio di proporzione – “un principio logico immanente allo Stato di diritto” –, ritengono illegittimo l'intervento penale non necessario e auspicano l'attribuzione al principio di sussidiarietà di una maggiore centralità quale principio di politica criminale. Allo scopo il legislatore, precisano gli autori, deve avvalersi “il più possibile del contributo conoscitivo fornito dal sapere socio-criminologico: le indagini di tipo empirico, infatti, sono tendenzialmente le sole in grado di offrire dati probanti, da un lato, rispetto alla effettiva «dannosità sociale» dei comportamenti da incriminare e, dall'altro, circa la reale efficacia dei diversi strumenti sanzionatori adottabili.”¹⁵⁸

¹⁵⁶ F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., XLIII.

¹⁵⁷ M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, 2004, 22 e 23 (sub Pre-Art. 1).

Considerazioni analoghe sono svolte da Angioni il quale, a sostegno della tesi della non giustiziabilità del principio di sussidiarietà, scrive: “I rapporti di forza tra i poteri dello stato, la magistratura ordinaria e la corte costituzionale debbono rimanere un 'sottosistema' e non travalicare nella sfera di discrezionalità politica spettante al legislatore.”: F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, 223.

¹⁵⁸ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 29.

Fiandaca, in altro scritto, dopo aver rilevato che “le regole del buon legislatore, cioè del buon legislatore che fa un uso saggio e avveduto delle risorse penali, si ispirano al principio di fondo del diritto penale come *extrema ratio* di tutela”, osserva che “nel verificare l'effettiva utilità del ricorso alla tutela penale, il legislatore dovrebbe potere disporre di un insieme di conoscenze e di dati anche a carattere empirico forniti dalla scienze sociali e, in particolare, dalla criminologia: in maniera tale che la valutazione legislativa risulti il più possibile basata su dati scientificamente attendibili.”: G. FIANDACA, G. DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, 2003, 126-127.

Sembra per ora di poter dire che chi nega al principio di sussidiarietà la natura di principio o chi, pur riconoscendo tale natura, ne nega la *possibile* giustiziabilità costituzionale pare temere il potere sovversivo di questo strumento, che appare enorme, ingestibile, e forse anche dannoso, soprattutto in fatto di un possibile sbilanciamento dei Poteri dello Stato. Se così è, pare potersi intravedere un equivoco di fondo che sta in quell'assimilazione del procedimento di applicazione di una regola con il procedimento di applicazione di un principio (il termine 'applicazione', come già precisato, è usato nel senso di 'ragionamento'). Se, ancora, così è, pare non tenersi nel dovuto conto che sono le sole regole a pretendere di valere «assolutamente», non i principi.¹⁵⁹ Viene pertanto da pensare che, forse, si nega (anche *de iure condendo*) la giustiziabilità del principio di sussidiarietà perché si teme di incorrere nel rischio di dar vita a quella che è stata definita 'massimizzazione dei principi' che, in tal modo, si fanno tiranni.¹⁶⁰ Al contrario la distinzione tra principi e regole di cui qui si è detto in modo sì sintetico, in qualche modo, salva da "da eccessi di ideologia dei principi".¹⁶¹ Qui si ritiene che la sussidiarietà penale possa essere costruita come un principio, *id est* una norma dalla portata precettiva, volto ad orientare e l'azione (del legislatore) e il giudizio (dell'interprete e della Corte costituzionale), *de iure condendo* giustiziabile. Il principio di sussidiarietà, si è già detto, pretende che l'intervento legislativo in materia penale risulti legittimo, e pertanto giustificato, qualora per la tutela di un dato bene giuridico non risulti già sufficiente il ricorso ad altre alternative di tutela, quale quelle apprestate dal diritto amministrativo e dal diritto privato. Su quali dati, informazioni, conoscenze si basi la scelta del legislatore nell'adozione di uno strumento rispetto all'altro, ad oggi, non è dato sapere.

Adottare, come si ritiene di dover fare, una concezione del principio di sussidiarietà come limite *positivo* significa chiedere al legislatore di fornire degli elementi convincenti in punto di inadeguatezza degli strumenti alternativi di tutela e, quindi, di necessità della sanzione criminale, vuol dire porre l'obbligo di *dimostrare* che lo

¹⁵⁹ In questo senso, G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., 102.

¹⁶⁰ L'espressione è tratta da M. DONINI, *La riforma del codice penale fra politica e cultura giuridica*, cit., 501.

¹⁶¹ M. DONINI, *op. cit.*, 496. L'autore, in tal modo, si fa promotore di una "versione *flessibile, piuttosto che debole*, dell'approccio costituzionalistico "anni-Settanta", perché distingue tra principi e regole: i principi [...] prevedono sfumature, non l'alternativa secca.": *ibidem* (corsivo aggiunto).

strumento sanzionatorio penale sia necessario, di *provare* che altre alternative di tutela risultino insufficienti. Il legislatore, in altri termini, deve dimostrare la sussistenza delle condizioni di rispetto del principio di sussidiarietà.

Così come un giudice non può condannare un individuo senza la prova della sua responsabilità penale, allo stesso modo il legislatore non dovrebbe criminalizzare una particolare condotta senza produrre argomenti circa la necessità della criminalizzazione¹⁶²: lo pretende la presunzione di libertà accolta nel nostro impianto costituzionale.

Almeno due contro obiezioni, se ne è consapevoli, si stagliano contro questo argomento: a) il legislatore non è tenuto a fornire ragioni perché la legge stessa, frutto del dibattito parlamentare, è espressione di razionalità democratica. Il legislatore, si potrebbe ancora dire, non è tenuto a fornire ragioni, l'unico limite al suo agire essendo un limite di ordine negativo: non deve essere irragionevole, non deve essere arbitrario; b) perché mai il legislatore dovrebbe ricorrere al supporto di verificazioni empiriche solo in ambito penale? Perché non pretendere *sempre* questo vincolo procedimentale?

A questi interrogativi si cercherà di dare risposta nel corso della seconda parte cui, pertanto, non può che rinviarsi. Qui, per ora, ci si limiterà a dire che la sussidiarietà è un principio *metodologico*, volto a disciplinare il comportamento degli organi legislativi nella produzione normativa penale, vale a dire l'*attività legislativa* (sul rapporto tra atto e attività nel sindacato di costituzionalità v. Parte II, Cap. II § 3).

È principio posto a garanzia dei metodi e dei criteri procedurali adottati dal legislatore nella scelta di criminalizzazione allo scopo di garantire la razionalità della decisione; è volto a guidare il legislatore, prima, e la Corte costituzionale poi, nell'adozione di metodi della produzione legislativa propri di una *democrazia costituzionale* (e non semplicemente di una *democrazia*). Si tratta, in altri termini, di un principio *sulla produzione* normativa penale che attiene al rispetto di regole proprie di un sistema *realmente democratico* nell'adozione delle decisioni (sul rapporto tra procedura, democrazia e valori costituzionali v. Parte II).

Come si avrà modo di dire più approfonditamente in seguito, è un principio che impone il rispetto della dialettica nella formazione della legge, che non è mai pura

¹⁶² In questi termini, N. JAREBORG, *Criminalization as Last Resort (Ultima Ratio)*, 2 Ohio St. J. Crim. L. 521, 531

voluntas, dovendo essere anche *ratio* : ecco in che senso lo si può definire quale principio *procedurale*¹⁶³ (sul rapporto tra *ratio* e *voluntas* v. Parte II, Introduzione). Rendere vincolante la sussidiarietà vuol dire esigere che il legislatore trovi (abbia) ragioni e spieghi le ragioni delle sue scelte: ritenere inesistente tale vincolo equivale a dire che si accettano le scelte di criminalizzazione perché così *vogliono* i parlamentari (o i membri del governo). Alla luce delle considerazioni che si presenteranno più estesamente in seguito questa concezione della legge non è (più) ammissibile, quantomeno quando ad essere coinvolti e potenzialmente incisi sono diritti fondamentali quali la libertà personale:

“To the extent that we live in a social/liberal/conservative-democratic Rechtsstaat, we are not any longer allowed to use criminal punishment just because we want it [...]. The basic reason for this is that punishment involves hard treatment, inflicting harm that is often serious. Given that a state organization is justified only if it is largely to the advantage of the citizens, a punishment system and its design and contents must be justified by reference to convincing, rational (moral) reasons, including reasons that refer to some notion of the common good.”¹⁶⁴

Il legislatore penale deve condurre una valutazione comparativa delle diverse alternative di tutela di un bene, raffrontando le opzioni possibili anche sulla base della valutazione di fatti, di dati, di conoscenze empiriche. In tal modo, il principio, imponendo il rinvio ai dati dell'empiria e del sapere non giuridico-normativo, può svolgere un ruolo cruciale in un moderno diritto penale costituzionale, perché posto a garanzia, come detto, dell'effettività della dialettica democratica: perché la democrazia anche in ciò risiede, e non solo nella conformità ai valori e agli scopi.¹⁶⁵ Ecco, allora, in che senso può dirsi che il principio di sussidiarietà svolge una *funzione ponte* tra la politica criminale e il diritto penale, ponendosi, al contempo, quale principio guida della prima e condizione di legittimità del secondo che, in

¹⁶³ Il principio di sussidiarietà è inteso quale principio procedurale perché “indica il percorso argomentativo che l'autorità decidente deve compiere per giungere all'applicazione del principio”: G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà nel diritto pubblico e nel diritto penale, principio di legalità, riserva di legge*, in G. INSOLERA (a cura di), *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, Bologna, 2005, 109.

¹⁶⁴ In questo stesso senso: N. JAREBORG, *Criminalization as Last Resort (Ultima Ratio)*, cit., 522.

¹⁶⁵ “Si avverte la sensazione che ci si muova sempre entro una dimensione “idealistica” dove il diritto è uno strumento auto poetico, non uno strumento che si modifica secondo le sue reali conseguenze applicative. Orbene, io ritengo che appartenga al “metodo democratico” una apertura alla realtà maggiore, una maggior compromissione dei suoi argomenti e delle sue soluzioni con l'output degli effetti che ne derivano. Un orientamento ‘reale’ alle conseguenze, quindi.”: M. DONINI, *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto tra diritto penale e politica*, in M. DONINI, *Alla ricerca di un disegno*, Padova, 2003, 25.

quanto costituzionalmente fondato, fa della tutela della libertà dell'individuo (e quindi della *giustificazione del potere*) un suo caposaldo.

Come si avrà modo di dire nel prosieguo di questo lavoro, la crisi del funzionamento dei sistemi rappresentativi incide sullo stesso procedimento di formazione della legge (v. Parte II, Cap. I) e modifica la funzione della giurisprudenza costituzionale volta non più solo a sindacare la conformità di una legge rispetto alla carta fondamentale ma sempre più a valutarne la ragionevolezza. Il principio di sussidiarietà in ambito penale verrà qui presentato proprio quale declinazione del principio di ragionevolezza (altrimenti detto principio di razionalità pratica). La ragionevolezza – lo si dirà più estesamente nella Parte II (v. Cap. II) – è concetto che si disancora dai cardini del positivismo legalista. Per rendere tale disancoramento quanto meno traumatico possibile, come è noto, la Corte costituzionale ha ricondotto il concetto a norme costituzionali (su tutte, l'art. 3), inscenando così quello che è stato efficacemente definito nei termini di un 'mascheramento formalistico'.¹⁶⁶ La ragionevolezza può, per ora, essere definita come un controllo di costituzionalità che consiste di più operazioni (altrimenti definiti 'test')¹⁶⁷: il primo, volto a valutare la legittimità delle finalità perseguite dal legislatore; il secondo, si interroga intorno alla congruità dello strumento adottato dal legislatore rispetto al fine da raggiungere; il terzo – che è quello che, a parere di chi scrive, rileva in relazione al principio di sussidiarietà – valuta la possibilità di ulteriori interventi, 'meno costosi', vale a dire 'più rispettosi degli altri interessi in gioco'.¹⁶⁸

Questa, a chi scrive, pare *una delle* possibili vie per far sì che il diritto penale come *extrema ratio* non si limiti ad essere uno slogan ma diventi un progetto reale.¹⁶⁹

L'alternativa – pur sempre possibile – è la rassegnazione¹⁷⁰ allo stato delle cose o,

¹⁶⁶ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., 228. Che la Corte, di fatto, ricorra ad elementi extranormativi pare evidente se solo si leggono alcune delle più celebri sentenze in cui il criterio viene richiamato (si vedano, tra le altre, le sentenze – *ibidem* richiamate – n. 28/1988; nn19 e 421 del 1991; la n. 74/1992; la n. 240/1994; la n.421/1995; la n. 369/1996; la n. 211/1997; la n. 416/2000).

¹⁶⁷ Nota Zagrebelsky che la Corte costituzionale fonda la ragionevolezza 'ma – sembra – senza molta convinzione, sul principio di uguaglianza', G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, 228.

¹⁶⁸ R. BIN, *Capire la Costituzione*, Roma-Bari, 2002, 106.

¹⁶⁹ E' questo un chiaro ricorso alle parole di Bricola; v. F. BRICOLA, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative*, cit., 24.

¹⁷⁰ Di 'rassegnazione', bersaglio di una più che condivisibile critica, parla Donini riferendosi a chi "proclama il principio di sussidiarietà e nello stesso tempo 'valorizza' i reati di pericolo astratto e una differenza quantitativa fra il 'penale' e l' 'amministrativo', *senza* ricercare le soluzioni per comporre l'insopportabile contraddizione: se il penale è *sussidiario* all'amministrativo (e al 'civile'), allora devono esistere o essere elaborate le condizioni di legittimità della presenza larga e ingombrante di

per adottare il linguaggio della riflessione anglosassone, una resa di fronte alla c.d. *'historical contingency thesis'* (altrimenti nota come tesi dell' *unprincipled criminal law*).¹⁷¹

In breve, avviandoci alla conclusione di questo primo capitolo, può dirsi che il principio di sussidiarietà è posto a tutela della concezione costituzionale dei rapporti tra individuo e Stato, tra diritti di libertà e autorità. Se aveva senso nelle monarchie costituzionali (sistemi in cui la legittimazione del Potere non derivava dal popolo) che libertà e autorità “si guardassero in cagnesco”¹⁷², in un sistema democratico il rapporto tra l'una e l'altra è modificato, la libertà non rappresentando più un momento di difesa dall'autorità: “di esse [delle libertà individuali] la democrazia ha bisogno per respirare, ossia per vivere.”¹⁷³

Con le parole che Bobbio già nel 1964 pronunciava relativamente ai diritti umani, si sente qui di poter dire che il problema di fondo relativo alle libertà, oggi, non sta solo nel saperle giustificare, quanto, piuttosto, nel saperle proteggere nella consapevolezza che “[l]a libertà bisogna non solo conquistarcela, e ancora non solo difenderla, ma riconquistarla ogni giorno. La libertà regalata non è rispettata da nessuno, e neppure da coloro stessi a cui è largita.”¹⁷⁴

uno spazio condominiale, di una «zona franca» tra i due ordinamenti, che in Italia non è peraltro circoscritta alle sole contravvenzioni. Quella zona franca, infatti, è il segnale inequivocabile di una irrealizzata sussidiarietà.”: M. DONINI, *Teoria del reato* (1996), cit., 134.

¹⁷¹ Così A. ASHWORTH, *Is the Criminal Law a Lost Cause?*, in *116 Law Quarterly Review*, 2000, 226.

¹⁷² P. CALAMANDREI, *L'avvenire dei diritti di libertà*, in P. CALAMANDREI, *Costruire la democrazia*, Firenze, 1995, 121.

¹⁷³ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 122.

¹⁷⁴ F. RUFFINI, *Diritti di libertà* (1925), Firenze, 1975, 154. La riflessione mutuata da Bobbio è tratta da N. BOBBIO, *Sul fondamento dei diritti dell'uomo*, cit., 16.

CAPITOLO SECONDO

IL REALE DEL DIRITTO PENALE: L'OVERCRIMINALIZATION.

1. *Overcriminalization* in Italia e negli Stati Uniti d'America; 2. Cenni sulle conseguenze dell'inflazione penale.

I. *Overcriminalization in Italia e negli Stati Uniti d'America.*

“If the central argument of this book is correct, injustice is pervasive throughout the criminal domain. I have tried to maintain a sober and academic tone in describing this sorry state of affairs. Still, I can barely conceal my outrage about what I believe to be an injustice of monstrous proportions. The quality of a criminal justice system is an important measure of the value of a political community. Apart from waging war, no decision made by the state is more significant than its judgment about what conduct should be proscribed and how severely to punish it.”
Douglas Husak¹

Se il capitolo precedente ha inteso presentare il principio di *extrema ratio*, questo secondo capitolo mira, piuttosto, a descrivere le caratteristiche di quel fenomeno noto come *overcriminalization* o inflazione penale, che, nel ‘mondo esterno’ alla riflessione e alle aspirazioni dei giuristi (*id est*, nella realtà) rappresenta (e realizza) l’antitesi della sussidiarietà.

Mentre il diritto penale ‘ideale’ (quello delle norme costituzionali, dei manuali e dei giuristi) si ispira al diritto penale classico delineato dal pensiero illuminista, il diritto penale ‘attuale’, italiano ma non solo, pare invece aver assunto quale modello paradigmatico il diritto penale statunitense. Il fenomeno dell’*overcriminalization* statunitense² – vero e proprio “abuse of the supreme force of a criminal justice system”³ – pare conoscere dimensioni pressoché ormai ingestibili, il governo della

¹ D. HUSAK, *Overcriminalization. The Limits of Criminal Law*, 2008, VII.

² Il fenomeno, invero, è conosciuto anche in altri sistemi, quali, ad esempio, quello inglese, che conta ormai oltre 8000 fattispecie incriminatrici, la maggior parte delle quali introdotte negli ultimi 150 anni. Anche nel sistema inglese, di fronte ai più svariati problemi, la reazione più ‘naturale’ e ‘appropriata’ della politica sembra essere il diritto penale. Da ciò quella che Ashworth definisce “[an] unprincipled and chaotic construction of the criminal law”, in A. ASHWORTH, *Is the Criminal Law a Lost Cause?*, in *116 Law Quarterly Review*, 2000, 225. Tale interrogativo (*is the criminal law a lost cause?*), a detta dell’autore inglese, se rivolto al legislatore, non può che ricevere una risposta negativa, rappresentando, al contrario, il diritto penale non già ‘a lost cause’ quanto lo strumento primo cui i politici ricorrono per mostrare di prendere sul serio i problemi ‘della gente’. Se quello stesso interrogativo viene invece rivolto a chi si pone nella prospettiva dei principi del diritto penale liberale, la tentazione di rispondere con un secco ‘sì’ si fa pressante.

³ E. LUNA, *The Overcriminalization Phenomenon*, in *54 Am. U.L. Rev.* 703, (2005), 716.

cosa pubblica attraverso il diritto penale non sembrando conoscere restrizioni di sorta (sul punto si tornerà a breve). A riguardo è stato autorevolmente ed eloquentemente sottolineato che “American criminal law’s historical development has borne no relation to any plausible normative theory, [...] *unless ‘more’ counts as a normative theory.*”⁴

In una battuta, potrebbe dirsi che il diritto penale attuale è non già ‘un diritto penale della libertà’ ma ‘un diritto penale del *more*’, sempre più spesso aggettivato, non a caso, come ‘ipertrofico e inflazionato’.⁵

La messe di dati in materia di inflazione normativa penale relativa allo scenario italiano, se confrontata con i dati disponibili relativi alla realtà statunitense di cui si dirà di qui a poco, pone in una situazione disagiata chi decide di occuparsi del tema, perché ingenera il timore di condurre una riflessione su una realtà delineata con i tratti di un abbozzo più che fotografata con il dettaglio di un grandangolo (la storica e cronica assenza di dati non ha comunque impedito che, come si è visto nel capitolo precedente, pressoché unanime sia stato il coro di denuncia dell’Accademia italiana verso il fenomeno dell’inflazione penale).

Non di rado si è costretti a constatare che chi conduce riflessioni sul tema presenta informazioni che appaiono generiche e che non sembrano essere supportate da dati particolarmente precisi. Si consideri, ad esempio, la Relazione sull’amministrazione della giustizia del 2005, presentata dall’allora Procuratore Generale della Repubblica presso la Corte di Cassazione, dott. Francesco Favara, in occasione

⁴ W.J. STUNTZ., *The Pathological Politics of Criminal Law*, December, *100 Mich L. Rev.* 505, (2001), 508 (corsivo aggiunto).

Significativamente, nel panorama italiano si rinviene una coincidenza con il linguaggio di Stuntz, in chi scrive che il principio di sussidiarietà impone “la liberazione dal «troppo» e dal «vano»”: S. BONINI, *Fattispecie «complementari» inutile «doppione» di norme penali più generali?*, in M. DONINI (a cura di), *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare*, Milano, 2003, 268.

Per un’analisi della più recente storia del diritto penale statunitense v. H. S. KADISH, *Fifty Years of Criminal Law: An Opinionated Review*, in *87 Calif. L. Rev.* 943, (1999). L’autore in tale saggio mette a fuoco gli aspetti cruciali di questa storia – individuando, tra gli altri: la promulgazione nel 1962 del *Modern Penal Code*; la persistenza di ipotesi di *strict liability* e il correlato fallimento della Corte Suprema nel riconoscere la necessità costituzionale del principio di colpevolezza; l’espansione del diritto penale federale; l’abbandono delle politiche di riabilitazione verso pene più severe e retributiviste. E nello stesso scritto Kadish non manca di precisare: “For in the end it is the substantive law that bond and channels the exercise of state power to condemn and punish individuals. An enlightened substantive law does not guarantee justice; it will not by itself foreclose the brutal, unfair, and incompetent administration of the laws. But a grossly defective substantive law invites all these evils”: *ibidem*, 946.

⁵ Tra gli altri, G. FIANDACA, *Relazione introduttiva* al Convegno nazionale promosso dal Centro studi giuridici e sociali Cesare Terranova, svoltosi a Palermo nei giorni 7-10 novembre 1991, in *Verso un nuovo codice penale*, Milano, 1993, 7.

dell'inaugurazione dell'anno giudiziario 2005.⁶ Il dott. Favara dedica un intero paragrafo alla 'ipercriminalizzazione', ricompresa tra 'i mali indotti' del processo penale.⁷ Il primo di questi mali viene rintracciato in quelle pluridecennali 'politiche criminali' volte ad occuparsi della sola repressione e non già, come avrebbero dovuto, della prevenzione; “[a]lla crescita delle aspettative sociali di sicurezza si è risposto con la ipercriminalizzazione. Una legislazione penale ritorsiva – queste le parole del Presidente Favara – è servita a bilanciare il senso di insicurezza collettiva.”

Queste considerazioni, che pur si condividono, non sono però supportate da alcun dato. Vano, del resto, si è rivelato il tentativo di spulciare le tabelle riportate negli allegati alla Relazione stessa. Non resta che fidarsi.⁸

A tale cronica deficienza ha meritoriamente posto rimedio la ricerca MURST su “La riforma della legislazione penale complementare” svolta dalle Università di Macerata, Teramo e Bologna e da cui è risultato che le fattispecie incriminatrici nel sistema italiano, alla data del 31 dicembre 1999, possono essere stimate nel numero di 5431 fuori dal codice penale, 84% dalla quali è di natura contravvenzionale.⁹

Da tale indagine emerge che se i dati relativi ai soggetti condannati e ai soggetti condannati effettivamente carcerizzati rientrano nella media degli altri Paesi europei (e analogamente è a dirsi per la lunghezza media delle pene e la tipologia degli illeciti puniti), i dati, invece, relativi alla c.d. 'penalità simbolica' conferiscono all'Italia un singolare primato.¹⁰

⁶ Roma, 11 gennaio 2005. La relazione è disponibile all'indirizzo <http://www.cortedicassazione.it/DocumentiPrimaPag/InaugurazioneAG/InaugurazioneAG.asp?Anno=2005>. Le Relazioni degli anni successivi non fanno cenno al fenomeno di cui si va dicendo.

⁷ *Relazione sull'amministrazione della giustizia - 2005*, cit., 44.

⁸ Lo scoramento non fa dimenticare a chi scrive che la raccolta di dati di cui si lamenta l'assenza è possibile solo grazie a ingenti finanziamenti. Del resto, come si vedrà, negli Stati Uniti sono spesso i privati a finanziare ricerche di questo tipo.

⁹ Questo dato è riportato in M. DONINI, *Per un codice penale delle mille incriminazioni: progetto di depenalizzazione in un quadro del "sistema"*, in M. DONINI, *Alla ricerca di un disegno*, Padova, 2003, 233.

¹⁰ Il punto è evidenziato da G. INSOLERA, M. PAVARINI, *Quale ordine al disordine penale?*, in M. DONINI (a cura di), *La riforma della legislazione penale complementare*, Padova, 2000, 66.

Di impiego “incongruo o addirittura smodato della sanzione penale” “spesso in chiave opportunistico-simbolica” parla Fiandaca in G. FIANDACA, *La legalità penale negli equilibri del sistema politico-costituzionale*, in *Foro it.*, 2000, V, 137.

Sul tema del diritto penale simbolico si rimanda a S. BONINI, *Quali spazi per una funzione simbolica del diritto penale?*, in *L'Indice penale*, 2003, 491; ID., *Doping e diritto penale*, Padova, 2006 (72-86); ID., *La tutela penale dell'euro: quali aspetti simbolici (in rapporto ai prioritari aspetti strumentali)*, in A. BERNARDI (a cura di), *La tutela dell'euro. Teoria e prassi*, Padova, 2005, 159.

Il fenomeno inflazionistico, riscontrabile particolarmente nella legislazione c.d. speciale¹¹ e che non disdegna una produzione normativa di tipo bagatellare¹², trova radice in una pluralità di cause, di cui si dirà nel capitolo successivo. Qui può anticiparsi che all’espandersi delle funzioni dello Stato è coinciso l’aumento del controllo penale, con un sempre più frequente abuso dello strumento penale che ha portato, tra l’altro, all’aumento dei c.d. reati artificiali¹³, oltre che ad una crescente amministrativizzazione di un diritto penale ormai sempre più posto a tutela di funzioni.¹⁴

Si è detto poc’anzi che il diritto penale attuale pare aver assunto come modello il diritto penale statunitense, più che il diritto penale delineato dal pensiero liberale classico. È necessario ora esplicitare il senso di tale affermazione, provvedendo a descrivere, sia pur in modo abbozzato, alcune caratteristiche di tale sistema nel suo pratico operare.

Non può nascondersi che l’ingenuo il quale decide di avventurarsi per i meandri della normativa penale statunitense, fin da subito, si ritrova ad assistere all’inarrestabile propagarsi di una pestilenza, che si espande generando una nebbia kafkiana, e che si sostiene e rigenera grazie ad un labirinto di parole che pare farsi rovo (e che arrovela). Il corpo delle norme incriminatrici negli Stati Uniti ha raggiunto

¹¹ Il fenomeno è noto, anche in ambito penale, come “decodificazione”. Sul tema v., tra gli altri, M. DONINI, *Per un codice penale di mille incriminazioni: progetto di depenalizzazione in un quadro del “sistema”*, cit.; G. FIANDACA, *In tema di rapporti tra codice e legislazione penale complementare*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 137; C. E. PALIERO, «Minima non curat praetor». *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985, cap. II.

¹² Questo tipo di produzione normativa ha contribuito “a legittimare senza ombra di dubbio l’immagine e la fama di una schizofrenia legislativa indecorosa ed indegna della funzione parlamentare.”: E. MUSCO, *L’illusione penalistica*, Milano, 2004, 171.

¹³ Sul tema si rinvia a A. VALLINI, *Antiche e nuove tensioni tra colpevolezza e diritto penale artificiale*, Torino, 2003. Scrive l’autore: “Alla fine, viene ad emergere un sistema punitivo che solo residualmente pone attenzione ad atteggiamenti di eccezionale ed intollerabile disvalore, caratterizzati da una significativa direzione offensiva della condotta e da una corrispondente “antisocialità” dei requisiti soggettivi. [...] Il diritto penale, nel suo nucleo a conti fatti più ampio e significativo, si discosta insomma quanto mai dai bisogni di protezione essenziali del “civil consesso”, per allacciarsi invece a logiche gestionali relative a cangianti contingenze politico-economiche, coordinate in gran parte da istituzioni amministrative del *Welfare State*. In altre parole, il sistema penale diviene – rispetto alla più diffusa “sensibilità” sociale in materia di “meritevolezza di pena” – sempre più distante, sempre più *artificiale*, derivando da tutt’altro tipo di scelte, di natura latamente politico-economica”: *ibidem*, 5.

¹⁴ Sulla tutela di funzioni v., tra gli altri, A. VALLINI, *Antiche e nuove tensioni tra colpevolezza e diritto penale artificiale*, cit., cap. V; S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, Napoli, 1997, 29-37.

I riflessi di tale fenomeno sulla struttura del fatto sono particolarmente incisivi; basti pensare ad un affievolirsi del ruolo dell’evento. Tali pur importantissimi aspetti non saranno oggetto di analisi in questo lavoro.

dimensioni di tale enormità da rendere pressoché impossibile una enumerazione ed elencazione precisa.¹⁵

Si pensi che la *American Bar Association's Task Force* che nel 1998 svolse un'indagine sui crimini federali (preme precizarlo: sui *solli* crimini federali), persa nel mare magnum delle 27.000 e più pagine dell'*U.S. Code*, si ritrovò costretta ad ammettere: "So large is the present body of federal criminal law that there is no conveniently accessible, complete list of federal crimes."¹⁶ Un gruppo di esperti, dunque, non è stato in grado di *individuare* tutte le condotte punibili penalmente negli Stati Uniti in base al *solo* diritto penale federale.¹⁷

Il fenomeno dell'inflazione penale – in cui è stato ravvisato uno dei maggiori aspetti di debolezza della democrazia degli Stati Uniti¹⁸ – suscita un vivo interesse nell'accademia statunitense¹⁹ perché solleva una serie di questioni di non poco peso che vanno dalla criminalizzazione di condotte che dovrebbero essere regolate dalla morale individuale, alla criminalizzazione di condotte dalla lieve offensività²⁰, ai problemi legati all'aumento esponenziale della legislazione penale federale senza sottacere, da ultimo, il tema delle conseguenze legate al fenomeno (quale, su tutte, l'aumento del tasso di incarcerazione).

Quanto al diritto penale *statale*²¹, senza tema di smentita può dirsi che la legislazione penale dei 50 Stati e del *District of Columbia* si occupa, di fatto, di *ogni possibile*

¹⁵ Il numero complessivo *dovrebbe* aggirarsi intorno alle 300.000 fattispecie. Dato tratto da J. C. COFFEE, *Does 'Unlawful' Mean 'Criminal'?: Reflections on the Disappearing Tort/Crime Distinction in American Law*, 71 B.U.L. Rev. 193.

¹⁶ Task Force on Federalization of Criminal Law, American Bar Association, Criminal Justice Section, *The Federalization of Criminal Law*, 1998. Nello stesso senso, si veda anche il Report dell'indagine J. S. BAKER, JR, *Measuring the Explosive Growth of Federal Crime* e di cui si dirà più avanti.

¹⁷ Si comprenderà come solo apparentemente potrà suonare eccessivo il titolo di un libro curato da G. Healy, *Go Directly to Jail*, il cui sottotitolo recita *The criminalization of almost everything*.

¹⁸ In questo senso, D. K. BROWN, *Democracy and Decriminalization*, in 86 *Texas Law Review*, (2007), ove si legge che "One of the great and intractable weaknesses of American democracy is its inability to create and maintain rational criminal law policy": *ibidem*, 223.

¹⁹ Può ricordarsi, tra gli altri, il Simposio organizzato nel 2004 dalla Heritage Foundation e dalla National Association of Criminal Defence Lawyers (NACDL) in collaborazione con la American University Law Review (gli atti sono disponibili in 54 Am. U.L. Rev. 541).

²⁰ Sul punto si veda, tra gli altri, S. P. GREEN, *Why It's A Crime To Tear the Tag Off a Mattress: Overcriminalization and the Moral Content of Regulatory Offenses*, in 46 *Emory L. J.* 1533, (1997).

²¹ Il numero dei reati statali è enorme. I dati che si vanno a riportare di seguito nel testo (inclusi quelli relativi alle richiamate vicende giudiziarie) sono tratti da pressoché tutti gli articoli citati in questo capitolo; su tutti, si farà qui particolare riferimento a S. BEALE, *The Many Faces of Overcriminalization: From Morals and Mattress Tags to Overfederalization*, 54 *American University Law Review* 747, 2005; E. LUNA, *The Overcriminalization Phenomenon*, in 54 *Am. U.L. Rev.* 703,

campo d'azione dell'agire umano. Innumerevoli sono, ad esempio, le leggi statali che considerano penalmente rilevanti comportamenti che dovrebbero attenere alla sfera esclusiva della morale individuale; esistono, addirittura, leggi che criminalizzano comportamenti tenuti la domenica²². Esistono un gran numero di reati correlati con la morale sessuale (pur considerata dominio della sfera privata); un quarto degli Stati più il *District of Columbia* ha leggi che criminalizzano la fornicazione²³, la convivenza²⁴, l'adulterio²⁵. Anche la prostituzione è un reato²⁶. E per quanto accada di rado, è comunque dato segnalare casi in cui persone sono state perseguite per questi reati (sull'incidenza di tali incriminazioni sull'intero sistema penale *infra*).²⁷

2005; G.HEALY, *Introduction*, in G. HEALY (a cura di), *Go Directly to Jail. The Criminalization of Almost Everything*, Washington, 2004.

²² Tali norme erano originariamente giustificate per garantire l'osservanza religiosa dei riti domenicali, così S. BEALE, *The Many Faces of Overcriminalization: From Morals and Mattress Tags to Overfederalization*, cit., 751. Tra tali norme si ricordano Ala. Code 13A-12-1 (2005) (che proibisce ai bambini, agli apprendisti o ai domestici il lavoro domenicale; la stessa legge vieta di sparare, andare a caccia, giocare a carte; si proibisce, altresì, l'apertura dei negozi, con eccezione delle farmacie); Ala. Code 13A-12-2 (2005) (proibisce l'apertura di mercati e il commercio di beni, incluso il bestiame); Mass. Gen. Laws Ann. ch. 136 57 (West 2005) (proibisce la pratica della caccia la domenica); N.Y. Gen. Bus. Law 9 (McKinney 2005) (limita la vendita di svariati beni a particolari ore della domenica).

²³ Idaho (Idaho Code 18-6603 (Michie 2003)), Illinois (Ill. Comp. Stat. Ann. 5/11-8 (2003)), Massachusetts (Mass. Gen. Laws Ann. ch. 272 18 (West 2003)), Mississippi (Miss. Code. Ann. 97-29-1 (2003)), North Carolina (N.C. Gen. Stat. 14-184 (2003)), North Dakota (N.D. Cent. Code 12.1-20-08 (2003)), South Carolina (S.C. Code Ann. 16-15-60 (Law. Co-op. 2003)), Utah (Utah Code Ann. 76-7-104 (2003)), Virginia (Va. Code Ann. 18.2-344 (Michie 2003)), e West Virginia (W. Va. Code 61-8-3 (2003)) e anche il District of Columbia (D.C. Code Ann. 22-1602 (2001)).

²⁴ Florida (Fla. Stat. Ann. 798.02 (West 2000)) e Michigan (Mich. Comp. Laws Ann. 750.335 (West 2003)).

²⁵ Leggi dell'Alabama (Ala. Code 13A-13-2 (2002)), dell'Arizona (Ariz. Rev. Stat. 13-1408 (2003)), del Colorado (Colo. Rev. Stat. 18-6-501 (2002)), della Florida (Fla. Stat. Ann. 798.01 (West 2003)), della Georgia (Ga. Code Ann. 16-6-19 (2003)), dell'Idaho (Idaho Code 18-6601 (Michie 2003)), dell'Illinois (720 Ill. Comp. Stat. Ann. 5/11-7 (West 2002)), del Kansas (Kan. Stat. Ann. 21-3507 (2001)), del Massachusetts (Mass. Ann. Laws ch. 272, 14 (Law. Co-op. 2003)), del Michigan (Mich. Comp. Laws Ann. 750.30 (West 2003)), del Minnesota (Minn. Stat. Ann. 609.36 (West 2003)), del Mississippi (Miss. Code Ann. 97-29-1 (2003)), del New Hampshire (N.H. Rev. Stat. Ann. 645.3 (2003)), dello Stato di New York (N.Y. Penal Law 255.17 (McKinney 2002)), della North Carolina (N.C. Gen. Stat. 14-184 (2001)), del North Dakota (N.D. Cent. Code 12.1-20-09 (2003)), dell'Oklahoma (Okla. Stat. Ann. tit. 21, 871 (West 2002)), del Rhode Island (R.I. Gen. Laws 11-6-2 (2002)), del South Carolina (S.C. Code Ann. 16-15-60 (Law. Co-op. 2003)), dello Utah (Utah Code Ann. 76-7-103 (2003)), della Virginia (Va. Code Ann. 18.2-365 (Michie 2003)), del West Virginia (W. Va. Code Ann. 61-8-3 (Michie 2003)), del Wisconsin (Wis. Stat. Ann. 944.16 (West Supp. 2002)) e del District of Columbia (D.C. Code Ann. 22-201 (2001)).

²⁶ Tutti gli Stati criminalizzano lo scambio di sesso per denaro, con l'eccezione del Nevada.

²⁷ Per esempio, negli anni '90 del XX sec. Amanda Smisek ed il suo ragazzo sono stato incriminati per 'criminal fornication'. La vicenda ha dell'incredibile: la ragazza, studentessa liceale, fu condannata 6 giorni prima di mettere al mondo suo figlio. Lo stesso *prosecutor* avrebbe perseguito altre 7 ragazze incinte e i loro ragazzi.

Nello stesso torno d'anni, si registrano condanne per adulterio in Connecticut e nel Wisconsin, dove una donna è stata per ciò condannata a due anni di prigione e al pagamento di una multa pari a \$ 10,000.

L'elenco di reati statali la cui previsione suscita non poco sgomento può facilmente sfociare in quella che pare essere niente più che aneddotica: nel Delaware è punita con una pena detentiva fino a 6 mesi la vendita di profumi o lozioni come bevande²⁸; in Alabama, è un reato addestrare un orso affinché impari a fischiare; in Nevada è proibito disturbare una congregazione in preghiera "by engaging in any boisterous or noisy amusement"²⁹; nel Tennessee è proibito cacciare da un aereo³⁰; in Indiana è un crimine colorare uccelli e conigli³¹; il Massachusetts punisce chi spaventa i piccioni nel nido³². E ancora: è un reato sputare in pubblico in Virginia³³; in South Carolina si può essere sanzionati con una pena detentiva fino a tre anni per l'invio di messaggi anonimi indecenti³⁴.

L'ossessione per il controllo di qualsiasi comportamento diviene puro paternalismo quando pretende di sanzionare comportamenti ritenuti viziosi, quali i comportamenti legati al consumo di droghe.

Questa ossessione punitiva non risparmia i minori destinatari di "status offenses", vale a dire crimini commessi tenendo comportamenti che per gli adulti sarebbero leciti; si va dal fare tardi la sera, al fumare o masticare tabacco, bere alcol, avere relazioni sessuali, assentarsi a scuola.³⁵

A livello *federale* sempre più reati si sovrappongono alla disciplina statale, doppiandola, e modificando lo stesso impianto costituzionale che non riconosce al governo centrale una generale competenza in materia criminale ma una competenza limitata ai cd. poteri delegati.³⁶ La Costituzione degli Stati Uniti considera, infatti, la materia penale, essenzialmente, una materia statale e non già federale, come si

²⁸ Del. Code Ann. tit. 4, 901(6) (2001).

²⁹ Nev. Rev. Stat. 201.270(2) (2003).

³⁰ Tenn. Code Ann. 70-4-109(a) (2004).

³¹ Ind. Code 15-2.1-21-13 (1998).

³² Mass. Gen. Laws Ann. ch. 266, 132 (2002).

³³ Va. Code Ann. 18.2-322 (Michie 2004).

³⁴ S.C. Code Ann. 16-15-250 (Law. Co-op. 2003).

³⁵ Questi reati vengono segnalati da C. B. FELD, *Cases and Materials on Juvenile Justice Administration*, 2004, 123-58, 123-58 (2d ed. 2004), citato da E. LUNA, *The Overcriminalization Phenomenon*, cit., 706.

³⁶ Sul tema v. E. CHEMERINSKY, *Constitutional Law: Principles and Policies*, 2006; L. FISCHER, *American Constitutional Law*, Durham, 2001; L. TRIBE, *American Constitutional Law*, New York, 2000. Si veda anche A.H. KURLAND, *First Principles of American Federalism and the Nature of Federal Criminal Jurisdiction*, in *Emory Law Journal* 45 (1996).

Una ferma critica alla federalizzazione del diritto penale negli Stati Uniti viene mossa da G. HEALY, *There Goes the Neighborhood: The Bush-Ashcroft Plan to "Help" Localities Fight Gun Crime*, in GENE HEALY (a cura di.), *Go Directly to Jail. The Criminalization of Almost Everything*, cit.

deduce chiaramente dal disposto dell'art.1, sez. VIII, dell'art.3 e del X Emendamento.³⁷

La competenza federale in materia penale, dunque, ai sensi del testo costituzionale, è estremamente limitata. La ragione di tale limitazione è ben esplicitata negli atti della costituente americana, da cui risulta che l'autorità penale federale era da ritenersi ridotta, essenzialmente, ad *affairs of state international relations*. Scrisse James Madison:

“The powers delegated by the proposed Constitution to the federal government are few and defined. Those which are to remain in the State governments are numerous and indefinite. The former will be exercised principally on external objects, such as war, peace, negotiation, and foreign commerce.[...] The powers reserved to the several states will extend to all objects which, in the ordinary course of affairs, concern the lives, liberties, and properties of the people, and the internal order, improvement, and prosperity of the State.”³⁸

Questo impianto venne incrinato fin dagli albori della storia statunitense, come si è visto nel capitolo precedente ove si è già fatto cenno all'espansione del diritto penale federale. Qui vale ricordare che il primo *Crimes Act* del Congresso (1790) conteneva solo 17 reati.³⁹ Già nel periodo successivo alla Guerra civile il Congresso inizia ad espandere il proprio intervento, e così continua a fare nella seconda metà del 1800 in materia economica (è del 1887 l'*Interstate Commerce Commission Act* e del 1890 lo *Sherman Act*). Dopo l'esperienza del proibizionismo⁴⁰, che segnò un incremento di crimini federali, il processo di federalizzazione penale continuò ad espandersi, grazie soprattutto ad una interpretazione ampia della “commerce clause”⁴¹, ma bisognerà

³⁷ Tra i c.d. *enumerated powers* riconosciuti al Congresso, l'art. 1 sez. VIII ricomprende la competenza “to provide for the punishment of counterfeiting the Securities and current coin of the United States”; la facoltà “to define and punish piracies and felonies committed on the high Seas, and offenses against the law of nations”; l'art. 3 dispone che “The Congress shall have power to declare the punishment of treason” mentre il X Emendamento stabilisce che “the powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people.”

³⁸ Federalist Paper no. 45, in G. W. CAREY, J. MCCLELLAN (a cura di), *The Federalist*, Dubuque, Kendall-Hunt, 1990, 238.

³⁹ Tra questi, il furto di beni di proprietà governativa, tradimento, corruzione di ufficiali federali.

⁴⁰ Il proibizionismo iniziò nel 1919 e si concluse nel 1933.

⁴¹ L'art. 1, sez.VIII della Costituzione USA riconosce al Congresso il potere “to regulate commerce with foreign Nations, and among the several States, and with the Indian Tribes”.

Fin dalla sentenza *Gibbons v. Ogden* (1824), l'interpretazione data alla parola ‘commerce’ è stata estremamente ampia. Il giudice Marshall, in tale decisione, spiega il proprio favore verso una interpretazione estensiva dicendo “It has been said, that these powers ought to be construed strictly. But why they ought to be so construed? Is there one sentence in the constitution which gives

attendere gli anni '70 del secolo scorso perché il processo subisse una vera e propria impennata.

Una delle più gravi tra le recenti violazioni al riparto di competenza in materia penale è rappresentata dal *Project Safe Neighborhood*, un programma di *crime control* voluto dal presidente Bush volto ad aumentare l'intervento federale in materia di *gun-law violations*: "violations" che erano già previste come reati in ben 50 stati.⁴²

Vale notare, con Kadish, quanto risulti paradossale che quegli stessi politici che in materia penale ritengono giustificato l'intervento federale – vista l'importanza *vitale* dell'intervento centrale – sono quegli stessi che, poi, in materia di salute pubblica o di lotta alla povertà diventano dei federalisti convinti.

Il vantaggio politico di questo tipo di atteggiamento è evidente: si ha interesse a far credere alla popolazione di essere dei guerrieri contro il crimine per il bene comune. "What's wrong with this?" – si chiede Kadish.⁴³ Di sbagliato c'è, innanzitutto, un sovvertimento dei valori propri del federalismo statunitense⁴⁴, e una duplicazione dei reati (può forse immaginarsi un interesse meritevole di tutela penale rilevante a livello statale che non sia anche rilevante a livello nazionale?). Duplicazione di reati vuol dire, ovviamente, duplicazione di risorse, visto che il *law enforcement* si sposta a livello federale. Non è dunque un caso se le Corti federali negli anni dal 1980 al 1992 hanno registrato un incremento del 70% in materia penale rispetto al 34% del civile.⁴⁵ Questo significa, in pratica, che le corti federali sono costantemente impegnate ad affrontare casi in materia di droga e armi.

countenance to this rule?" Ciò detto, propone una interpretazione del termine amplissima: "Commerce, undoubtedly, is traffic, but it is something more – it is *intercourse*."

La Corte Suprema ha consolidato nel tempo questa ampia interpretazione che va a legittimare anche sempre più ampi interventi federali in materia penale. In base a questa clausola, così interpretata, pressoché ogni reato potrebbe assumere natura federale. Si vedano sul tema *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549, 566 (1995); *United States v. Morrison*, 529 U.S. 598, 618 (2000); *Gonzales v. Raich*, 545 U.S. 1 (2005).

⁴² G. HEALY, *There Goes the Neighborhood: The Bush-Ashcroft Plan to "Help" Localities Fight Gun Crime*, cit.

⁴³ H. S. KADISH, *The Folly of Overfederalization*, in 46 *Hastings L. J.*, 1995, 1249.

⁴⁴ Individuabili in estrema sintesi nella vicinanza del cittadino con il proprio governo; in un maggior controllo di questo; un generale e nazionale beneficio conseguente "of variation and experimentation", H. S. KADISH, *op. cit.*, 1249.

⁴⁵ Dato tratto da H. S. KADISH, *op. cit.*, 1250. L'autore precisa, comunque, che "[o]f course, this is not to say that there are no areas where federal criminal law is appropriate, only that the fact that certain crimes are committed everywhere in the country does not warrant the enactment of federal criminal laws to deal with them.": *ibidem*.

Nelle parole del giudice Keep (*Southern District of California*):

‘[M]y district [...] spends more than seventy percent of its time on routine drug and gun cases. [...] [My court] is sinking in a mire of criminal cases that has turned it largely into a “police court” where judges are under constant pressure to keep cases moving as fast as possible.’⁴⁶

E il *Chief Justice* Rehnquist, già nei primi anni '90, si è indirizzato al Congresso dicendo:

“ We must decide whether we want the federal courts to spend the majority of their time hearing general criminal cases or whether we want the federal court to occupy their traditional role as a forum for civil disputes on nationally important issues such as commerce, constitutional questions, civil rights and civil liberties”.⁴⁷

Il diritto penale federale in espansione non si occupa più, pertanto, dei crimini tradizionali volti a tutelare beni giuridici di interesse governativo (quali, ad esempio, la *tax fraud*) ma, come risulterà chiaro già dall’abbozzo che qui si va tratteggiando, è ormai soggetta a quella che è stata chiamata la politica del ‘*crime du jour*’⁴⁸: i media si concentrano su un crimine e il governo federale reagisce creando un nuovo crimine federale, anche in presenza di un analogo crimine statale (così è avvenuto, ad esempio, per le mutilazioni genitali femminili).⁴⁹

Questa vertiginosa espansione del diritto penale federale è stata confermata di recente da uno studio commissionato nel 2004 dalla *Federalist Society for Law and Public Policy Studies* con l’intento di verificare il numero di reati e di comparare le

⁴⁶ H. S. KADISH, op.cit., 1250.

⁴⁷ Riportato in H. S. KADISH, op.cit., 1251.

⁴⁸ S. BEALE, *The Many Faces of Overcriminalization: From Morals and Mattress Tags to Overfederalization*, cit., 755.

⁴⁹ Un caso famoso riguarda la vicenda della dottoressa Pamela Basu e del suo bambino. La donna si trovava in macchina con il figlio di soli 20 mesi quando un uomo armato, allo scopo di appropriarsi della macchina, le ordinò di uscire dalla vettura. La donna, ormai fuori dalla macchina, tentò di prendere il figlio ma rimase impigliata nella cintura di sicurezza, venendo così trascinata per più di un miglio dai ladri in fuga che, accortisi della situazione, decisero di liberarsi del corpo impigliato della donna andando a sbattere contro un recinto e decisero altresì di lanciare il bambino in strada. Il bambino non subì alcuna lesione, mentre la madre morì a causa di ferite interne.

L’episodio ebbe una tale risonanza sui media che il governo federale decise di adottare un *federal carjacking statute*, pur nell’assenza di un vuoto normativo che potesse in alcun modo impedire l’imputazione e la condanna dei ladri per i fatti commessi (e infatti furono condannati all’ergastolo per *murder*).

cifre con i dati relativi agli anni precedenti, allo scopo di accertare il tasso di crescita di produzione penale a livello federale⁵⁰.

Come si legge nella relazione redatta da John Baker⁵¹, la ricerca ha confermato le idee diffuse riguardo al fenomeno, in particolare l'idea che il tasso di crescita sia in netto aumento. Più in particolare, sono state rintracciati più di 4000 reati federali (*criminal offenses*) ed è stato calcolato un aumento del 33% dal 1982 al 2000. Se non bastassero i numeri a suscitare allarme, si consideri altresì che molte di queste nuove fattispecie non sono chiare quanto all'elemento soggettivo richiesto: “[u]nclear mens rea requirements, combined with the “explosive” growth in the number of federal crimes enacted since 1970, combine to create an environment of *uncertainty* and *unpredictability* over exactly what acts are criminal.”⁵²

Ma v'è dell'altro (e lo scenario, così, diviene sempre più fosco).

L'autore del *Report* di cui si va dicendo si trova costretto ad ammettere che l'analisi condotta non fornisce, comunque, un resoconto completo dello stato delle cose a livello federale. Sarebbe consolatorio poter pensare che la cosa è da imputarsi a ragioni quali il tempo e le risorse disponibili. Di fronte a dati di tal sorta, e senza possibilità alcuna di poter tirare il fiato (quello del lettore, almeno), Baker scrive: “even if those resources were available, rendering a complete and accurate account encounters serious obstacles. In the course of attempting to understand and explain these obstacles, it became clear that the inability to make an accurate count is the failure of federal law to identify clearly what is a crime as distinguished from a regulatory violation.”

Un interrogativo potrebbe essere ora legittimamente sollevato. Visto che il diritto penale federale non ha mai avuto un *common law* (tutti i reati federali infatti sono *statutory*), da dove deriva la difficoltà di individuarli e, dunque, elencarli? La risposta conduce a considerazioni ben note a chi ha familiarità con il sistema italiano. I problemi della legislazione statunitense non sono diversi da quelli della legislazione

⁵⁰ J. S. BAKER, JR, *Measuring the Explosive Growth of Federal Crime*. Lo studio è consultabile alla pagina http://www.fed-soc.org/doclib/20070404_crimreportfinal.pdf. Si rimanda al Report stesso per la descrizione del metodo seguito nel *conteggio* dei reati e agli *ostacoli* per individuare il numero esatto.

Merita di essere ricordato che questa ricerca è stata preceduta da analisi simili condotte nel 1989, nel 1996 e nel 1998, tutte comprovanti un aumento continuo e incessante dei reati federali fin dal 1970.

⁵¹ J. S. BAKER, JR, *op.cit.*, 3.

⁵² J. S. BAKER, JR, *op.cit.*, 3 (corsivo aggiunto).

italiana, anzi potrebbe dirsi che l'imprecisione, l'indeterminatezza e la confusione siano ben più gravi – 'scattered and complex' è la normazione penale statunitense nelle parole di Baker. Per chiarire la ragione di un giudizio tanto severo, pare sufficiente riportare il testo dell'art. 18 U.S.C. § 2113, rubricato "Bank robbery and incidental crimes". La lettura, vorticoso, lascia interdetti:

(a) Whoever, by force and violence, or by intimidation, takes, or attempts to take, from the person or presence of another, or obtains or attempts to obtain by extortion any property or money or any other thing of value belonging to, or in the care, custody, control, management, or possession of, any bank, credit union, or any savings and loan association; or

Whoever enters or attempts to enter any bank, credit union, or any savings and loan association, or any building used in whole or in part as a bank, credit union, or as a savings and loan association, with intent to commit in such bank, credit union, or in such savings and loan association, or building, or part thereof, so used, any felony affecting such bank, credit union, or such savings and loan association and in violation of any statute of the United States, or any larceny—

Shall be fined under this title or imprisoned not more than twenty years, or both.

(b) Whoever takes and carries away, with intent to steal or purloin, any property or money or any other thing of value exceeding \$1,000 belonging to, or in the care, custody, control, management, or possession of any bank, credit union, or any savings and loan association, shall be fined under this title or imprisoned not more than ten years, or both; or

Whoever takes and carries away, with intent to steal or purloin, any property or money or any other thing of value not exceeding \$1,000 belonging to, or in the care, custody, control, management, or possession of any bank, credit union, or any savings and loan association, shall be fined under this title or imprisoned not more than one year, or both.

(c) Whoever receives, possesses, conceals, stores, barter, sells, or disposes of, any property or money or other thing of value which has been taken or stolen from a bank, credit union, or savings and loan association in violation of subsection (b), knowing the same to be property which has been stolen shall be subject to the punishment provided in subsection (b) for the taker.

(d) Whoever, in committing, or in attempting to commit, any offense defined in subsections (a) and (b) of this section, assaults any person, or puts in jeopardy the life of any person by the use of a dangerous weapon or device, shall be fined under this title or imprisoned not more than twenty-five years, or both.

(e) Whoever, in committing any offense defined in this section, or in avoiding or attempting to avoid apprehension for the commission of such offense, or in freeing himself or attempting to free himself from arrest or confinement for such offense, kills any person, or forces any person to accompany him without the consent of such person, shall be imprisoned not less than ten years, or if death results shall be punished by death or life imprisonment.

(f) As used in this section the term "bank" means any member bank of the Federal Reserve System, and any bank, banking association, trust company, savings bank, or other banking institution organized or operating under the laws of the United States, including a branch or agency of a foreign bank (as such terms are defined in

paragraphs (1) and (3) of section 1(b) of the International Banking Act of 1978), and any institution the deposits of which are insured by the Federal Deposit Insurance Corporation.

(g) As used in this section the term “credit union” means any Federal credit union and any State-chartered credit union the accounts of which are insured by the National Credit Union Administration Board, and any “Federal credit union” as defined in section 2 of the Federal Credit Union Act. The term “State-chartered credit union” includes a credit union chartered under the laws of a State of the United States, the District of Columbia, or any commonwealth, territory, or possession of the United States.

(h) As used in this section, the term “savings and loan association” means—

(1) a Federal savings association or State savings association (as defined in section 3(b) of the Federal Deposit Insurance Act (12 U.S.C. 1813 (b))) having accounts insured by the Federal Deposit Insurance Corporation; and

(2) a corporation described in section 3(b)(1)(C) of the Federal Deposit Insurance Act (12 U.S.C. 1813 (b)(1)(C)) that is operating under the laws of the United States.

2. *Cenni sulle conseguenze dell'overcriminalization.*

“You are probably a federal criminal.”
Alex Kozinski (Ninth Circuit’s Chief Judge)⁵³

Il fenomeno che si è descritto per linee generali nel paragrafo precedente incide in modo severo sul tasso di democraticità di un sistema. Tale incidenza può essere colta se si considera il fenomeno nel suo complesso, evitando di soffermarsi su ipotesi di dettaglio. Soffermarsi, infatti, su una singola fattispecie incriminatrice significa non cogliere la portata dell'*overcriminalization*; si potrebbe facilmente essere indotti a pensare, infatti, che l'adozione di sempre nuovi reati, di fatto poi non perseguiti, possa essere di per sé cosa innocua, se non addirittura positiva (si potrebbe pur sempre ipotizzare che grazie al gran numero di fattispecie incriminatrici la popolazione possa, in qualche modo, *sentirsi* più sicura).⁵⁴

⁵³ A. KOZINSKI, M. TSEYTLIN, *You are (Probably) a Federal Criminal*, in T. LYNCH (a cura di) *In the name of Justice: Leading Experts Reexamine the Classic Article “The Aims of the Criminal Law*, Washington, 2009.

⁵⁴ In questo stesso senso, tra gli altri, Luna, che sottolinea l'importanza di non perdere “the bigger picture” così da comprendere “how government abuses its immense power in each situation as part of an alarming readiness to apply the criminal justice system without limitation throughout the entirety of American life”: E. LUNA, *The Overcriminalization Phenomenon*, cit., 718.

Invero, le conseguenze del fenomeno di cui si va dicendo sono tutt'altro che *innocue*.⁵⁵

Per quanto riguarda specificamente il panorama statunitense, vale ribadire che ogni reato federale espande la giurisdizione federale e per quanto un reato potrebbe anche non essere utilizzato per formulare un capo di imputazione potrebbe pur sempre giustificare e autorizzare una 'search and seizure'⁵⁶. Senza contare che il *prosecutor* vede aumentare sempre più la propria discrezionalità e, dunque, il proprio potere di influenza ('leverage') sulle scelte processuali dell'imputato.⁵⁷

Più in generale, e per quanto concerne anche il sistema italiano, il fenomeno dell'eccesso di criminalizzazione ha come sua immediata conseguenza una sorta di delegittimazione dell'intero sistema penale⁵⁸, sempre più simile ad un "fitto e intricato bosco normativo", il diritto penale fungendo sempre più da "comodo «tappabuchi»", "una sorta di strumento «buono per tutti gli usi» che esonera un legislatore frettoloso, o poco fantasioso o poco coraggioso, dal ricercare strumenti di tutela tecnicamente più sofisticati o più onerosi sul piano socio-economico."⁵⁹ Dal che, si ritiene, deriverebbe un indebolimento della funzione di prevenzione generale.⁶⁰

Appare, poi, fin troppo ovvio che una legislazione pletorica finisca con il minare la funzione del diritto penale di orientare l'agire dei cittadini, sempre più incapaci di percepire il disvalore criminale di una condotta. Il problema della conoscibilità della

⁵⁵ Per un'analisi di tali conseguenze v., in particolare, E. Luna, *The Overcriminalization Phenomenon*, cit.; S. BEALE, *The Many Faces of Overcriminalization: From Morals and Mattress Tags to Overfederalization*, cit.

⁵⁶ Si consideri che le sentenze federali sono generalmente più severe, il che ingenera nel sistema una vera e propria "sentencing disparity". Si consideri altresì che al diritto penale federale si applicano le norme in fatto di *mandatory minimum sentences (stiff penalties)*, e il condannato spesso spende il tempo in prigione in altro stato, lontano da famiglia e amici.

A riguardo ha scritto la Beale: "Even assuming that the selection of cases is not tinged with any bias, prejudice, or other improper factor, the predictable and inevitable disparity in sentencing is deeply problematic. It is the rough equivalent of a penal lottery, where a few unlucky individuals "win" a far harsher term than their fellows." S. BEALE, *op. cit.*, 766.

⁵⁷ Per un'interessante analisi dell'ufficio del *prosecutor* nel sistema statunitense J. SIMON, *Il governo della paura* (2007), Milano, 2008, cap. 2, ove ben si spiega come tale figura costituisce ormai l'archetipo di un nuovo modello di *leadership*.

⁵⁸ G. FIANDACA, *Controllo di razionalità e legislazione penale*, in G. FIANDACA, *Il diritto penale tra legge e giudice*, Padova, 2002, 84. L'autore evidenzia che il fenomeno dell'inflazione penalistica è una delle principali cause di irrazionalità dell'ordinamento penale vigente (le altre vengono rintracciate nell'obsolescenza della legislazione, nella perdita di identità e frammentazione di modelli di diritto penale e nell'utilizzazione opportunistico- simbolica del diritto penale).

⁵⁹ G. FIANDACA, *op.cit.*, 93.

⁶⁰ G. FIANDACA, *op.cit.*, 93.

norma penale va, inevitabilmente, sempre più acutizzandosi. Il rischio a ciò connesso è che il sistema penale si indebolisca ripiegando “come possibile valvola di sfogo o correttivo, su una eccessiva estensione giudiziale in chiave indulgenzialistica dei casi di *ignorantia legis* inevitabile-scusabili.”⁶¹

Un diritto penale inflazionato comporta, inoltre, ed inevitabilmente, che l'imputazione di un reato equivalga alla ventura sfortunata di fungere da capro espiatorio.⁶² E vale quantomeno menzionare le conseguenze nefaste, non quantificabili, su gruppi i più diversi, dagli immigranti (sul tema si tornerà nel capitolo successivo) agli imprenditori.⁶³

Ma v'è un'altra drammatica conseguenza a questo stato di cose. Dalla gran mole di norme esistenti consegue, inevitabilmente, un incremento del tasso di

⁶¹ In questo senso G. FIANDACA, *Relazione introduttiva* al Convegno nazionale promosso dal Centro studi giuridici e sociali Cesare Terranova, cit., 9.

Su questi temi un autorevole costituzionalista ha scritto: “Ora, perché mai l'ipertrofia legislativa si traduce in una diminuzione della capacità regolativa del diritto? In primo luogo perché un diritto sovrabbondante e torrenziale diventa di fatto inconoscibile, è destinato a rimanere ignoto ai suoi destinatari, e rinuncia quindi in partenza alla possibilità di orientarne i comportamenti. [...] In secondo luogo l'ipertrofia legislativa alimenta un sentimento di sfiducia e di sospetto dei cittadini nei confronti del diritto: quel sentimento che Martines chiamava la “disaffezione” alla legge, ma che del resto era stato già individuato da Carnelutti nel 40 (*La crisi del diritto*). In terzo luogo la proliferazione delle norme si traduce in un elenco sterminato di promesse normative che nessuno si cura mai di realizzare, e ovviamente ciò finisce per corrodere l'autorità residua del diritto, amplificando a propria volta la diffidenza dei cittadini nel loro rapporto con le istituzioni.[...] In quarto luogo alla moltiplicazione delle leggi giocoforza corrisponde lo scadimento della loro qualità formale, del vestito che gli si cuce addosso.”: M. AINIS, *L'eclissi della legge*, in U. VINCENTI (a cura di), *Inchiesta sulla legge nell'occidente giuridico*, Torino, 2005, 62, 63, 64, 66.

⁶² In questo senso, tra gli altri, M. DONINI, *La riforma della legislazione penale complementare: il suo valore 'costituente' per la riforma del codice*, in M. DONINI, *Alla ricerca di un disegno*, Padova, 2003, 199.

In questo stesso senso è stato rilevato: “Sotto il profilo della funzionalità del sistema, è chiaro che un'effettività per così dire a macchie di leopardo, cioè concentrata ora qui ora lì in un panorama per il resto caratterizzato da un diffuso deficit applicativo, evoca il sospetto dell'arbitrarietà o quantomeno della casualità dell'intervento punitivo, insidiando così il valore sommo della imparzialità dell'azione giudiziaria e soprattutto inquirente.”: F. PALAZZO, *Riflettendo su trasformazioni e proiezioni nel diritto penale degli anni '90*, in S. CANESTRARI (a cura di), *Il diritto penale alla svolta di fine millennio*, Torino, 1998, 103.

⁶³ Si chiede un giurista statunitense: “What has this done to our corporate crime? The creators of the law will point out how it will increase corporate integrity and create more transparent and sounder-functioning boardrooms across the country. Detractors have stated that it creates expensive reforms that are difficult to shoulder, but even more important, a *paranoid corporate culture* that is constantly looking over its shoulder for the “long arm of the law” and wondering whether a good faith business decision will be interpreted by an ambitious prosecutor as a crime.”, D. THORNBURGH, *Symposium: Corporate, Criminality: Legal, Ethical, and Managerial Implication: The Dangers of Over-Criminalization and the Need for Real Reform: The Dilemma of Artificial Entities and Artificial Crimes*, Fall 2007 44 *Am. Crim. L. Rev.* 1279, 1282 (corsivo aggiunto).

incarcerazione.⁶⁴ Gli Stati Uniti, in fatto di popolazione carceraria, contano il più alto numero di detenuti del mondo occidentale: 2.3 milioni di persone nel 2006 si trovavano in prigione. 726 detenuti ogni 100.000 abitanti⁶⁵. Nel 2008 il tasso di incarcerazione è ulteriormente cresciuto: un cittadino americano su 100 risultava in prigione e ben 7.2 milioni di persone risultavano sottoposte a una qualche forma di controllo penale (quali la *probation* o la *parole*): “non è esagerato affermare che all’inizio del XXI secolo gli Stati Uniti rappresentano la più grande “democrazia punitiva” del mondo contemporaneo.”⁶⁶ Né, vale precisarlo, il fenomeno colpisce solo le classi povere e la popolazione afro-americana. La *middle-class* bianca non è immune a questa sorta di antropofagia. Nel 2004 il numero dei maschi bianchi in prigione era di 465 ogni 100.000 abitanti, il che, se rappresenta 1/7 del tasso relativo ai maschi afroamericani, rappresenta, al contempo, un numero pari a più del doppio del tasso di incarcerazione totale maschile dal 1970.⁶⁷ Allo scopo di rendere il quadro ancora più chiaro, vale riportare quanto scritto da Simon:

“Se l’attuale tendenza dovesse persistere, quasi un americano su quindici nato nel 2001 sarà destinato a trascorrere del tempo in prigione nel corso della sua vita (il 6,6 per cento dei nati in quell’anno). Se le si scompongono in base alla razza e al genere, tali percentuali diventano ancora più sconcertanti: in base alle attuali tendenze, un maschio afroamericano su tre, un latino su sette, e un bianco su diciassette andranno in prigione nel corso della loro vita. Per un afroamericano le probabilità di finire in

⁶⁴ S. MOCCIA, *Aspetti involutivi del sistema penale*, in S. CANESTRARI (a cura di), *Il diritto penale alla svolta di fine millennio*, Torino, 1998.

Scrive l’autore: “Paradossalmente, più il carcere fallisce, più ne aumenta la richiesta. Le ragioni possono essere le più diverse, ma, essenzialmente, ciò si verifica perché è ancora radicato l’equivoco – che la giurisprudenza tendenzialmente asseconda – dell’equazione carcere uguale giustizia, a cui si aggiunge quello secondo cui più dura è la pena, maggiormente si realizza la giustizia. In altre parole, sopravvive una concezione premoderna, ancestrale, teologico-sacrale della giustizia e della pena come espiazione, che si collega immediatamente all’aggressività dell’individuo, ignorando prospettive di solidarietà: essa aggrava più che risolvere i problemi. E’ evidente, allora, che se non si rimuovono le cause profonde di questa concezione primitiva della sanzione penale, è destinato a fallire ogni tentativo di far diffondere nel sentire comune il valore delle garanzie. Non c’è proclamazione costituzionale che tenga, la popolarità delle garanzie resterà sempre bassa, se la cultura giuridica continuerà ad essere, in fondo, logica riduttiva dei mezzi e non scienza, assiologicamente orientata, dei fini.”: *ibidem*, 282.

Per un’analisi delle ragioni dell’ipertrofia carceraria negli Stati Uniti v. E. GRANDE, *Il terzo strike*, Palermo, 2007.

⁶⁵ Il dato è tratto da R. E. BARKOW, *The Political Market for Criminal Justice*, in *104 Mich. L. Rev.*, 2006, 1713.

⁶⁶ A. DE GIORGI, *Introduzione all’edizione italiana* di J. Simon, *Il governo della paura*, Milano, 2008, XII. Il dato relativo al tasso di incarcerazione nel 2008 è tratto da L. LIPTAK, *U.S. imprisons one in 100 adults, report finds*, in *New York Times*, 29 febbraio 2008 ed è citato da De Giorgi nella stessa *Introduzione*.

⁶⁷ Questi dati sono tratti da J. SIMON, *Il governo della paura*, cit., 26.

prigione sono oggi più elevate di quelle di frequentare il college, di sposarsi o di arruolarsi nell'esercito."⁶⁸

Questi dati sono agghiaccianti e rivelano ancor di più la loro drammaticità se si pone mente all'estrema severità del sistema punitivo statunitense che considera quali propri "fiori all'occhiello" le c.d. *supermax prisons*⁶⁹. Si tratta di istituti carcerari in cui è stato introdotto il cosiddetto 'lockdown regime': i detenuti vengono regolarmente rinchiusi nelle loro celle per 23 ore al giorno e, in moltissimi casi, viene loro negata la possibilità di partecipare a programmi di educazione, alla possibilità di fare sport e di incontrarsi con gli altri. Guantanamo (su cui Parte I, Cap. 3, § 4) non è che l'apoteosi dell'ordinaria follia carceraria statunitense.

Si pensi che il *Georgia Department of Corrections* nell'*Annual Report* del 1996, per spiegare la nuova severità per i detenuti, orgogliosamente presentava la decisione di:

"Remove weights and non-athletic recreation equipment from prisons; cease all special leave programs. No solid furloughs; require all inmates to walk 4 ½ miles per day; mark uniforms "state prisoner" or "state probationer"; toughen boot camp programs; cease graduation ceremonies; substitute a cold sandwich for lunch – no hot lunch; change its name from Correctional Institution to Prison."⁷⁰

L'idea che sta dietro un sistema carcerario di tal sorta, come ha scritto Lynch, è quella di un 'waste management approach' alla punizione.⁷¹

Questa mala pianta, a sua volta, produce ulteriori conseguenze nefaste, le c.d. "pene invisibili"⁷², volte a neutralizzare l'individuo, come taluni esempi potranno ben

⁶⁸ J. SIMON, *op.cit.*, 189.

⁶⁹ M. LYNCH, *Supermax meets death row: legal struggles around the new punitiveness in the US*, in J. PRATT, D. BROWN, M. BROWN, S. HALLSWORTH, W. MORRISON, *The New Punitiveness*, Portlan, 2005; si veda altresì C. MATTEI, «*Supermax*», Appendice in E. GRANDE, *Il terzo strike*, Palermo, 2007, 149-157.

⁷⁰ Riportato nell'*Introduction* di J. PRATT, D. BROWN, M. BROWN, S. HALLSWORTH, W. MORRISON, *The New Punitiveness*, cit., XI.

⁷¹ In un recente lavoro, volto a indagare le radici culturali della severità punitiva del sistema statunitense, Whitman addivene alla conclusione che la tendenza a pratiche punitive degradanti derivi dalla mancanza dell' "aristocratic element" nella storia degli Stati Uniti che avrebbe fortemente inciso sullo stesso modo di intendere il concetto di eguaglianza. "Europeans – scrive Whitman – live with the memory of an age of social hierarchy and feel corresponding horror at historically low-status punishments. To tolerate the infliction of degrading punishments, for Europeans, it to tolerate a return to the bad old world of the ancient régime, when ordinary people had to fear flogging, mutilation, and worse. We do not live with memory of that kind in the United States (despite our history of slavery), and the European urge to replace low-status punishments with high-status ones is an urge that we do not feel. We can revive old-style public shaming, for example, without feeling any European qualms: humiliating and degrading offenders, for us, does not smack of social hierarchy: We have not learned to think of humiliation and degradation, in the way that European so, as inegalitarian, practices.": J.Q. WHITMAN, *Harsh Justice*, Oxford e New York, 2003, 11.

mostrare.⁷³ Il *Work Opportunity and Personal Responsibility Reconciliation Act* del 1996 (atto riconducibile alla politica di *welfare* del presidente Clinton) esclude dalla sfera dei destinatari di possibili benefici in materia di assistenza sanitaria, di edilizia popolare e di sussidi di disoccupazione soggetti che siano stati condannati per reati di una certa gravità. Ancora. La maggior parte delle autorità municipali degli Stati Uniti hanno disciplinato la materia dell'assegnazione e gestione degli alloggi popolari stabilendo che tutta una famiglia può essere sfrattata qualora uno dei suoi membri (inquilino nell'appartamento stesso) sia stato condannato per reati connesso allo spaccio di sostanze stupefacenti.

Quanto ai dati italiani, sbalordisce non tanto il numero quanto “le caratteristiche” dei detenuti⁷⁴, visto che ben l'80% è rappresentato da extracomunitari e tossicodipendenti.⁷⁵

Né si possono sottovalutare i costi enormi di tali sistemi. E' stato calcolato che nel 2007, come detto poc'anzi, 2.3 milioni di persone si trovavano *in custody* negli Stati Uniti, con una media annua di costi di 20.674\$ per detenuto (a ciò, ovviamente, vanno aggiunti tutti i costi del sistema penale nel suo insieme).⁷⁶

La follia cui è giunto il sistema è tale che non può non convenirsi con chi sostiene che “[p]aradoxically, overcriminalization is so expensive that the only think keeping our criminal justice system from imploding is its inherent inefficiencies and the existence of (often completely arbitrary) prosecutorial discretion. The taxpayers and our public agencies simply could not support perfect enforcement or anything even close.”⁷⁷

⁷² L'espressione è stata coniata da M. MAUER, M. CHESNEY LIND (a cura di), *Invisible Punishment: The Collateral Consequences of Mass Imprisonment*, New York, 2002.

⁷³ Gli esempi che si vanno a riportare nel testo sono tratti da A. DE GIORGI, *Introduzione all'edizione italiana* di J. SIMON, *Il governo della paura*, cit., XII-XIII.

⁷⁴ L'Italia si colloca infatti tra i Paesi che registrano tassi medio-bassi di incarcerazione, così M. PAVARINI, *La criminalità punita* in L. VIOLANTE (a cura di), *La criminalità*, Storia d'Italia. Annali 12, Torino, 1997, 1027.

⁷⁵ Il dato è tratto da M. DONINI, *La riforma della legislazione penale complementare: il suo significato «costituente» per la riforma del codice*, in M. DONINI (a cura di), *La riforma della legislazione penale complementare*, Padova, 2000, 39.

⁷⁶ Questa media in realtà è stata calcolata nel 1997 dal *Federal Bureau of Prisons*; si ritiene che la media oggi sarebbe molto più alta se aggiornata al tasso di inflazione.

Il dato relativo ai costi medi è tratto da W.R. MAURER, D. MALMSTROM., *The Explosion of the Criminal Law and Its Cost to Individuals, Economic Opportunity, and Society*, The Federalist Society, 2010, consultabile alla pagina http://www.fed-soc.org/publications/pubID.1771/pub_detail.asp

⁷⁷ W. R. MAURER, D. MALMSTROM, MAURER W.R., MALMSTROM D., *The Explosion of the Criminal Law and Its Cost to Individuals, Economic Opportunity, and Society*, cit., 4.

Tale stato delle cose ha portato un professore statunitense a chiedersi, in un celebre articolo, se si può ancora riconoscere una qualche importanza al diritto penale sostanziale. Inquietata (ed inquietante) la risposta:

“Is the criminal law important? I am skeptical. I have come to doubt the relevance of what most of us teach in our courses in criminal law, and of what most of us write when we theorize about the criminal law. [...] I believe that the criminal law is not important because it fails to implement the rule of law. The factors that govern whether or not persons will be punished are not much affected by the content of the statutes we teach and write about. Although we will continue to scrutinize these criminal laws carefully and critically, we should not expect that our efforts will have much impact on the actual practice of criminal justice. [...] I am unable to answer the question that Justice Holmes identified as fundamental to an understanding of the law. According to Holmes, the law consists of “prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious.”¹ [...] [W]e really don’t know much about the fate of drug users and sellers. [...] The *real* criminal law [...] is in the hands of police and prosecutors. [...] So what *really* happens does not much depend on the content of the substantive criminal law. [...] Still, relatively few of us have actually been punished. Why? The answer cannot be that we have not violate the law as written. Clearly, we have been spared through exercise of discretion. That police and prosecutors wield such discretion is nothing new. What is new is the power to arrest and prosecute nearly everyone – a power that derives from the ever-expanding scope of the criminal law as written.”⁷⁸

⁷⁸ D. HUSAK, *Is the Criminal Law Important?*, 1 *Ohio St. J. Crim. L.* 261, 261, 262, 263, 265, 266 e 268.

CAPITOLO TERZO
INTORNO AD UNA DELLE MOLTEPLICI CAUSE DELLA
NOMORREA PENALE:
LA PAURA

1. Biopolitica della paura. *Governing through crime*; 2. La percezione del crimine e la funzione *tranquillante* della criminalizzazione; 3. (...Segue) Paura e sicurezza: l'*espulsione* dello straniero e del terrorista; 4. Un caso emblematico: la legislazione statunitense anti-terrorismo post 11 settembre.

“[I]l diritto penale, come mero dispensatore di pena (pena = male), non contribuisce al progresso della società. [...] Il progresso [...] si fonda su altri fattori cinetici, su altri motori della vita civile, economica e culturale, ai quali lo strumento punitivo può fare solo da supporto.[...] La stessa criminalizzazione [...] non è un progresso. Non lo è mai. La punizione dell’omicidio e della strage non serve al miglioramento della società: serve solo a tacitarne la paura. La loro mancata punizione rifletterebbe una società coraggiosa o temeraria, che pensa di autotutelarsi senza il braccio armato della legge. Poiché quel tipo di coraggio, peraltro, si riscontra solo in civiltà violente o primitive, la riduzione della paura delle vittime verso gli autori resta lo scopo principale del meccanismo punitivo, variamente sublimato nelle diverse funzioni della pena che la tradizione ci ha trasmesso. [...] Anche la punizione di reati artificiali condivide lo stesso destino, visto dal punto di vista dello Stato (anziché della società civile): è sempre la paura (di non riuscire in un programma politico) che muove la scelta punitiva, tanto più irrazionale quanto più si tratti di valori che meritino solo di crescere, anziché rappresentare (forme aggiornate del)le basi più importanti del patto sociale.”
Massimo Donini¹

Nel primo capitolo di questa parte si è cercato di rintracciare nello scorrere dei secoli l’emergere del fenomeno dell’ipertrofia penale, senza, però, in quel contesto, provare ad addentrarsi nell’individuazione delle possibili cause. Il tema – come è ben noto – è stato trattato da diversi esponenti della dottrina italiana ed in particolare da una chiara voce al cui lavoro qui non si può che rinviare.² Altrettanto celebri sono

¹ M. DONINI, *Per un codice penale di mille incriminazioni: progetto di depenalizzazione in un quadro del «sistema»*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 1652 e 1653.

² Ci si riferisce, innanzitutto, al lavoro, ormai considerato un *classico*, di C. E. PALIERO, «Minima non curat praetor». *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985. Qui ci si limiterà ad accennare alle principali cause dell’ipertrofia penale.

Un indubbio rilievo viene riconosciuto al rapporto tra la produzione normativa penale e la nascita dello Stato liberale di diritto positivo, e, quindi, al rapporto tra la stessa e il passaggio allo Stato sociale (o *Welfare State* o *Administrative State*, che dir si voglia), poi. Il passaggio allo Stato di diritto ha generato quello che è stato definito “processo di giurisdizionalizzazione”, processo, questo, che ha visto il giudice penale assumere un ruolo di garanzia nella punizione di fatti precedentemente puniti da organi dell’esecutivo (la frase virgolettata è di C. E. PALIERO, *op. cit.*, 13); tale processo è stato attuato anche per il tramite delle codificazioni (che hanno incluso nel loro corpo tutta la materia contravvenzionale precedentemente attribuita all’autorità di polizia) e portato a compimento con l’adozione nel 1865 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo (L. 20.3.1865, n. 2248,

alcuni studi condotti oltreoceano allo scopo di comprendere le ragioni dell'attuale sistema penale-carcerario degli Stati Uniti, studi, questi, cui parimenti si rinvia.³

Qui si è deciso di soffermarsi, piuttosto, su una sola delle (con)cause del fenomeno dell'*overcriminalization*: la paura. L'intento è di considerare il rapporto tra la paura e il diritto penale (il che significa, di fatto, il rapporto tra paura e sicurezza) da una prospettiva sociologica (§ 1) e cognitiva (§ 2).

allegato E) che all'articolo 2 dispone la devoluzione alla giurisdizione ordinaria di tutte le cause per "contravvenzioni".

Una decisiva spinta propulsiva per una sempre più crescente produzione normativa penale si registra con il passaggio dallo Stato di diritto liberale (con prevalente funzione di 'guardiano') allo Stato sociale (con eminente funzione 'interventista') che, fatalmente – scrive Paliero – è uno "Stato delle leggi", *ibidem*, 26. L'ambito di intervento del diritto penale si amplia con l'ampliarsi delle funzioni e delle aree di intervento del potere pubblico; "in tal modo l'ordinamento finisce con il dettare una disciplina meramente dirigitica, che si esprime in una dettagliata regolamentazione presidiata dalla sanzione penale.", S. MOCCIA, *Aspetti involutivi del sistema penale*, in S. CANESTRARI (a cura di), *Il diritto penale alla svolta di fine millennio*, Torino, 1998, 272.

Il mutamento, peraltro, è generale e non concerne il solo ambito penale. È il "giuridico" ad espandersi, l'inflazione penale rispecchiando "un aspetto della più generale tendenza alla «giuridificazione» di quasi tutti i settori della vita" (G. FIANDACA, E. MUSCO, *Perdita di legittimazione del diritto penale?*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1994, 35.). Sul fenomeno – peraltro, perfettamente riscontrabile anche nel sistema statunitense (v. E. LUNA, *The Overcriminalization Phenomenon*, in *54 Am. U.L. Rev.* 703, (2005), – ha avuto modo di esprimersi la stessa Corte costituzionale nella sentenza n. 369 del 1988 ove si legge: "Lo Stato sociale, aumentando notevolmente la sua incidenza in vari campi d'attività, ripone fiducia, forse eccessiva, nella funzione deterrente e d'orientamento culturale della sanzione penale e finisce così con l'aggiungere a divieti contenutisticamente riferiti alle più svariate materie (appunto previdenziali, tributarie, ecc.) la sanzione penale."

Questo passaggio ha comportato, da un lato, una diversa e più ampia individuazione di beni giuridici da proteggere (non più, quindi, i soli beni-mezzo quali la libertà e il patrimonio ma anche i beni-fine quali l'occupazione o il diritto ad avere un'abitazione); ma anche una diversa concezione del bene giuridico, "da limite garantista a potere punitivo del legislatore [...] il bene giuridico si trasforma [...] in catalizzatore di «nuovi» processi di criminalizzazione, [...]. [I]n ogni caso finisce per estendere, anziché limitare, le figure di reato.": C. E. PALIERO, *Minima non curat praetor. Ipertruffia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, cit., 53.

Quanto alle ulteriori cause, in una rapida carrellata, occorre quanto meno menzionare, oltre alla recente influenza che l'Unione Europea esercita sulle legislazioni nazionali nel momento in cui impone obblighi di protezione di determinati interessi, la risalente influenza esercitata dalla legislazione di guerra che ha inaugurato, da un punto di vista tecnico, una legislazione casistica, di molte leggi-provvedimento; da ultimo, l'utilizzo del diritto penale in funzione promozionale (oltre a PALIERO, v. F. BRICOLA, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative*, in M. DE ACUTIS, G. PALOMBARINI (a cura di), *Funzioni e limiti del diritto penale*, Padova, 1984, 5 e 54; M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale: la democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, 43; E. MUSCO, *L'illusione penalistica*, Milano, 2004, 60-61).

³ Il riferimento è a D. GARLAND, *La cultura del controllo* (2001), Milano, 2004 e a L. WACQUANT, *Parola d'ordine: tolleranza zero. La trasformazione dello stato penale nella società neoliberale* (1999), Milano, 2000. A chi scrive pare di pari importanza un'opera più recente, destinata – v'è da credere – ad essere conosciuta e diffusa tanto quanto le opere appena citate; si tratta di J. SIMON, *Il governo della paura* (2007), Milano, 2008.

1. *Biopolitica della paura. Governing through crime.*

“La politica pubblica e le vite private sono ormai
condizionate intimamente dalla paura; la paura è diventata l’emozione attraverso cui viene
dispensata la vita pubblica.”

Joanna Bourke⁴

Sarebbe riduttivo (oltre che ingenuo) relegare le emozioni alla sfera intima e meramente individuale dell’esperienza umana. E lo sarebbe anche declinare le emozioni, al più, quali emozioni di gruppo o di una società intera. Lo studio delle emozioni, piuttosto, dice qualcosa sulle *relazioni* tra l’individuo e la società, più in generale sulle relazioni di potere: “[le] emozioni portano a negoziare i confini tra il Sé e l’Altro o tra una comunità e un’altra. Allineano gli individui con le comunità. Stando alle parole usate da Sara Ahmed in riferimento all’odio, le emozioni mediano i confini tra lo «spazio corporeo» e lo «spazio sociale».”⁵

Il ruolo centrale della biopolitica nella riflessione filosofica e politologica moderna è aspetto ampiamente studiato e solo se si fosse dotati di tracotante presunzione si potrebbe qui pensare di affrontare adeguatamente il tema in tutta la sua complessità.⁶ La consapevolezza dei propri limiti da parte di chi scrive non impedisce, comunque, di svolgere talune considerazioni intorno a quel capitale politico enorme che è la paura di cui il potere si serve per trasformarlo in ordine e sicurezza. La politica si

⁴ J. BOURKE, *Paura. Una storia culturale*, Bari-Roma, 2007, IX.

⁵ J. BOURKE, *op.cit.*, 358. Le parole virgolettate sono tratte da S. AHMED, *The Organisation of Hate*, in *Law and Critique*, 12.3 (2001), 349.

Per un’introduzione allo studio delle emozioni e in particolare del rapporto tra emozioni e *public policy* v. S.A. BANDES (a cura di), *The passions of law*, New York, 1999; M. LEWIS, J.M. HAVILAND-JONES, L. FELDMAN BARRETT (a cura di), *Handbook of emotions*, New York e London, 2000, Parte IV (dedicata allo studio delle emozioni in *social perspectives*) e Parte VIII (dedicata allo studio di singole emozioni, quali, tra le altre, la paura, la rabbia e il disgusto); M.C. NUSSBAUM, *Upheavals of thought : the intelligence of emotions*, Cambridge, 2003; R. RODOGNO, *Shame, Guilt, and Punishment*, in *Law and Philosophy* (2009) 28:429–464; R. RODOGNO, *Shame and Guilt in Restorative justice*, in *14 Psychology, Public policy and Law*, 142; J. P. TANGNEY, *Recent Advances in the Empirical Study of Shame and Guilt*, in *American Behavioral Scientist* 1995, 38, 1132; G. TAYLOR, *Pride, Shame, and Guilt Emotions of Self-Assessment*, Oxford e New York, 1985; B. WILLIAMS *Shame and necessity*, Berkeley, 1993.

Nello scenario dottrinale italiano sulla valorizzazione del ruolo delle emozioni nel discorso giuridico v. O. DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico?Diritto penale, bioetica e neuroetica*, Torino, 2009.

⁶ Il riferimento primo è ovviamente M. FOUCAULT, *La volontà di sapere. Storia della sessualità*, I (1976), Milano, 1985; ID., *Nascita della biopolitica: corso al Collège de France (1978-1979)*, Milano, 2005. Si deve infatti al filosofo francese l’analisi, nella metà degli anni Settanta del XX secolo, della biopolitica moderna, politica, questa, che vede “la vita non qualificata (zoè) [far] parte dei calcoli espliciti del potere”, P. AMATO, *Antigone e Platone. La “biopolitica” nel pensiero antico*, Milano, 2006, 7. Per uno studio relativo alle ormai molteplici declinazioni del concetto di biopolitica v. AA.VV., *Lessico di biopolitica*, Roma, 2006.

serve della paura e la paura (nel duplice senso di ‘aver paura’ e ‘fare paura’) è meccanismo di produzione politica: ecco in che senso può parlarsi di una “funzione politica della paura”.⁷ La paura incide sulla percezione del mondo e guida il comportamento umano, e lo fa *a prescindere* dalla sussistenza di una *reale* minaccia o pericolo. È questa quella che viene definita “paura derivata” o “di secondo grado” o, ancora, “socialmente e culturalmente riciclata.”⁸ Da questa condizione di paura deriva il *sentimento* di insicurezza e vulnerabilità che si riproduce in un processo di auto-alimentazione che fa *percepire* come presente e vivo il *pericolo* di essere attaccati e minacciati, innanzitutto, nel proprio corpo e nei propri averi; quindi, nella stabilità e affidabilità dell’ordine sociale cui si appartiene; da ultimo, nella posizione occupata nel mondo (sotto il versante religioso, di classe, di genere, identitario più genericamente).⁹

Ciò che caratterizza il meccanismo di funzionamento di questa paura di secondo grado, spiega Bauman, sta nello *sganciamento* della paura dai pericoli:

“Chi è afflitto dal senso di insicurezza e vulnerabilità può interpretare una paura derivata mettendola in relazione a uno qualsiasi dei tre tipi di pericoli, *a prescindere dalle prove del loro rispettivo peso e responsabilità*, e anzi spesso *in contrasto* con esse. Le reazioni difensive o aggressive che ne risultano, *volte ad attenuare la paura*, possono dunque essere indirizzate *altrove* rispetto ai pericoli che sono i veri responsabili della presunzione di insicurezza.”¹⁰

Pur conosciuta nel mondo antico e nella civiltà cristiana¹¹, la paura diviene fattore politico solo con la modernità, di cui, secondo taluno, costituirebbe, addirittura, “il

⁷ In questo senso v. C. GALLI, *La produttività politica della paura. Da Machiavelli a Nietzsche*, in *Filosofia politica*, 1, 2010, 9, cui si rinvia per una riflessione di sintesi e antologica sul tema della biopolitica della paura nella filosofia moderna.

⁸ Z. BAUMAN, *Paura liquida* (2006), Bari-Roma, 2008, 5. Sul punto il sociologo *europeo* (si declina in questi termini la cittadinanza di Bauman sulla scorta di quanto dallo stesso affermato nel prologo di Z. BAUMAN, *Intervista sull’identità* (a cura di B. VECCHI), Bari-Roma, 2003, 3-11) precisa che: “La paura secondaria può essere vista come il sedimento di un’esperienza passata in cui si è dovuta affrontare una minaccia a bruciapelo: sedimento che *sopravvive* a tale esperienza e diventa un fattore importante nel regolare la condotta umana anche quando *non sussiste più* una minaccia diretta alla vita o all’integrità fisica.”: *ibidem* (corsivo aggiunto). Nel paragrafo successivo, là dove si farà ricorso agli strumenti delle scienze cognitive, si tenterà di rintracciare una spiegazione diversa per questa “paura di secondo grado”.

⁹ Per questa elencazione tipologica dei pericoli da cui ci si può sentire minacciati, v. Z. BAUMAN, *Paura liquida*, cit., 6.

¹⁰ Z. BAUMAN, *op.cit.*, 7 (corsivi aggiunti).

¹¹ Per dei rapidi cenni v. M. L. LANZILLO, *Paura. Strategie di governo di una «strana passione»*, in *Filosofia politica*, 1, 2010, 29. Cenni anche in C. GALLI, *La produttività politica della paura. Da Machiavelli a Nietzsche*, cit., 11.

sentimento per eccellenza della modernità politica”¹², la “passione centrale”¹³, come il pensiero di Hobbes e Machiavelli, su tutti, mostrerebbero¹⁴. Se in Machiavelli (che costruisce una vera e propria “semantica del terrore”¹⁵) la funzione della paura è di unire la comunità (in ciò consiste la sua funzione positiva)¹⁶, in Hobbes la paura di tipo orizzontale (di ogni uomo verso l’altro uomo) si fa base del potere e ragione della legge e della forza pubblica, oltre che ragione giustificante il perseguimento di uno stato di sicurezza (interna contro il crimine, esterna contro i nemici).¹⁷

La paura opera quale vibrante fattore politico anche nell’epoca attuale. Di nuovo, la paura diviene risorsa per la politica che, di quella stessa paura intrisa, decide di ricorrere, in modo che pare incessante, al diritto penale e alla sua forza.¹⁸ Lo Stato non si mostra (più?) capace di proteggere i cittadini dai più vari pericoli, soprattutto da quelli che minano quelle sicurezze di cui lo Stato sociale si era fatto promotore e portatore. Decide allora – così pare a chi scrive – di presentarsi (o meglio, *ri-presentarsi*) quale tutore della *sicurezza dell’integrità fisica*, quale *tutore del corpo* (dei *confini* del Sé) e di manipolare e governare tale paura (che i cittadini associano genericamente alla “commissione di reati”, ai “criminali”) rendendola ragione legittimante l’intervento penale *tout court*¹⁹. In altri termini, la paura della morte – di

¹² T. GRECO, *Sicurezza/insicurezza: figure e paradigmi di un dibattito*, in T. GRECO (a cura di), *Dimensioni della sicurezza*, Torino, 2009, 3.

¹³ C. GALLI, *La produttività politica della paura. Da Machiavelli a Nietzsche*, 12.

¹⁴ Scrive Galli: “quella moderna [è] una paura de-etichizzata, individualizzata e secolarizzata, estranea alla vergogna e alla *pietas* e interna invece al potere.”: C. GALLI, *op. cit.*, 13.

¹⁵ L’espressione è di C. GALLI, *op. cit.*, 13.

¹⁶ “La paura in Machiavelli non è [...] semplice manipolazione, né terrore dall’alto che schiaccia i sudditi; è piuttosto interna all’ordine [...] se e quando costituisce un intreccio fra alto e basso, fra spinta disciplinante e attaccamento all’esistenza personale ma soprattutto politica: al cuore di questo intreccio sta la legge comune della città. Il nesso fra paura e unità politica, fra passività e attività, è ribadito nel *Principe* [...]: «gli uomini hanno meno rispetto a offendere uno che si facci amare, che uno che si facci temere; perché l’amore è tenuto da uno vincolo di obbligo, il quale, per essere gli uomini tristi, da ogni occasione di propria utilità è rotto; ma il timore è tenuto da una paura di pena che non ti abbandona mai». Con meravigliosa chiarezza di mente e concisione di lingua Machiavelli fa della paura il cemento dell’unità politica e la garanzia della sua durata oltre le contingenze [...]: C. GALLI, *op. cit.*, 14.

¹⁷ Per una dettagliata analisi delle molteplicità di senso della paura nel *Leviatano* – paura pur sempre fondata sul timore primordiale di morte – si rinvia a C. GALLI, *op. cit.*, 15-19.

Si rinvia allo stesso scritto per un’analisi della paura nel pensiero di Vico, Hegel e Nietzsche.

¹⁸ Sul rapporto tra la paura e il diritto penale nella modernità, v. R. CORNELLI, *Paura della violenza e crisi del sistema penale moderno*, in *Filosofia politica*, 1, 2010, 71.

¹⁹ Per un’analisi della paura correlata alla commissione di crimini violenti (e non genericamente di crimini) ma che diviene “paura del crimine” v. F. E. ZIMRING, G. HAWKINS, *Crime Is Not the Problem*, New York and Oxford, 1997.

nuovo nella storia – si presenta quale stupefacente e portentoso strumento di potere e di governo:

“[Negli anni Novanta del XX secolo] ovunque si verificava una crescita dell’Avvertimento Globale. Ogni giorno venivano lanciati nuovi Avvertimenti Globali a proposito di virus killer, onde killer, droghe killer, iceberg killer, carni killer, vaccini killer, killer killer e ogni altra possibile causa di morte imminente. Dapprima questi Avvertimenti Globali suscitavano spavento, ma dopo un po’ la gente ha cominciato ad affezionarvisi.”²⁰

Tale paura non si limita a legittimare il diritto penale di uno Stato che va sempre più declinandosi quale Stato penale (il fenomeno, lo si è visto, è particolarmente evidente negli Stati Uniti) ma legittima, in senso ancora più ampio, una cultura penale-punitiva, legittima, cioè, nelle parole di Simon, “the exercise of authority [...] by everyone from the president of the United States to the classroom teacher .”²¹ In altri termini, chi agisce per prevenire un crimine (sia esso una pubblica autorità o un’organizzazione privata) agisce in modo legittimo e chiunque agisca *in nome della lotta al crimine* (anche se mosso da altre ragioni) agisce legittimamente. Il crimine diventa, in tal modo, “governmental rationality”. Il *crimine* è la *metafora* che crea consenso e che legittima il potere.²² Il che è come dire che l’epoca attuale si è spinta ben oltre il diritto penale simbolico: il diritto penale sta diventando *il paradigma della legislazione* e del *governo* in uno Stato democratico.

Basti pensare alla regolamentazione scolastica di molti Paesi degli Stati Uniti.²³ Nell’anno scolastico 1996-1997, l’obbligo di registrazione all’ingresso per chiunque varcasse la soglia di un edificio scolastico era previsto dal 96 per cento delle scuole pubbliche; il 22 per cento delle scuole aveva un agente di polizia o comunque un rappresentante delle forze dell’ordine durante l’orario di scuola; il 19 per cento conduceva retate antidroga, il 4 per cento faceva controlli casuali con il *metal detector*, l’uno per cento procedeva a questo tipo di controllo su tutti gli studenti, abitualmente. Da uno studio effettuato nel 2000 risulta che più di tre quarti delle

²⁰ C. BROWN, *1996 and All That*, London, 2005 riportati in *The Guardian Weekend*, 5 novembre 2005, 73 e citati da Z. BAUMAN, *Paura liquida*, cit., 9.

²¹ J. SIMON, *Il governo della paura*, cit., 4. Le considerazioni che si vanno ora a svolgere nel testo, relative al “governo attraverso il crimine” propongono le riflessioni sviluppate da Simon in *Governing through crime*.

²² Per un interessante studio sulla metafora si veda l’ormai celebre lavoro di G. LAKOFF, M. JOHNSON, *Metaphors we live by*, Chicago and London, 1980.

²³ Al tema è dedicato il cap. 7 (275-307) di J. SIMON, *Il governo della paura*, cit., da cui sono tratti i dati che si vanno a riportare nel testo.

scuole pubbliche prevedono corsi, programmi ed esercitazioni in materia di prevenzione. Alcune scuole (e non solo quelle che si trovano in c.d. “zone a rischio”) prevedono la “stanza delle punizioni” quale alternativa alla sospensione dalle lezioni; in tali stanze vengono poste in essere vere e proprie forme di detenzione degli studenti (scrive Simon: “la detenzione occupa oggi lo spazio che una volta era occupato dal colloquio con il preside”²⁴). Nel 1994 è stato adottato un provvedimento nazionale in materia di criminalità nelle scuole, il *Safe Schools Act*²⁵; questo atto, tra l’altro, prevede che per poter accedere ai finanziamenti federali, i distretti scolastici devono munirsi di regolamentazioni scritte in materia disciplinare, con la previsione di procedure per la comminazione di sanzioni, e altresì una regolamentazione per garantire la collaborazione con la polizia e le istituzioni che si occupano di giustizia minorile. Si può concludere sul punto riportando quanto si legge nella segnaletica posta davanti o nei paraggi di molte scuole statunitensi (anche di città o zone benestanti): “Zona scolastica senza droga. Minimo di tre anni di reclusione”, “Vigilanza anticrimine giovanile. Per denunce, chiamare il 757-0514 o rivolgersi al locale dipartimento di polizia.” “In Francia – nota con amarezza Simon – alle scuole è fatto obbligo di esporre le parole “liberté, égalité, fraternité” all’ingresso degli edifici. Negli Stati Uniti, oggi è la criminalità a dominare il passaggio simbolico alla scuola e alla cittadinanza.”²⁶

Le molteplici ragioni che hanno reso possibile questo stato di cose sono state ampiamente analizzate dagli autori già citati in questa parte del lavoro e a cui si rinvia. V’è però un aspetto che chi scrive ritiene necessario quantomeno menzionare, aspetto che è essenziale all’ideologia del *governing through crime*: la creazione di una nuova (ennesima) “identità legislativa idealizzata” dal potere²⁷: la vittima che già Garland aveva definito quale soggetto altamente rappresentativo nell’era contemporanea, la vicenda lesiva relativa ad un singolo rappresentando quella che può riguardare chiunque:

²⁴ J. SIMON, *Il governo della paura*, cit., 297.

²⁵ V. J. SIMON, *op.cit.*, 284 e ss.

²⁶ J. SIMON, *Il governo della paura*, cit., 277. Molto altro vi sarebbe da dire sul tema e su altri di pari interesse (quali quello relativo alla disciplina dei luoghi di lavoro) ma per tanto si rinvia al lavoro di Simon.

²⁷ La costruzione di specifiche identità idealizzate non è certo fenomeno recente; Simon ricorda (e analizza) le figure del piccolo proprietario terriero del XIX secolo, lo schiavo liberato durante la Ricostruzione (1864-1880), il lavoratore industriale dell’inizio del XX secolo, il consumatore dopo la Seconda guerra mondiale e oggi, per l’appunto, la vittima. V. J. SIMON, *op.cit.*, 97-144.

“Le immagini pubbliche delle vittime sono la metafora personalizzata, quotidiana, di un problema di sicurezza che è diventato un tratto tipico della cultura contemporanea, un modo per ricordare che ‘poteva capitare anche a te’ ”.²⁸

Tutti potenzialmente possono essere vittime. Il soggetto paradigmatico non pare essere più il cittadino ma, appunto, la vittima.

Il meccanismo pare funzionare perfettamente nella sua perversione spiraleidea.²⁹

2. La percezione del crimine e la funzione tranquillante della criminalizzazione.

“*Si des Arabes se promènent dans une forêt,
le printemps n’a rien a y voir. Ce ne peut être que pour
assassiner leurs contemporains.*”
Albert Camus³⁰

“*La guerra sarà vinta quando gli americani si sentiranno di nuovo sicuri.*”
Donald Rumsfeld³¹

Uno studio dei primi anni Novanta del secolo scorso rilevò che la prima fonte di preoccupazione per i cittadini degli Stati Uniti era rappresentata dalla paura per il crimine. Nell’arco di un solo quinquennio (1989-1994) la percentuale degli americani che si definivano “veramente disperati” a causa della criminalità passò dal 34 al 62 per cento.³² Altre ricerche registrarono che la maggiore minaccia criminale veniva rintracciata in capo a sconosciuti, pur di fronte a dati oggettivi che rivelavano che solo il 12 per cento degli omicidi e un terzo dei casi registrati di stupro erano stati commessi da sconosciuti.³³

²⁸ D. GARLAND, *La cultura del controllo*, cit., 71

²⁹ Tale meccanismo può rozzamente essere sintetizzato in un pensiero di questo tipo: “Io mi rappresento come vittima – dunque io sono una (potenziale) vittima – i miei interessi (di vittima) devono essere rappresentati e tutelati nelle sedi istituzionali (lo Stato mi deve proteggere) – se anche la legge mi considera vittima potenziale, allora, è vero: io sono una vittima – io stesso devo provvedere alla mia protezione e a quella dei miei beni – tutti noi membri della comunità dobbiamo collaborare perché il livello di protezione sia sempre più elevato.”

Sul meccanismo di auto rappresentazione come vittima, sulla commercializzazione del controllo della criminalità e sulla c.d. strategia della responsabilizzazione v. le opere già citate di Bourke, Simon e Garland.

³⁰ Queste ironiche parole furono scritte da Camus su *Combat* il 10 maggio del 1947 e sono riportate da R. ESCOBAR, *Metamorfosi della paura*, cit., 7.

³¹ La frase di Rumsfeld è riportata in Z. BAUMAN, *Paura liquida*, cit., 127 (enfasi aggiunta).

³² Dati tratti da J. BOURKE, *Paura. Una storia culturale*, cit., 336. Altri studi condotti alla fine degli anni Settanta avevano rivelato che l’85 per cento delle persone anziane aveva paura di uscire la sera o di usare un mezzo di trasporto pubblico, e durante il giorno ben il 90 per cento avrebbe cambiato direzione al solo scopo di evitare di imbattersi in dei ragazzini, *ibidem*.

³³ J. BOURKE, *op. cit.*, 337. Lo stato di paura per il crimine di cui si è appena detto nel testo, comportò un intensificarsi di controlli e sorveglianza su taluni gruppi potenzialmente criminali; al contempo, si chiese alla potenziali vittime una maggiore responsabilizzazione: se il crimine era un rischio del

Non dissimili risultano i dati prodotti da inchieste analoghe condotte in Italia.³⁴ Un sondaggio Doxa del 1999 rivela che il 37% degli italiani ritiene che esista un luogo insicuro vicino (vale a dire in un raggio di 1-2 chilometri) alla propria abitazione, luogo in cui avrebbero paura a camminare da soli la notte (la percentuale è più alta per le donne, 54%). Da una ricerca condotta dal Censis nel 1999 risulta che il 72% del campione si mostra guardingo nei confronti degli sconosciuti, il 68.4% evita di uscire da solo la notte e il 40,6% evita perfino di attraversare da solo certi quartieri e zone della città. Da un'altra indagine condotta dall'Istat nel 1998 alla domanda "Come si sente camminando al buio da soli nella zona in cui vive?", il 40% degli intervistati ha risposto di sentirsi poco o per niente sicuro; la metà degli intervistati ha dichiarato di sentirsi in genere tranquilla, l'altra metà ha dichiarato di evitare certe strade e certe persone a causa della paura.

Si potrebbe pensare che tale fenomeno trovi ragione in dati statistici, vale a dire nella crescita dei fenomeni criminali. Così non è. Il rapporto tra crimine e paura, infatti, non è un rapporto di tipo lineare, i livelli di paura *percepita* variando indipendentemente dal tasso di variazione della criminalità. Assai spesso, anzi, la paura cresce più dei fenomeni criminali.³⁵ Eppure, gli stessi criminologi hanno a lungo considerato la paura per il crimine proporzionata ai "rischi reali" della criminalità; solo di recente si è preso coscienza del fatto che la *percezione del rischio del crimine* deriva, prevalentemente, da fattori soggettivi.³⁶ O meglio, sarebbe preferibile dire da meccanismi cognitivi capaci di spiegare perché il rischio del verificarsi di un crimine (*id est*, di essere vittima di un crimine) è percezione tanto

quotidiano, occorreva adottare le necessarie misure preventive pena contribuire, in modo complice, ad agevolare la commissione di crimini a proprio danno. Da ciò lo sviluppo di un'economia della sicurezza (dalle casseforti ai sistemi di videosorveglianza fino alle carte di credito e ai vetri antiproiettile). Può così comprendersi la ragione della crescita economica esponenziale del settore legato alla sicurezza fin dagli anni Settanta; si pensi che il settore della polizia privata passa da un giro di affari di 3,3 miliardi di dollari del 1969 a un giro da 52 miliardi nel 1991, mentre il mercato dei prodotti legati alla sicurezza raddoppia nel solo quinquennio 1983-1987, e a partire dagli anni Novanta del XX secolo si registra un aumento annuo del 40 per cento. Dati tratti da J. BOURKE, *op. cit.*, 341.

³⁴ I dati che si vanno ora a riportare nel testo (relativi ai sondaggi Doxa 1999, Censis 1999, Istat 1998) sono tratti da G. V. TRAVAINI, *Paura e criminalità*, Milano, 2002, 17-18.

³⁵ Sull'indipendenza del sentimento di insicurezza rispetto alla diffusione della criminalità, si rimanda agli innumerevoli studi richiamati da G. V. TRAVAINI, *Paura e criminalità*, cit., Cap. 1.

³⁶ Il tema della percezione del crimine è da tempo studiato negli Stati Uniti e in Inghilterra, risultando invece ampiamente trascurato in Italia (come in altri Paesi europei). Per un'analisi di questi aspetti v. G. V. TRAVAINI, *op. cit.*, Capitolo 2. La considerazione relativa al maggior tasso di accelerazione dei tassi di paura sui tassi della criminalità è ribadita da Travaini a conclusione del suo lavoro (ricco di dati e tabelle esplicative), *ibidem*, 125.

intensa quanto diffusa in società pur tra loro assai diverse (culturalmente diverse) quale quella statunitense e quella italiana.

Una penalista statunitense, nell'interrogarsi sulle ragioni che inducono la classe politica a considerare il diritto penale la *prima ratio* nella risoluzione di molteplici problemi, ha osservato che

*“Cognitive errors and biases tend to support a one way ratchet toward the enactment of additional crimes and harsher penalties. These include overgeneralization, availability, overconfidence, and biased processing of information. These errors and biases lead people to recall media accounts of serious crimes, to overestimate their frequency, and to jump to the conclusion that additional harsher laws are needed. These flames are fanned by the news media, which has an economic incentive to portray violent crime in news programming as well as entertainment programming. In short, there is a "fear factor" affecting criminal justice policy.”*³⁷

Pur nella sua brevità, questo passo presenta ben otto diversi tipi di errori o “inconvenienti” cognitivi che conseguono a quei meccanismi noti come *heuristics shortcuts*, la cui illustrazione preliminare, per quanto sintetica, appare qui necessaria allo scopo di poter esplicitare al meglio taluni aspetti della *percezione* in generale e quindi della percezione del crimine in particolare.

Nel 2002 Daniel Kahneman riceve il Premio Nobel per l'Economia "for having integrated insights from psychological research into economic science, especially concerning human judgment and decision-making under uncertainty"³⁸. Kahneman e il suo collega Tversky (non più in vita nell'anno di assegnazione del Nobel) sono considerati dei pionieri nello studio della psicologia cognitiva e nello studio delle predizioni in economia; lo studio congiunto della psicologia cognitiva e dell'economia ha consentito loro di accertare l'infondatezza della teoria economica classica, basata sull'assunto che l'*homo oeconomicus* sia mosso da un interesse personale ed egoistico e che nell'adottare una scelta sia guidato da un processo cognitivo di tipo razionale volto alla massimizzazione dell'utilità.³⁹ In particolare, Kahneman e Tversky hanno dimostrato che in situazioni di incertezza il giudizio

³⁷ S.S. BEALE, *The Many Faces of Overcriminalization: From Morals and Mattress Tags to Overfederalization*, 54 *American University Law Review* 747, 2005, 771 (corsivi aggiunti).

³⁸ La frase posta tra virgolette è tratta da http://nobelprize.org/nobel_prizes/economics/laureates/2002/index.html

³⁹ Gli studi di Kahneman e Tversky costituiscono un approfondimento degli studi di Herbert Simon in fatto di razionalità limitata. V. H. SIMON, *A behavioral model of rational choice*, in *Quarterly Journal of Economics*, 1955, 69 (1), 99-118.

umano intraprende ‘scorciatoie euristiche’ (‘heuristic shortcuts’), il pensiero operando secondo modalità ben lontane da quelle descritte dal modello razionale classico⁴⁰ (ben lontane, avrebbe in seguito sostenuto il neuroscienziato Damasio, dalla *errata* concezione cartesiana del pensiero)⁴¹. Sulla base di tali studi, può dirsi che le decisioni adottate in stato di incertezza (si badi, anche decisioni le più banali proprie della quotidianità) sono influenzate da una serie di *heuristic principles* “which reduce the complex tasks of assessing probabilities and predicting values to simpler judgmental operations.”⁴² Tali strategie – proprie del ragionamento intuitivo e di una *bounded rationality*⁴³ – e di cui l’individuo è spesso inconsapevole, consentono pertanto alla mente umana di adottare decisioni e formulare valutazioni grazie a procedimenti semplificati che garantiscono l’efficienza del processo stesso. Tale vantaggio, l’efficienza, coesiste però con una serie di inconvenienti o errori in cui la mente umana può facilmente incorrere, noti come *cognitive biases*. Di ciò (vale a dire della razionalità umana intesa quale *bounded rationality* e dell’incidenza di *cognitive biases* nella formazione di una valutazione), anche la riflessione giuridica, soprattutto oltreoceano, tiene ormai conto.⁴⁴

Qui, ai fini del discorso che si va conducendo sul rapporto tra paura e diritto penale, risultano rilevanti le *heuristics* cui la Beale, pur senza richiamarle espressamente, fa riferimento nella citazione poc’anzi riportata: *representativeness, availability, self-serving feelings (overconfidence bias, confirmatory bias) e hindsight bias*.⁴⁵ In estrema sintesi, può dirsi che l’euristica della rappresentatività (o similarità) opera quando entrano in gioco domande quali “Qual è la probabilità che l’oggetto A

⁴⁰ V. A. TVERSKY, D. KAHNEMAN, *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, in *Science*, New Series, Vol. 185, No. 4157. (Sep. 27, 1974), pp. 1124-1131; D. KAHNEMAN, A. TVERSKY, *Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk*, in *Econometrica*, Vol. 47, No. 2. (Mar., 1979), pp. 263-292. Si veda, altresì, l’interessantissimo lavoro collettaneo D. KAHNEMAN, P. SLOVIC, A. TVERSKY (a cura di), *Judgement under Uncertainty*, Cambridge, 1986.

⁴¹ A. R. DAMASIO, *Descartes’ error: emotion, reason, and the human brain*, New York, 1994.

⁴² A. TVERSKY, D. KAHNEMAN, *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, cit., 1124.

⁴³ La razionalità è limitata non solo dai meccanismi cognitivi cui si è già accennato e di cui si dirà più diffusamente nel testo ma anche nel numero limitato di informazioni disponibili e da condizioni ambientali.

⁴⁴ L’approccio, noto come *Law and Cognitive sciences*, caratterizza il metodo di analisi di importanti progetti di ricerca quale il *Cultural Cognition Project* della Yale Law School, <http://www.culturalcognition.net/>.

⁴⁵ Per un esame dettagliato dei diversi tipi di *cognitive biases* si rinvia, oltre ai lavori già citati nella nota 40, a M. FERRARI, *Risk perception, Culture, and Legal Change*, Farnham e Burlington, 2009, 11-15; C. R. SUNSTEIN, *Il diritto della paura* (2005), Bologna, 2010, 53-72.; C. BONA, B. BAZZANELLA, *L’assegno di mantenimento nella separazione. Un saggio tra diritto e scienze cognitive*, Trento, 2008, 79-97.

appartenga alla classe B?” e “Qual è la probabilità che l’evento A origini dal processo B”? Il calcolo delle probabilità condotto dal soggetto dipenderà da un meccanismo di selezione di una particolare caratteristica di A e dipenderà dal grado in cui A è ritenuto rappresentativo di B.⁴⁶ L’euristica della disponibilità (*availability*), nella definizione di Kahneman e Tversky, consiste nella stima del possibile verificarsi di un evento sulla base della *facilità* con cui episodi analoghi vengono alla mente (le persone tendono così a sovrastimare la frequenza di un evento negativo o di un evento recente o legato ad un’esperienza diretta).⁴⁷ Quanto ai *self-servings feelings*, si tratta, nel caso degli *overconfidence bias*, di meccanismi capaci di far percepire come controllabili i rischi che potrebbero derivare dalle nostre stesse attività, mentre come più probabili di verifica oltre che più pericolosi i rischi derivanti dalle altrui attività; nel caso dei *confirmatory bias*, la percezione del rischio è influenzata nel senso che le informazioni a disposizione sono interpretate in modo tale da confermare le nostre idee. Il punto in comune tra queste due ultime categorie di *biases* risiede nel fatto che “[t]he final result is that, in the case of both forms of bias, we have a distorted perception of the risks we face and, consequently, we may adopt regulatory solutions which are not tuned to the real importance of the threat.”⁴⁸ Gli *hindsight biases* incidono sull’elaborazione delle informazioni in modo tale da far ritenere che certe conseguenze non potranno non portare a certi eventi. Infine, occorre considerare la c.d. *affect heuristic*, da ricondursi, pur essa – così ritiene chi scrive aderendo ad autorevolissimi studi⁴⁹ – alla sfera cognitiva; tale euristica risulta particolarmente rilevante in relazione alle dinamiche giuridiche. È stato rilevato a riguardo che

⁴⁶ A. TVERSKY, D. KAHNEMAN, *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, cit.1124. In tale articolo gli autori dimostrano che il ragionamento intuitivo della rappresentatività non tiene conto delle leggi della probabilità.

⁴⁷ A. TVERSKY, D. KAHNEMAN, *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, cit., 1127.

⁴⁸ M. FERRARI, *Risk perception, Culture, and Legal Change*, cit., 13.

⁴⁹ V. A. DAMASIO, *Descartes' Error: Emotion, Reason, and the Human Brain*, cit., ove l’autore osserva che la sfera razionale difficilmente può essere separata da quella emotiva, del sentire; alterazioni della sfera cerebrale connesse con il sentire, è stato dimostrato, incidono sulla stessa sfera cognitiva del soggetto e sulla sua capacità di *comprendere* ed esprimere valutazioni sul mondo; M.L. FINUCANE, A. ALHAKAMI, P. SLOVIC, S. M. JOHNSON, *The Affect Heuristic in Judgments of Risks and Benefits*, in *Journal of Behavioral Decision Making*, 13, 1, 2000; M. NUSSBAUM, *Upheavals of Thought. The Intelligence of Emotions*, cit.; P. SLOVIC, M. L.FINUCANE, E. PETERS’ D. G. MACGREGOR, *The affect heuristic*, in *European Journal of Operational Research* 177, 2007, 1333.

“The fact that emotions play a role in the way we perceive risk also has important consequences in the realm of the law. It has been demonstrated that when strong emotions are triggered by a given risk, we tend to focus on the worst-case scenario (that is, the realization of the risk), regardless of the probability that such a scenario will occur. It is what [Sunstein] calls “probability neglect”. The most important implication for the law is that people will tend to ask for (overly) strict regulations when such neglect takes places, taking away resources from more efficient uses.”⁵⁰

Gli esempi che potrebbero addursi a riprova dell’incidenza di tali meccanismi nella produzione di consenso intorno ad una legislazione penale potrebbero essere molteplici; basti pensare all’aumento della percezione del rischio del verificarsi di un attacco terroristico dopo l’11 settembre (evento negativo che “facilmente” viene richiamato dalla memoria, anche a causa dell’ossessiva coazione a ripetere delle immagini trasmesse dalle televisioni di tutto il mondo⁵¹); o ancora, si pensi alla convinzione diffusa per cui un aumento del numero della popolazione immigrata comporta un aumento del crimine; più in generale, tutta la produzione penale relativa al c.d. “diritto penale del nemico” a livello cognitivo, trova alimento in (e alimenta a sua volta) meccanismi quali quelli cui si è qui accennato.

In particolare, l’euristica della disponibilità permette di sottoporre ad analisi critica talune delle riflessioni di Bauman (riportate nel paragrafo precedente) che, come già si è detto, considera la “paura secondaria” come sedimento di un’esperienza passata che sopravvive all’esperienza stessa divenendo fattore di regolazione della condotta

⁵⁰ M. FERRARI, *op.cit.*, 21.

Il lavoro di Ferrari già citato ricorre, tra le altre, anche a tale metodologia allo scopo di condurre un’indagine tanto interessante quanto stimolante volta a rintracciare le possibili ragioni che hanno portato tre ordinamenti giuridici – quello USA, quello dell’Unione Europea e quello del Giappone – ad adottare differenti legislazioni in materia di sicurezza alimentare in seguito alla diffusione della BSE (*Bovine Spongiform Encephalopathy*), altrimenti nota come “morbo della mucca pazza”.

⁵¹ Proprio a partire dall’analisi delle immagini dell’attacco alle Twin Towers, uno studio eccelso sul rapporto tra le immagini e la memoria è condotto da M. DINOI, *Lo sguardo e l’evento*, Firenze, 2008. Scrive l’autore: ““Sembrava un film” la reazione che molti hanno riferito a chi li intervistava subito dopo l’attentato al World Trade Center è il segno di un salto epistemologico complessivo avvenuto in poco più di cento anni di storia del cinema. Dal “sembra vero” che stupiva o atterrava gli spettatori della sala allestita dai fratelli Lumière, al “sembra un film” con cui rispondiamo all’evento, qualcosa nella nostra percezione del mondo è profondamente mutata. Nel secondo caso la finzione è pensata come cornice concettuale di riferimento attraverso cui si può eventualmente dare un giudizio di realtà – si ha un pieno intendimento dell’appartenenza dell’evento visto al mondo dei fatti, ma lo si interpreta con gli strumenti che la finzione ci ha fornito, non perché la realtà ha superato quest’ultima in orrore, come si è detto semplicisticamente, ma perché l’evento presenterebbe qualcosa di inassimilabile, una carica traumatica per cui il riferimento alla finzione coincide con il tentativo di interpretarlo e in ultima istanza metabolizzarlo. “Sembrava un film” è dunque una risposta che è insieme principio cognitivo e reazione difensiva. Questa frase implica un posizionamento dei confronti della realtà e della sua rappresentazione, in cui la chiave interpretativa della prima è cercata nella seconda.”: *ibidem*, 54.

(si agisce *come se* la minaccia o il pericolo esperiti fossero ancora presenti). Questa concezione della paura secondaria, alla luce delle considerazioni appena riportate, sembra sottovalutare l'effetto che sulla mente umana (quindi sulla memoria) può avere anche un evento non direttamente vissuto ma di cui si è sentito parlare o che è stato visto fosse anche attraverso uno schermo televisivo. Si sottovaluta, cioè, il carattere performativo del discorso della paura che è un discorso che crea il mondo di cui parla, senza che rilevanza alcuna possa giocare il rapporto tra le parole e il mondo declinato in termini di verità.⁵² E si sottovaluta, forse, anche il ruolo che i *mass media* possono giocare sulla stessa *percezione* della paura che può sconfinare fino a diventare “panico morale”, paura, questa, vissuta da un gruppo di persone che diventano perciò spaventate ed ostili.⁵³

A situazioni di tal sorta l'ordinamento reagisce fornendo ai *cittadini impauriti* pillole tranquillanti di diritto penale, transeunti rimedi generatori, a loro volta, di un meccanismo di produzione di paura che crea ansia e pretende una cura. E il legislatore ritiene, tale cura, di somministrarla garantendo *sicurezza*.

3. (... Segue) *Paura e sicurezza: l'espulsione dello straniero e del terrorista.*

“Solo dieci o quindici anni fa non sarebbe stato logico o naturale discutere di sicurezza e diritto penale avendo in mente la trattazione di questioni “generalissime”. La sicurezza era un argomento circoscritto a singoli settori delle leggi speciali o dell'ordine pubblico.

⁵² Per queste considerazioni v. M. L. LANZILLO, *Paura. Strategie di governo di una «strana passione»*, cit., 31

⁵³ Così J. BOURKE, *Paura. Una storia culturale*, cit., 335.

In tal senso, basterebbe ricordare il caso di isteria collettiva scoppiato il 30 ottobre del 1938. Orson Wells e la sua compagnia teatrale, dalle onde radio della CBS, trasmisero un adattamento di Koch del romanzo di Wells, “La guerra dei mondi”. Oltre un milione di americani quella domenica sera furono convinti di un sbarco marziano nel New Jersey. Le persone, terrorizzate, abbandonarono le loro case, decidendo finanche di mettersi in viaggio verso Ovest. Il panico fu tale che alcuni ascoltatori, in preda ad allucinazioni, dichiararono di aver visto fiamme o di aver percepito il calore proveniente dall'incendio che andava distruggendo la città. La radio, com'è ovvio, giocò un ruolo cruciale nella vicenda; il mezzo radiofonico (che nel 1938 raggiungeva ventisette milioni e mezzo di famiglie americane), al tempo, era considerato il più autorevole dei mass media, gli ascoltatori credevano a quanto trasmesso, si fidavano del mezzo che, al tempo, godeva di una fiducia del pubblico di gran lunga superiore a quella riposta nella carta stampata. Il celeberrimo evento è raccontato fin nei minimi dettagli da J. BOURKE, *ibidem*, 179-189.

Recentemente, l'Osservatorio Europeo sulla Sicurezza ha condotto uno studio sul tema della criminalità e sicurezza nell'informazione intitolato “*Rappresentazione mediatica e percezione sociale*”. I risultati dell'indagine, presentati da I. Diamanti nel corso del Festival dell'Economia di Trento il 5 giugno del 2010, sono ora consultabili alla pagina http://www.demos.it/2010/pdf/1314i_report_-_osservatorio_europeo_sulla_sicurezza.pdf.

Oggi, invece, essa sembra rappresentare il centro delle attenzioni penalistiche dei governi e dell'opinione pubblica. Quasi ogni argomento può essere visto dall'angolo visuale della sicurezza, vale a dire della garanzia delle condizioni affinché determinati beni giuridici siano preservati da attacchi e aggressioni, prima ancora che da eventi lesivi. Non si chiede solo che non ci siano danni, ma che anche i pericoli e i rischi siano il più possibile neutralizzati: quanto più ci si accorge che molti rischi sono inevitabili, tanto più cresce l'ansia di controllarli.
Massimo Donini⁵⁴

“Lo straniero è – o potrebbe rivelarsi – la smentita vivente dell'ovvio, il testimone del fatto che lo spazio domestico ha dei limiti oltre i quali non s'estende la sua rete di significati, il suo ordine. [...] Tutto ciò che noi vediamo in lui, che ci appare qualcuno: forse per questo lo riduciamo a qualcosa?”
Roberto Escobar⁵⁵

“Lo spettro del terrorista ha acquisito un potere quasi divino, paragonabile alla pestilenza di epoche passate o al Satana della religione.”
Joanna Bourke⁵⁶

Di fronte alla complessità di fenomeni sicuramente non facili da governare, quali l'immigrazione e la minaccia terroristica internazionale, ordinamenti quali quello italiano e statunitense confermano l'ormai abituale ricorso al diritto penale quale strumento di regolazione e controllo. La logica che assai spesso pare sottesa a tali interventi, come già detto nel paragrafo precedente, sembra tendere, più che altro, a tranquillizzare. Le paure dei cittadini vanno placate, pertanto occorre fornir loro la panacea collettiva: occorre dare ai cittadini *sicurezza*, parola magica dei tempi moderni.

Il legislatore italiano, in particolare, mostra di voler “fornire” sicurezza intervenendo in materia di immigrazione⁵⁷. Il fenomeno – come ha rilevato di recente Masera – continua ad essere affrontato nei termini di una questione di ordine pubblico da gestire con politiche repressive, che finiscono con l'essere discriminatorie; cade nel vuoto, quindi, il monito della Corte costituzionale – ricordato dallo stesso Masera – a considerare l'immigrazione come «un grave problema sociale, umanitario ed

⁵⁴ M. DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. Pen.*, 2008, 3558.

⁵⁵ R. ESCOBAR, *Metamorfosi della paura*, cit., 14.

⁵⁶ J. BOURKE, *Paura. Una storia culturale*, cit., VIII.

⁵⁷ Sul tema dell'immigrazione si rinvia a A. CAPUTO, *Diseguali, illegali, criminali (Una guida alla lettura)*, in *Questione giustizia*, 2009, 83; M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Quest. Giust.*, 2009, 101; L. MASERA, *“Terra bruciata” attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti*, in O. MAZZA, F. VIGANÒ (a cura di), *Il “Pacchetto sicurezza” 2009*, Torino, 2009; D. PULITANÒ, *Tensioni vecchie e nuove sul sistema penale*, 2008, 107.

economico, che implica valutazioni di politica legislativa non riconducibili a mere esigenze generali di ordine e sicurezza pubblica» (Corte cost., 22.1.2007, n.22).⁵⁸

Tale politica di intervento si presenta pertanto, da un lato, preta di un diritto penale tanto simbolico quanto privo di qualsiasi impatto pratico⁵⁹; dall'altro, è segno di un diritto penale d'autore e dell'esclusione⁶⁰, manifestazione, questa, di una "democrazia punitiva" elettoralemente vincente."⁶¹

L'assunto da cui muove tale tipo di politica legislativa appare evidente, nella sua rozza semplificazione della realtà: i cittadini hanno (*percepiscono*) paura, i governi devono fornire loro (la *percezione* della) sicurezza. Lo si dice a chiare lettere nelle relazioni ai progetti di legge dei vari "pacchetti sicurezza". Nella relazione al progetto di legge S.773 (stralciato come S.733-A, XVI Legislatura) si legge "la filosofia cui si ispira tale intervento è diretta da un lato a colpire in maniera più efficace reati di gravità anche molto diversa fra loro, ma tutti da contribuire al disfacimento del tessuto sociale e alla diffusione di *un sentimento* di insicurezza collettiva, specialmente tra gli strati più poveri e deboli della collettività nazionale." E in modo ancora più esplicito, nella Relazione allegata al d.d.l. n.C-3278 (XV

⁵⁸ L. MASERA, "Terra bruciata" attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti, cit., 28.

Questo atteggiamento culturale è confermato dal c.d. "Pacchetto sicurezza 2009" (D.L.23.2.2009, convertito in legge 23.4. 2009 n. 38 e legge 15.7.2009 n. 94) che introduce il reato di ingresso o di permanenza irregolare, punibile con un'ammenda da 5.000 a 10.000 euro (a tale reato, vale precisarlo, non è applicabile la disciplina in materia di oblazione; inoltre, la pena pecuniaria può essere sostituita dal giudice di pace con l'espulsione); introduce, altresì, all'art. 61, n.11-bis c.p., l'aggravante di clandestinità di recente dichiarata incostituzionale con sentenza n. 249 del 2010.

⁵⁹ Scrive Masera: "[I] Governo può oggi finalmente affermare di aver introdotto il tanto discusso ed invocato "reato di clandestinità"; e tuttavia [è] una novità che ha un *impatto pratico pressoché insignificante* sulla situazione dello straniero irregolare, considerato che per il reato è prevista una pena di natura esclusivamente pecuniaria (che ben difficilmente il migrante sarà in grado di pagare), e che l'espulsione applicabile in qualità di misura sostitutiva sarebbe stata comunque da eseguire, con le stesse modalità, in via amministrativa sulla base del medesimo presupposto (la mancanza di un valido titolo di soggiorno) oggi elevato ad autonoma figura di reato. La *vera stretta sanzionatoria* nei confronti dello straniero clandestino è affidata ad *interventi di natura amministrativa*, con cui fra l'altro si consente una più lunga privazione della libertà personale nei Centri di Identificazione ed Espulsione (il periodo massimo di permanenza nei CIE viene elevato da due a sei mesi), e soprattutto si subordina alla regolarità del soggiorno l'accesso a tutti i servizi pubblici, salvo quelli inerenti le prestazioni le prestazioni sanitarie e quelle scolastiche obbligatorie. Questi sì provvedimenti che incidono duramente sulla vita dei migranti irregolari, relegandoli sempre più ai margini della nostra società.": L. MASERA, "Terra bruciata" attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti, cit., 30.

⁶⁰ Così M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, cit. Lo stesso autore, in altro scritto, scrive che la legislazione in materia di immigrazione "oscilla tra la repressione più antievangelica del diverso indesiderato e il controllo di oggettive cause di criminalità comune.": M. DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, cit., 3562.

⁶¹ M. DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, cit., 3563.

Legislatura) presentato il 30.11.2007, che prevedeva molte delle disposizioni in quella che sarebbe divenuta la legge n. 94 del 2009 si legge che l'intento dell'intervento è di "proseguire nella linea di offrire una risposta pronta ed effettiva al preoccupante incremento della criminalità di strada" visto il "diffuso *sensu di insicurezza* dei cittadini", insicurezza, questa, si legge nella stessa relazione, "*più percepita che reale*".⁶² Senza possibilità di equivoco, in un'altra Relazione, quella che accompagna il d.d.l. S-733 (XVI Legislatura) si parla di interventi volti a affrontare "la diffusione di un *sentimento*, di un'insicurezza collettiva".⁶³

La sicurezza è così concepita, dunque – senza possibilità alcuna di fraintendimento – come un *sentimento*, come una percezione soggettiva. Che il diritto penale possa tutelare sentimenti e quello della sicurezza, in particolare, a onor del vero, è punto che pare fortemente criticabile.⁶⁴ I sentimenti – è stato rilevato – non sono beni afferrabili e, pertanto, "non sono un oggetto "giuridico", e non possono esserlo per *carezza di tassatività*"⁶⁵; acconsentire alla loro tutela penale significherebbe aprire (ulteriormente) le porte ad un diritto penale illiberale.⁶⁶

⁶² Gli stralci della Relazione sono riportati in M. PERINI, *Commento all'art. 3 L.15.7.2009, n. 94*, in G. DE FRANCESCO, A. GARGANI, D. MANZIONE, A. PERTICI (a cura di), *Commentario Sicurezza*, Torino, 563. Si ringrazia l'autore per aver concesso la consultazione della versione definitiva dello scritto, in via di pubblicazione.

⁶³ V. M. PERINI, *op.cit.*, 563.

⁶⁴ Sulla tutela penale dei sentimenti v. F. BACCO, *Sentimenti e tutela penale: alla ricerca di una dimensione liberale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 1165; M. DONINI, "*Danno*" e "*offesa*" nella *c.d. tutela penale dei sentimenti*, in *Riv.dir.proc.pen.*, 2008, 1546. Sul tema della sicurezza v. M. DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass.pen.*, 2008, 3558; D. PULITANÒ, *Sicurezza e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 547.

Si vedano altresì T. F. GIUPPONI, *Sicurezza personale, sicurezza collettiva e misure di prevenzione. La tutela dei diritti fondamentali e l'attività di intelligence*, in <http://www.forumcostituzionale.it/site/paper-del-forum.html>; T. E. FROSINI, *Il diritto costituzionale alla sicurezza*, è consultabile sul sito disponibile alla pagina <http://www.forumcostituzionale.it/>.

⁶⁵ M. DONINI, "*Danno*" e "*offesa*" nella *c.d. tutela penale dei sentimenti*, cit., 1578. L'autore osserva che il codice penale, che pure fa riferimento ai sentimenti (il sentimento religioso, il sentimento del pudore, il sentimento degli animali), non tutela "meri sentimenti" ma "la loro obiettivazione in situazioni sociali, in interessi, in beni giuridici più definiti della percezione soggettiva: tanto che essi vengono tutelati a prescindere dalla prova di quella percezione in capo a un qualche individuo determinato.": *ibidem*, 1577.

L'esiguità dello spazio riservato dal codice penale a meri stati psicologici e la connessa loro traduzione – in una linea "de psicologizzante" – in interessi obiettivi sono aspetti rilevati altresì da F. BACCO, *Sentimenti e tutela penale: alla ricerca di una dimensione liberale*, cit., 1186.

⁶⁶ "Nessuna ragionevole aspettativa – è stato scritto – può fondarsi su una tutela di meri stati soggettivi: ciò significherebbe dar vita ad un sistema illiberale e suscettibile di incrementare la conflittualità sociale. Il diritto penale finirebbe per porsi a servizio proprio delle soggettività che rifiutano il dialogo, una sorta di braccio armato a libera disposizione del fondamentalista, ossia di quanti non sono disposti ad ammettere limiti alla dispiegabilità intersoggettiva delle proprie concezioni etiche e subordinano le altrui libertà alla propria visione del mondo.": F. BACCO, *Sentimenti e tutela penale: alla ricerca di una dimensione liberale*, cit., 1202.

Questi interventi normativi, che operano come dei valium collettivi, non solo poggiano sulla paura (che ne rappresenta la giustificazione legittimante) ma divengono *generatori di paura* essi stessi. Gli effetti di tale spirale di insicurezza (*terroristica* essa stessa) non possono che essere devastanti e nefasti per una qualsiasi collettività che voglia ancora credere nella dignità di *ogni* essere umano. E questo perché la paura raggruppa gli individui, li classifica, li differenzia, specificandone le caratteristiche in (de)gradazioni. È da tale raggruppamento che deriva la creazione del nemico.⁶⁷ E il nemico, sempre più spesso, è un *nemico esterno*, è lo straniero, potenziale terrorista.⁶⁸

E se è un nemico, lo straniero, allora, non visita, non abita: invade. Si ricordi la citazione da Camus riportata poc'anzi: gli arabi non passeggiano per godere della primavera: perlustrano per preparare omicidi. Niente di nuovo: è già accaduto nella storia.

Basti pensare che nel latino arcaico *hostis* non indicava lo straniero o il nemico; indicava, piuttosto, lo straniero quale ospite o visitatore con cui si intratteneva un rapporto di reciprocità stabile.⁶⁹ L'*hostis*, quindi – individuo diverso dal *peregrinus* (che era invece lo straniero che si muoveva nell'*ager*, spazio insicuro fuori dalla città) – intratteneva un rapporto di convenzione con il cittadino romano. I mutamenti

⁶⁷ Sul tema del nemico, in prospettiva penalistica, v. M. DONINI, M. PAPA (a cura di), *Diritto penale del nemico*, Milano, 2007; M. DONINI, *Il terrorista-straniero come nemico e le contraddizioni di una giurisdizione penale di lotta*, in *Quaderni fiorentini*, 2009, II, 1699 (al tema de “i diritti dei nemici” sono dedicati i due tomi dell’anno 2009 dei *Quaderni fiorentini*).

⁶⁸ Si riprende qui la distinzione tra “nemico interno” e “nemico esterno” nota alla pubblicistica politica: “La diffusione della coppia ‘nemico interno/nemico esterno’ – è stato scritto – è l’indizio che il discorso giuridico ha fatto un uso versatile e vario della figura del nemico, adattandola a contesti molto diversi, senza però perdere di vista una valenza unitaria: che emerge quando si vuole denunciare l’esistenza di una minaccia o di un attacco sferrato agli elementi costitutivi di un determinato assetto politico-giuridico. [...] La categoria del nemico è una costruzione sociale: è la risultante, storicamente determinata, degli interessi, delle aspettative, dei timori, dei conflitti che si agitano entro una determinata società; ed è la società che, ricorrendo a tutte le risorse culturali e simboliche di cui dispone, definisce, un uno stesso movimento, ciò che essa è o vuol essere e ciò da cui essa intende guardarsi e differenziarsi. Il discorso giuridico partecipa attivamente al processo di costruzione delle identità (e delle estraneità) collettive. Il suo intervento non può apparire (in termini generali) marginale, se si tiene presente l’importanza (ormai ampiamente riconosciuta dalle scienze sociali) che un impianto categoriale-classificatorio riveste nella messa a punto degli schemi cognitivi socialmente condivisi.”: P. COSTA, *Pagina introduttiva. I diritti dei nemici: un ossimoro?*, in *Quaderni fiorentini*, 2009, I, 3 e 5.

Sul ruolo “di tipo ‘architettonico’, di rielaborazione e definizione degli schemi abbozzati sul terreno della disputa teologica” nella costruzione dell’ebreo come *nemico interno* già nell’antiebraismo pre-moderno v. D. QUAGLIONI, «Christianis infesti». *Una mitologia giuridica dell’età intermedia: l’ebreo come ‘nemico interno’*, in *Quaderni fiorentini*, 2009, I, 201 (la frase virgolettata è a pag. 205).

⁶⁹ Così R. ESCOBAR, *Metamorfosi della paura*, cit., 31, da cui sono tratte anche le considerazioni in fatto di archeologia delle parole di cui si sta per dire nel testo.

politici ed economici avrebbero col tempo condotto ad una nuova declinazione dell'essere *hostis*, quale *non cives*, individuo non appartenente alla *civitas*: l'*hostis* diviene straniero e nemico, e verrà infatti definito con nome nuovo: *hospes*. Così come nomi nuovi verranno dati, dopo l'11 settembre, ai sospetti terroristi. La paura rinomina il mondo e impone che il nemico venga riconosciuto, stanato e distrutto, nella ritualizzazione di una pratica cannibalesca: i nemici vanno divorati ed annientati per neutralizzarne la minaccia da loro rappresentata: "un nemico consumato, digerito ed escreto non [fa] più paura."⁷⁰

La moderna escrezione dei *capri espiatori della contemporaneità* giustifica i c.d. "Centri di Identificazione ed Espulsione" (CIE) e le stesse espulsioni. E giustifica Guantanamo.⁷¹

La paura degli stranieri fa percepire l'Europa così come gli Stati Uniti quali città vittime di un assedio. Lo straniero che ci invade viola la sacralità dei (nostri) confini, *ci* viola, peregrinando come fosse un "agente patogeno"⁷². "Ci disorienta, il suo fastidioso *esserci*."⁷³ I CIE o la prigione per l'immigrato sono pertanto tecniche per neutralizzare l'epidemia, per evitare la commistione tra *noi* e *loro*. L'espulsione è la garanzia contro il contagio.⁷⁴

E la paura, così, si trasforma, si trasfigura: la metamorfosi della sua natura consiste nel suo divenire ordine e sicurezza dando vita, in tal modo, ad un "artificio grandioso, ma terribilmente precario."⁷⁵ La vertigine di un mondo complesso è gestita da "semplificatori del mondo" che fungendo da "santi inquisitori" o "cinici demagoghi" usano la tecnica dell'*espulsione della paura*: la paura è espulsa fuori dai

⁷⁰ Z. BAUMAN, *Paura liquida*, cit., 13.

⁷¹ Sul tema del capro espiatorio risulta obbligato il rimando R. GIRARD (1982), *Il capro espiatorio*, Milano, 2002.

⁷² Dell'*altro*, del *barbaro* concepito come agente patogeno parla L. MILAZZO, *Dall'infelicità all'insicurezza. Etica classica e potere moderno*, in T. GRECO, *Dimensioni della sicurezza*, Torino, 2009, 44.

⁷³ R. ESCOBAR, *Metamorfosi della paura*, cit., 44.

⁷⁴ Di nuovo Escobar: "Con lui, con il rito della sua espulsione sacrificale dalla comunità, i cittadini espellono la macchia, la peste che la corrompe e l'uccide: la gettano *foras*, al di là della porta, nel non-luogo selvaggio, nel deserto che si contrappone allo spazio domestico e che lo sorregge e giustifica. Meglio, espellono e gettano *foras* il miasma mortale, la contaminazione che è *in* lui, che è lui. [...] Questa è la funzione del *pharmakós* e d'ogni capro espiatorio: quello di mediare «il rovesciamento dal pericolo comune alla comune salvezza». Ossia: d'essere strumento per rilocalizzare la paura, per ridefinire una linea di metamorfosi fra l'angoscia del disordine attuale o latente e la sicurezza del luogo comune rifondato." R. ESCOBAR, *op. cit.*, 198.

⁷⁵ Per questa analisi v. R. ESCOBAR, *op. cit.* L'autore, nel corso dell'opera, analizza i meccanismi adoperati dall'uomo volti a 'gestire', riducendo e (ad)domesticando, la complessità (evidentemente insostenibile) del mondo.

confini in cui il gruppo si rifugia. I nemici e gli stranieri sono i colpevoli. “Capita così che il nero, l’ebreo, lo zingaro o, come avviene sempre di più, l’immigrato assumano il ruolo di *pharmakói*, di capri espiatori: insieme veleno e antidoto, responsabili del disordine e, in quanto vittime immolate, propiziatori dell’ordine”.⁷⁶

Dopo la paura del nemico di un mondo per quarant’anni diviso in due, si è giunti allo sfaldamento e moltiplicazione di una realtà fino ad allora eccessivamente semplificata. Fuori dalla città, ormai, non più un nemico conosciuto (e, per ciò, necessario al Sé e al Noi) ma un *altro*, indefinito, in-comprensibile, ir-riconoscibile. E allora si immagina un esercito di immigrati che, lento, da ogni parte, marcia verso di noi, per invaderci. E la città viene percepita come assediata. E nella città vorremmo rinchiuderci per trovar salvezza: “Noi *ci sentiamo* in conflitto con il nuovo nemico: dunque, lo siamo.”⁷⁷

L’effetto altamente drammatico (ma che al contempo ha un che di tragicamente ridicolo) è che questa ossessione per la sicurezza (che fa il paio con l’altra ossessione contemporanea che è la *precauzione*)⁷⁸ si trasforma in una sorta di epidemia mentale: ci sentiamo *minacciati*, quindi dobbiamo *rispondere*, *reagire*, dobbiamo *proteggerci* e *difenderci*, dobbiamo rinchiuderci, nelle case, nei quartieri, nelle nostre comunità, nei confini del nostro Stato. Il mondo fuori, noi dentro. Detenuti dalle (e delle) nostre paranoie, che niente altro sembrano essere se non sublimazione del mostruoso che ci portiamo dentro. E che neghiamo. E che perciò, inevitabilmente, ci conduce.

⁷⁶ R. ESCOBAR, *op. cit.*, 6. (anche le espressioni virgolettate).

⁷⁷ R. ESCOBAR, *op. cit.*, 27. Scrive l’autore:” [N]on si tratta del conflitto cui, fino a ieri, eravamo abituati. Il nemico non è più uno specchio su cui misurare noi stessi per opposizione. Intanto, lo sentiamo angosciato come una colpa antica. E poi non è unico né, tanto meno, univoco. Dobbiamo declinarlo al plurale, non *nemico* ma *nemici*, anche se ci sforziamo di ridurne la pluralità entro un’identità o un tipo : extracomunitario, vù cumprà...Quest’invasione è *anche* materiale, visibile: *loro* s’insinuano in varchi, violano frontiere, sfruttano comunicazioni, approfittano di transiti, vogliono mettere radici *tra noi*. Non si tratta solo di un’invasione: si tratta d’una infezione, d’un contagio. Per difendercene – per difenderci dal nostro senso di persecuzione –, ci rinerriamo entro le mura della nostra città-continente. Non conta che l’allarme sia confermato o invece ridimensionato dalla realtà. Conta invece la nostra percezione dell’assedio. [...] La geografia simbolica del *limes* non riesce a erigere mura così alte che resistano all’infezione, che blocchino il contagio. I barbari non sono solo alle nostre porte: si insinuano tra noi. Ed è qui, tra noi, che deve correre un confine più inafferrabile e insieme più radicale, più duro. *L’esclusione che non ci riesce verso l’esterno deve essere spostata all’interno: nelle coscienze, nell’immaginario, nella mente sociale*. È qui, dentro la città, che s’erigono nuove separazioni, difese più sicure, confini più ovvi e certi. È qui che l’odio – parola a parola, muro a muro – ci recinge di rete spinata. Quanto più una civiltà si chiude, quanto più si difende, tanto meno ha da difendere. I barbari veri non vengono da fuori: sono dentro di noi da sempre.”, *ibidem*, 28 (ultimo corsivo aggiunto).

⁷⁸ Un interessante analisi critica del principio di precauzione è stata di recente condotta da C. R. SUNSTEIN, *Laws of fear. Beyond the Precautionary Principle*, Cambridge, 2005.

4. *Un caso emblematico: la legislazione statunitense anti-terrorismo post 11 settembre.*

“Either you are with us, or you are with the terrorist.”
George W. Bush⁷⁹

“La gabbia del braccio «Uno» ha il pavimento in cemento, è larga non più di due passi e profonda meno di tre. Aperta su tutti e quattro i lati, perché chi vi è rinchiuso possa essere osservato in ogni percettibile movimento del corpo. Il letto, una rete di ferro battuto su cui galleggia un materasso di schiuma, occupa l'intera lunghezza del lato sinistro, largo una settantina di centimetri, impedisce qualsiasi movimento trasversale, ogni tentativo di deambulazione. E' dunque l'unico angolo praticabile, in cui si è condannati a trascorrere il tempo. Notte e giorno, seduti, su un fianco. In una settimana dalla gabbia si esce per soli novanta minuti. In frazioni da trenta minuti ciascuna, a intervalli di due giorni. I dannati in tuta arancione godono di quei minuti nella stessa condizione di solitudine che li tormenta nelle celle. E per raggiungere lo spazio in cui liberare i propri passi devono vestire il 'tre pezzi', guinzaglio per umani. E' una cintura di cuoio, stretto in vita da robusti anelli cui vengono agganciati due metri di catena che tengono insieme caviglie e polsi. Che impediscono non solo la corsa, ma anche il passo rapido e qualsiasi repentino movimento o torsione del tronco. Nella cella di punizione niente rete a nido d'ape. Pareti piene in acciaio, lisce e fredde come un bancone da obitorio. Una scatola per umani illuminata da luce artificiale ventiquattro ore al giorno. La parola – manifestazione istintiva di umanità – è risorsa scarsa di cui è ammesso un uso ridotto. Ai secondini, per impartire un ordine. Ai segregati per dimostrare di averlo compreso. I prigionieri non hanno un nome. Sono solo un numero. Quello corrispondente alla loro cella. E non hanno un nome i secondini. A Camp Delta non fa mai buio. Il ciclo del sole si alterna a quello delle fotoelettriche, che vanno su quando lui va giù.”
Carlo Bonini⁸⁰

Pochi giorni dopo l'attacco terroristico dell'11 settembre del 2001, il Governo degli Stati Uniti ordina l'incarcerazione di 100 sospettati per violazione delle norme sull'immigrazione. L'FBI e altri rami della polizia interrogano – in tutto il Paese – migliaia di persone di origine musulmana.⁸¹ Il 14 settembre viene dichiarato lo stato di emergenza nazionale. La produzione normativa che ne è seguita – oltre ad avere comportato importanti modifiche sul versante del diritto amministrativo e ad aver

⁷⁹ La frase è stata pronunciata da Bush in un discorso alla Nazione tenuto di fronte al Congresso il 20 Settembre 2001, in www.whitehouse.gov/news/releases/2001/09/20010920-8.html. In alternativa, può essere ascoltata in un frammento disponibile in http://www.youtube.com/watch?v=cpPABLW6F_A

⁸⁰ Nella citazione sono riportati brani sparsi tratti da C. BONINI, *Guantanamo*, Torino, 2004, 28-34.

⁸¹ Dati tratti da L. SALAS, *Primi appunti sul “Patriot Act” statunitense*, in *Legislazione penale*, 2004, 475.

dato origine ad una serie di vicende che interessano le dinamiche costituzionali del meccanismo di *checks and balances* – ha profondamente inciso sulla materia penale. Con tale legislazione (lo si vedrà a breve più dettagliatamente) si provvede, infatti, a ridefinire la fattispecie di terrorismo, ad inasprire le pene, a modificare la normativa in materia di riciclaggio; si conferiscono maggiori poteri agli organi di polizia nella fase delle indagini; si limitano le garanzie difensive in materia di perquisizioni, sequestri ed intercettazioni. Ma ci si spinge ben oltre: vengono introdotte forme di detenzione extragiudiziali, si creano categorie di soggetti (“i nemici combattenti”) non ascrivibili né ai prigionieri di guerra, né agli imputati comuni; per loro vengono creati tribunali speciali (occultati sotto il nome di “commissioni”); tali individui vengono privati delle più elementari garanzie processuali (tra le altre, essere assistiti da un difensore durante l’interrogatorio).⁸² L’Amministrazione Bush ha disposto la sospensione del *due process of law*⁸³, inclusa la sospensione di quella fondamentale garanzia costituzionale ed elemento imprescindibile del giusto processo qual è il *writ* di *habeas corpus*, strumento di controllo della legittimità di un provvedimento restrittivo della libertà personale e che costituisce l’unica delle libertà civili contemplata fin dall’origine nella Costituzione americana (Art .1, section 9).⁸⁴

⁸² Ci si limita a ricordare che forme di detenzione extragiudiziale sono state previste, dopo l’11 settembre del 2001, anche nel Regno Unito con l’adozione, il 14 dicembre dello stesso anno, dell’*Anti Terrorism Crime and Security Act*.

⁸³ Il V emendamento della Costituzione americana prevede che il governo federale non può privare “alcuna persona della vita, della libertà o delle sue proprietà, senza *due process of law*”. Tale garanzia si declina come *procedural due process* (che implica il rispetto delle procedure previste) e come *substantive due process* (il che comporta l’obbligo di motivare, di indicare cioè le ragioni per cui si dispone la privazione della vita, della proprietà, della libertà).

⁸⁴ Una cronologia di sintesi di questi provvedimenti (di cui si dirà più diffusamente nel testo) può bene evidenziare la scansione temporale della politica adottata dall’Amministrazione Bush e del “dialogo” condotto tra Esecutivo e Corte Suprema.

Il 14 settembre 2001 si adotta la “Dichiarazione dello Stato di emergenza in ragione di attacchi terroristici” (Proc. 7463).

Il 18 settembre 2001 entra in vigore l’“Authorization for Use of Military Force” (AUMF).

Il 20 settembre 2001 viene approvato il Regolamento del Dipartimento di Giustizia che prevede la “interim rule” circa i tempi di detenzione nei procedimenti amministrativi dell’INS.

Il 26 ottobre 2001 viene adottato l’“Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act of 2001”, meglio noto come *Patriot Act*.

Il 13 novembre 2001 si procede con il *Military Order* “Detention, Treatment and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism”.

In seguito a tre pronunce della Corte Suprema del 28 giugno 2004 (U.S. Supreme Court, *Hamdi v. Rumsfeld* (caso n. 03-6696); U.S. Supreme Court, *Rasul v. Bush and Habib v. Bush* (caso n. 03-334); U.S. Supreme Court, *Rumsfeld v. Padilla* (caso n. 03-1027), il 7 luglio 2004 viene adottato il «Combatant Status Review Tribunals».

Il 30 dicembre 2005 si adotta il “Detainee Treatment Act”.

Il 7 marzo 2006 viene approvata la terza proroga del *Patriot Act* la cui vigenza è estesa fino al 2009.

Fin da subito lo scenario sembra delinearsi chiaramente: nell'agone vengono a sfidarsi la sicurezza contro la libertà. La Prevenzione contro il Processo. Quando non, addirittura, la categoria del sospetto e del pregiudizio contro quella della responsabilità. La reazione degli Stati Uniti agli attacchi terroristici è stata condotta alla luce di principi penali e processualpenali che paiono ispirati, da un lato, ad una concezione della legittima difesa di tipo pre-giuridico e, dall'altro, ad una concezione finalistica del processo volto ad accertare non tanto responsabilità penali quanto ad estorcere informazioni ai detenuti.⁸⁵

Vicende quale quella dei detenuti nella base navale di Guantanamo mostrano che il tema della libertà personale e della sua tutela è ancora drammaticamente attuale, come attuale è quello dell'individuazione dei limiti posti ad una democrazia nel difendere se stessa⁸⁶. Per l'ennesima volta nella storia si sollevano le ineludibili e sempiterni questioni di fondo che informano il diritto tutto, e quello penale in particolare: fino a che punto la politica di uno Stato può spingersi nella limitazione dei diritti individuali per perseguire e mantenere la sicurezza collettiva?

Gli Stati Uniti, nella gestione della "guerra globale al terrore" – come altre volte nella loro storia – hanno reagito con misure severe limitando eccessivamente le libertà civili.⁸⁷ L'Amministrazione Bush e il Congresso – e, lo si vedrà a breve (fino

In seguito (e in reazione) alla decisione del 29 giugno 2006 della Corte Suprema (U.S. Supreme Court, *Salim Ahmed Hamdan v. Donald H. Rumsfeld et al.* (caso n. 05-184), il 17 ottobre 2006 viene adottato il "Military Commission Act".

Seguiranno altre importanti pronunce giurisprudenziali: il 20 novembre 2006 (U.S. Court of Appeal (District of Columbia Circuit), *Al-Odah v. United States*, Guantanamo Bay Detainees' Supplementary Brief Addressing the Military Commissions Act of 2006); il 13 dicembre 2006 (U.S. District Court (District of Columbia), *Hamdan v. Rumsfeld*) e il 12 giugno 2008 (*Boumediene v. Bush*, Supplementary Brief of Petitioners *Boumediene, et al.* regarding the Military Commissions Act of 2006).

⁸⁵ Per quest'ordine di considerazioni e per approfondimenti sul punto si veda, in particolare, M. BOUCHARD, *Guantanamo. Morte del processo e inizio dell'apocalisse*, in *Questione Giustizia*, 5, 2003.

⁸⁶ Lord Johan Steyn ha definito Guantanamo "a legal black hole": dei prigionieri è stata tenuta nascosta l'identità, è stata loro negata la possibilità di contattare chiunque, amici o familiari, è stata loro negata assistenza legale durante gli interrogatori. L'espressione di J. STEYN è il titolo di una *lecture* tenuta il 25 November 2003 (Twenty-Seventh F.A. Mann Lecture,), "Guantanamo Bay: The legal black hole", in *International and Comparative Law Quarterly*, 53, 2004, 1.

⁸⁷ Un'interessante analisi delle reazioni legislative e giurisprudenziali ai momenti di crisi vissuti dagli Stati Uniti è condotta da Stone che passa in rassegna l'esperienza statunitense a partire dal 1798 (data in cui gli Stati Uniti si trovano coinvolti nel conflitto europeo tra Francia e Inghilterra), per passare poi al periodo della Guerra Civile, della I Guerra mondiale, della II, della Guerra Fredda, fino alla Guerra del Vietnam, G. R. STONE, *Civil Liberties in Wartime: The American Perspective* disponibile alla pagina

<http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/convegni/aic200310/stone.html>.

Si veda anche il II capitolo di S. J. SCHULHOFER, *The Enemy within*, New York, 2002.

a un certo punto e in parte) anche la Corte Suprema – hanno ritenuto di dover privilegiare – in modo eccessivamente sbilanciato – le esigenze connesse alla sicurezza rispetto alla tutela della libertà del singolo.⁸⁸ (Anche) l’esperienza statunitense sembrerebbe pertanto rivelare un modo di essere dello Stato che si pensa sempre più quale *Potere coercitivo* piuttosto che *Potere repressivo*⁸⁹. E rivelerebbe, altresì, la tendenza dello Stato a volersi allontanare dal paradigma dello *Stato di diritto* per indossare le vesti dello *Stato di prevenzione*: un sistema giuridico fondato sull’affermazione della libertà e dell’autonomia dell’individuo, il primo; un sistema concepito intorno ai concetti di sicurezza e di efficienza, il secondo.⁹⁰ Se è l’*adeguatezza* a caratterizzare lo Stato di diritto nelle sue reazioni a situazioni di crisi, nello Stato di prevenzione, al contrario, si ricorre a strumenti di reazione scevri da preoccupazioni di tal sorta che mirano solo ad essere “efficienti” nel perseguimento dello scopo (si pensi, ad esempio, ad atti normativi dal contenuto indeterminato, che meglio si adattano alle esigenze della prevenzione; o ad un’estensione delle competenze e dei poteri di intervento dell’Esecutivo).⁹¹ Anche il

⁸⁸ Va peraltro rilevato – con autorevole voce – che un problema tipico dei momenti di crisi è la sovrastima del bisogno di sicurezza cui corrisponde una sottovalutazione del valore della libertà. In tali momenti, per la verità, si finisce spesso a sacrificare non già la libertà di tutti ma la libertà delle minoranze così da garantire l’interesse alla sicurezza della maggioranza. Nell’immediato 11 settembre si è del resto chiesto ai cittadini americani di accettare le limitazioni alla libertà dei non-cittadini. Per queste considerazioni e per un’accurata analisi del cd. duplice standard di trattamento tra cittadini e non-cittadini nel dopo 11 settembre si veda D. COLE, *Enemy Aliens* in M.DONINI, M.PAPA (a cura di), cit., 241.

⁸⁹ “A differenza della repressione, la coercizione non “costringe” limitandosi a dire di no a quelle possibilità espressive che essa non contempla, ma costringe *proteggendo* da quelle possibilità che, giudicate svantaggiose per i fini che il potere si propone, vengono presentate come pericolose. Questo aspetto *protettivo*, che la parola coercizione richiama nella sua etimologia che rinvia al latino *arcere* (contenere, trattenerne) e al greco *αρχεω* (proteggero) con radice *ark*, da cui *arca* che “contenendo” trattiene e protegge dai pericoli del mare, è l’aspetto “se-ducente” con cui il potere “adduce a sé” uomini e cose, garantendo l’incolumità dei corpi, la proprietà delle cose, [...], permeando [il corpo sociale] molto più di quanto non potrebbe un’istanza negativa che non avesse altra funzione che quella di reprimere.”: U. GALIMBERTI, *Il corpo*, Milano, 2000, 219.

⁹⁰ Per queste considerazioni si veda P.L. PETRILLO, *Forma di governo e legislazione anti-terrorismo in Canada* disponibile alla pagina <http://www.forumcostituzionale.it/site/paper-del-forum.html>. Una versione ridotta dello stesso studio è pubblicata in T. GROPPI (a cura di), *Democrazia e Terrorismo*, Napoli, 2006.

⁹¹ Che poi una strategia di lotta al terrorismo sia più efficace se sospende i diritti fondamentali è un assunto indimostrato. E’ stato, anzi, rilevato, che “there is no necessary contradiction between a robust application of constitutional rights and an effective counterterrorism strategy. To the contrary, an antiterrorism policy that cuts corners constitutionally is likely to be ineffective. Terrorist acts are criminal regardless of ideology and are best handled by strategies that are as divorced from ideology as possible. Much of the FBI’s efforts, however, and much of the 1996 Antiterrorism ct and the immigration provisions of the 2001 Patriot Act focus not on acts of violence but on the political or religious ideology that motivates them. This approach is inevitably imprecise and inefficient.”: D. COLE, J.H. DEMPSEY, *Terrorism and the Constitution*, New York, 2002, 15.

ruolo delle Assemblee rappresentative – dunque della sovranità popolare – è diversamente configurato nell’uno e nell’altro: uno Stato di prevenzione necessita di scelte rapide ed efficienti e non può tollerare le lungaggini proprie del dibattito parlamentare. Il nostro presente – politico, giuridico – sembra così improntato al “pensiero preventivo”. E l’odierno scenario mondiale, che pare pervaso da “una coscienza universale di *incertezza* e di *insicurezza*”⁹², pare fungere da giustificazione ideale per politiche e strategie di prevenzione. E il tutto viene giustificato in nome della paura, da un lato, e della sicurezza, dall’altro. Ma la posta in gioco è alta: il rischio connesso a tale trasformazione dello Stato è lo svilimento dei diritti dell’uomo.

Barattiamo libertà (degli altri) con sicurezza (nostra).

V’è da chiedersi fino a che punto si sarà disposti a farlo: *noi* non possiamo circoscrivere la minaccia, il rischio, il pericolo e pertanto – nella nostra strategia preventiva di difesa – non siamo parimenti in grado di circoscrivere i limiti di quella difesa.

Come anticipato, il 14 settembre del 2001 – tre giorni dopo l’attacco terroristico alle Twin Towers e al Pentagono – con la *Declaration of National Emergency by Reason of Certain Terrorist Attacks* il Presidente Bush proclama lo stato di emergenza nazionale.⁹³ Tale atto segna l’avvio di una serie di riforme normative che pure erano già state presentate prima dell’11 settembre ma che il Congresso non aveva approvato perché intese a conferire un potere eccessivo all’Esecutivo e perché

In altra parte dello stesso scritto, i due Autori precisano che “violations of civil liberties “work” only in a narrow sense: random or door-to door searches will uncover contraband in some house, and torture of arrestees will induce some to provide truthful evidence of wrongdoing, including evidence that may allow the prevention of violent attacks. But these “successes” must be balanced against the wasted resources consumed by fruitless random searches and generalized monitoring of groups or movements, the mistakes caused by reliance on faulty coerced confessions, and, most importantly, the tremendous loss of trust in government (and the consequent shutting off of voluntary cooperation) generated by unfocused investigations and the harassment of communities on the basis of stereotypes. On balance, even measured only in terms of effectiveness, there is little evidence that curtailing civil liberties will do more good than harm.”, *ibidem*, 179-180.

⁹² E. DENNINGER, *Diritti dell’uomo e legge fondamentale*, Torino, 1998, 79.

⁹³ Per uno studio sul *war power* nella Costituzione degli Stati Uniti d’America (tema, questo, imprescindibile per comprendere al meglio la gestione della politica statunitense post 11/9) v. R. TONIATTI, *Costituzione e direzione della politica estera negli Stati Uniti d’America*, Milano, 1983, 425-512.

ritenute lesive di diritti fondamentali.⁹⁴ Queste remore si dissolvono dopo l'11 settembre. Le misure emergenziali che verranno d'ora in poi adottate saranno drastiche e comporteranno uno straordinario accentramento del potere in capo all'Esecutivo.

Il 18 settembre – quattro giorni dopo – il Congresso, con una *joint resolution*⁹⁵, approva l'*Authorization for Use of Military Force* (d'ora in poi AUMF) che conferisce al Presidente degli Stati Uniti poteri straordinari che lo autorizzano

“to use *all necessary and appropriate force* against those nations, organizations, or persons he determines planned, authorized, committed, or aided the terrorist attacks that occurred on September 11, 2001, or harbored such organizations or persons, *in order to prevent* any future acts of international terrorism against the United States by such nations, organizations or persons”.⁹⁶

Il 26 ottobre del 2001 il Congresso adotta l'*Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act of 2001*, meglio noto come *Patriot Act*.⁹⁷

Il carattere liberticida del lungo e complesso provvedimento appare innegabile come altrettanto innegabile è l'attribuzione di poteri smisurati all'Esecutivo, con buona pace del principio di separazione dei poteri e del sistema di *checks and balances* che

⁹⁴ Salas, nel suo commento al Patriot Act, ricorda che “l'attacco dell'11 settembre è l'atto finale di una catena di azioni terroristiche via via intensificatesi sia quanto a livello di violenza, sia quanto a complessità di azione e di risultati.” L'Autore ricorda, a riguardo, il dirottamento del volo 103 della Pan American Airlines del 12 dicembre del 1988 (l'aereo esplose, a causa di una bomba, mentre sorvolava la Scozia: morirono 259 passeggeri e 11 persone a terra); nel 1993 in uno dei parcheggi sotterranei di una delle Twin Towers un gruppo di terroristi musulmani fece saltare un'auto bomba: morirono 6 persone, più di mille restarono ferite; nel 1998 Osama Bin Laden fu ritenuto a capo di un gruppo di terroristi che fece esplodere delle bombe nella ambasciata USA a Nairobi (Kenya) e a Dar es Salama (Tanzania). La frase virgolettata è in L. SALAS, *Primi appunti sul “Patriot Act” statunitense*, cit., 474.

⁹⁵ Nel Congresso statunitense una “joint resolution” è una misura legislativa che richiede l'approvazione del Senato e della Camera dei Rappresentanti ed è presentata dal Presidente.

⁹⁶ AUMF, 1.1 Introduction, 1.3 Section (corsivi aggiunti).

⁹⁷ Il Patriot Act si compone di 160 articoli ed è suddiviso in 10 titoli: Titles I and X: Miscellaneous provisions Title II: Surveillance procedures Title III: Anti-money-laundering to prevent terrorism Title IV: Border security Title V: Terrorism investigation Title VI: Victims and families of victims of terrorism Title VII: Information sharing for infrastructure protection Title VIII: Terrorism criminal law Title IX: Improved Intelligence.

L'Atto va interpretato nel contesto di norme volte a reprimere atti contro la sicurezza nazionale quali il Foreign Intelligence Surveillance Act (FISA) del 1978 e l'Antiterrorism and Effective Death Penalty of 1996. Sul tema v. L. SALAS, *Primi appunti sul “Patriot Act” statunitense*, cit., 476-477. Sul FISA si veda anche M. MIRAGLIA, *Paura e libertà (Legislazione antiterrorismo e diritti di difesa negli Stati Uniti)*, in *Questione giustizia*, 2004, 298.

governa i poteri stessi.⁹⁸ L'Atto amplia altresì l'ambito dei poteri delle autorità federali (in materia di sorveglianza come di acquisizione di dati) e la nozione di terrorismo, incluso quello di tipo domestico, diviene assai ampia e vaga.⁹⁹ Per aggirare i limiti posti dalla Costituzione in materia di potestà legislativa in ambito penale, molte delle modifiche normative previste nel *Patriot Act* riguardano, non a caso, la materia dell'immigrazione; molte delle persone detenute per terrorismo saranno affidate infatti alla custodia delle autorità di *Immigration*.

Per gli stranieri sospettati di terrorismo è così previsto un fermo fino a 7 giorni (contro le 24 ore precedentemente previste) trascorsi i quali si deve procedere o all'espulsione o alla formulazione di un'imputazione ma non è previsto un procedimento di convalida davanti all'autorità giudiziaria. In attesa dell'espulsione è ammessa la facoltà di mantenere in stato di detenzione un individuo; le autorità dell'Immigrazione e la polizia di frontiera possono infatti arrestare e trattenere

⁹⁸ Per comprendere il clima culturale che ha permesso l'adozione del *Patriot Act*, si pensi che, a detta del *U.S. Attorney General*, prima dell'11 settembre 2001 gli agenti del FBI, nello svolgere attività investigativa antiterrorismo, pativano una sorta di "frustrazione", "a causa delle molte restrizioni interne". Per inciso, l'*Attorney* intendeva riferirsi alle garanzie processuali in materia di indagini penali. La dichiarazione (in *Remarks in Guidelines*, May 30, 2002) è riportata da V. FANCHIOTTI, *Il dopo 11 settembre e l'USA Patriot Act: lotta al terrorismo e "effetti collaterali"*, in *Questione giustizia*, 2004, 284.

Né si pensi che il clima sia stato diverso in altri Paesi. Quando nel Regno Unito fu introdotto l'*Anti Terrorism Crime and Security Act*, alle accuse che tali norme avrebbero sacrificato l'*habeas corpus*, David Blunkett – secondo quanto riportato da L. MAGLIARO in *La libertà delle persone dopo l'11 settembre*, in *Questione giustizia*, 2004, 324 – ha replicato che tali critiche sono il frutto di una visione del mondo libertaria, superficiale e astratta, incompatibile con la tutela e la sicurezza della nazione in un momento di emergenza.

⁹⁹ Il § 2331 dello *US Code*, come modificato dal *Patriot Act*, dispone che: "(1) the term "international terrorism" means activities that: (A) involve violent acts or acts dangerous to human life that are a violation of the criminal laws of the United States or of any State, or that would be a criminal violation if committed within the jurisdiction of the United States or of any State; (B) appear to be intended (i) to intimidate or coerce a civilian population; (ii) to influence the policy of a government by intimidation or coercion; or (iii) to affect the conduct of a government by mass destruction, assassination, or kidnapping; and (C) occur primarily outside the territorial jurisdiction of the United States, or transcend national boundaries in terms of the means by which they are accomplished, the persons they appear intended to intimidate or coerce, or the locale in which their perpetrators operate or seek asylum; [...] (2) the term "national of the United States" has the meaning given such term in section 101(a)(22) of the Immigration and Nationality Act; (3) the term "person" means any individual or entity capable of holding a legal or beneficial interest in property; (4) the term "act of war" means any act occurring in the course of (A) declared war; (B) armed conflict, whether or not war has been declared, between two or more nations; or (C) armed conflict between military forces of any origin; and (5) the term "domestic terrorism" means activities that (A) involve acts dangerous to human life that are a violation of the criminal laws of the United States or of any State; (B) appear to be intended (i) to intimidate or coerce a civilian population; (ii) to influence the policy of a government by intimidation or coercion; or (iii) to affect the conduct of a government by mass destruction, assassination, or kidnapping; and (C) occur primarily within the territorial jurisdiction of the United States."

immigranti per un “reasonable period of time” e nel fare ciò non sono tenuti né alla formulazione di un capo d’accusa, né al rispetto di alcun vincolo procedurale, né ad obblighi di motivazione (il che si pone in evidente contrasto con quanto stabilito dalla Corte Suprema nel caso *Zadvydas v. Davis* ove è disposto che “anche agli stranieri si applica il due process”¹⁰⁰).

In virtù del combinato disposto con una *interim rule* emanata dal *Department of Justice*¹⁰¹, l’*Attorney General*, – ai sensi della section 412 che modifica l’*Immigration and Nationality Act* – può applicare una misura di tipo custodiale e dalla natura extragiudiziaria – a tempo indeterminato – a qualunque straniero che sia stato classificato come “sospetto terrorista” (la classificazione può essere rivista ogni 6 mesi). E ciò potrà farlo senza che vi sia l’obbligo di una preventiva audizione e senza l’obbligo di dimostrare che il non-cittadino rappresenta un pericolo per la comunità o che sussista il pericolo di fuga; deve solo sostenere di avere “ragionevoli motivi” che lo inducono a ritenere lo straniero una minaccia per la sicurezza nazionale (senza ulteriori precisazioni di sorta). A ciò si aggiunga che la procedura amministrativa di espulsione di tali individui è soggetta a un particolare regime di segretezza; potrà pertanto essere secretato il nome della persona sottoposta al procedimento così come la sentenza che lo riguarda.

Meno di un mese dopo l’adozione del *Patriot Act*¹⁰², il 13 novembre il Presidente Bush adotta uno dei provvedimenti più discussi della sua politica: il *Military Order*

¹⁰⁰ 533 U.S. 678 (2001).

¹⁰¹ La norma è stata adottata il 17 settembre del 2001. Prima di tale intervento, la disciplina in materia di procedimenti amministrativi dell’INS (*Immigration and Naturalization Service*) prevedeva che entro 24 ore dall’arresto doveva aprirsi il procedimento altrimenti il soggetto arrestato andava rilasciato. Con tale *interim rule* il termine è portato a 48 ore e si prevede, altresì, che nel caso di emergenze o di circostanze eccezionali, l’INS possa assumere la sua decisione entro “un ragionevole periodo di tempo”, senza che abbia luogo il rilascio.

Va ricordato che nel sistema statunitense, quantomeno fino all’11 settembre del 2001, alcune delle fondamentali garanzie costituzionali previste per i processi penali (quali, ad esempio, la pubblicità) si ritenevano vigenti anche per tali procedimenti amministrativi. Si veda, sul punto, M. MIRAGLIA, *Paura e libertà (Legislazione antiterrorismo e diritti di difesa negli Stati Uniti)*, cit.

¹⁰² La vigenza del *Patriot Act*, originariamente fissata fino al 31 dicembre 2005, subirà due proroghe (l’ultima delle quali fissa il termine finale al 10 marzo 2006). Nel 2006 il *Reauthorization Act* rende permanenti tutte le disposizioni originarie, eccetto due, la cui vigenza è fissata fino al 2009 (si tratta delle norme relative alle cd. *roving wiretap* (intercettazioni di comunicazioni su ogni apparecchio telefonico utilizzato da un sospettato) e al sequestro di registri contabili).

“*Detention, Treatment and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism*”.¹⁰³

Il piano che si intende mettere in atto è ormai chiaro: accentrare il potere in capo all’Esecutivo che, impegnato in una politica di difesa di tipo militare, ritiene di non poter tollerare alcun controllo, tanto meno da parte del potere giudiziario. Lo strumento di governo continua ad essere il diritto penale. L’atto istituisce infatti organi giudiziari, introduce nuove fattispecie penali, modifica norme processuali (competenza, questa, del potere legislativo), disciplina e nomina nuovi organi giudiziari. Il Presidente si riserva la funzione di organo di ultima istanza nel procedimento giudiziario a carico dei prigionieri di guerra, appropriandosi così di funzioni proprie del potere giudiziario.

Il *Military Order* è la giustificazione normativa per la guerra, per la creazione di una procedura penale speciale. E per Guantanamo.¹⁰⁴

¹⁰³ Sarebbe legittimo chiedersi come mai, se la guerra al terrore è e deve essere globale, questo *Order* è destinato solo ai non-cittadini. Evidentemente ragioni politiche e non giuridiche sorreggono la scelta: i cittadini – è da presumere – mal avrebbero tollerato le limitazioni ai *propri* diritti fondamentali in ambito processuale. Del resto sono i cittadini a votare, non gli stranieri immigrati.

¹⁰⁴ Guantanamo è la più celebre ma non l’unica delle *detention Units*, comunque gestite dal Governo degli Stati Uniti con modalità analoghe.

Ci si può a buon diritto interrogare sulla ragione che ha portato l’Amministrazione Bush a scegliere la baia di Guantanamo, nell’isola di Cuba, quale luogo di detenzione degli *enemies combatants*. L’interrogativo trova risposta in un Accordo del 1903 stipulato tra Cuba e gli Stati Uniti in seguito alla guerra ispano-americana del 1898.

Per garantire la protezione statunitense dell’indipendenza di Cuba dalla Spagna, l’Esecutivo cubano, con tal Trattato, si impegna a concedere in affitto alle forze armate degli Stati Uniti il territorio circostante la baia di Guantanamo per un canone annuo attualmente pari a \$4.085; gli Stati Uniti, da parte loro, si impegnano ad esercitare il diritto così acquisito solo per costruire una base militare di *marines* ed una struttura mineraria per lo sfruttamento del carbone (non già, dunque, un carcere militare di massima sicurezza). Ai sensi dell’Accordo: “the United States recognizes the continuance of the ultimate sovereignty of the Republic of Cuba over the leased areas, while the Republic of Cuba consents that during the period of the occupation by the United States the United States shall exercise complete jurisdiction and control over and within said areas.” (Lease of Lands for Coaling and Naval Stations, Feb. 23, 1903, U. S.-Cuba, Art. III). Nel 1934, un altro Accordo dispone che “the parties entered into a treaty providing that, absent an agreement to modify or abrogate the lease, the lease would remain in effect so long as the United States of America shall not abandon the naval station of Guantanamo.” (Treaty Defining Relations with Cuba, May 29, 1934, U. S.-Cuba, Art. III). Dunque, la *ultimate supremacy* è riconosciuta a Cuba, mentre gli Stati Uniti si riservano la *complete jurisdiction and control*. Sulla baia, quindi, la sovranità cubana è da considerarsi “sospesa”, fino a quando gli Stati Uniti non decideranno di abbandonare la zona (si consideri però che dal 1959, anno della rivoluzione guidata da Fidel Castro, Cuba contesta la validità dei due trattati, si rifiuta di ricevere il canone di affitto e pretende la restituzione del territorio inciso dagli Accordi. E si consideri altresì che – elemento, questo, decisivo per l’Amministrazione Bush – la baia non è da considerarsi territorio statunitense (aspetto questo decisivo perché in un importante precedente la Corte Suprema aveva dichiarato la propria incompetenza a decidere dei ricorsi presentati da prigionieri dichiarati ‘combattenti nemici’ e detenuti in territorio non statunitense, in *Supreme Court of United States, Johnson v. Eisentrager*, 339 U. S. 763 (1950). Questa, dunque, la ragione per cui l’Amministrazione

Il terrorismo internazionale diviene crimine di guerra: si crea così la base per giustificare la conduzione di operazioni militari. Già nel preambolo si legge infatti che

“[I]nternational terrorists, including members of al Qaeda, have carried out attacks on United States diplomatic and military personnel and facilities abroad and on citizens and property within the United States on a scale that has created a *state of armed conflict* that requires the use of the United States Armed Forces”¹⁰⁵.

Il Presidente – si legge sempre nel Preambolo dell’ordinanza – dispone che

“[T]o protect the United States and its citizens, and for the effective conduct of military operations and prevention of terrorist attacks, it is necessary for individuals subject to [the] order [...] to be detained, and, when tried, to be tried for violations of the laws of war and other applicable laws by military tribunals.”

I soggetti cui fa riferimento l’ordinanza sono quelli che, in atti successivi, verranno chiamati, facendo ricorso ad una sorta di “definizione jolly”¹⁰⁶ – “enemy combatant” o “unlawful combatants”¹⁰⁷ (la definizione, a onor del vero, era stata già utilizzata dalla Corte Suprema nel 1942 e poi, di nuovo, nel corso della seconda Guerra

Bush ha scelto Guantanamo: per sottrarre i detenuti alla giurisdizione delle Corti statunitensi. La cosa verrà peraltro dichiarata con candore dal giudice Scalia nella sua *dissenting opinion* nella sentenza *Boumediene v. Bush* (*infra* nel testo): “The President relied on our settled precedent in *Johnson v. Eisentrager*, when he established the prison at Guantanamo Bay for enemy aliens. Citing that case, the President’s Office of Legal Counsel advised him that the great weight of legal authority indicates that a federal district court could not properly exercise habeas jurisdiction over an alien detained at Guantanamo Bay.[...] *Had the law been otherwise, the military surely would not have transported prisoners there, but would have kept them in Afghanistan, transferred them to another of our foreign military bases, or turned them over to allies for detention. Those other facilities might well have been worse for the detainees themselves.*”: Supreme Court of United States, *Boumediene at Al. v. Bush et Al.*, 06-1195, 12.06.2008 (553-2008) (corsivo aggiunto).

¹⁰⁵ Corsivo aggiunto.

¹⁰⁶ L’espressione è di T. E. FROSINI, *Lo stato di diritto si è fermato a Guantanamo* in @ *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 4, 2005 (disponibile anche alla pag. http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/anticipazioni/guantanamo_frosini/).

¹⁰⁷ Tale individuo viene definito, alla sezione 2 dell’ordinanza: “(a) The term “individual subject to this order” shall mean any individual who is not a United States citizen with respect to whom I determine from time to time in writing that: (1) there is reason to believe that such individual, at the relevant times, (i) is or was a member of the organization known as al Qaida; (ii) has engaged in, aided or abetted, or conspired to commit, acts of international terrorism, or acts in preparation therefor, that have caused, threaten to cause, or have as their aim to cause, injury to or adverse effects on the United States, its citizens, national security, foreign policy, or economy; or (2) (iii) has knowingly harbored one or more individuals described in subparagraphs (i) or (ii) of subsection 2(a)(1) of this order.”

mondiale).¹⁰⁸ I non-cittadini americani sono sottoposti alla giurisdizione di speciali commissioni militari e detenuti in basi militari. Dispone infatti la *sec. 4* che

“any individual subject to this order shall, when tried, be tried by military commission for any and all offenses triable by military commission that such individual is alleged to have committed, and may be punished in accordance with the penalties provided under applicable law, including life imprisonment or death.”

Le Military Commissions, tribunali non previsti dalla Costituzione Americana né da alcuno *statute*, trovano pertanto la loro origine nella *necessità militare*.¹⁰⁹ Si tratta, dunque, di tribunali speciali competenti in materia di processi celebrati a carico di cittadini stranieri sospettati di aver commesso reati di terrorismo che per le modalità della loro istituzione, per la loro composizione e funzionamento, non paiono garantire quell'indipendenza e autonomia che dovrebbero caratterizzare un organo giurisdizionale.¹¹⁰

I soggetti sottoposti alla giurisdizione di tali Commissioni sono individuati con un giudizio di natura discrezionale (“chiunque il Presidente degli Stati Uniti ritenga sia nell'interesse della nazione da sottomettere all'applicazione dell'ordine militare”). Se si considera la vaghezza della nozione di terrorismo formulata nel *Patriot Act* si potrà ben comprendere quanto fumose corrano il rischio di essere le accuse formulate.

Viene creata una procedura penale speciale – una sorta di procedura parallela a quella istituzionale – destinata a tali soggetti ed espressamente si afferma – contro ogni norma interna e internazionale, che

“given the danger to the safety of the United States and the nature of international terrorism, and to the extent provided by and under the order, *it is not practicable to apply in military commissions under the order the principles of law and the rules of evidence generally recognized in the trial of criminal cases in the United States district courts*”.¹¹¹

¹⁰⁸ Più precisamente, la Corte Suprema vi ha fatto ricorso per la prima volta in *Ex parte Quirin*, 317 U.S.1 (1942). Durante la seconda guerra mondiale, un gruppo di militari tedeschi, una volta sbarcati negli Stati Uniti, privi delle loro divise, commisero tentativi di sabotaggio. Catturati, vennero definiti *unlawful combatants* e processati da un tribunale militare.

¹⁰⁹ Le fonti consultate riportano notizie contrastanti. Per alcune, la prima Commissione militare della storia degli Stati Uniti risale al 1847, per altre al 1780.

¹¹⁰ Non è mancato che a riguardo ha parlato di “giustizia domestica” riconducibile alla volontà dell'Esecutivo. Si veda, per tale ordine di considerazioni, L. MAGLIARO, *La libertà delle persone dopo l'11 settembre*, cit., 318-319.

¹¹¹ Corsivo aggiunto.

Anche le garanzie inerenti al diritto di difesa sono fortemente limitate. Non è possibile in questa sede dilungarsi sul punto: basti solo pensare che il difensore può essere nominato dal Ministero della Difesa cui compete anche la nomina del rappresentante dell'accusa e del giudice. Meriterebbe un'apposita e separata analisi, altresì, la disciplina delle prove: viene negato il diritto a conoscere le prove, viene negato il principio del contraddittorio, sono utilizzabili testimonianze raccolte con metodi coercitivi. E' addirittura contemplata la possibilità di escludere dal procedimento – per motivi di sicurezza – l'imputato e il suo difensore, senza che siano loro rese note le prove esibite. Non solo l'esercizio dell'azione penale è rimessa al potere Esecutivo ma, addirittura, il capo dell'Esecutivo è al contempo organo di ultima istanza: non è ammesso alcun controllo giurisdizionale sulla decisione delle *Commissions*.¹¹²

Una precisazione risulta necessaria quanto al ricorso alla figura dell'*enemy combatant*, cittadino o *alien* che sia. I nemici combattenti non sono né prigionieri di guerra né imputati (o indagati) comuni, quindi non dovranno applicarsi loro né le garanzie poste dal diritto bellico per i civili né quelle poste per i militari.¹¹³ Il Governo ha ritenuto che tale classificazione consentisse di mantenere i soggetti così qualificati in stato di detenzione senza previa fissazione di termini massimi, ponendo quale unico termine quello della cessazione delle ostilità (dunque, fino alla fine della "guerra al terrore"). Tale qualificazione consente, altresì, di non formulare un'imputazione, di non celebrare un processo.¹¹⁴

¹¹² Il punto merita una precisazione. La Costituzione americana prevede un controllo giurisdizionale sui tribunali militari ma il possibile esame di una Corte attiene all'accertamento della sola titolarità del potere di questi tribunali: non potrà estendersi agli aspetti del giudizio di natura processuale o sostanziale. Si rimanda a H. SCHWARTZ, *Il trattamento giuridico dei terroristi internazionali da parte degli Stati Uniti*, disponibile alla pagina

<http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/dibattiti/vicendeinternazionali/schwartz.html>.

¹¹³ Non è mancato chi ha osservato che "gli unlawful combatants e gli illegal immigrants vengono tendenzialmente accomunati in un'unica categoria, grazie al nuovo ruolo di primo piano attribuito all'Immigration and Naturalization Service [...]. La concentrazione in un'unica categoria dell'*altro* che si affaccia ai confini, oltre alla potenziale criminalizzazione di ogni straniero, [...] produce un benefico effetto di galvanizzazione sui "veri" cittadini americani, in grado di farne un tassello di primaria importanza nella strategia simbolica della "lotta al male" e della "freedom from fear" [...]", V. FANCHIOTTI, *Il dopo 11 settembre e l'USA Patriot Act: lotta al terrorismo e "effetti collaterali"*, cit., 293-294.

¹¹⁴ Del resto, anche quella dottrina che ritiene che "there is room under international humanitarian law for the detention and prosecution of persons as 'unlawful enemy combatants'", sostiene che "they have a right to undergo a status determination procedure pursuant to Article 5 of the Third Geneva Conventions and to be treated humanely and with respect for fundamental rights as required by Article 75 of the First Additional Protocol (which constitutes customary law)"; ed inoltre "the

Al *Military Order* del 2001 fa seguito, il 21 marzo del 2002, il *Military Commission Order No.1* adottato da Donald Rumsfeld con cui si intende disciplinare la procedura delle *Commissions* e, nel 2003, il *Military Commission Instruction (No 1-8)*. Assai efficacemente, riguardo all'impianto normativo delineato anche con tali *Instructions*, è stato detto che è molto più facile illustrare in negativo tale procedura piuttosto che presentarne, in positivo, la disciplina: “[abbiamo] la certezza che in tutta la storia della penalità moderna nessun processo ha avuto meno garanzie di questo”.¹¹⁵

Tali atti si presentano più aderenti ai principi di garanzia del *due process of law* rispetto agli interventi normativi precedenti ma, nei fatti, le garanzie apprestate si sono rivelate mere clausole di stile posto che i processi, celebrati in segreto, sembrano ancora concepiti per fare degli accusati niente altro che delle macchine informative. Il che pare confermato dal fatto che i provvedimenti di rilascio di detenuti dalla base navale di Guantanamo si fondano su una “accertata inutilità informativa del prigioniero”. Del resto, con limpida chiarezza il generale Miller ha dichiarato:

“Posso dire che per il rilascio si devono verificare tre condizioni. Il detenuto non deve più rappresentare una minaccia come individuo. Deve avere interrotto ogni collegamento o rapporto con organizzazioni terroristiche. Deve aver cessato di essere *una risorsa* per la nostra intelligence.”¹¹⁶

Ecco cosa sono i detenuti di Guantanamo: “risorse”. Alimento per la bulimia investigativa.

Le prime battaglie giudiziarie sollevate dai detenuti di Guantanamo hanno avuto ad oggetto la violazione del diritto costituzionale a presentare un *writ* di *habeas corpus*.¹¹⁷ Nonostante tale riconoscimento, fino al 2003 la giurisprudenza statunitense ha dichiarato il proprio difetto di giurisdizione sulle *petitions* proposte

treatment of these detainees falls considerably short of the standards required under these instruments”, T. GILL, E. VAN SLIEDREGT, *Guantanamo Bay: a reflection on the legal status and rights of “unlawful enemy combatants”* in A.M. HOL, J.A.E.VERVAELE (a cura di), *Security and Civil Liberties: The Case of Terrorism*, Antwerpen-Oxford, 2005, 34.

¹¹⁵ Per un'analisi di tali *Instructions* si rimanda a M. BOUCHARD, *Guantanamo. Morte del processo e inizio dell'apocalisse*, cit., 5, 2003. La frase virgolettata è a pag 1012.

¹¹⁶ La dichiarazione è riportata in C. BONINI, *Guantanamo*, cit., 78 (corsivo aggiunto).

¹¹⁷ Per un'introduzione all'istituto dell'*habeas corpus* v. W. DUKER, *A Constitutional History of Habeas Corpus*, London, 1980; R. J. SHARPE, *The law of habeas corpus*, Oxford, 1989.

per conto dei detenuti nemici combattenti.¹¹⁸ Posta l'extraterritorialità di Guantanamo, la garanzia costituzionale dell'*habeas corpus* – così riteneva il Governo, così (almeno inizialmente) hanno mostrato di ritenere i giudici statunitensi – non sussisterebbe per gli individui detenuti nella base navale della baia cubana. Nel 2003 le decisioni di due corti d'appello prima¹¹⁹, e, nel 2004, due sentenze della Corte Suprema segnano un'inversione di rotta.¹²⁰

Nella sentenza *Hamdi et al. v. Rumsfeld*¹²¹ la Corte stabilisce che

“the Court holds that although Congress authorized with the AUMF Act the detention of combatants, due process demands that a citizen held in the United States as an enemy combatant be given a meaningful opportunity to contest the factual basis for that detention before a neutral decisionmaker.”

Nella sentenza *Rasul v. Bush*¹²² la Corte si pronuncia sulla compatibilità della condizione di detenuto (non cittadino statunitense) a Guantanamo con la garanzia dell'*habeas corpus* (per come disciplinato dall'*Habeas Statute* 28 USC § 2241). La Corte Suprema afferma che

“United States courts have jurisdiction to consider challenges to the legality of the detention of foreign nationals captured abroad in connection with hostilities and incarcerated at Guantanamo Bay. 28 USC § 2241 grants courts the authority to hear applications for habeas corpus within their respective jurisdictions, by any person who claims to be held in custody in violation of the Constitution or laws treaties of the United States.”

¹¹⁸ Tale orientamento si fondava sul precedente del 1950, *Johnson v. Eisentrager*, già citato, in cui la Corte Suprema aveva negato il controllo giudiziario da parte delle corti statunitensi sulle detenzioni esterne al territorio sovrano degli Stati Uniti.

¹¹⁹ Il riferimento è alla *Court of Appeals for the Ninth Circuit* di San Francisco e la *U.S. Court of Appeals for the Second Circuit* di New York.

¹²⁰ Prima di passare all'esame delle sentenze, si vuole ricordare che dopo l'11 settembre negli Stati Uniti migliaia sono state le persone arrestate segretamente (o perché non ne è stata resa nota l'identità o perché segreto è stato il luogo di detenzione). 1200 le persone arrestate tra settembre e novembre del 2001 (solo 93 di costoro vennero formalmente accusate di aver commesso fatti penalmente rilevanti). Questi dati sono tratti da S. J. SCHULHOFER, *The Enemy within*, cit., 11.

Altra fonte ritiene che alla data del 2 aprile 2002 erano detenute oltre 2000 persone, D. COLE, *Enemy Aliens*, cit., 250.

La difficoltà di fornire dati precisi, sottolineata da tutti gli autori, dipende dalla politica di segretezza degli arresti e delle detenzioni messa in atto dal Governo degli Stati Uniti.

¹²¹ Supreme Court of United States. *Hamdi v. Rumsfeld*. No. 03-6696 - 28.6.2004 (542 U.S. 507 - 2004).

¹²² Supreme Court of United States. *Rasul et al. v. Bush*. No 03-334 - 28.6.2004 (542 U.S. 2004).

Nel biennio 2004-2006 l'Esecutivo "risponde" a tali pronunce della Corte Suprema adottando, prima, il *Combatant Status Review Tribunal* (CSRT), quindi il *Detainee Treatment Act*. La produzione normativa anti-terrorismo pare, pertanto, inarrestabile. Il primo di questi provvedimenti, adottato il 7 luglio 2004, prevede un processo di natura amministrativa volto ad accertare la sussistenza, nel detenuto presso Guantanamo, dei caratteri di un *enemy combatant*. Viene riconosciuta ai detenuti di contestare la loro qualifica quali *enemy combatant* di fronte ad una commissione composta di 3 ufficiali. Vengono garantiti diritti quali il diritto ad avere "a personal representative" per assistere il detenuto nella preparazione del caso, il diritto di presentare informazioni al "tribunale" e di interrogare testimoni, di esibire documenti rilevanti. Ma non si garantisce il diritto ad avere assistenza legale di un avvocato, requisito questo richiesto dal giudice O'Connor nella sentenza *Hamdi* per la legittimità di questi nuovi tribunali. In più, è prevista una presunzione in favore degli elementi probatori presentati dal governo. La procedura, si è detto, non è né quella del codice di procedura penale né del codice penale militare; si deroga, pertanto, al VI emendamento.

Il secondo dei provvedimenti venne adottato nel 2005. Il 28 aprile del 2004 le foto di prigionieri abusati nella prigione di Abu Ghraib avevano fatto il giro del mondo in pochi minuti. Le critiche in seguito sollevate ai metodi adottati dall'Amministrazione Bush nella lotta al terrorismo, portarono il Congresso degli Stati Uniti ad adottare il *Detainee Treatment Act*.¹²³ Tale Atto proibisce "cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment of persons under custody or control of the US Government" (sec. 1003). Ma la *section* 1004 garantisce una immunità per i responsabili delle sevizie perpetrate su prigionieri.¹²⁴

¹²³ Su tale Atto si veda, in particolare, A. M. SULEMAN, *Detainee Treatment Act of 2005*, in *Harvard Human Rights Journal*, 19, Spring 2006, consultabile anche sul sito www.law.harvard.edu/students/orgs/hrj/.

Si veda, inoltre, the AMNESTY INTERNATIONAL REPORT, *United States of America. Military Commissions Act of 2006. Turning bad policy into bad law*, in Index number: AMR 51/154/2006, disponibile alla pagina <http://www.amnesty.org/en/library/asset/AMR51/154/2006/en/dom-AMR511542006en.html>.

¹²⁴ Sec. 1004 (a): Protection of United States Government Personnel. In any civil action or criminal prosecution against an officer, employee, member of the Armed Forces, or other agent of the United States Government who is a United States person, arising out of the officer, employee, member of the Armed Forces, or other agent's engaging in specific operational practices, that involve detention and interrogation of aliens who the President or his designees have determined are believed to be engaged in or associated with international terrorist activity that poses a serious, continuing threat to the United States, its interests, or its allies, and that were officially authorized and determined to be lawful at the

La *section* 1005, inoltre, prevede severi limiti per il *writ* di *habeas corpus*; viene infatti negata la giurisdizione dei tribunali federali sulle istanze di *habeas corpus* avanzate dai prigionieri di Guantanamo. Unica Corte federale cui si riconosce una parziale giurisdizione è la Corte distrettuale del *District of Columbia* che potrà operare quale giudice d'appello rispetto alle decisioni adottate dai CSRTs e dalle *Military Commissions*. Viene comunque negata l'estensione dei principi costituzionali ai combattenti nemici che si trovino fuori dal territorio americano, e dunque ai detenuti di Guantanamo.

Finalmente, nel 2006 la Corte Suprema, in *Supreme Court of United States. Hamdam v. Rumsfeld*, 29 June 2006 (n.05-184) (548 – us 2006), stabilisce che

“the military commission convened to try Hamdan lacks power to proceed because its structure and procedures violate both the Uniform Code of Military Justice (UCMJ), 10 USC § 801 et seq.) and the Geneva Conventions.”

E il giudice Stevens conclude la redazione della *Opinion* affermando che

“even assuming that Hamden is a dangerous individual who would cause great harm or death to innocent civilians given the opportunity, the Executive nevertheless must comply with the prevailing rule of law in undertaking to try him and subject him to criminal punishment.”

Eppure, ancora una volta, il gigante ferito non pare volersi placare e reagisce a questa pronuncia della Corte Suprema sferrando un altro colpo. Lo Stato di diritto negli Stati Uniti aveva già subito profonde crepe con il *Military Order* del 2001: pare ora patire un collasso con il *Military Commission Act* del 2006.

Questa ulteriore “mossa” della politica statunitense risultava comunque già funestamente prevedibile dopo che la Corte Suprema con la sentenza *Hamdam* aveva dichiarato l'illegittimità delle Commissioni militari non già perché contrarie alla Costituzione ma perché contrarie alle leggi ordinarie in materia. Per il Congresso

time that they were conducted, it shall be a defense that such officer, employee, member of the Armed Forces, or other agent did not know that the practices were unlawful and a person of ordinary sense and understanding would not know the practices were unlawful. Good faith reliance on advice of counsel should be an important factor, among others, to consider in assessing whether a person of ordinary sense and understanding would have known the practices to be unlawful. Nothing in this section shall be construed to limit or extinguish any defense or protection otherwise available to any person or entity from suit, civil or criminal liability, or damages, or to provide immunity from prosecution for any criminal offense by the proper authorities.

statunitense lo stato di emergenza – di eccezione – può evidentemente spingersi fino a tanto: “Congress – è stato detto – has turned bad executive policy into bad law”.¹²⁵

La “guerra globale e continua” deve sbarazzarsi degli ostacoli frapposti dalla tutela dei diritti fondamentali dell’uomo. Non solo l’ordinario potere giudiziario ma neanche le Corti marziali risultano adatte allo scopo: la procedura prevista davanti ad esse non si confà alla guerra globale al terrore. Nelle osservazione del Congresso all’Act si legge che

“The terrorists with whom the United States is engaged in armed conflict have demonstrated a commitment to the destruction of the United States and its people, to the violation of the law of war, and to *the abuse of American legal processes*. In a time of ongoing armed conflict, it generally is neither practicable nor appropriate for combatants like al Qaeda terrorist to be tried before tribunals that include all of the procedures associated with courts-martial.”¹²⁶

Molti sono i punti di tale ordinanza che meriterebbero quantomeno di essere menzionati: solo così si potrebbe tentare di tratteggiare lo scenario di un’azione politica che pare volersi porre nel regno dell’anomia. Il Presidente è autorizzato a istituire commissioni militari speciali per giudicare gli *aliens* (“non citizens”) *unlawful enemy combatants*.¹²⁷ E’ interdetta la possibilità per tali soggetti di ricorrere a riti alternativi, come è parimenti loro interdetto di invocare le Convenzioni di Ginevra (essendo stipulate tra nazioni e non già tra una nazione e dei terroristi). Si prevedono inoltre delle speciali regole procedurali; semplicemente agghiacciante è la disciplina in materia di prove e in fatto di tortura.¹²⁸

¹²⁵ AMNESTY INTERNATIONAL REPORT, *United States of America. Military Commissions Act of 2006. Turning bad policy into bad law*, in Index number: AMR 51/154/2006, cit.

¹²⁶ Le osservazioni del Congresso all’Act sono tratte da L. PATRONO, *Il Congresso americano vara il “Military Commission Act of 2006: l’estremismo dello “stato d’eccezione” e l’incostituzionalità delle sue regole ‘speciali’*, in www.costituzionalismo.it (l’osservazione riportata è contenuta in Section 2.6, Findings) (corsivo aggiunto).

¹²⁷ E’ da ritenersi tale (sec. 948 a) : “a person who has engaged in hostilities or who has purposefully and materially supported hostilities against the United States or its co-belligerents who is not a lawful enemy combatant (including a person who is part of the Taliban, al Qaeda, or associated forces); or a person who, before, on, or after the date of the enactment of the Military Commissions Act of 2006, has been determined to be an unlawful enemy combatant by a Combatant Status Review Tribunal or another competent tribunal established under the authority of the President or the Secretary of Defense.”

¹²⁸ Il paragrafo 949 dispone che: A) Evidence shall be admissible if the military judge determines that the evidence would have probative value to a reasonable person; B) Evidence shall not be excluded from trial by military commission on the grounds that the evidence was not seized pursuant to a search warrant or other authorization; C) A statement of the accused that is otherwise admissible shall not be excluded from trial by military commission on grounds of alleged coercion or compulsory self-incrimination so long as the evidence complies with the provisions of section 948r of this title.

La *section 7*, in materia di *habeas corpus*, dispone che

“The Military Act amends the section 2241 of title 28 U.S.Code e dispone che “no court, justice, or judge shall have jurisdiction to hear or consider an application for a writ of habeas corpus filed by or on behalf of an alien detained by the United States who has been determined by the United States to have been properly detained as an enemy combatant or is awaiting such determination.”¹²⁹.

Ma v'è di più. Si legge:

The amendment shall take effect on the date of the enactment of this Act, and shall apply to all cases, without exception, pending on or after the date of the enactment of this Act which relate to any aspect of the detention, transfer, treatment, trial, or conditions of detention of an alien detained by the United States since September 11, 2001.

Siamo di fronte all'applicazione retroattiva della sospensione di una fondamentale garanzia processuale, riconosciuta dalla stessa Costituzione americana che, ai sensi della sezione nove dell'articolo 1 della Carta fondamentale statunitense, può essere sospeso solo per specifiche e determinate circostanze: la ribellione e l'invasione.¹³⁰

Il paragrafo 948r, posta l'inutilizzabilità delle dichiarazioni ottenute sotto tortura secondo quanto stabilito dal *Defense Treatment Act of 2005*, dispone che a statement obtained before December 30, 2005 (the date of the enactment of *Defense Treatment Act of 2005*) in which the degree of coercion is disputed may be admitted only if the military judge finds that “(1) the totality of the circumstances renders the statement reliable and possessing sufficient probative value; and (2) the interests of justice would best be served by admission of the statement into evidence.

Il *Military Act* ritiene inammissibili, dunque, le prove testimoniali ottenute mediante tecniche crudeli, inumani o degradanti nei soli casi verificatisi *dopo* la data di adozione del *Defense Treatment Act* del 2005 (atto adottato dopo i moniti della Corte Suprema sul trattamento dei prigionieri a Guantanamo).

¹²⁹ E' altresì disposto che “except as provided in paragraphs (2) and (3) of section 1005(e) of the *Detainee Treatment Act of 2005* (10 U.S.C. 801 note), no court, justice, or judge shall have jurisdiction to hear or consider *any other action* against the United States or its agents relating to any aspect of the detention, transfer, treatment, trial, or conditions of confinement of an alien who is or was detained by the United States and has been determined by the United States to have been properly detained as an enemy combatant or is awaiting such determination.”

¹³⁰ Si apre un breve inciso per ricordare che il termine “ribellione” di cui alla sec. IX è stato variamente interpretato nella storia degli Stati Uniti. Il Presidente Lincoln considerò “ribellione” il tentativo di secessione degli Stati confederati del Sud e sospese così *l'habeas corpus* per ben 8 volte nel corso della guerra civile. Sotto la vigenza di una delle più aspre di queste sospensioni (che si applicava in tutto il Paese) ben 38.000 civili vennero imprigionati, nell'assenza di procedimenti giudiziari e di procedimenti di convalida e di appello. Il *Secretary of State* William Seward dichiarò al *British Minister* a Washington: “I can touch a bell on my right hand and order the arrest of a citizen in Ohio. I can touch the bell again and order the imprisonment of a citizen of New York, and no power on earth but that of the President can release them. Can the Queen of England, in her dominions, say as much?” (Tale citazione è riportata in G. R. STONE, *Civil Liberties in Wartime: The American Perspective*, cit.).

Non mancarono tentativi da parte dell'autorità giudiziaria di contrastare l'operato di Lincoln. Il giudice Taney considerò un'usurpazione di autorità la sospensione dell'*habeas corpus* da parte del Presidente posto che tale atto è, in base alla Costituzione, di competenza del Congresso. Lincoln semplicemente decise di ignorare tale deliberazione (Si veda, ancora, G. R. STONE, *Civil Liberties in*

La teoria dell'Amministrazione Bush è che l'11 settembre del 2001 gli Stati Uniti siano stati *invasi* da un gruppo di terroristi guidati da Osama Bin Laden: la sospensione della garanzia dell'*habeas corpus* sarebbe pertanto costituzionalmente legittima. La Corte Suprema – lo si dirà da qui a breve – si mostrerà di tutt'altra opinione. Quello che per ora preme rilevare è che a causa del *Military Commission Act of 2006* gli *enemy combatants* vengono catapultati nuovamente in quella “no man's land” da cui la Corte Suprema con le sentenze del 2004 e del 2006 aveva cercato di toglierli. Per gli *enemy combatant* dunque il diritto di *habeas corpus* è sospeso. Coloro che, detenuti, sono stati classificati come tali da un CRST, o coloro che sono in attesa di una decisione in tal senso da parte di un CRST (in attesa, cioè, di ricevere un capo di imputazione) sono destinati a essere ricollocati in un luogo in cui il tempo e lo spazio sembrano essere categorie sospese.

La funesta teoria governativa dello “sleeper” pare, dunque, non volersi arrestare.¹³¹

Wartime: The American Perspective, cit.) Bisognerà attendere la fine della Guerra Civile perché la Corte Suprema si pronuncerà a riguardo dichiarando che il Presidente, *neanche in tempo in guerra* – se le corti civili ordinarie operano regolarmente – può sospendere il diritto di *habeas corpus*.

Successivamente, nel 1871, il Presidente Ulysses S. Grant avrebbe adottato un analogo provvedimento di sospensione (il che avvenne quando decise di inviare delle truppe federali nel South Carolina allo scopo di porre fine agli attacchi del Ku Klux Klan contro i cittadini afroamericani).

Il presidente Truman avrebbe tentato – ma invano – di far passare un'interpretazione della norma tale da includervi le proteste popolari durante la guerra in Vietnam e le battaglie per l'abolizione della segregazione. Questi riferimenti storici sono tratti da M.E. DE FRANCISCIS, *In margine alle sentenze sul caso dei detenuti di Guantanamo: la ragion di Stato e le garanzie processuali negli Stati Uniti d'America*, in *Rassegna Parlamentare*, 2, 2005, 427.

¹³¹ Secondo questa teoria (che sembra tratta da uno scenario orwelliano) il fatto che un sospetto non abbia (ancora) commesso alcun illecito è un segnale della sua pericolosità: Al Qaeda ha cellule sparse – ancora “addormentate” – in tutto il mondo. Sono composte da individui che, sì, conducono una vita regolare ma che al primo ordine di Al Qaeda saranno pronti a compiere qualsiasi attacco terroristico verrà loro richiesto di fare. La mancanza di prove della stessa commissione di un fatto, dunque, non è una prova sufficiente per rilasciare un individuo sospetto.

Per l'analisi di questa teoria combinata con la cd. teoria del mosaico si rimanda a D. COLE, *Enemy Aliens*, op.cit., 250-256 (la “teoria del mosaico” ritiene che le indagini sul terrorismo vadano concepite, appunto, come si trattasse della costruzione di un mosaico, perché fatti che *prima facie* potrebbero sembrare irrilevanti o poco significativi, in un momento successivo, interpretati con gli altri “frammenti” nel frattempo raccolti, potrebbero giustificare una interpretazione tale da poter fondare un giudizio di responsabilità).

Suggestivo e pienamente condivisibile il riferimento a riguardo che Marco Bouchard fa al racconto breve di Philip K. Dick, “*Minority Report*”, da cui Steven Spielberg ha tratto un ormai celebre film con Tom Cruise. Il racconto e il film ruotano intorno all'agenzia *Pre-crime*, che, grazie alla previsione di tre mutanti, arresta individui che ancora non hanno violato alcuna norma che sicuramente, nell'imminente futuro, violeranno. Lo scritto di Bouchard cui si fa riferimento è *Guantanamo. Morte del processo e inizio dell'apocalisse*, cit. Il racconto di Philip Dick è del 1956; è oggi contenuto nella raccolta “*Rapporto di minoranza e altri racconti*”, Roma, 2004. Il film di Steven Spielberg, *Minority Report*, è del 2002; è reperibile in DVD, 20th Century Fox Entertainment.

Sarà la Corte Suprema a porre un freno alla politica di Bush nella sentenza *Supreme Court of United States, Boumediene et al. V. Bush et al.*, No. 06-1195. 12.6.2008. (553 US – 2008). La Corte, in tale pronuncia, deve decidere se anche nei confronti degli *aliens* designati quali *enemy combatants* e detenuti a Guantanamo è riconosciuto il diritto costituzionale dell'*habeas corpus*. La Corte, respingendo la tesi del Governo, afferma, senza possibilità alcuna di equivoco, che i detenuti hanno “the habeas corpus privilege”. Le procedure del DTA non sono ritenute adeguate, non potendo essere considerate sostituti dell'*habeas corpus*; pertanto, la Corte dichiara che il § 7 del *Military Commissions Act of 2006*¹³² contempla una illegittima ipotesi di sospensione del *writ*.¹³³

Vale riportare da ultimo la parte conclusiva della sentenza:

“Security depends upon a sophisticated intelligence apparatus and the ability of US Armed Forces to act and to interdict – scrive il *Justice Kennedy* –; however there are further considerations: security subsists, too, in fidelity to freedom’s first principles. Chief among these are freedom from arbitrary and unlawful restraint and the personal liberty that is secured by adherence to the separation of powers. It is from these principles that the judicial authority to consider petitions for habeas corpus relief derives.”

Il *Justice Kennedy* conclude dichiarando che

“the Supreme Court holds that petitioners may invoke the fundamental procedural protections of habeas corpus. *The laws and Constitution are designed to survive, and remain in force, in extraordinary times. Liberty and security can be reconciled; and in US system they are reconciled within the framework of the law. The Framers decided that habeas corpus, a right of first importance, must be a part of that framework, a part of that law.*”¹³⁴

¹³² Quindi il § 28 U.S.C.A. § 2241(e).

¹³³ La Corte accoglie la posizione del Governo secondo la quale la sovranità *de jure* su Guantanamo sia di Cuba ma, scrive il *Justice Kennedy* e non ostando il caso *Johnson v. Eisentrager* (339 U.S. 763 (1950) – “the Courts takes notice of the obvious and uncontested fact that the United States, by virtue of its complete jurisdiction and control over the base, maintains *de facto* sovereignty over this territory.” Con una chiarezza estrema *Justice Kennedy* – in una parte dell’Opinion specialmente importante – ribadisce con nettezza che “the Constitution grants Congress and the President the power to acquire, dispose of, and govern territory, not the power to decide when and where its terms apply. Even when the United States acts outside its borders, its powers are not absolute and unlimited but are subject to such restrictions as are expressed in the Constitution. Abstaining from questions involving formal sovereignty and territorial governance is one thing. To hold the political branches have the power to switch the Constitution on or off at will is quite another.”

¹³⁴ Corsivo aggiunto.

Quattro mesi dopo questa pronuncia, Barak Obama diventava Presidente degli Stati Uniti d’America.¹³⁵ Il 29 gennaio 2009 vengono adottati tre *executive orders*, con cui si dispone la chiusura di Guantanamo entro un anno, il conseguente trasferimento dei detenuti, l’applicazione del diritto umanitario a tutti i prigionieri (senza distinzioni di sorta), la sospensione delle *military commissions*, si rivede la disciplina relativa alle tecniche di interrogatorio in modo da conformarle al diritto internazionale e, da ultimo, si crea una commissione speciale, la *Detention Policy Task Force*, cui viene affidato l’incarico di redigere un rapporto sulle singole situazioni dei detenuti di Guantanamo.¹³⁶

A distanza di anni, la prigione di Guantanamo non è stata ancora chiusa. L’operazione programmata da Obama, di fatto, si è pertanto risolta in un “sostanziale fallimento”.¹³⁷

La vicenda che qui si è sinteticamente descritta evidenzia i rischi derivanti dal fare della sicurezza una ideologia e dello strumento penale una delle armi per realizzarla.¹³⁸ I meccanismi di bilanciamento tra i Poteri si sono rivelati quali i veri garanti dell’equilibrio tra libertà e sicurezza. “Gli antichi custodi del diritto (e della

¹³⁵ Per una recente analisi della politica dell’Amministrazione Obama in materia di terrorismo e immigrazione v. A. BENAZZO, *Libertà civili, politica della sicurezza e lotta al terrorismo nell’America di Obama*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 2009, 3-4, 97.

¹³⁶ Alla data di adozione di tali *orders* – secondo i dati riportati da A. BENAZZO, *op. cit.*, 100 – risultava che 800 persone erano state imprigionate a Guantanamo, 500 delle quali erano state rilasciate, dopo una prigionia protratta dai 4 ai 6 anni, senza che fosse mai stata formulata un’imputazione a loro carico. La maggior parte dei prigionieri ancora nella Baia alla data del 2009, a loro volta, non erano ancora stati destinatari di alcun capo di imputazione.

¹³⁷ Il giudizio, che si condivide, è formulato da A. BENAZZO, *op. cit.*, 103. Scrive l’autrice: “[L]’atteggiamento di Obama si è [...] rivelato ambigualmente in linea con il suo predecessore, non tanto per la mancata promessa di costituire una commissione d’inchiesta sui crimini compiuti dall’amministrazione Bush (circa le torture e un impegno bellico falsamente giustificato) che avrebbero fatto vacillare la fedeltà di apparati cruciali come la Cia e il Pentagono, quanto per alcuni aspetti delle politiche attive prescelte. Innanzitutto, si è osservato che il radicale cambiamento impresso con i primi decreti di Obama alla *war on terrorism* riguarda essenzialmente i soli prigionieri di Guantanamo ai quali è stato garantito il diritto a un equo processo, ad un trattamento dignitoso e la messa al bando della tortura. Gli stessi diritti non sono stati però estesi ai detenuti della prigione afghana di Bagram che pure avevano presentato ricorso alle corti americane – in base alla decisione Boumediene della Corte Suprema – né si è posto fine alla controversa pratica delle *extraordinary renditions*. Al contrario, Obama la ha sostanzialmente legittimata, in nome della protezione del popolo americano.”: *ibidem*, 103.

¹³⁸ In questo senso v. E. DENNINGER, *Diritti dell’uomo e legge fondamentale*, cit., 92.

A onor del vero, un’ autorevole voce ritiene che mentre gli ordinamenti europei, nella lotta al terrorismo, hanno fatto ricorso al diritto penale classico e al diritto internazionale, l’ordinamento statunitense, invece, non si sarebbe affidato prevalentemente allo strumento penale quanto, piuttosto, a misure di polizia (formalmente amministrative, sostanzialmente penali), M. DONINI, *Il terrorista-straniero come nemico e le contraddizioni di una giurisdizione penale di lotta*, cit., 1699.

ragione), i Parlamenti e le Corti costituzionali, riaffermano [così] [...] la propria identità, ponendosi a salvaguardia di quel che resta dello Stato di diritto.”

Nell'emergenza tali “guardiani” si sono rivelati pertanto quali “ultimi fortini del costituzionalismo liberale e democratico.”¹³⁹

¹³⁹ Le frasi virgolettate sono tratte da P. L. PETRILLO, *Forma di governo e legislazione anti-terrorismo in Canada*, cit. In questo stesso senso v. A. BENAZZO, *op. cit.*, 114.

PARTE II. PER UN RECUPERO DELLA RAZIONALITÀ DELLA
LEGGE PENALE, OVVERO INTORNO ALLA FUNZIONE
DEMOCRATICA DELL'ARGOMENTAZIONE

“Accadde una volta che i rabbini nella sinagoga non riuscissero a raggiungere un accordo su un problema giuridico desunto dal Talmud. Ad un certo momento, il rabbino Eliezer, il cui parere dettagliato e giustificato *lege artis* non era condiviso dalla maggioranza, affermò che, se fosse stato nel giusto, un carrubo fuori dalla sinagoga si sarebbe mosso di un passo. Ma quando l’albero effettivamente si mosse, ciò non impressionò gli altri rabbini. Allora egli sostenne che un vicino ruscello avrebbe dovuto scorrere al contrario, e che le pareti della sinagoga avrebbero dovuto piegarsi. Anche ciò avvenne, ma neanche allora i rabbini si lasciarono impressionare. Infine egli disse che, se la sua tesi era giusta, il cielo lo avrebbe provato. Ma anche quando una voce celeste confermò la posizione di Eliezer, i rabbini scossero il capo e dissero: «Noi non ascolteremo la voce dal cielo, poiché Tu stesso, sul monte Sinai, hai scritto nella Torah che bisogna inchinarsi all’opinione della maggioranza». E Dio rise, e disse: «I miei figli mi hanno battuto, i miei figli mi hanno battuto».¹

Talmud, Baba Mezia, 59b

¹ Questa storia fu raccontata da Joseph Weiler a Gunther Teubner che la riporta nel suo “*Il diritto come sistema autopoietico*”, Milano, 1961, 1.

INTRODUZIONE

SUSSIDIARIETÀ, DEMOCRAZIA PENALE E TRAPPOLA EPISTEMICA DEL DIRITTO

1. Riflessioni minime su “etica discorsiva e ragione pubblica”. Per una concezione deliberativa della democrazia penale tra consenso e *disagreement*; 2. La ‘trappola epistemica’ del diritto penale. Decisione, legge e conoscenza.

Nella prima parte di questo lavoro, il principio di sussidiarietà è stato definito quale principio metodologico di natura procedurale che impone al legislatore l’adozione di metodi di produzione legislativa propri – si è detto e come ancora si avrà modo di ribadire – di una *democrazia costituzionale*, e non semplicemente di una *democrazia*. Quello di *extrema ratio* è, dunque, un principio *sulla produzione* normativa penale; nell’adozione delle *decisioni* (*id est*, nell’approvazione di nuove leggi penali) impone infatti – come si avrà modo di dire – il rispetto di regole che consentono ad un sistema di definirsi effettivamente democratico; ed è un principio dalla portata enorme, potenzialmente capace – nei termini e con le forme di cui si dirà in questa seconda parte – di conformare il metodo del legislatore e perciò di limitare e controllare l’irrazionalità del diritto penale¹. Per il suo tramite, e grazie all’intervento di nuovi rimedi istituzionali sia nella fase di formazione della legge penale che nel giudizio di costituzionalità di cui si dirà nel corso di questa seconda parte, può ben essere possibile valutare la legittimità di una legge anche alla luce della legittimità del procedimento di formazione di cui è il prodotto. Ma v’è di più. Il principio di sussidiarietà può anche consentire la verifica della “razionalità empirica” (nei limiti e nel senso che verrà esplicitato a breve) della legge penale, una verifica che verrà condotta alla luce di quei saperi empirici, cioè, il cui ingresso nella formazione stessa della norma segna il passaggio da un diritto penale autopoietico ad una democrazia penale di tipo discorsivo.²

¹ Un metodo, quello del legislatore penale, storicamente caratterizzato da carenze quali l’irrazionalità, l’ignoranza dell’empiria, la caccia del consenso sociale ed elettorale, l’approssimazione. Questo il giudizio (che si condivide) formulato da M. DONINI, *Metodo democratico e metodo nel rapporto tra diritto penale e politica*, in M. DONINI, *Alla ricerca di un disegno*, Padova, 2003. 6.

² In questo senso, M. DONINI, *Principi costituzionali e sistema penale. Modello e programma*, in *ius17@unibo.it*, 2, 2009, 417.

Perché questo possa essere possibile, a parere di chi scrive, sarebbe anche necessario introdurre nel testo costituzionale l'obbligo di motivazione della legge penale che, con il rinnovato giudizio di fatto nel processo costituzionale di cui si dirà, potrebbe consentire una migliore costruzione della razionalità della legge.

Per poter chiarire il senso e il precipitato in termini istituzionali di tale concezione del principio di sussidiarietà appare necessario esplicitare, in via preliminare, taluni punti che chi scrive ritiene essenziali. Pertanto, ci si soffermerà qui, preliminarmente, sul concetto stesso di democrazia penale e del rapporto tra questa e il principio di sussidiarietà (il che, come si avrà modo di dire, incide sul modo stesso di intendere il principio di legalità penale); si dirà, quindi, del rapporto tra democrazia, ragione pubblica e quella che è stata definita 'etica discorsiva'. Quindi, sia pur assai brevemente, si dirà anche del ruolo che il principio di sussidiarietà può giocare nel risolvere i problemi posti da quella che può essere definita "trappola epistemica del diritto penale"; è proprio giocando tale ruolo che il principio può consentire il controllo di ragionevolezza delle norme penali.

È un principio che può, quindi, svolgere un ruolo guida nella conduzione di un processo di consolidazione della democrazia penale che vede impegnato non solo, e innanzitutto, il legislatore (v. Cap. I) ma anche la Corte costituzionale (v. Cap. II), ruolo che verrebbe rafforzato qualora si introducesse, come qui si propone di fare, l'obbligo di motivazione delle norme penali incriminatrici (Cap. III).

In sintesi, il senso di questa seconda parte può essere espresso prendendo a prestito, e facendo proprie, le parole di un' autorevole voce quale quella di Palazzo:

“Caduti molti idoli, lo scenario non è quello di un deserto nichilistico ma piuttosto di un panorama molto complesso [...]. Caduto il 'volontarismo normativo' sotteso all'idea tradizionale di legalità (penale), si apre la strada ad una faticosa 'razionalità dialogica' quale base di ogni soluzione normativa (legislativa o giudiziaria che sia). Faticosa perché essa, lungi dal provenire da *voluntas* unitaria anche se formatasi in organi collegiali, va invece ricercata nel confronto dialogico tra molteplici centri e portatori di interessi più o meno istituzionalizzati e formalizzati. Dunque, questo complesso panorama, in cui opera la 'razionalità dialogica' per la formulazione delle soluzioni normative, non può per così dire essere lasciato a se stesso: l'esigenza profonda della *garanzia* permane e si converte in quella assai più complessa ed articolata di fornire degli strumenti – (dei 'rimedi'?) – affinché il campo della razionalità dialogica non diventi piuttosto il terreno di incontrollabili scorribande prevaricatrici. Rimedi, nel senso di strumenti non solo e non tanto di controllo ma

prima ancora e soprattutto di canalizzazione dei processi dialogici di formazione della soluzione giuridica.”³

1. Riflessioni minime su “etica discorsiva e ragione pubblica”. Per una concezione deliberativa della democrazia tra consenso e disagreement.

*“Non pensiamo che il dibattito arrechi danni all’azione;
il pericolo risiede piuttosto nel non chiarirsi le idee discutendone, prima di affrontare le
azioni
che si impongono.”*
Pericle⁴

*“La politica deliberativa deriva la sua forza legittimante dalla struttura discorsiva
d’una formazione dell’opinione e della volontà che può svolgere funzioni
d’integrazione sociale solo grazie all’aspettativa d’una qualità ragionevole dei suoi
risultati. Perciò il livello discorsivo dei dibattiti pubblici continua ad essere la variabile
più importante.”*
Jürgen Habermas⁵

*“La teoria dell’argomentazione è lo studio metodico delle buone ragioni
con cui gli uomini parlano e discutono di scelte che implicano il riferimento a valori
quando hanno rinunciato ad imporle con la violenza
o a strapparle con la coazione psicologica,
cioè alla sopraffazione o all’indottrinamento.”*
Norberto Bobbio⁶

In uno stato di diritto costituzionale, il diritto non può tollerare di essere mera decisione che si impone. Se è vero che in un sistema di democrazia costituzionale la legge non è mai pura *voluntas*, dovendo essere anche *ratio* (non già, quindi, “è legge perché lo voglio io, il legislatore” ma “è legge perché ciò che io voglio, come legislatore, è ragionevole”⁷), la ragionevolezza dell’intervento legislativo pretende di essere valutata, innanzitutto, alla luce, non già di criteri generali validi per ogni tipo di legge, ma alla luce di criteri specifici del tipo di legge. Pertanto, in relazione alla legge penale, è da ritenersi che il carattere democratico di una norma non dovrebbe derivare dal solo criterio di competenza, in base ad un ragionamento del tipo “l’atto x è adottato dall’organo y, competente per legge, dunque l’atto x è democratico”. Come, del resto, la democrazia penale (e la democrazia in generale) non deriva dal

³ F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio fondamentale*, in *Quaderni fiorentini*, 2007, 1322.

⁴ TUCIDIDE, *La guerra del Peloponneso*, libro II.40, 2, a cura di L. CANFORA, tomo I, Bari, 137.

⁵ J. HABERMAS, *Fatti e norme* (1992), Napoli, 1996, 360.

⁶ N. BOBBIO, *Prefazione*, in C. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Trattato dell’argomentazione. La nuova retorica* (1958), Torino, 1966, XIII.

⁷ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, 23.

solo rispetto di quelle regole – pur fondamentali – quali il suffragio universale, l'esistenza di un sistema di elezioni libere, il rispetto del principio di maggioranza, la libertà dei partiti.

Il tasso di democrazia di una legge penale deriva anche dalla democraticità del processo che l'ha prodotta. Una tutela non solo declamata e declamatoria del pluralismo e delle minoranze non può essere garantita con la mera presenza fisica di *rappresentanti* nelle aule delle assemblee e commissioni parlamentari. Se così fosse, ci staremmo accontentando di una concezione cartonata della democrazia, quasi si trattasse della pura messa in scena simbolica di un bisogno psicologico (“la mia volontà di individuo elettore è presente nelle aule del potere per il tramite dei rappresentanti parlamentari, *ergo* sono un cittadino e non un suddito”). Le istituzioni della democrazia, intese in questi termini, sarebbero niente più che un mero apparato con funzione psicologica e di controllo sociale, una sorta di lettino dell'analista per le masse. Una democrazia tranquillante, un valium collettivo, come già detto nel corso della Parte I.

Urge non accontentarsi. Per quanto, al contempo, è il caso di non farsi troppe illusioni quanto alla *facilità* della risoluzione dei problemi di cui si va trattando. Del resto, che nello stato contemporaneo la democrazia non goda di ottima salute è cosa nota⁸, e che la democrazia sia in crisi lo si sente ripetere spesso⁹, per quanto, a onor

⁸ Tali riflessioni hanno generato una vera e propria costellazione di teorie sulla democrazia, che continuano a proliferare nella riflessione politologica e giuridica. Basti pensare a quella sorta di *summa divisio* tra la perdurante idea della democrazia quale sistema che consente alla volontà popolare di esprimersi e di compiersi e le concezioni, in un certo senso antitetico, definite “elitiste” (ma che per altri preferisce definire “realiste”) quali, su tutte, quella elaborata da Schumpeter.

⁹ Le critiche alla democrazia classica sono innumerevoli. Basti por mente, tra gli altri, al pensiero elaborato da J. SCHUMPETER in *Capitalismo, socialismo e democrazia* (1942), Milano, 2001 opera questa ove l'autore, come è noto, critica le colonne portanti dell'idea classica della democrazia (perché ritenute inesistenti), vale a dire l'idea di una ricerca del bene comune e l'idea di una volontà popolare. Sull'influenza esercitata da Schumpeter su autori quali Dahl e Sartori, si rimanda all'analisi condotta da D. ZOLO, *I rischi evolutivi della democrazia*, in D. ZOLO, *La democrazia difficile*, Roma, 1989.

Non manca chi ritiene che, in realtà, i sistemi con una tradizione democratica siano di fatto passati ad un *sistema post-democratico*, v. in tal senso C. CROUCH, *Postdemocrazia*, Bari, 2004. Il modello ideale di democrazia cui l'autore si relaziona è quello in cui le masse – non controllate da *élites* di alcun tipo – hanno l'opportunità di partecipare attivamente, e mediante il voto e mediante la discussione, all'individuazione delle priorità per la vita pubblica. Se questo è il modello cui confrontare la realtà, quella attuale è, allora, una post-democrazia perché il dibattito pubblico è di fatto controllato da gruppi elitari tesi non tanto a praticare il dialogo quanto a sviluppare tecniche di persuasione intorno a un numero limitato di questioni. Nello scenario attuale, caratterizzato da una disillusione diffusa quanto a possibilità effettive di partecipazione nel governo della cosa pubblica, cittadini, avvolti e castrati da una sorta di apatia, sarebbero, quindi, condannati a giocare un ruolo

del vero, non manchi chi preferisce parlare di *trasformazione della democrazia* e non già della sua crisi, sì da non trasmettere l'idea di un "collasso imminente": "[l]a democrazia non gode nel mondo di ottima salute e, del resto, non l'ha mai goduta anche in passato, ma non è sull'orlo della tomba."¹⁰ Altrettanto noto è che nelle società democratiche *recenti*, quali la nostra, si pone come pressante il compito di consolidare le istituzioni e le prassi democratiche, sì da poterle perfezionare e approfondire.¹¹

Non si intende dire qui niente che non sia già noto ai più: le democrazie pluraliste – è ormai conoscenza diffusa – non hanno "mantenuto le promesse"¹². Proprio alla luce di ciò com'è noto è stata proposta una "definizione minima" di democrazia sì da intendere per regime democratico "un insieme di regole di procedura per la formazione di decisioni collettive, in cui è prevista e facilitata la partecipazione più ampia possibile degli interessati" o, detto in altri termini, "[la democrazia è] caratterizzata da un insieme di regole (primarie o fondamentali) che stabiliscono *chi* è autorizzato a prendere le decisioni collettive e con quali *procedure*."¹³

Le *procedure* e non solo i *principi*, dunque, caratterizzano una democrazia costituzionale. È questa una delle prospettive che si assume nel corso di questo

passivo. Così come accadeva nell'epoca c.d. pre-democratica, anche in quella attuale della post-democrazia, la politica, di fatto, sarebbe affare gestito da poche *élites*.

La democrazia oggi è indebolita, e il suo indebolimento sarebbe dovuto – secondo l'analisi condotta dall'autore – ad una serie di fattori quali, tra gli altri, l'importanza ormai assunta a livello globale dalle multinazionali, l'indebolimento dell'importanza politica dei lavoratori (e quindi la fine del legame tra politica e classe operaia), le modifiche strutturali e culturali dei partiti politici, quindi, in sintesi, dallo squilibrio tra gli interessi delle grandi aziende e gli interessi di tutti gli altri gruppi.

¹⁰ N. BOBBIO, *Premessa* in N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, Torino, 1984, VI.

¹¹ Si è fatto qui ricorso alla distinzione elaborata da Dahl tra *paesi non democratici* la cui sfida è il passaggio alla transizione verso la democrazia; *paesi di democrazia recente*, la cui sfida – come detto nel testo – è di consolidare e stabilizzare la democrazia ancora giovane; *paesi dalla democrazia antica*, chiamati ad affrontare la sfida del perfezionamento e approfondimento del sistema, R. A. DAHL, *Sulla democrazia* (1998), Bari, 2006.

¹² Le promesse non mantenute, secondo l'analisi condotta da Bobbio, sono da rintracciarsi nell'essere i gruppi e non gli individui i protagonisti della vita politica; nella rivincita della rappresentanza degli interessi sulla rappresentanza politica; la terza promessa non mantenuta è la sconfitta del potere oligarchico; altra promessa non mantenuta è l'eliminazione del potere invisibile; quindi, la promessa relativa all'educazione dei cittadini. N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, in N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, Torino, 1984, 8-21.

¹³ N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, cit., 4. Non va peraltro dimenticato un aspetto fondamentale della proposta di Bobbio: "[A]nche per una definizione minima di democrazia, come quella che accolgo, [...] occorre una terza condizione: occorre che coloro che sono chiamati a decidere o a eleggere coloro che dovranno decidere siano posti di fronte ad alternative reali e siano messi in condizione di poter scegliere tra l'una e l'altra. *Affinché si realizzi questa condizione occorre che ai chiamati a decidere siano garantiti [...] i diritti inviolabili dell'individuo. [...] Le norme costituzionali che attribuiscono questi diritti non sono propriamente regole del gioco: sono regole preliminari che permettono lo svolgimento del gioco.*", *ibidem*, 6 (corsivo aggiunto).

lavoro. A scanso di equivoci, si ribadisce quanto appena detto: il ruolo dei principi costituzionali posti in funzione di garanzia è innegabile nella scelta operata nella Carta fondamentale e, soprattutto, è irrinunciabile. Ma i principi di garanzia da soli non bastano a fondare una democrazia penale: questa deve essere un *processo* e deve fare del *procedimento (di tipo 'aperto') della politica deliberativa* il suo cuore pulsante. In altri termini, una democrazia costituzionale deve farsi portatrice non solo di una teoria dei diritti isolatamente considerata ma di una teoria dei diritti integrata con una teoria dell'autorità e delle procedure che la legittimano.¹⁴

Qui si aderisce pienamente all'idea per cui sia il *discorso* il nucleo e l'asse portante di una società democratica. Opinioni e decisioni devono formarsi per il tramite di formazioni discorsive. Non è sufficiente il mero riconoscimento formale dei diritti fondamentali, né è parimenti sufficiente la sola presenza, in un sistema, di istituzioni rappresentative, se viene a mancare la realizzazione di una democrazia discorsiva.¹⁵

È questa, del resto, l'ottica in cui si pone chi, indagando intorno al principio penalistico della riserva di legge (sul tema si tornerà in seguito) ha modo di osservare che “[va preso sul serio] il principio di legalità, nei suoi significati non solo formali, ma di istanza tendente a fare convergere *ratio* e *voluntas* attraverso procedure di democrazia discorsiva.”¹⁶

¹⁴ Nel testo si farà più volte riferimento al pensiero di Habermas, pertanto una precisazione preliminare appare necessaria. Ritenerne, come qui si ritiene, che la democrazia è garantita *anche* da certe condizioni procedurali non significa accogliere *in toto* le riflessioni di Habermas; chi scrive non ritiene, infatti, che la legittimità di una norma derivi solo dal rispetto di quelle condizioni, non accettando, soprattutto, la marginalizzazione della Costituzione come sistema di valori. Una puntuale critica alle posizioni di Habermas e dei proceduralisti statunitensi è svolta da G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000, 15-17. Sul tema della legittimazione di una democrazia costituzionale si tornerà più avanti (v. Cap. II, § 1).

¹⁵ Scrive J. HABERMAS, *Fatti e norme*, cit., 353: “Secondo la teoria del discorso, il successo della politica deliberativa non dipende dall'agire unanime della cittadinanza, ma dall'istituzionalizzazione con le opinioni pubbliche informali. La proceduralizzazione della sovranità popolare e il riagganciarsi del sistema politico alle reti periferiche della sfera pubblica vanno di pari passo con l'idea d'una società decentrata.”. E ancora: “Il flusso di comunicazione che s'instaura tra pubblico formarsi dell'opinione, decisioni elettorali istituzionalizzate e deliberazioni legislative serve a garantire che la generazione d'influsso pubblicistico e di potere comunicativo si trasformi – attraverso la funzione legislativa – in un potere amministrativamente esercitabile.”: *ibidem*, 354.

¹⁶ D. PULITANÒ, *Appunti su democrazia penale, scienza giuridica, poteri del giudice*, in G. INSOLERA, *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, Bologna, 2005, 123. L'autore, in altro passo dello scritto, esplicita in modo chiaro, la propria aderenza al metodo – configurato nel solco delle riflessioni di Habermas – della ragione discorsiva orientata all'intesa, *ibidem*, 132.

Tale *deliberative democracy* è portatrice di una rinnovata razionalità (per quanto, a onor del vero, non nuova¹⁷) che, v'è da ritenere, può dare nuova linfa all'agonizzante legittimazione del diritto penale.

Prima di proseguire appare necessaria una precisazione di ordine terminologico. Nella letteratura italiana si usa, forse con troppa *nonchalance*, l'espressione "democrazia deliberativa" e il termine "deliberazione" come traduzione (errata) di *deliberation* (su cui si appuntano ormai innumerevoli studi di studiosi statunitensi). La parola inglese *deliberation*, invero, indica "il processo attraverso il quale si esamina una questione, una proposta, un progetto e se ne ponderano con attenzione i vantaggi e gli svantaggi *prima di prendere una decisione* favorevole o contraria che sia."¹⁸ In Italiano, invece, deliberare significa "decidere; determinare, stabilire, dopo un ponderato esame, spec. da parte di più persone raccolte insieme o di organi collegiali"¹⁹; è un termine, quindi, che si riferisce all'atto di prendere una decisione *dopo* aver esaminato tutti gli argomenti possibili. Per tale ragione qui si parlerà non già di democrazia deliberativa ma di democrazia discorsiva o dialogica.²⁰

Una concezione proceduralistica (-sostanziale) del processo democratico (che non è meramente procedura formale) è caratterizzata dalla consultazione e dalla deliberazione, da discorsi e trattative da cui può trarsi quella che Habermas chiama "presunzione di ragionevolezza"²¹ e che aveva ispirato la riflessione di John Dewey, cui lo stesso Habermas esplicitamente rimanda.²² In tal modo può costruirsi una democrazia penale che poggi "tanto su valori e principi quanto sul metodo

¹⁷ Il portato essenzialmente democratico del discorso (vale a dire della *deliberation*) è presente fin dall'inizio della storia della democrazia; il punto è sottolineato da G. PELLEGRINO, *Le radici storiche e teoriche della democrazia deliberativa*, in G. BOSETTI, S. MAFFETTONE (a cura di), *Democrazia deliberativa: cosa è*, Roma, 2004. L'autore, che traccia un interessante percorso del concetto a partire dall'*isegoria* greca – l'eguale diritto a prendere la parola riconosciuto ai cittadini ateniesi – passando per Pericle e Aristotele, per giungere fino al tardo medioevo e, quindi, al repubblicanesimo moderno e al liberalismo, evidenzia con sintesi ed efficacia un aspetto cruciale della *deliberative democracy*, e vale a dire "il fatto che certe decisioni siano raggiunte tramite una procedura che garantisce il realizzarsi di certi valori conferisce agli esiti di essa un surplus di valore.": *ibidem*, 145.

¹⁸ G. BOSETTI, S. MAFFETTONE, *Introduzione* in G. BOSETTI, S. MAFFETTONE (a cura di), *Democrazia deliberativa: cosa è*, cit., 7.

¹⁹ Definizione tratta dal dizionario lo Zingarelli, Zanichelli.

²⁰ Tale espressione viene comunque declinata in molteplici significati, non sempre tra loro conciliabili. Per un'analisi delle diverse teorie che vanno sotto il nome di *deliberative democracy* v. A. GUTMANN, D. THOMPSON, *Why deliberative democracy?*, Princeton and Oxford, 2004, cap. I.

²¹ J. HABERMAS, *Fatti e norme*, cit., 359.

²² L'autore tedesco a pag. 359 dell'opera già più volte citata, cita espressamente J. Dewey, riconoscendogli di aver "elaborato con forza" una concezione proceduralistica della democrazia.

deliberativo e discorsivo proprio della ragione pubblica.”²³ Sulla scia di Habermas molti sono gli autori che, soprattutto nello scenario statunitense, si rifanno all’idea di una democrazia discorsiva. Tra questi, e su tutti, non può non ricordarsi la riflessione di Cohen²⁴ che fa dei concetti di *justification through public argument* e *reasoning among equal citizens* i punti cruciali dell’idea di democrazia dialogica²⁵. I cittadini, pertanto, potranno considerare le istituzioni che li rappresentano democratiche “in so far as they establish the framework for free public deliberation.”²⁶ In questa prospettiva d’analisi, sono le procedure discorsive la fonte della legittimità delle decisioni.

Cosa ha a che fare con il diritto penale tutto questo? Molto più di quanto non possa apparire a prima vista.²⁷

Sulla scia di autori quali Donini, Fiandaca, Musco e Pulitanò, si ritiene qui di dover consentire l’ingresso nella riflessione penalistica delle “acquisizioni più attuali di un modello discorsivo di costituzionalismo penale.”²⁸ L’etica discorsiva può a buon diritto essere posta a fondamento della legittimità di una *decisione* legislativa in materia penale: “come nessun fatto brutto è sufficiente per la scelta su come agire, così qualunque soluzione maggioritaria non è legittima per questioni di numero, ma di procedura discorsiva, e infatti è suscettibile di essere sindacata secondo questo *metodo della ragione pubblica*, che esige motivazione. L’orizzonte epistemologico del diritto, perciò, è quello del *discorso pratico*, non del *discorso teoretico*.”²⁹

In altri termini – lo si dirà meglio in seguito – qui si ritiene che la democrazia penale non può accontentarsi di essere solo una “*democrazia della volontà*”, pretendendo di

²³ M. DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale: la democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, 288.

²⁴ J. COHEN, *Deliberation and Democratic Legitimacy*, in A. HAMLIN, P. PETTIT (a cura di), *The Good Polity*, Oxford, 1989; J. COHEN, *Procedure and Substance in Deliberative Democracy*, in S. BENHABIB (a cura di), *Democracy and Difference*, Princeton, 1996.

²⁵ Così definita: “By a deliberative democracy I shall mean, roughly, an association whose affairs are governed by the public deliberation of its members. I propose an account of the value of such an association that treats democracy itself as a fundamental political ideal and not simply as a derivative ideal that can be explained in terms of the values of fairness or equality or respect.”: J. COHEN, *Deliberation and Democratic Legitimacy*, cit., 19.

²⁶ J. COHEN, *Deliberation and Democratic Legitimacy*, cit., 21.

²⁷ Si anticipa che nel paragrafo conclusivo di questa tesi – quello dedicato all’introduzione dell’obbligo di motivazione della norma incriminatrice – si tornerà su questi temi evidenziandone lo stretto legame con una certa interpretazione del principio penale di riserva di legge.

²⁸ M. DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale: la democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, cit., 73.

²⁹ M. DONINI, *op.ult.cit.*, 311.

essere anche una “*democrazia della ragione*”, una democrazia, cioè, che chiede al potere di fornire giustificazioni e che si realizza mediante la produzione di ragioni, vale a dire di argomenti.³⁰

In questo senso può dirsi che nel *modello discorsivo di costituzionalismo penale* l’argomentazione svolge una cruciale funzione democratica. Farsi promotori di un procedimento di formazione della legge penale di tipo discorsivo vuol dire dare ingresso all’argomentazione, vuol dire scambiarsi ragioni. Vuol dire – in altri termini – che il principio di maggioranza, in un sistema democratico costituzionale, esprime il fatto che *le ragioni* di una parte sono prevalse su quella dell’altra, e non che una parte è prevalsa – perché più forte – sull’altra (sul *valore* del principio di maggioranza anche in una concezione discorsiva della democrazia si dirà da qui a breve). Del resto, la forza dell’argomentazione è evidenziata da pressoché tutti gli autori che si sono occupati di *deliberative democracy*.³¹

La democrazia, in altre parole, per tale concezione, è – per eccellenza – il regno in cui si producono giustificazioni. Il senso stesso dell’esistenza dei sistemi parlamentari (e del principio di legalità penale, nella sua declinazione di riserva di legge) è questo: luoghi pubblici in cui un pur serrato duello viene condotto a colpi di

³⁰ Si è mutuata da Ackerman la contrapposizione tra democrazia della volontà e democrazia della ragione. “La prima – scrive l’autore – è fondata sulla scelta, [...]. L’aspetto strutturale fondamentale della democrazia è il fatto che, a intervalli più o meno regolari, i cittadini si presentano alle urne e decidono, spinti dalle motivazioni più svariate, di eleggere o meno altri individui come loro rappresentanti. La mancata vittoria alle elezioni può anche avvenire sulla base di credenze o ragionamenti errati, ma il procedimento è intrinsecamente valido, perché destabilizza le *élites*, impedendo loro di assumere il controllo totale della situazione. La democrazia della ragione, invece, è un’idea più complessa e ambiziosa, [...]. [La prima] forma di democrazia ha certamente delle valenze positive: il fatto che tutti possano esprimere la propria volontà annulla il pericolo della tirannia, il che non è poco. Ma la democrazia della ragione distingue maggiormente tra sfera pubblica e mercato. In politica, l’organizzazione del potere dev’essere adeguatamente motivata. Ovviamente la componente decisionale resta: i punti di vista su ciò che è giusto o è sbagliato possono essere opposti. Ma diventa necessario, per i partiti e le istituzioni, presentare all’opinione pubblica dei sistemi coerenti di argomentazioni e valori, che i cittadini possano valutare decidendo se aderirvi o meno. La democrazia della ragione è una democrazia che esige una giustificazione del potere.”: B. ACKERMAN, *Il deliberation day, festa per informarsi e discutere*, in G. BOSETTI, S. MAFFETTONE, (a cura di), *Democrazia deliberativa: cosa è*, cit., 92.

³¹ Tra gli altri, scrive Cohen: “The deliberative conception of democracy is organized around an ideal of political justification. According to this ideal, justification of the exercise of collective political power is to proceed on the basis of a free public reasoning among equals. A deliberative democracy institutionalizes this ideal.”: in J. COHEN, *Procedure and Substance in Deliberative Democracy*, cit., 99.

Si veda anche Fishkin: “Per “deliberazione” [...] intendo [...] una consapevole attività di riflessione, argomentazione e ponderazione delle questioni di pubblico interesse.”, J. FISHKIN, *Il sondaggio deliberativo, perché e come funziona*, in G. BOSETTI, S. MAFFETTONE, (a cura di), *Democrazia deliberativa: cosa è*, cit., 34.

argomenti e contro argomenti, pubblicamente discussi, che conducono a decisioni pubbliche pur esse. Ecco in che senso può dirsi che “[l]e sfere pubbliche dei corpi parlamentari si strutturano prevalentemente come un *contesto di giustificazione*.”³²

Riconoscere nel giuridico un ruolo predominante all’argomentazione vuol dire riconoscere un modo d’essere del diritto alternativo sia rispetto al metodo induttivo che a quello deduttivo (questo aspetto mostrerà la sua rilevanza allorquando si considererà il rapporto tra il diritto penale e il sapere empirico nella formazione della legge e nel giudizio di costituzionalità). In estrema sintesi, può dirsi che nel modello deduttivo – proprio del giusnaturalismo e del giuspositivismo – la norma rappresenta un dato per il soggetto che prende una decisione e costituisce la premessa del ragionamento giustificativo in cui consiste la motivazione: nell’individuazione di tale norma si rintraccia il fulcro di questo modello. Individuata la norma, la decisione consegue per forza di necessità. Questo modello, proprio – come è noto – di una ideologia per cui vi è piena coincidenza tra diritto e legge, non necessita, di fatto, del momento interpretativo. Con la usuale chiarezza scrive Gianformaggio: “La costruzione del modello deduttivo di ragionamento giuridico ha avuto una importantissima funzione politico-civile: ma la sua sfera politica di incidenza è solo quella del bilanciamento dei pubblici poteri; dall’orizzonte ideologico al cui interno esso è stato elaborato era infatti del tutto assente la problematica del controllo democratico sull’attività giurisdizionale, che solo nella legislazione rivoluzionaria sarà recepita.”³³

Il formalismo del metodo deduttivo lo contrappone ad altri due modelli di ragionamento, quello induttivo e quello retorico. Il metodo induttivo considera la norma da applicare non già quale un fatto da rintracciare quanto un fatto da predisporre³⁴ ed è pertanto proprio di una ideologia che non si affida più

³² J. HABERMAS, *Fatti e norme*, cit., 364.

³³ L. GIANFORMAGGIO, *Modelli di ragionamento giuridico. Modello deduttivo, modello induttivo, modello retorico*, in U. SCARPELLI (a cura di), *La teoria generale del diritto. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, Milano, 1983, 141.

³⁴ Così L. GIANFORMAGGIO, *op.cit.*, 143. L’autrice aggiunge che “[i]l ragionamento [induttivo] si svolge dal particolare al generale, il che può avvenire in due sensi: 1) nel senso che la norma generale predisposta dal legislatore viene intesa non come una prescrizione puntuale e rigorosa, ma come un *fatto*, effetto o sintomo o manifestazione di una volontà o di una dinamica di interessi o di una coscienza giuridica diffusa nella società che sono la *ratio*, cioè il vero diritto, la vera norma giuridica generale che al giudice spetta ritrovare per poi applicarla al caso; 2) nel senso che il caso particolare su cui si deve decidere funge da premessa, e da questo si inferisce una norma fondata sulla *ratio* = *natura* di esso (natura della cosa).”: *ibidem*.

completamente alla legge e che anzi mira a sottrarre l'attività del giudice da ogni forma di controllo³⁵: “[c]ome il legislatore per il razionalismo settecentesco, il giudice per il sociologismo del’inizio del secolo è per definizione interprete fedele della volontà e degli interessi dei cittadini. E nasce un nuovo idolo [...]”³⁶

Per il modello retorico – decisamente antivolontaristico – il diritto non è ciò che deriva da un atto di volontà del legislatore o da un atto di volontà del giudice: il diritto è tale per opera di un ragionamento *di tipo retorico*, vale a dire il decidente né applica né produce: il decidente *risolve* una questione controversa. Per il modello retorico “il *dato*, il *prius* è soltanto l’esistenza di un problema costituito dallo scontro di due modi diversi di valutare ciò che è giusto, opportuno, conveniente, equo in relazione ad una situazione particolare.”³⁷

Queste riflessioni sono state riferite al ragionamento del giudice ma è da ritenersi siano parimenti valide per le decisioni del legislatore e per le riflessioni del giurista. Indicano, cioè, *un metodo* capace di consentire un più incisivo controllo, basato sulla conoscibilità delle ragioni e argomentazioni di una scelta. Parlare di argomentazione vuol dire occuparsi di retorica da intendersi non già, evidentemente, come l’arte del parlare quanto come l’arte dell’argomentare.³⁸ La retorica va cioè considerata “quale sistema di regole da seguire per convincere, prima che per vincere, o meglio, per vincere convincendo, invece che per vincere avvicendo: intesa non a farsi ragione con ogni mezzo, cioè, ma a dare alle proprie ragioni il sostegno del ragionamento.”³⁹

Il pensiero, inevitabilmente, va innanzitutto a Perelman e a Olbrechts-Tyteca e a quel modo di intendere l’argomentazione che è propria di una “teoria delle prove razionali non dimostrative, e in modo ancor più pregnante, come la logica [...] delle scienze

³⁵ Così L. GIANFORMAGGIO, *op. cit.*, 145. L’autrice, con chiara ed estrema sintesi, definisce il metodo del ragionamento induttivo quale “operazione antiformalistica, antilegalistica e antigiuspositivistica”, *ibidem*.

³⁶ L. GIANFORMAGGIO, *op. cit.*, 145.

³⁷ L. GIANFORMAGGIO, *op. cit.*, 146

³⁸ Sulle origini della retorica da ricondursi alle Eumenidi e a tutta la trilogia di Oreste – e non già, come pure si è a lungo creduto – alle tragedie di Euripide, v. E. RIPEPE, *Civiltà giuridica europea e retorica giudiziaria*, in M. MANZIN-F. PUPPO (a cura di), *Audiat ur at altera pars. Il contraddittorio fra principio e regola*, Milano, 2008.

³⁹ E. RIPEPE, *op. cit.*, 66.

non dimostrative.”⁴⁰ E va altresì ad autori quali Alexy e al suo studio sull’argomentazione giuridica.⁴¹

Non è certo sufficiente limitarsi a dire che “in una democrazia occorre argomentare”. Occorre aggiungere qualcosa d’altro che consenta di comprendere *come funziona* l’agire argomentativo. L’argomentazione è la messa in atto del principio del contraddittorio, principio, questo, che solo in un’ottica limitata potrebbe essere considerato quale mera regola processuale.⁴² Il contraddittorio, al contrario, costituisce piuttosto un vero e proprio principio dell’ordinamento, già, del resto, precetto di saggezza nella Grecia antica⁴³, e che affonda le sue radici in una tradizione che risale alle Eumenidi di Eschilo.⁴⁴

Se il contraddittorio è, come si ritiene, un principio dell’ordinamento, allora, ci si potrà legittimamente interrogare sul ruolo che il principio stesso deve giocare nel procedimento di formazione della legge e nel giudizio di costituzionalità delle leggi.⁴⁵

Il senso del contraddittorio che qui interessa non è quello di natura meramente ‘scenica’. Per contraddittorio qui si intende una modalità di conoscenza razionale (non già una persuasione in termini psicologici). Contraddire vuole dire non solo ‘dire contro’ ma implica anche un affermare (le ragioni del proprio punto di vista) e un negare (le ragioni del punto di vista altrui); in altri termini, entrambe le parti di un contraddittorio affermano ed entrambe le parti negano. C’è qualcosa, dunque, che le parti non possono negare (e vale a dire, quanto da loro affermato): “la idoneità del contraddittorio a far emergere l’innegabile è consentita dal principio di non contraddizione.”⁴⁶

⁴⁰ C. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Trattato dell’argomentazione. La nuova retorica* (1958), Torino, 1966. Le frasi virgolettate sono di N. BOBBIO, *Prefazione*, in C. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, cit., XIII.

⁴¹ R. ALEXI, *Teoria dell’argomentazione giuridica* (1978), Milano, 1998.

⁴² Di contraddittorio si parla nella Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo (direttive nn. 10 e 11), nella Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (art. 6) nel Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici (art. 14) nella Costituzione italiana (artt. 24 e 111).

⁴³ Per riferimenti v. D. VELO DALBRENTA, *Nemo inauditus damnari potest. Storia, metamorfosi, limiti del principio del contraddittorio nel processo penale*, in M. MANZIN, F. PUPPO, op. cit.

⁴⁴ Così M. MANZIN, *Del contraddittorio come principio e come metodo*, cit., 13.

⁴⁵ Il significato e la *ratio* del contraddittorio sono tutt’altro che pacifiche, e non è dato qui occuparsene. Per una accurata analisi del panorama dottrinale italiano v., P. SOMMAGGIO, *Il contraddittorio come criterio di razionalità*, in M. MANZIN, F. PUPPO, op. cit.

⁴⁶ P. SOMMAGGIO, op. cit., 188.

Da questo segue che il contraddittorio non è solo “un *endoxon* diffuso o socialmente pacificante” ma è anche e soprattutto un “mezzo di accertamento conoscitivo giustificabile in termini razionali”; è – ancora – “il luogo nel quale si mette alla prova la contraddittorietà, o meno, di certe affermazioni.”⁴⁷

Se è così che il contraddittorio merita di essere considerato, può allora dirsi che di esso non viene rispettata che la forma quando si inscenano luoghi del dibattito ma privi del dibattito: un’aula parlamentare, una commissione parlamentare, un’aula dove viene celebrato un giudizio di costituzionalità. Luoghi in cui si parla, ma dove non necessariamente si argomenta.

Questo parallelismo tra la dialettica del processo e la dialettica che caratterizza o dovrebbe caratterizzare la democrazia parlamentare non è una bizzarria di chi scrive ma fu, a suo tempo, evidenziata da autorevolissima voce:

“In un certo senso (e *cum grano salis*) la pluralità delle parti nell’agone giudiziario somiglia alla pluralità dei partiti nella lotta politica. [...] [II] principio dispositivo [...] ha molti punti di somiglianza con quella dialettica politica dei governi parlamentari, nei quali ogni partito, colla bontà del suo programma (e anche, ahimè, coll’abilità della propaganda), può esser l’artefice della propria vittoria elettorale e quindi della propria ascesa al governo. La democrazia è un regime in moto, in continuo sforzo di conquista: un sistema dinamico, animato dal perdurante stimolo di migliorarsi, e di superar lo avversario nella bontà dei programmi e nell’efficacia persuasiva dei medesimi.

Il principio del contraddittorio somiglia come due gocce d’acqua al principio dell’opposizione parlamentare. L’uno e l’altro sono fondati su certe idee così semplici che posson parere perfino ingenui: che gli uomini siano esseri ragionevoli, capaci di persuadere colle buone ragioni proprie e di lasciarsi persuadere dalle buone ragioni altrui; che la verità si può conoscere intera solo se si osserva da diverse parti, girandole attorno per scoprirne le tre dimensioni; e che il contraddittore è un collaboratore, non un nemico, perché colle sue obiezioni aiuta a scoprire e a correggere gli errori e alimenta quella gara di emulazione che è stimolo e fermento d’ogni progresso umano. [...]

E così nel processo è indispensabile il contraddittorio: non per inasprire la litigiosità delle parti o per dare occasione di sfoggiare all’eloquenza degli avvocati, ma nell’interesse della giustizia e del giudice, che proprio nella contrapposizione dialettica delle opposte difese trova senza fatica il miglior mezzo per vedere dinanzi a sé, illuminata sotto i più diversi profili, la verità tutt’intera.”⁴⁸

Il punto è evidenziato anche da P. MORO, *Etica del contraddittorio*, in M. MANZIN, F. PUPPO, op. cit., 280.

⁴⁷ P. SOMMAGGIO, *Il contraddittorio come criterio di razionalità*, cit., 189 e 191.

⁴⁸ P. CALAMANDREI, *Processo e democrazia*, in P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, I, Napoli, 1965, 682.

La riflessione fin qui condotta intorno al metodo della democrazia discorsiva ha essenzialmente considerato il ruolo che esso può svolgere nella conduzione delle attività delle aule parlamentari. Quello stesso metodo, invero, riguarda anche altri organi quali, su tutti, la Corte costituzionale. Verrebbe da dire che ciò è inevitabile, tanto più in sistemi quale il nostro dove la direzione discorsiva della democrazia, in sistemi in cui si assiste alla c.d. crisi della legge, vede proprio i giudici costituzionali svolgere funzioni di mediazione politica.⁴⁹ Del tema, e più in generale della posizione del potere giudiziario posto in una terra di mezzo tra *lex* e *ius*, si dirà più diffusamente in seguito; qui ci si limita ad anticipare che, per le ragioni che verranno esplicitare nel corso del II capitolo, le decisioni assunte dai giudici costituzionali non rappresentano un fenomeno di usurpazione di funzioni parlamentari da parte di soggetti non eletti (membri, perciò stesso – per taluno – di un organo *non democratico*. Anche su tale aspetto occorrerà ritornare). Il giudizio di costituzionalità – se ne parlerà più diffusamente a breve – non è anti-democratico, al contrario, è essenzialmente democratico: “[the] judicial review – è stato detto di recente da un giurista italiano – *is the friend, not the enemy, of democracy*. [...] Judicial intervention to protect these values [the value of individual dignity, autonomy, and freedom of choice, reflected by the freedom of religion and the rights to equality and the protection of life, liberty, and security of the person] against incursions by majoritarian actions may be seen as *enhancing and protecting democracy* rather than undermining it.”⁵⁰ Il controllo di costituzionalità, dunque, è un altro momento, un altro luogo del nostro sistema in cui è possibile garantire (e non già minacciare) la democrazia. Ed è un luogo in cui, grazie ad un rafforzato ruolo del contraddittorio, i diritti dei cittadini possono essere (ulteriormente) protetti: “Judicial review [...] – infatti – *is justified to protect those whose voices are not adequately heard in political debate because they are too few or too unpopular*. It is argued that judicial review strengthens democracy by ensuring that the rights and interests of all citizens are protected.”⁵¹

⁴⁹ L'interrogativo muove il lavoro di M. R. FERRARESE, *Il successo dell'istituzione giudiziaria*, in U. VINCENTI (a cura di), *Inchiesta sulla legge nell'occidente giuridico*, Torino, 2005.

⁵⁰ C. CASONATO, *Judges and rights: activism, restraints, and legitimacy*, in C. CASONATO (a cura di), *The protection*, 17 (corsivo aggiunto).

⁵¹ C. CASONATO, *op. cit.*, 18.

In altri termini, la protezione dei diritti fondamentali è devoluta non già ad un solo organo ma al pluralismo istituzionale che caratterizza il nostro sistema (ci si interrogherà più avanti sulla legittimità dei giudici costituzionali ad esercitare questo tipo di controllo in materia penale, in un sistema quale il nostro retto dal principio di legalità).

Un ultimo aspetto merita di essere trattato in queste considerazioni introduttive. Il tema attiene al rapporto tra la *democrazia penale* concepita nei termini di cui si è detto, la ricerca del *consenso* tra le diverse forze parlamentari nella formazione della legge penale (e tra i giudici della Corte costituzionale nel sindacato di costituzionalità) e il *disaccordo* tra i molteplici punti di vista presenti nella nostra come in qualsiasi altra società democratica e pluralista. Il tema, come si dirà più avanti, attiene strettamente al modo stesso di intendere la *ratio* della riserva di legge penale di cui all'art. 25 Cost., particolarmente per quanto concerne – lo si dirà in seguito (Cap. III) – il ruolo delle opposizioni parlamentari nell'adozione di una norma penale. E incide fortemente, a parere di chi scrive, sull'individuazione dei possibili rimedi istituzionali volti ad arginare *l'irrazionalità compulsiva* del diritto penale contemporaneo.⁵²

Negli scritti che si occupano di *deliberative democracy* si legge spesso che lo scopo stesso del discorso sia il raggiungimento di un ampio consenso intorno a un tema (potrebbe dirsi, un consenso parlamentare ultramaggioritario), o quantomeno “un avvicinamento” tra parti contrapposte, quando non “un compromesso”.⁵³ In questo stesso senso si esprime, senza possibilità alcuna di equivoco, Cohen che pure pone tra le caratteristiche necessarie dell'*ideal deliberative procedure*, il fornire ragioni alla proposte avanzate⁵⁴:

“Reasons are offered with the aim of *bringing others to accept the proposal*, given their disparate ends and their commitment to settling the conditions of their association through free deliberation among equals. [...]. [I]deal deliberation aims to

⁵² L'aggettivo è mutuato dal titolo di un lavoro collettaneo, G. INSOLERA (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, Padova, 2006.

⁵³ Così G. BOSETTI, S. MAFFETTONE, *Introduzione* in G. BOSETTI, S. MAFFETTONE (a cura di), *Democrazia deliberativa: cosa è*, cit., 21.

⁵⁴ “Deliberation is reasoned in that the parties to it are required to state their reasons for advancing proposals, supporting them or criticizing them. They give reasons with the expectation that those reasons (and not, for example, their power) will settle the fate of their proposal. In ideal deliberation, as Habermas puts it, ‘no force except that of the better argument is exercised’, J. COHEN, *Deliberation*, op.cit., 22.

arrive at a rationally motivated *consensus* – to find reasons that are *persuasive to all* who are committed to acting on the results of a free and reasoned assessment of alternatives by equals. Even under ideal conditions there is no promise that consensual reasons will be forthcoming. *If they are not, then deliberation concludes with voting, subject to some form of majority rule.*”⁵⁵

In questa impostazione, come è evidente, il ricorso al metodo della votazione viene concepito come una sorta di *male necessario* per il mancato raggiungimento del consenso. Quasi che il ricorso ad un meccanismo di votazione a maggioranza rappresenti il sintomo di una democrazia discorsiva non funzionante o comunque non capace di raggiungere il suo obiettivo, ravvisato nell’unanimità. Quasi che il mancato raggiungimento dell’unico esito degno, il consenso, fosse segno di una *razionalità decaduta o non realizzata*. Il ricorso al principio maggioritario, in altri termini, rappresenterebbe la prova più evidente di una non pienamente compiuta democrazia discorsiva. Nello stesso senso – nel senso, cioè, per cui il consenso è considerato quale manifestazione di una razionalità discorsiva compiuta – si pongono autori quali Perelman⁵⁶. Tale impostazione non pare convincente. Chi scrive ritiene che occorra ribadire il valore e la *dignità* del principio maggioritario, posto che la sua *ratio* non è affatto contrapposta al metodo di una democrazia dialogica: in una democrazia pluralista, aperta e tollerante, occorre riconoscere valore e dignità anche al *disagreement*.⁵⁷

Quello che si intende dire è che la legittimazione del diritto penale (per restringere il discorso al tema che qui interessa) – il punto verrà specificato meglio nel corso di

⁵⁵ J. COHEN, *Deliberation and Democratic Legitimacy*, cit., 22 e 23 (corsivi aggiunti).

⁵⁶ Basti ricordare, in modo sparso, talune delle affermazioni che puntellano il ragionamento svolto nel *Trattato*: “Ogni argomentazione mira [...] all’adesione delle menti [...]”; l’argomentazione è funzionale alla “formazione di una effettiva comunità delle menti”; “la relativa debolezza degli argomenti che non sono ammessi se non da uditori particolari” (l’idea stessa di “uditore universale”, del resto, rimanda e si fonda sull’idea di un’approvazione generalizzata); “Scopo di ogni argomentazione è [...] quello di provocare o accrescere l’adesione delle menti alle tesi che vengono presentate al loro consenso: una argomentazione è efficace se riesce ad accrescere questa intensità di adesione in modo da determinare presso gli uditori l’azione voluta (si tratti di azione positiva o di astensione), o per lo meno a creare presso di loro una disposizione all’azione, che si manifesterà al momento opportuno”: C. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Trattato dell’argomentazione. La nuova retorica*, cit., rispettivamente 16, 33 e 48 (corsivo aggiunto).

⁵⁷ Si aderisce alla riflessione di J. WALDRON, *Principio di maggioranza e dignità della legislazione*, Milano, 2001; ID., *Law and Disagreement*, Oxford, 1999. Aderire agli studi di Waldron in materia di *law and disagreement* non implica, comunque, accogliere tutte le idee di fondo del suo pensiero. Non si condivide, su tutto, l’idea che i diritti trovino una migliore garanzia qualora affidati al potere legislativo e non ad una carta di diritti che veda i giudici costituzionali quali custodi di quella carta stessa. Chi scrive non opta, del resto, neanche per la soluzione opposta, quantomeno non in ambito penale (non si opta, cioè, per un ruolo centrale e primario dei giudici, à la Dworkin, per intendersi) ma opta per la necessaria e benefica convivenza di entrambi gli attori democratici.

questa seconda parte – non risiede necessariamente solo nel raggiungimento di un ampio consenso tra le forze parlamentari. Se così fosse, a parere di chi scrive, si incorrerebbe in un malinteso e in una confusione tra discorso retorico e comunicazione persuasiva (analoga, quest'ultima, a quella adoperata dal *marketing pubblicitario* che ha senso se e solo se riesce a convincere i destinatari di un messaggio a fare o a pensare esattamente quello che è stato detto loro, di fare e di pensare). Di fronte al *dato di fatto* del disaccordo tra diverse forze parlamentari o tra diversi giudici costituzionali, pare riscontrarsi un certo disagio (e una insoddisfazione) in quegli stessi studiosi che pure si fanno portatori delle idee del pluralismo. Il disaccordo (sui diritti, sulla giustizia, sulla politica, sul diritto stesso) dovrebbe essere considerato – come ben è stato detto a commento dell'opera di Waldron – “come una (e forse la principale) *circostanza* della politica. [...]. [S]i tratta certo di un fatto, e dunque di qualcosa di contingente, ma di un fatto assolutamente speciale, perché disegna l'orizzonte delle possibilità della vita sociale, e dunque d'importanza cruciale per la comprensione della politica e *la progettazione delle istituzioni*.”⁵⁸

Ecco perché non si condivide l'idea per cui la legittimazione del diritto penale debba poggiare sulla creazione del più ampio consenso possibile intorno alla scelta di criminalizzazione. Come si avrà modo di precisare in seguito, non si ritiene sia questo il senso, la *ratio* del principio di riserva di legge.

2. La 'trappola epistemica' del diritto penale. Decisione, legge, conoscenza.

[H]o [già] menzionato la sensazione che le leggi, pezzi di legislazione, siano dei *parvenus* nella scena giuridica, tutto potere e niente retaggio. Diversamente dalle altre fonti del diritto, la legislazione ha gli attributi dell'impudenza e della sfrontatezza. Un giudice, quando legifera nel *Common Law* (se è questo che fa) ha almeno la buona creanza di fingere di scoprire il diritto così com'è: non presenta apertamente sé stesso come creatore di diritto. [...] L'organo legislativo, di contro, ha impudenza di affermare: «dimenticatevi di ciò che il diritto può esser stato finora. Da oggi sarà così». E si ritiene che il diritto cambi – cambi, vorrei dire, sfacciatamente – in virtù di niente di più decoroso del riconoscimento da parte della comunità dell'intenzione deliberata del corpo legislativo di ottenere esattamente questo risultato.
Jeremy Waldron⁵⁹

⁵⁸ A. PINTORE, *Introduzione*, in J. WALDRON, *Principio di maggioranza e dignità della legislazione*, Milano, 2001, XV (ultimo corsivo aggiunto).

⁵⁹ J. WALDRON, *Principio di maggioranza e dignità della legislazione*, Milano, 2001, 19.

E se è vero che scopo della politica non è conoscere, ma decidere al fine di scegliere tra i vari interessi sociali, è anche vero che per decidere occorre conoscere: essere cioè consapevoli dei bisogni da soddisfare, delle soluzioni possibili, dei costi e dei benefici delle decisioni da adottare. Per questo, si parla ormai da tempo, nella ricostruzione delle funzioni fondamentali dello Stato, anche di una funzione conoscitiva, che assume talvolta, rilievo autonomo, ma che nella massima parte dei casi si presenta strumentale all'esercizio delle varie funzioni pubbliche, d'indirizzo o di decisione.
Enzo Cheli⁶⁰

Oggi nessuno direbbe più che puniamo perché lo impone dio, né altri direbbe che si punisce perché lo impone la volontà del re, o di un qualsiasi 'capo'. Eppure noi oggi puniamo perché lo vuole 'il popolo' per il tramite dei suoi rappresentanti politici. Abbiamo inscenato una nuova forma di teologia, che concilia una concezione volontaristica della validità con una concezione positivista del diritto.⁶¹

Il tema chiama in causa un dibattito che va svolgendosi da secoli e che, indagando intorno al "problema aperto"⁶² dei rapporti tra il principio di autorità (la *voluntas*) e la ragione nella giustificazione della legge, vede confrontarsi due diversi filoni, quello razionalista e quello volontarista.⁶³ Dal razionalismo greco⁶⁴ al volontarismo romano-cristiano⁶⁵ e – con un salto di molti secoli – al volontarismo di pensatori

⁶⁰ E. CHELI, *Informazione, decisione politica, controllo sociale: spunti per un'analisi comparata*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1987, 814.

⁶¹ Il legame tra queste due concezioni è ben evidenziato da J. HABERMAS, *Fatti e norme*, 346 e ss.

⁶² Così D. PULITANÒ, *Appunti su democrazia penale, scienza giuridica, poteri del giudice*, cit., 123.

⁶³ Sul tema v. G. CAMPANINI, *Ragione e volontà nella legge*, Milano, 1965.

⁶⁴ Il razionalismo greco, disconoscendo ogni connotazione volontaristica alla legge, considera la norma giuridica quale espressione di ragione (il che – come è evidente – è pienamente coerente con l'idea greca del mondo come ordine razionale). Così per i Sofisti, per Socrate, e poi ancora per Platone e Aristotele, e così anche (ma solo in parte) per gli Stoici. Già i Sofisti, infatti, riconoscevano valore alle leggi non già sulla base della loro antichità o tradizione ma sulla base del loro fondamento razionale (la loro critica agli ordinamenti del tempo era, del resto, volta a creare un sistema più razionale rispetto a quello vigente). E non stupisce che anche Socrate accolga questa concezione: lo stesso eudemonismo etico socratico si fonda, del resto, sul ruolo centrale svolto dalla ragione, in cui la volontà è assorbita. L'idea sarebbe stata amplificata da Platone per il quale nella legge non può che esservi razionalità e la legge stessa non può che essere altro che "giudizio della ragione". Aristotele, a sua volta, che pur riconosceva la rilevanza cruciale che la componente volitiva ha nell'agire umano, vede nella legge un atto di razionalità, una "ragione senza appetito" – come si legge nella *Politica*. In questo solco, si muove la concezione giuridica dello Stoicismo: le norme consentono agli uomini di vivere secondo razionalità.

Per tali considerazioni e per approfondimenti sul tema, v. il cap. II del lavoro di G. CAMPANINI, *Ragione e volontà nella legge*, cit.

⁶⁵ In netta antitesi con l'impostazione razionalista greca si pongono il volontarismo cristiano e quello romano. Il diritto romano, che vede nella norma un *imperium*, considera il diritto, essenzialmente, come volontà. Dio non è razionalità, Dio ora è volontà. All'agire virtuoso non è più necessario il sapere, il conoscere: la conoscenza di cos'è il bene non porta necessariamente all'agire virtuoso.

Scrivo a riguardo G. CAMPANINI, *Ragione e volontà nella legge*, cit., 51: "[Nei primi secoli cristiani] si pongono le premesse speculative del volontarismo. La dottrina della grazia (aiuto dato da Dio alla volontà, non già alla ragione); la definizione del dogma della Trinità e il riconoscimento in Dio di un principio di Amore-Volontà (lo Spirito Santo); la dottrina dell'atto di fede, concepito come adesione

quali Marsilio⁶⁶ e il volontarismo proprio di quell'orientamento che, accanto al razionalismo giusnaturalistico, avrebbe caratterizzato il pensiero postrinascimentale e che sarebbe poi sfociato nella riflessioni di autori quali Rousseau (per cui la legge è espressione della volontà generale e perciò in essa stessa trova la sua giustificazione)⁶⁷, ebbene, nel trascorrere dei secoli, la scelta tra 'la sapienza' e 'la volontà' si ripropongono, con rinnovata attualità, ancora oggi e rinnovano il sempiterno interrogativo: la legge è giustificata perché manifestazione della volontà del soggetto competente ad adottarla o perché espressione di una qualche forma di razionalità? Questo eterno quesito oggi si ripropone con nuove vesti e induce lo studioso a chiedersi se la legge sia mera decisione o prodotto di un dialogo osmotico tra saperi diversi.

Oggi (*ancora* oggi) il diritto, con il suo discorso, plasma il mondo e fonda se stesso, convalidandosi e (rin)chiudendosi nel suo stesso sistema. In una messa in scena costruttivistica, il diritto (anche quello penale) pare non scoprire fatti esterni, ma produrre fatti.⁶⁸ In altri termini, il diritto ha piena autonomia epistemica. Ma è, al contempo, incastrato in una trappola che deriva dal sincronico perdurare di autonomia (e quindi indipendenza) ed eteronomia (dipendenza) rispetto ad altri saperi:

“Il diritto è obbligato a produrre una realtà giuridica autonoma e non può, allo stesso tempo, rendersi insensibile ad altri linguaggi presenti in società. [...] Benché il sistema giuridico sia chiuso nella sua auto-riproduzione e ponga in essere una propria ricostruzione della realtà, esso rimane pur sempre una comunicazione sociale che utilizza le costruzioni generali sociali della realtà, ed influenza la comunicazione generale sociale con le sue peculiari ricostruzioni del mondo. [...] L'interferenza tra diritto e diversi sistemi non significa che essi confluiscono in un super discorso multidimensionale, né implica che essi «scambiano» tra loro informazioni. Piuttosto,

della volontà, sia pure illuminata dalla ragione, sono tutte conquiste teologiche che non mancheranno di influire anche sul corso del pensiero filosofico. Da S. Paolo a Tertulliano a Sant'Agostino si leva l'atto di accusa contro la «ragione raziocinante» dell'ellenismo e si fa appello alla libera volontà dell'uomo.”

Si rimanda alla stessa opera appena citata per un' interessante analisi del pensiero agostiniano, ove appare centrale il connubio tra volontà e ragione (una volontà razionale, che è di Dio e poi degli uomini).

⁶⁶ Per Marsilio la legge, in quanto imperativo, è volontà. Da ciò la sua critica alla concezione aristotelica della legge quale giudizio di ragione. Su Marsilio si rimanda al capitolo V del lavoro di G. CAMPANINI, *Ragione e volontà nella legge*, cit.

⁶⁷ Il pensiero va, tra gli altri, a Machiavelli e all'idea che la legge coincide con la volontà del sovrano; e va altresì ad Hobbes e alla concezione della legge intesa come volontà del Leviatano.

⁶⁸ Si è qui presa a prestito una frase che Teubner riferisce alla scienza (“La scienza non scopre fatti esterni, ma produce fatti”), G. TEUBNER, *Il diritto come soggetto epistemico: per una epistemologia giuridica «costruttivista»*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1990, 309.

ogni informazione è riprodotta in modo nuovo in ogni discorso, e l'interferenza non produce altro effetto che la simultaneità dei due eventi comunicativi. Allora, le costruzioni giuridiche risultano esposte alle ricostruzioni di altri discorsi sociali, ed in maniera particolare alle ricostruzioni della scienza.”⁶⁹

Come uscire dalla trappola? È da escludere la via dell'abbandono della propria autorità e autonomia per assumere una mera autorità eteronoma; sarebbe, questo, un diritto uniformato (e appiattito) ai dettami (peraltro assai spesso problematici) della scienza. Come parimenti è da escludere una totale chiusura verso l'autonomia. Ebbene, tra autonomia ed eteronomia epistemica, è percorribile una terza via. Il diritto, incorporando altri saperi, deve far altro: “[stabilire] alcuni requisiti fondamentali relativi alla procedura ed ai metodi di cognizione.”⁷⁰ Il *proprium* del diritto sta dunque nel consentire l'ingresso di autorità epistemiche altre per il tramite di procedure, discorsi, cioè, in cui il conflitto diviene dialogo. Il diritto incorpora il sapere altro, *dialogandovi*.

Nella procedimentalizzazione del conflitto tra autonomia ed eteronomia epistemica, il conflitto tra le diverse autorità, quella giuridica e quella di saperi altri, va superato nel farsi stesso del procedimento legislativo; è questo il senso di un “programma verificato o comunque razionale di controllo sociale rispetto ai fenomeni che [la legge] vorrebbe e in realtà non sa regolare”⁷¹, un programma che dovrebbe essere attuato da un legislatore interessato al sapere empirico e alla sua trasparenza quale “garanzia dell'informazione, della razionalità e della democraticità delle scelte di criminalizzazione.”⁷² In tal modo, il sapere scientifico “[contribuisce] alla costruzione legislativa penalistica in una società democratica”.⁷³

Questo il senso del legame che si è cercato di evidenziare nel paragrafo precedente tra democrazia penale, legittimazione del diritto penale e democrazia discorsiva.

Nel proporre questa riflessione sul diritto penale, si è, peraltro, in buona compagnia. Gli stessi Fiandaca e Musco, in un articolo ormai meritoriamente celebre, trasferendo Habermas e la sua “razionalità comunicativa” nell'ambito penale, scrivevano che

⁶⁹ G. TEUBNER, *op. cit.*, 311.

⁷⁰ G. TEUBNER, *op. cit.*, 319.

⁷¹ M. DONINI, *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto tra diritto penale e politica*, cit., 4.

⁷² M. DONINI, *Teoria del reato* Padova, 1996, 237.

⁷³ M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale: la democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, cit., 316.

“[I]a scelta di criminalizzazione apparirà tanto più «legittima», quanto più essa costituisce il risultato di una discussione politica razionalmente argomentata sulla base di punti di vista valutativo-normativi, dati criminologici, considerazioni sociologiche, ecc.”⁷⁴

E, più di recente, Fiandaca:

“[A]nche 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.”⁷⁵

Il diritto penale deve (e non può che) corredare il proprio sapere con il sapere empirico. Questo il modo di uscire dall'autopoiesi.

Non si sta qui dicendo, lo si ribadisce, che il diritto penale deve passivamente recepire i risultati della riflessione criminologica o i dati degli studi statistici. Non si vuole ridurre la razionalità penalistica a quella scientifica, non fosse altro perché occorre innanzitutto assicurare la compatibilità di una proposta incriminatrice con i valori fondanti lo stesso sistema penale⁷⁶. Piuttosto, il rapporto non è di appiattimento ma di dialogo, di scambio, di riflessione integrata.⁷⁷

⁷⁴ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Perdita di legittimazione del diritto penale?*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1994, 56.

⁷⁵ G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, in *Quaderni fiorentini*, 2007, 1259.

⁷⁶ In questo senso si esprimono Donini e Fiandaca nei diversi scritti già citati. Si consideri altresì G. FIANDACA, *Relazione introduttiva* al Convegno nazionale promosso dal Centro studi giuridici e sociali Cesare Terranova, svoltosi a Palermo nei giorni 7-10 novembre 1991, in *Verso un nuovo codice penale*, Milano, 1993, in part. la II parte del saggio, 16 e ss.

⁷⁷ “Fuori da questa esigenza di pur conflittuale integrazione, il diritto penale non solo degraderebbe a mondo chiuso e isolato, non comunicante con le altre sfere della realtà sociale, ma non potrebbe neppure aspirare a raggiungere un minimo di effettività: un risultato poco auspicabile – credo – anche da chi, avversando ogni tentazione neoilluministica, mostri scetticismo od ostilità rispetto alla prospettiva di un diritto penale empiricamente orientato.”: G. FIANDACA, *op. ult. cit.*, 18.

Lo stesso autore, in altro scritto, aveva avuto modo di sostenere che “La decisione se ricorrere o meno alla sanzione penale è, in verità, condizionata dall’esito di molteplici verifiche da effettuare in direzioni diverse. A) Se la pena è l’arma più forte di cui lo Stato dispone per limitare la libertà del singolo, e se tale libertà ha un alto riconoscimento nella Costituzione, ne deriva che il ricorso alla pena statutale è legittima soltanto quando risulta «razionale», e cioè conforme ai principi della «necessità» e della «conformità allo scopo»⁷⁷. [Occorre procedere ad una] verifica preliminare: cioè, che il comportamento da sottoporre a controllo sanzionatorio sia davvero idoneo a ledere o porre in pericolo il bene che si intende proteggere; in caso contrario, il ricorso alla pena risulterebbe *più dannoso* che

In questa apertura, negli spazi che il diritto penale riuscirà a concedere agli apporti conoscitivi delle scienze sociali – è stato detto – risiede la sua stessa possibilità di modernizzarsi⁷⁸: “[in] una più ampia e fattiva collaborazione con la criminologia e le altre scienze empirico-sociali: soltanto su basi conoscitive salde sarebbe possibile progettare un nuovo diritto penale, meno ideologico e simbolico [...]”⁷⁹

Un diritto penale moderno si confronta (dovrebbe confrontarsi), pertanto, non più solo con valori ma anche con i fatti, la decisione del legislatore penale di incriminare una condotta dovendo quindi confrontarsi con gli uni e con gli altri. “«Quanto più dati empirici si hanno, tanto più si riduce lo spazio della libera decisione su valori»; o meglio, – è stato detto – la scelta e la realizzazione dei valori saprà trovare strade più sicure. E’ sotto questo (limitato ma importante) aspetto, che la politica criminale può considerarsi scienza applicata [...]”⁸⁰

Qualcuno potrebbe obiettare che tutto questo ha a che fare, per l’ennesima volta, con un diritto penale ideale, privo di qualsiasi appiglio nel nostro sistema normativo. In realtà, a ben vedere, il diritto penale italiano configura già, nella sua realtà normativa, dei rapporti con altri saperi. Questi saperi – è stato sottolineato – costituiscono dei “punti di riferimento prescritti al giudice per sviluppare il proprio giudizio in ordine al reato, alla responsabilità, alla pena; quindi [sono] *interni* allo stesso discorso giudicio.”⁸¹ Tanto sarebbe a dirsi, così, per la rilevanza che potrebbero occupare le

utile e illegittima, di conseguenza, ne apparirebbe l’infrazione. Da qui l’esigenza – sulla quale concorda quasi unanimemente la dottrina odierna – che il legislatore si avvalga il più possibile del contributo conoscitivo offerto dall’indagine socio-criminologica, la sola tendenzialmente capace di suffragare con criteri di tipo *empirico* il giudizio relativo alla «dannosità sociale» di un determinato comportamento.”, G. FIANDACA, *Il bene giuridico come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, 170.

⁷⁸ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Perdita di legittimazione del diritto penale?*, cit., 42.

⁷⁹ G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, 58. Gli autori, invero, invitano a non accogliere con “eccesiva enfasi” l’idea di rilegittimare e modernizzare il diritto penale per il tramite dell’integrazione tra scienza penalistica e sapere empirico, di cui si è detto nel testo; un approccio di tal sorta – ritengono – potrebbe “rialimentare tipiche illusioni illuministiche: [...] sarebbe poco realistico attendersi che in Italia possa essere presto recuperato tutto il tempo finora perduto sul versante della ricerca empirica.”: *ibidem*.

⁸⁰ D. PULITANÒ, *Politica criminale*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI, cit., 16. La frase virgolettata è tratta da P. Noll, *Strafrechtswissenschaft und Gesetzgebung*, in *ZStW*, 1980, 77.

L’autore non manca di rilevare un aspetto delicatissimo del tema che si sta affrontando: “Il punto critico è [...] se e come l’elemento ideologico influisca sulla stessa rilevazione ed interpretazione dei fatti. Il che, lungi dallo sminuire, sottolinea viepiù l’importanza, per decisioni politiche razionali, di una rilevazione dei fatti che sia scientificamente corretta: un compito conoscitivo che, al di là dei problemi e dei limiti attuali della criminologia, ne definisce il concetto e i metodi.”: *ibidem*.

⁸¹ P. DUSI, *Discorso giuridico penale e cultura della società*, in M. DE ACUTIS, G. PALOMBARINI (a cura di), *Funzioni e limiti del diritto penale. Alternative di tutela*, Padova, 1984, 165.

scienze psicologiche nella valutazione della “maturità” di cui all’art. 98 cp, o, ancora, al ruolo delle scienze sociologiche per valutare le condizioni di vita di cui all’art. 133 cp. Il problema cui si sta qui accennando ha, come è evidente, dimensioni, verrebbe da dire, titaniche, finanche maestose, attinenti ai rapporti tra democrazia e competenza, tra democrazia e conoscenza. Quello della circolazione delle informazioni, come è noto, costituisce uno dei temi centrali delle democrazie contemporanee, tanto che si è autorevolmente arrivati a sostenere che “nella quantità e qualità delle informazioni che circolano all’interno di ciascun sistema – o, se vogliamo, nella trasparenza delle decisioni che consegue da tale circolazione – sarebbe possibile individuare la misura di realizzazione del principio di sovranità popolare”.⁸² Sono le informazioni, i flussi informativi a disposizione della politica che consentono (o dovrebbero consentire) di adottare delle decisioni. Non basta avere contezza e coscienza dell’importanza del fenomeno per il buon funzionamento di una democrazia; occorre adottare delle soluzioni legislative, istituzionali, organizzative che consentano a quei flussi informativi di essere raccolti in dati e informazioni utilizzabili dagli apparati preposti all’adozione di decisioni.⁸³

Sul tema cui qui si è fatto tale rapido cenno (e che costituisce il senso del capitolo primo di questa seconda parte) si tornerà da qui a breve, allorché trattando del procedimento legislativo si dirà della riforma dei regolamenti parlamentari del 1971, riforma, questa, volta – tra l’altro – a dare vita a strumenti di informazione parlamentare autonomi rispetto a quelli a disposizione del potere esecutivo.⁸⁴

⁸² E. CHELI, *Informazione, decisione politica, controllo sociale: spunti per un’analisi comparata*, cit., 814.

⁸³ Per quanto concerne lo specifico rapporto tra il sistema giuridico e la conoscenza scientifica il rimando obbligato è ai sempre interessanti lavori della studiosa statunitense S. JASANOFF; v., tra gli altri, *The Fifth Branch*, Cambridge, 1990; *Science at the bar*, Cambridge, 1995.

⁸⁴ Il tema dei rapporti tra democrazia e conoscenza, quasi inevitabilmente, conduce ad un altro problema di fondo che pur non potendo essere qui trattato adeguatamente non può, comunque, essere eluso: il problema dei rapporti tra democrazia (inclusa la democrazia penale) e tecnocrazia. Questo tema è affrontato anche da Habermas il quale, richiamando Dahl, evidenzia come la specializzazione del sapere politico impedisce ai cittadini di poter accedere a quelle fonti di conoscenza che potrebbero garantire loro la formazione quanto più completa possibile di opinioni. Tale difficoltà di accesso al sapere “rende possibile – scrive l’autore – dominare tacitamente un pubblico di cittadini mediatizzato. Tagliato fuori da quelle fonti, questo pubblico deve accontentarsi di una politica fatta di simboli.”: J. HABERMAS, *Fatti e norme*, cit., 377. Il problema può essere riguardato non solo dall’angolo visuale del cittadino elettore ma anche – ed è questa la prospettiva che interessa a chi scrive – dell’individuo membro di uno dei rami del Parlamento, e, ancora, dall’individuo che siede come giudice in una Corte costituzionale.

“Via via che le società sono passate da un’economia familiare ad un’economia di mercato – ha scritto Bobbio – da un’economia di mercato ad un’economia protetta, regolata, pianificata, sono aumentati i problemi politici che richiedono competenze tecniche. I problemi tecnici richiedono esperti, uno stuolo sempre più ampio di personale specializzato. [...] Tecnocrazia e democrazia sono antitetiche: se il protagonista della società industriale è l’esperto non può essere il cittadino qualunque. La democrazia si regge sulla ipotesi che tutti possano decidere di tutto. La tecnocrazia, al contrario, pretende che chiamati a decidere siano i pochi che se ne intendono. Ai tempi degli stati assoluti [...] il volgo doveva essere tenuto lontano dagli *arcana imperii* perché lo si riteneva troppo ignorante. Ora il volgo è certamente meno ignorante. Ma i problemi da risolvere, problemi come la lotta all’inflazione, del pieno impiego, della più giusta distribuzione del reddito, non sono diventati sempre più complicati? Non sono questi problemi tali da richiedere cognizioni scientifiche e tecniche, che non sono meno arcane per l’uomo medio di oggi (anche se più istruito)?”: N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, cit., 21-22.

CAPITOLO PRIMO

IL RUOLO DEL PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETÀ NEL PROCEDIMENTO DI FORMAZIONE DELLA LEGGE PENALE

1. “Diritto penale al buio” e scienza della legislazione (riflessioni minime intorno a rappresentanza politica e informazione pubblica); 2. Brevi considerazioni sul procedimento legislativo tra informazione e partecipazione: istruttoria legislativa, AIR, ATN.

1. *“Diritto penale al buio” e scienza della legislazione (riflessioni minime intorno a rappresentanza politica e informazione pubblica).*

“La prima camera repubblicana, eletta il 18 aprile del 1948, riprese, dandolo per approvato, il regolamento statutario del 1922, regolamento che in realtà [...] risale in buona parte al 1900.

A ragione è stato osservato che i problemi del parlamento italiano cominciano allora: l'Italia si dà una costituzione nuova, ma adotta un parlamento vecchio, quello prefascista, che ad onta della sua conclamata sovranità, aveva avuto in realtà un peso molto scarso tra gli organi dello Stato liberale.

Per la prima volta in Italia, dal 1848, il diritto parlamentare è più arretrato del diritto costituzionale. Il diritto parlamentare statutario infatti, attraverso norme, consuetudini, prassi aveva modificato notevolmente lo statuto [...]. Ora invece, di fronte ad una costituzione che ha un orientamento decisamente democratico, i cui vuoti potrebbero, e dovrebbero essere riempiti con norme regolamentari, fa riscontro un regolamento vecchio.”

Maria Luisa Mazzoni Honorati¹

“Solo il diritto di uno Stato autoritario o a base religioso-confessionale è, in ipotesi, affrancato da oneri di spiegazioni empiriche, di discussione pubblica e di dialogo internazionale. Non c'è dunque, a tale riguardo, solo l'aspetto della ricostruzione a posteriori della razionalità della legge in una visione giuspositivistica vecchio stile o in una lettura giustizialista di nuovo conio.

C'è anche quella della sua costruzione ex ante secondo le migliori tradizioni della scienza della legislazione. Il sapere scientifico è direttamente coinvolto in questa attività.”

Massimo Donini²

Il tentativo di razionalizzazione del diritto penale contemporaneo – incentrato (anche) su una democrazia di tipo discorsivo e sul ragionamento pratico proprio della razionalità empirica – riconosce un ruolo centrale alla valutazione dei *fatti* su cui poggia la decisione legislativa (sull’“attenzione ai fatti” si tornerà nel capitolo

¹ M.L. MAZZONI HONORATI, *Diritto parlamentare*, Torino, 2005, 24.

² M. DONINI, *Democrazia e scienza penale nell'Italia di oggi: un rapporto possibile?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 1082.

successivo³). La scienza della legislazione, o, se si preferisce, una legislazione penale che sia informata, “sperimentata”, “collaudata” dal legislatore si candida ad essere lo strumento primo per rendere effettiva una politica criminale che non voglia risolversi in mera politica penale (sul punto v. la Premessa).⁴ Il principio di sussidiarietà è deputato a svolgere il ruolo di principio guida del legislatore nel momento genetico della legge penale, rappresentando uno dei criteri principe quanto all’*an* della criminalizzazione e quanto alla realizzabilità di un diritto penale *ragionevole* (una sorta di criterio finale cui ricorrere una volta accertata la dannosità di un comportamento che, anche mediante il ricorso ad analisi criminologiche, sia stato ritenuto meritevole di sanzione). In questa impostazione – che concepisce il diritto penale in termini antitetici rispetto al modello proposto dal tecnicismo giuridico⁵ – pare potersi cogliere appieno il nesso fra processo di secolarizzazione e diritto penale moderno.⁶

La proposta che qui si avanza può apparire utopistica di fronte alla “deriva di degrado della legislazione penale che appare sempre più marcata dal modello del *fai-da-te*”⁷, di fronte ad un sistema penale quale quello italiano che pare scevro da considerazioni e indagini di tipo empirico e criminologico, e dove il ricorso allo strumento penale pare rappresentare, piuttosto, “il frutto di una scelta pigra e ritualistica, effettuata senza reale ponderazione di più efficaci alternative d’intervento”, così riducendosi a una sorta di “comodo e urgente «tappabuchi», che esonera dalla ricerca di più sofisticati e onerosi modelli di soluzione del conflitto.”⁸

³ L’espressione virgolettata è mutuata da D. PULITANÒ, *Politica criminale*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, 15.

⁴ Le parole virgolettate nel testo sono mutate da M. DONINI, *La riforma della legislazione penale complementare: il suo valore ‘costituente’ per la riforma del codice*, in M. DONINI, *Alla ricerca di un disegno*, Padova, 2003, 179.

⁵ Il punto è sottolineato da Donini là dove scrive: “La scienza della sussidiarietà è il contrario del tecnicismo giuridico: esige che la legge sia costruita da un tecnico ricco di altri saperi, esige interdisciplinarietà in fase di costruzione del progetto legislativo, ciò che condiziona poi la successiva applicazione della legge.”: M. DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale: la democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, 90.

⁶ In questi termini si esprime M. ROMANO, *Secolarizzazione, diritto penale moderno e sistema dei reati*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1981, 501.

⁷ E. MUSCO, *L’illusione penalistica*, Milano, 2004, 62.

⁸ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Perdita di legittimazione del diritto penale?*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1994, 36.

Chi scrive non si nasconde il fatto che l’incuria e l’indifferenza per le indagini empiriche che il momento della produzione normativa penale rivela sembrerebbe rendere inutile e velleitario il richiamo alla scienza della legislazione. Intestardirsi su questi temi non rivelerebbe, pertanto – si potrebbe dire – niente altro che l’elaborazione dell’ennesima utopia, partorita per rendere (a se stessi)

Eppure, tale proposta pare presentarsi quale una delle vie obbligate da percorrere non fosse per altro scopo che per rinvigorire la riserva di legge in materia penale in senso sostanziale (il tema della riserva di legge, a cui si dedicheranno qui dei rapidi cenni, verrà ripreso e approfondito nel capitolo dedicato all'introduzione dell'obbligo di motivazione della legge penale, v. Parte II, Cap. III, § 4). Occuparsi della riserva di legge in senso sostanziale vuol dire indagare intorno a quei *criteri*, quelle *procedure*, quegli *istituti* che possono garantire il controllo sulle scelte adottate in sede politica, procedure e istituti che incidono sulla formazione della decisione legislativa e che possono garantire e rendere effettiva la *ratio* stessa della riserva.

Un diritto penale ragionevole pretende che gli stessi parlamentari ("il legislatore"), coadiuvati dall'apporto anche della scienza penale, procedano ad una *verifica empirica* delle loro stesse proposte, che le sottopongano a un controllo sulla base delle *informazioni acquisite* perché, come ha scritto Donini

"La riserva di legge [...] è una tigre di carta, che garantisce poco se la maggioranza parlamentare non è vincolata al rispetto di verifiche e di criteri intrinseci che solo una più avanzata scienza della legislazione potrebbe assicurare: criteri utilizzabili anche dalla Corte costituzionale (soprattutto in caso di motivazione delle leggi), posto che la normale verifica di legittimità costituzionale, oggi, lascia ancora al legislatore spazi abnormi di licenza penale. Pertanto, la discussione sulle scelte maggioritarie, che il Parlamento meglio garantisce, è insufficiente senza il possesso e l'utilizzo di quegli strumenti di conoscenza critica."⁹

A onor del vero, un'autorevole voce ritiene che tale tipo di approccio possa porsi potenzialmente in conflitto con il nostro impianto istituzionale:

"La scienza della legislazione si trova a lavorare in un territorio che, dal punto di vista della legittimazione democratica, è di competenza primaria del legislatore; e la legittimazione scientifica, pur dandola oggi per esistente (...), è certamente non identificabile con quella democratica. Il problema, allora, diventa quello di vedere come la scienza della legislazione possa contribuire a migliorare la qualità

più sopportabile la realtà. Più prosaicamente, qui si preferisce considerare tale riflessione critica come niente altro che l'ennesima sfida lanciata dalla realtà. E se pure fosse un'utopia, non sarebbe per ciò stesso immeritevole di essere percorsa, se è vero, come amava dire Wilde, che l'utopia è il luogo in cui l'umanità approda di continuo.

⁹ M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale: la democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, cit., 83.

democratica della normazione penale, senza per questo invadere competenze più propriamente politico-istituzionali.”¹⁰

Alla luce di un certo modo (su cui *infra*) di intendere il rapporto tra democrazia parlamentare, sistemi di rappresentanza e conoscenza (o “informazione pubblica”), si ritiene di non poter condividere tale impostazione. La questione – trattata soprattutto da autorevoli studiosi delle materie pubblicistiche¹¹ – chiama in causa una congerie di aspetti non poco problematici, tra cui, per quanto qui interessa, il rapporto tra pluralismo, attività conoscitiva ed esercizio della funzione legislativa.¹²

Non pare qui condivisibile un approccio che sottovaluti il fatto che di fronte ad una realtà sociale sempre più complessa, il circuito politico-partitico si rivela ormai insufficiente a garantire quella altrettanto complessa dinamica rappresentativa che

¹⁰ G. FIANDACA, *Spunti problematici di riflessione sull'attuale ruolo della scienza penalistica*, in G. INSOLERA (a cura di), *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, Bologna, 2005, 49.

¹¹ Basti qui, su tutti, riportare quanto scritto da Giannini: “[La pubblica amministrazione] deve [far sapere] perché ha adottato o non ha adottato certi indirizzi o certe misure, perché consiglia, incoraggia, o, viceversa, non favorisce, certe tendenze o certi comportamenti. Trattasi [...] di uno dei punti nodali dello Stato contemporaneo, le cui ragioni storiche, d'indole tecnico-organizzativa o politico-sociale, sono tuttora molto controverse. La decadenza dei parlamenti, la parzialità e la tendenziosità della stampa anche d'informazione, la sezionalità degli interessi pubblici affidati alle cure delle amministrazioni statali, sono tutti elementi il cui peso è variamente discusso da cultori della materia, i quali concorrono a rendere più difficile la posizione dei pubblici poteri nei confronti dell'opinione pubblica. Di qui il bisogno [...] dei cittadini o, quantomeno dei cittadini consapevoli che «fanno opinione», di essere informati da parte dei pubblici poteri, in modo preciso e tecnicamente soddisfacente. [...] La complicatezza e la macchinosità dei pubblici poteri del mondo contemporaneo pone a disagio il cittadino che ha bisogno dell'opera dei pubblici poteri stessi per proprie necessità; moltissime volte egli ha timore di procedimenti, che gli appaiono come formalismi, i quali possono celare l'insidia. Ripetute indagini hanno permesso di accertare quasi ovunque la presenza di questo stato emozionale o mentale. Di qui l'approntamento di uffici, prontuari, formulari, guide, pubblicazioni esplicative, per superare l'ostacolo psicologico.[...] [La documentazione amministrativa ha un'importanza crescente anche per quanto] attiene all'informazione degli stessi uffici dei pubblici poteri. Indagini, in prevalenza americane, hanno mostrato che funzionari dirigenti di pubbliche amministrazioni, i quali debbano adottare «decisioni», assai spesso compiono errori per non avere conoscenza adeguata di valutazioni di altri interessi pubblici effettuate da altri uffici delle amministrazioni, del modo come questi si sono comportati, o del come hanno risolto problemi che loro si fossero presentati.”: M.S. GIANNINI, *Documentazione amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 596.

¹² Un interessante studio sulla configurabilità di una nozione di funzione conoscitiva pubblica della pubblica amministrazione è condotto da M.P. GUERRA, *Funzione conoscitiva e pubblici poteri*, Milano, 1996.

Sul tema si è soffermata di recente anche la dottrina costituzionalistica che si occupa di biodiritto e che, in un'ottica antitetica all'assolutismo giuridico, ha scritto: “Potremmo azzardare come *non veritas nec autoritas sed pluralitas facit legem*”: C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Torino, 2009, 140. Di “promozione di meccanismi [capaci di configurare] contesti normativi di reciproca integrazione tra *conoscenze* (scientifiche), *competenze* (politiche) ed *esperienze* (sociali)” quale metodo per integrare il principio giuridico di legittimità con i principi scientifici, parla S. PENASA, *La fragile rigidità della legge italiana in materia di procreazione assistita e la solida flessibilità del sistema spagnolo: modello “value oriented” e modello “procedure oriented” a confronto*, in *Dir. pubb. comp. eur.*, 2010, 152.

necessita di molteplici canali per accedere alla conoscenza della realtà sociale sì da poterne al meglio rappresentare gli interessi.¹³ Approccio che pare altresì rimandare ad un'idea del Parlamento basata sulle sole norme costituzionali, quando, a onor del vero, e da tempo ormai, gli studiosi del diritto parlamentare valutano il ruolo del Parlamento nell'organizzazione dello Stato e la relativa funzionalità tenendo conto soprattutto della correlazione con l'evoluzione della società civile e con la realtà politica e partitica; a riguardo è stato autorevolmente detto: “indipendentemente dalla norme scritte ed anche, in parte, indipendentemente dalla forma di governo, la posizione del parlamento all'interno dell'organizzazione dello Stato e le sue funzioni effettive possono essere più o meno incisive in relazione a fattori contingenti, strettamente correlati a ragioni sociali, e soprattutto politiche.”¹⁴

Il funzionamento del Parlamento – organo concepito per mediare tra le molteplici istanze sociali – si conforma, come è noto, non solo a regole giuridiche ma a circostanze di ordine politico. Queste considerazioni appaiono fin troppo ovvie perché a tutti note; quando si discute del principio di legalità in materia penale, l'effettività del principio (e della garanzia fondamentale) della riserva di legge pare però troppo spesso rimessa al solo fatto che una legge penale sia *adottata* dal Parlamento, senza curarsi delle procedure che regolano l'adozione della legge stessa. Assumere questo tipo di atteggiamento significa accettare come un dato di fatto immutabile che il diritto penale sia niente altro (e niente più) che frutto di una decisione politica *tout court*, senza aggettivazione alcuna.¹⁵

Occorrerebbe aspirare a qualcosa di diverso, non fosse altro che per dialogare con le istituzioni nel loro *reale* svolgersi: non si può pensare di rafforzare le fondamentali garanzie penali senza chiedersi come *realmente* opera il Parlamento; un tipo di approccio di questo tipo, se non altro, cercherà di formulare delle proposte, delle modifiche di tipo istituzionale ispirate al *reale* ed *effettivo* modo di funzionare degli organi costituzionali al cui agire è rimessa la tutela di diritti fondamentali *per come operano in un certo momento della storia costituzionale del Paese*. A ben riflettere, del resto, in prospettiva storica, non ha poi molto senso parlare del Parlamento *tout*

¹³ Per tale ordine di considerazioni P. TORRETTA, *Qualità della legge e informazione parlamentare*, Napoli, 2007, 100.

¹⁴ M.L. MAZZONI HONORATI, *Diritto parlamentare*, cit., 29.

¹⁵ L'aggettivazione cui si pensa è quella di “ragionevole”. Del diritto penale come “ragionevole politica” parla S. RIONDATO, *Un diritto penale detto “ragionevole”*, Padova, 2005, 20.

court. Occorrerebbe precisare *a quale* Parlamento si fa riferimento (riflessioni e proposte di modifiche sul piano istituzionale potendo avere senso, evidentemente, in un certo momento ma non in altro)¹⁶. È noto ai più che nella storia dell'Italia repubblicana il Parlamento è stato prevalentemente un parlamento di ratifica e non già di decisione¹⁷; come altrettanto noto è che fino agli anni '50 del XX secolo il Parlamento italiano è stato prevalentemente un “foro di discussione”, una “cassa di risonanza”, vale a dire “un luogo in cui le discussioni non si svolgevano per decidere, ma per illustrare alla pubblica opinione le posizioni, spesso inconciliabili, di maggioranza e opposizione.”¹⁸ Questo dato, pur centrale nella riflessione intorno ad una garanzia quale quella posta dalla riserva di legge in ambito penale, pare essere troppo spesso negletto: che senso poteva avere confidare (nella tutela di una garanzia di tale portata) esclusivamente sulla provenienza di una decisione normativa da un organo che, di fatto, in quell'epoca, non discuteva per decidere ma discuteva per comunicare? La riflessione penalistica non può permettersi il lusso di sottovalutare il ruolo (centrale e cruciale) dei regolamenti parlamentari: è lì che si realizza buona parte della Costituzione, è lì che si stabilisce che ruolo dare alle minoranze, che ruolo dare al confronto e al dialogo. È lì – ancora – che si decide se fare della legge un provvedimento frutto della riflessione ponderata dei molteplici interessi di cui maggioranza e opposizione si fanno portatrici o, piuttosto, un mero atto di volontà maggioritaria.

Se per tutti gli anni '60 il Parlamento sarebbe stato organo della “mediazione legislativa” tra opposizione e maggioranza¹⁹, in fondo è solo negli anni '70 che si inizia a concepire il Parlamento in termini diversi, quale organo titolare della funzione di indirizzo politico assieme al Governo: il Parlamento inizia a divenire

¹⁶ Per un'analisi del ruolo del Parlamento e dei suoi rapporti con il Governo nelle diverse fasi storico-istituzionali dell'Italia repubblicana v. M. PERINI, *Le regole del potere: primato del Parlamento o del Governo?*, Torino, 2009, 87-153.

¹⁷ Per tale distinzione elaborata dalla sociologia politica v. M.L. MAZZONI HONORATI, *Diritto parlamentare*, cit., 31, ove si legge che per parlamenti di decisione si intendono quelli che “hanno la capacità di elaborare e di trasformare le proposte politiche che provengono dalla società in maniera autonoma da sollecitazioni esterne, effettuano quindi delle scelte politiche, che spetta poi al governo attuare” (un esempio emblematico in tale senso è il Congresso degli Stati Uniti); i parlamenti di ratifica, invece, “effettuano delle scelte politiche solo in apparenza, poiché le decisioni politiche vengono prese dal governo [...] e solamente sanzionate dall'assemblea legislativa.”

¹⁸ M.L. MAZZONI HONORATI, *op. cit.*, 31.

¹⁹ Così M.L. MAZZONI HONORATI, *op. cit.*, 34. L'autrice precisa che tale cambiamento fu certo coadiuvato dal decentramento legislativo in commissione (la proposta di rinvio in aula, adoperata come una minaccia, bastava a costringere le parti ad accordarsi).

“cerniera tra lo Stato apparato e lo Stato comunità”.²⁰ Non è un caso che l’importantissima riforma dei regolamenti parlamentari del 1971 (v. *infra*) cada proprio in questo periodo. Finalmente *nei regolamenti* vengono riconosciute importanti garanzie alle minoranze, finalmente le Camere vengono dotate *dai regolamenti* di una serie di strumenti capaci di consentire loro un più effettivo esercizio di diverse funzioni: conoscitive, di indirizzo e di controllo. Eppure, dopo gli unici tre anni (dal 1976 al 1979) in cui il Parlamento è stato effettivamente *centrale* nel nostro sistema ²¹, nel decennio successivo sarebbe tornato ad occupare un ruolo tutto sommato marginale nel funzionamento delle istituzioni italiane (anche per lo scarso ricorso alle novità apportate nei regolamenti parlamentari). Né gli anni ’90, con le modifiche al sistema elettorale in senso maggioritario, avrebbero visto il Parlamento assumere una posizione assai diversa²²; anzi, proprio in tale epoca è andato espandendosi il potere normativo del Governo.²³ Piuttosto, in tale periodo, si enfatizza il *rapporto collaborativo* tra Governo e coalizione di maggioranza e si dà vita a un sistema di rapporti tra maggioranza e opposizione maggiormente fondato sulla c.d. “dialettica costruttiva” (in tal senso, si sarebbero mossi gli interventi di modifica al Regolamento della Camera del 1998).²⁴

²⁰ M.L. MAZZONI HONORATI, *op. cit.* 34.

²¹ La ragione di tale situazione, spiega Mazzoni Honorati, si rintraccia nel fatto che il terzo governo Andreotti è un governo minoritario il cui funzionamento è garantito non già dall’appoggio di una maggioranza forte in Parlamento quanto sull’astensione delle opposizioni. In questo breve periodo il Parlamento, dunque, esce dalla sua tradizionale posizione emarginata: “ora appare come l’unica sede nella quale possono farsi i necessari accordi tra tutte le forze politiche. [...] Il parlamento sembra acquistare un peso mai avuto prima e vengono sfruttate appieno le possibilità offerte dai regolamenti, non solo in campo legislativo, poiché il parlamento riesce a rielaborare e a volte anche a riscrivere per intero i testi presentati dal governo, ma ora anche usufruendo dei nuovi strumenti conoscitivi, di indirizzo e di controllo. Il modello che ne deriva è quello di un parlamento governante [...]”: M.L. MAZZONI HONORATI, *op. cit.*, 35.

Sulla “centralità” del Parlamento si veda anche P. TORRETTA, *Qualità della legge e informazione parlamentare*, cit., 120-122, ove si sottolinea che tale centralità era illusoria proprio perché fondata non già sulla forze parlamentari quanto, piuttosto, sulla debolezza del Governo.

²² Per quanto, va detto, importanti leggi (quali la 142 del 1990 o la 146 dello stesso anno) furono adottate in quel decennio (e nonostante la vertiginosa caduta di consensi causata dal fenomeno noto come “tangentopoli”).

²³ Si ricordi comunque che il Parlamento partecipa comunque al procedimento di formazione delle norme governative per il tramite di pareri formulati dalle commissioni.

²⁴ L’espressione virgolettata è di P. TORRETTA, *Qualità della legge e informazione parlamentare*, cit., 125, che così la esplicita: “In altri termini, una centralità che potrebbe dirsi “funzionale”, misurata sul grado di efficienza delle Camere, e perseguita fornendo alla coalizione di governo gli strumenti per tradurre in provvedimenti giuridico-legislativi il programma politico sul quale il Parlamento ha espresso la fiducia, e alle opposizioni gli istituti per costruire, all’interno del confronto parlamentare, una proposta di governo alternativa da presentare agli elettori, allo scopo di attivare il meccanismo democratico dell’alternanza.”: *ibidem*, 125.

Anche nel momento storico attuale il Parlamento, per la verità, non pare svolgere alcun ruolo da protagonista nella produzione legislativa. Da uno studio pubblicato di recente risulta che, dall'inizio dell'attuale legislatura, sono state adottate 210 leggi, ben il 60% delle quali sono ratifiche e conversioni di decreti, spesso passati con la fiducia (il 29,52 % atti di conversione di decreti-legge, il 39,05% leggi di ratifica). L'iniziativa di tali leggi è per l'82,38% governativa, mentre solo il 16,19 % è di iniziativa parlamentare. Il Parlamento è stato pertanto definito (a buon diritto) "ostaggio della situazione politica bloccata" che caratterizza il presente politico italiano.²⁵

Il senso di questi fin troppo sintetici cenni storici sta nella volontà di sottolineare che il grido di allarme (giustamente) lanciato verso le violazioni della riserva di legge nella materia penale perpetrate da una eccessiva ingerenza della potestà normativa del Governo, avrebbe dovuto essere lanciato anche contro i regolamenti parlamentari quando erano ancora silenti in fatto di tutela delle opposizioni e in materia di strumenti conoscitivi, necessari per non ridurre la decisione penale a mera decisione politica.

Sempre allo scopo di comprendere il ruolo del Parlamento nel nostro sistema, v'è ora da interrogarsi sull'attuale capacità dell'istituzione parlamentare di fungere da cerniera tra lo Stato apparato e lo Stato comunità, nella sua capacità, cioè, di esprimere le istanze sociali riuscendo, al contempo, a mediare tra i diversi interessi.²⁶ Questa prospettiva consentirà di esplicitare al meglio perché è così essenziale per il realizzarsi di una moderna democrazia penale il connubio tra rappresentatività e conoscenza, il connubio, cioè, tra democrazia ed effettiva disponibilità di strumenti e sistemi informativi. In estrema sintesi e con parole altrui può qui dirsi che

"In uno scenario in cui il Parlamento non è più l'organo deputato ad assumere le scelte caratterizzanti l'indirizzo politico, ma deve necessariamente 'condividere' questo compito con altri soggetti istituzionali e sociali [...] la centralità parlamentare assume una rinnovata veste, e si identifica precisamente con una visione delle Assemblée elettive che le raffiguri *come punto di passaggio e di (potenziale) utilizzo di ogni informazione attinente alla vita politica, economica e sociale del Paese*. In definitiva, la centralità delle Istituzioni parlamentari non può che derivare dal «luogo

²⁵ R. TURNO, *Camere ingessate: 14 leggi in tre mesi*, in *Il Sole 24 Ore* del 30.1.2011, 28, 14, da cui sono tratti i dati sulle leggi approvate da inizio legislatura.

²⁶ Per questo tipo di lettura v. P. TORRETTA, *Qualità della legge e informazione parlamentare*, cit., 125-129.

strategico» che esse vengono ad occupare nel quadro politico-costituzionale (ma anche sociale), situandosi nel punto cruciale in cui convergono e si incrociano rappresentanza, istanze e interessi sociali, informazione e, quindi, decisione.

Essa risiede, dunque, nella *capacità delle Camere di dotarsi di un autonomo sistema di osservazione della realtà* nella quale sono chiamate ad operare, e sarebbe perciò da *‘costruirsi’ su un’attività conoscitiva aperta e polivalente* nei confronti di ogni articolazione presente nella comunità sociale e in grado di *superare l’“appiattimento” proprio di una conoscenza della società civile basata unicamente sulle notizie fornite dal Governo.*²⁷

Il diritto penale, la sua razionalità e tasso di democraticità, può essere rivitalizzato anche per il tramite di procedure capaci di raccogliere e valutare dati che provengono dalla società.²⁸ Il rapporto tra attività conoscitiva e istituzioni statali, il rapporto cioè tra informazione e decisione, è sempre più centrale nelle democrazie contemporanee, ove “oggi, molto più che in passato, la decisione appare condizionata dall’informazione.”²⁹ E la qualità della decisione (e del processo argomentativo-motivazionale che la sorregge) è sempre più dipendente (anche) dalla completezza e adeguatezza delle informazioni raccolte.

Tutto questo implica, sul piano delle ricadute istituzionali, che il procedimento legislativo dovrebbe essere strutturato in modo tale da consentire – soprattutto in ambito penale – da un lato, un ampio contraddittorio e, dall’altro, un adeguato apporto conoscitivo esterno; questo si candida ad essere il modulo ideale per consentire il realizzarsi di una matura democrazia penale che voglia porre il suo intervento sussidiario al centro di una rinnovata politica criminale (per considerazioni relative al ruolo del contraddittorio in una democrazia discorsiva informata si rimanda all’Introduzione di questa seconda parte).

²⁷ P. TORRETTA, *Qualità della legge e informazione parlamentare*, cit., 128 (corsivi aggiunti).

²⁸ Il flusso di informazioni, vale precisarlo, non è unidirezionale, quanto circolare: “La conoscenza destinata a illuminare i processi di decisione politica si realizza attraverso la raccolta e l’impiego delle informazioni [...]. Tutta la vita delle democrazie contemporanee appare caratterizzata da [un] complesso intreccio di flussi informativi, dalla società verso lo Stato e dallo Stato verso la società, flussi che si legano tanto all’attività conoscitiva dello Stato, quanto all’attività informativa dello Stato e sullo Stato: in altri termini, che condizionano tanto la *decisione politica* quanto il *controllo sociale*. Per questo molti oggi tendono a individuare il problema centrale delle democrazie contemporanee nella *circolazione delle informazioni*, [...]: E. CHELI, *Informazione, decisione politica, controllo sociale: spunti per un’analisi comparata*, in *Il diritto dell’informazione e dell’informatica*, 1987, 814.

²⁹ E. CHELI, *Informazione, decisione politica, controllo sociale: spunti per un’analisi comparata*, in *Il diritto dell’informazione e dell’informatica*, cit., 822.

È proprio la procedimentalizzazione (e anche processualizzazione sul modello *dell'adversary system*)³⁰ del procedimento legislativo che può oggi riconoscere un ruolo guida cruciale al principio metodologico dell'*extrema ratio*. Il legislatore penale una volta esclusa l'ipotesi del "non intervento" (ché il non introdurre nell'ordinamento una nuova normativa può ben risultare quale ragionevole decisione conseguente ad un'attenta valutazione della situazione indagata), addivenuto alla convinzione della necessità di un intervento sanzionatorio, dovrà valutare la possibilità di intervenire con sanzioni di natura civile o amministrativa; solo qualora tali misure siano state ritenute non adeguate sulla base di valutazioni che il legislatore dovrà *esplicitare* tramite argomentazioni e motivazioni, e dopo aver valutato l'eventuale impatto della nuova norma sul tessuto normativo esistente e quindi sulla realtà sociale in cui va ad incidere, il legislatore può adottare una nuova legge penale.³¹

Il principio di sussidiarietà si inserisce così nell'*iter* di formazione della legge quale criterio guida (e di controllo) del *ragionamento legislativo*, e quindi della decisione adottata (e deve trattarsi di un ragionamento che non può prescindere dalla complessità dei fenomeni che intende disciplinare e sanzionare).³²

Del *ragionamento legislativo* e del suo svolgersi pare rinvenirsi traccia in una celebre circolare della Presidenza del Consiglio del 19 dicembre 1983 in materia di riparto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative, ove si legge che³³

³⁰ Per un interessantissimo studio sul tema si rimanda a R.A. KAGAN, *Adversarial legalism: the American way of law*, Cambridge and London, 2001.

³¹ Sul nesso tra una cultura del monitoraggio e la progettazione legislativa v. R. BETTINI, *Monitoraggio sul sistema penale e progettazione legislativa*, in *Riv. trim. sc. amm.*, 1985, I, 67. Sulla necessità di una interrelazione tra analisi *ex ante* ed *ex post* all'interno del ciclo di produzione legislativa v. P. TORRETTA, *Qualità della legge e informazione parlamentare*, cit., 113-116.

³² Si è soliti discutere del *ragionamento del giudice* e non già di quello del legislatore, essendo questo considerato quale "ragionamento pre-giuridico". L'espressione virgolettata fu usata da J. Ratz in una conversazione privata con J. WALDRON che la riporta in *Principio di maggioranza e dignità della legislazione*, Milano, 2001, 34.

³³ Su questa circolare G. LATTANZI, *Sanzioni penali e sanzioni amministrative: criteri di scelta e canoni modali in una circolare della presidenza del consiglio*, in *Foro it.*, 1985, V, 251; E. MUSCO, *L'illusione penalistica*, cit., 61-62; F. PALAZZO, *Tecnica legislativa e formulazione della fattispecie penale in una recente circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri*, in *Cass.pen.*, 1987, 230; ID., *Legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1993, 358-360; V.P. PITTARO, *Problemi relativi alla tecnica di costruzione delle fattispecie penali*, in E. PATTARO, F. ZANOTTI (a cura di), *Applicazione e tecnica legislativa*, Milano, 1988, 263-264.

“Fondamentalmente, la scelta tra sanzione penale e sanzione amministrativa deve ispirarsi a due principi concorrenti: quello di proporzione e quello di sussidiarietà. [...]

Il principio di sussidiarietà giustifica il ricorso alla sanzione penale solo in mancanza di tecniche di controllo sociale provviste di analogo grado di efficacia. Tale principio è comunemente riconosciuto quale pietra angolare di ogni politica criminale razionalmente fondata, e può essere ricollegato all'art. 13 comma 1 della Costituzione che considerando in linea di principio «inviolabile» la libertà personale, e cioè il bene colpito dalla sanzione penale, offre un'implicita, ma significativa indicazione a favore dell'impiego di questa sanzione come *ultima ratio*, quando cioè sia *esaurita qualsiasi possibilità di tutela* attraverso strumenti sanzionatori che non incidano su un bene di rango così elevato.

Come si è accennato, i due principi debbono considerarsi entrambi condizionanti per il ricorso alla sanzione penale, nel senso che questa deve corrispondere sia ad un criterio di proporzione, sia ad un criterio di sussidiarietà. Basterà quindi che essa risulti o sproporzionata alla gravità dell'illecito o sostituibile con una sanzione amministrativa dotata di pari efficacia perché l'adozione della sanzione penale *non sia giustificata*. [...]

In tal senso, la scelta legislativa fra sanzione penale e sanzione amministrativa deve fondarsi su un *attento riscontro comparativo delle possibilità* che ciascuna delle due lascia trasparire, come strumento di tutela preventiva e repressiva, in rapporto all'illecito considerato. L'indagine deve naturalmente svolgersi sul piano della disciplina positiva che le due sanzioni (ed i relativi illeciti) ricevono nel nostro ordinamento, sia dal punto di vista sostanziale che da quello processuale. (Corsivi aggiunti).

In questo senso, la circolare – volta a razionalizzare e a rendere “più attenta” la produzione legislativa³⁴ – si rivolge al *procedimento* di produzione legislativa penale.³⁵ Come noto, tale atto non ha però sortito l'effetto sperato.³⁶

Questa circolare da un lato conferma l'importanza di declinare il concetto di qualità della legge non solo in termini formali³⁷ ma anche sostanziali, vale a dire attinente ad analisi e procedure di fattibilità (su cui v. paragrafo successivo). Dall'altro lato, ricorda che un sistema penale improntato al principio di legalità non può esimersi dal

³⁴ L'aggettivazione è mutuata da G. LATTANZI, *Sanzioni penali e sanzioni amministrative: criteri di scelta e canoni modali in una circolare della presidenza del consiglio*, cit., 254, ove si legge altresì: “[I] parametri in essa indicati, desunti dagli artt.13 e 27 Cost., potrebbero anche costituire la base per denunce di incostituzionalità non ancorate, come per lo più avviene, al solo art. 3 Cost. e per un sindacato della Corte costituzionale *non più bloccato sul versante della fondatezza di una presunta incontrollabile discrezionalità del legislatore.*” (corsivo aggiunto).

³⁵ Sul punto si sofferma G. LATTANZI, *op. cit.*, 251.

³⁶ A conclusione del suo scritto, Lattanzi scriveva: “Non è quindi arbitraria la conclusione che la circolare potrebbe avere effetti positivi, oltre che sull'iniziativa legislativa governativa, sul procedimento di produzione, innanzitutto come segnale di un problema che non può ulteriormente essere eluso, poi come strumento di soluzione. Sempreché il problema, come normalmente accade, *non venga rimosso piuttosto che risolto.*”: G. LATTANZI, *op. cit.*, 255 (corsivo aggiunto).

³⁷ Alla qualità formale della legge è dedicato il Cap. I, Sez. I (11-75) del lavoro di P. TORRETTA, *Qualità della legge e informazione parlamentare*, cit., mentre alla qualità sostanziale il Cap. I, Sez. II (76-116), cui si rinvia.

cercare di (ri)dare autorità e legittimazione all'attività decisionale del Parlamento; tanto occorre fare pur quando si è costretti ad assistere a “pagliacciate dei membri del legislativo” e ci si ritrova parimenti costretti, di tanto in tanto, a pensare all'attività condotta nelle aule parlamentari come si trattasse di “una collezione di pateracchi, mercanteggiamenti, scambi di voti, arruffianamenti, [...] come qualunque cosa tranne che come attività di decisione politica basata sui principi.”³⁸

Occorre farlo perché la posta in gioco è quel bene fondamentale (solitamente altrui) quale la libertà individuale:

“[Q]uando il legislatore – come ancora oggi avviene – introduce nuovi reati in cui impiega la pena detentiva completamente «al buio», senza alcuna «istruttoria», senza *hearings* di esperti, senza sondaggi o analisi costi-ricavi, senza che emergano *con evidenza* il rilievo del bene e/o la *spregevolezza* della condotta che lo lede, compie in definitiva un *abuso della sua funzione politica*, perché mostra di non dar molto peso alla libertà personale del cittadino.”³⁹

2. Brevi considerazioni sul procedimento legislativo tra informazione e partecipazione: istruttoria legislativa, AIR, ATN.

“Configurare il procedimento legislativo in un'ottica partecipativa, secondo lo schema del contraddittorio degli interessi previsto per le determinazioni della Pubblica Amministrazione, può incidere – positivamente, se tale confronto risulta regolamentato – sulla democraticità dei processi formativi (prima) e dei contenuti della legge (poi).”
Paola Torretta⁴⁰

“[Occuparsi della legislazione ingenera] la paura di compromettere quel che viene considerato il carattere anonimo del diritto e, nella misura in cui tale carattere anonimo viene difeso, la sua apparente neutralità, o quantomeno la sua distanza o indipendenza dalla politica. [...] [L]' autorità, la legittimità, se volete la pura e semplice attrattiva di un ordinamento giuridico, dipendono in modo cospicuo dal fatto che possiamo considerarci soggetti al governo delle leggi, non degli uomini. E il pericolo che si corre nel concentrarsi sulla legislazione sta in ciò, che essa come fonte del diritto è troppo umana, troppo legata a decisioni esplicite e databili di uomini e donne identificabili, per dare ragione del fatto che dobbiamo considerarci soggetti a certe norme piuttosto che a certe altre.”
Jeremy Waldron⁴¹

“[U]no studio del diritto penale senza la dimensione dei principi e senza la scienza della legislazione, è pura conoscenza di una tecnica di potere e di controllo.”
Massimo Donini⁴²

³⁸ J. WALDRON, *Principio di maggioranza e dignità della legislazione*, cit., 7.

³⁹ M. ROMANO, *Secolarizzazione, diritto penale moderno e sistema dei reati*, cit., 502.

⁴⁰ P. TORRETTA, *Qualità della legge e informazione parlamentare*, cit, 96.

⁴¹ J. WALDRON, *Principio di maggioranza e dignità della legislazione*, cit., 33.

La garanzia della qualità c.d. in senso sostanziale della legge⁴³ implica il ricorso ad analisi e procedure di fattibilità della produzione normativa che dispiegano la loro importanza cruciale fin dalla fase introduttiva del procedimento di formazione della legge e che rivelano la loro centralità nella fase istruttoria.⁴⁴

Prima di considerare questi temi, allo scopo di sottolineare lo stretto legame tra tali questioni e il diritto penale (in particolare, il legame con le garanzie poste da un diritto penale che faccia della riserva di legge uno dei suoi capisaldi) vale riportare quanto si legge in un noto manuale di diritto parlamentare:

“Rispetto ai principi dello Stato liberale, per i quali all’esecutivo spettava l’applicazione della legge, mentre al parlamento spettava la libera formazione delle leggi, la funzioni, nello Stato moderno, risultano ribaltate: la legge non è più espressione della volontà parlamentare, ma di quella del governo. [...] Ragioni inerenti alla stessa forma di governo fanno sì che l’iniziativa governativa [...] sia [...] la più importante e quella che ottiene maggior successo, cioè quella che con maggiore frequenza riesce a diventare legge dello Stato.”⁴⁵

Di fronte a tale stato di cose (che, lo si ricorda, registra un sempre più frequente ricorso al voto di fiducia nella fase di approvazione delle leggi di iniziativa governativa) il penalista contemporaneo – pena abdicare di fronte ad una realtà istituzionale francamente demoralizzante – quantomeno può attentarsi a investigare il procedimento di formazione della legge allo scopo di rintracciare, come si diceva poc’anzi, degli istituti idonei a garantire le esigenze ispiratrici di principi fondanti ed

⁴² M. DONINI, *Principi costituzionali e sistema penale. Modello e programma*, in *ius17@unibo.it*, 2009, 430.

⁴³ La qualità della legge può essere declinata come qualità in senso formale (soddisfatta dalle c.d. tecniche di *drafting* formale), da intendersi nei termini di una qualità della forma dell’atto e come qualità in senso sostanziale (soddisfatta dalle c.d. tecniche di *drafting* sostanziale), da intendersi come rapporto tra la norma e la realtà fattuale su cui è destinata ad operare. Per tali definizioni v. P. TORRETTA, *Qualità della legge e informazione*, cit., 11. L’autrice dedica all’analisi della qualità formale della legge le pagine 11-75 dell’opera poc’anzi citata cui si rinvia. All’analisi della qualità in senso sostanziale, cui si farà qui riferimento, una prima introduzione è presentata alle pagine 76-116. Nella riflessione penalistica si soffermano sul distinguo tra scienza della legislazione in senso “formale e ristretto” (quale metodo e tecnica del legiferare) e scienza della legislazione in senso “sostanziale e più ampio” (una sorta di “ingegneria penalistica”), G. FIANDACA, *Spunti problematici di riflessione sull’attuale ruolo della scienza penalistica*, cit., 48; F. PALAZZO, *Tecnica legislativa e formulazione della fattispecie penale in una recente circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri*, cit., 230.

⁴⁴ Per l’analisi del procedimento di formazione della legge parlamentare e dei subprocedimenti relativi alle fasi dell’iniziativa, dell’approvazione e dell’integrazione dell’efficacia, v. A. MANNINO, *Diritto parlamentare*, Milano, 2010, 217-281; M. L. MAZZONI HONORATI, *Diritto parlamentare*, cit., 161-199.

⁴⁵ M.L. MAZZONI HONORATI, *op.cit.*, 163.

ineliminabili quali la riserva di legge nella sua *ratio* non già di certezza ma di garanzia (sul punto *amplius* Cap. 3, § 4 di questa seconda parte). Qui ora si accennerà, pertanto, in particolare, alle procedure di informazione delle Camere, inclusi due strumenti di recente introduzione, l’AIR e l’ATN, relativi all’attività normativa del Governo (e definiti “percorsi conosciuti qualificati”⁴⁶) e si indicheranno, poi, quegli istituti e quegli strumenti che, se adeguatamente valorizzati, potrebbero contribuire a garantire una maggiore democraticità della legge penale.⁴⁷ Sono proprio questi istituti e questo rinnovato modo di concepire il procedimento di formazione della legge – lo si precisa per inciso – che inducono chi scrive a pensare che, oggi, il principio di sussidiarietà si presenta in termini assai diversi anche rispetto a soli trenta o quaranta anni fa. Se osservato nel contesto ampio di tutto il sistema giuridico (e non solo del sistema penale) il *volto dell’extrema ratio* pare infatti dotato di una maggiore *operatività*, che gli era sconosciuta fino a tempi anche recenti.⁴⁸

Indubbiamente centrale ai fini della raccolta di informazioni e dati e, altresì, ai fini della c.d. “dimensione organizzativa” di una legge⁴⁹, risulta la fase dell’istruttoria legislativa. Tale fase, fino al 1997, si caratterizzava per una vera e propria separazione del momento conoscitivo con il procedimento legislativo. Per quanto la riforma dei regolamenti parlamentari del 1971 avesse introdotto le indagini conoscitive, le audizioni dei ministri, le audizioni anche dei dirigenti amministrativi, le interrogazioni oltre che diverse procedure di raccordo con organi quali il CNEL, la Corte dei Conti e organismi comunitari e internazionali, le procedure del procedimento legislativo, di fatto, non ne risultavano intaccate: “la tradizionale

⁴⁶ P. TORRETTA, *Qualità della legge e informazione parlamentare*, cit., 89.

⁴⁷ Sia pur per inciso vale precisare che il fenomeno della pessima qualità della legislazione, nello stesso scenario europeo, non è certo un problema solo italiano. Per un’analisi relativa direttive di tecnica legislativa in Europa, v. T. GALLAS, *Interventi dell’OCSE e dell’UE sulle procedure da seguire per rendere più efficiente l’attività normativa dei governi degli Stati membri e dell’Unione europea*, in E. CATELANI, E. ROSSI (a cura di), *L’analisi di impatto della regolamentazione (AIR) e l’analisi tecnico-normativa (ATN) nell’attività normativa del Governo*, Milano, 2003, 277.

⁴⁸ L’importanza dell’introduzione dell’AIR per una rinnovata legislazione penale viene sottolineata da M. DONINI, *Democrazia e scienza penale nell’Italia di oggi: un rapporto possibile?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 1084.

⁴⁹ Con tale espressione (coniata da R. Bettini) si intende “la proiezione dell’enunciato normativo nella realtà concreta, in modo da provare ad individuare preventivamente, con la maggiore attendibilità possibile, le implicazioni, sul piano sociale, amministrativo, giuridico ed economico, che i processi attuativi delle norma giuridica comportano, così da assicurare alla decisione legislativa una maggiore possibilità di perseguire le finalità ad esse sottese.”: P. TORRETTA, *Qualità della legge e informazione parlamentare*, cit., 82.

purezza dell'*iter legis*" veniva mantenuta.⁵⁰ Era stato fatto, dunque, un passo importantissimo per garantire una maggiore *apertura* del Parlamento sì da consentire una comprensione adeguata della complessità di fenomeni da regolare che, ha scritto Lupo, non potevano essere più letti e conosciuti attraverso la tradizionale rappresentanza notabile di epoca liberale.⁵¹ In questo scenario risulta dirompente l'intervento della modifica dell'art. 79 regolamento della Camera (d'ora in poi r.c.) intervenuta nel 1997 le cui disposizioni, è stato detto, non sono solo regole di procedura parlamentare ma rappresentano principi che dovrebbe informare tutto il procedimento legislativo.⁵² Qui vale sottolineare, in particolare, che l'istruttoria in sede referente, ai sensi del nuovo art. 79 r.c., deve valutare *la necessità dell'intervento legislativo*, con riguardo alla possibilità di conseguire i fini mediante il ricorso a fonti diverse dalla legge.⁵³ Si rintraccia in tale norma, come è evidente,

⁵⁰ N. LUPO, *L'informazione parlamentare nell'istruttoria legislativa in Commissione*, in M. CARLI (a cura di), *Il ruolo delle Assemblee elettive*, II, Torino, 2001, 230. In tale scritto, in cui l'autore sottolinea il nesso tra istruttoria e democraticità del sistema, viene messa in chiara luce la volontà da parte della riforma del 1971 di consentire l'ingresso in via formale nel procedimento legislativo di conoscenze "esterne", allo scopo, evidentemente, di dar vita agli *hearings* di matrice statunitense.

⁵¹ N. LUPO, *op. ult. cit.*, 230.

⁵² In tal senso R. DICKMAN, *L'istruttoria legislativa nelle commissioni. Profili formali e garanzie sostanziali per un giusto procedimento legislativo*, in *Rass. Parl.*, 1, 2000, 215.

⁵³ Vale riportare il testo dell'art. 79 r.c., come modificato nel 1997: "1. Le Commissioni in sede referente organizzano i propri lavori secondo principi di economia procedurale. [...] Per ciascun procedimento, l'ufficio di presidenza integrato dai rappresentanti dei Gruppi [...], ovvero [...] il presidente della Commissione determina i modi della sua organizzazione, *compreso lo svolgimento di attività conoscitive e istruttorie*; [...]. 2. Il procedimento per l'esame dei progetti di legge in sede referente è costituito dall'esame preliminare con *l'acquisizione dei necessari elementi informativi*, dalla formulazione del testo degli articoli e dalla deliberazione sul conferimento del mandato a riferire all'Assemblea. 3. La discussione in sede referente è introdotta dal presidente della Commissione o da un relatore da lui incaricato, che *richiede al Governo i dati e gli elementi informativi necessari* per i fini indicati ai commi 4 e 11. 4. Nel corso dell'esame in sede referente, la Commissione provvede ad acquisire gli elementi di conoscenza necessari *per verificare la qualità e l'efficacia delle disposizioni contenute nel testo*. L'istruttoria prende a tal fine in considerazione i seguenti aspetti: a) *la necessità dell'intervento legislativo*, con riguardo alla possibilità di conseguire i fini mediante il ricorso a fonti diverse dalla legge; b) la conformità della disciplina proposta alla Costituzione, la sua compatibilità con la normativa dell'Unione europea e il rispetto delle competenze delle regioni e delle autonomie locali; c) la definizione degli obiettivi dell'intervento e la congruità dei mezzi individuati per conseguirli, l'adeguatezza dei termini previsti per l'attuazione della disciplina, nonché gli oneri per la pubblica amministrazione, i cittadini e le imprese; d) l'inequivocità e la chiarezza del significato delle definizioni e delle disposizioni, nonché la congrua sistemazione della materia in articoli e commi. 5. Per l'acquisizione degli elementi di cui al comma 4, la Commissione può richiedere al Governo di fornire dati ed informazioni, anche con la predisposizione di apposite relazioni tecniche. [...] 6. [...] L'ufficio di presidenza integrato dai rappresentanti dei Gruppi [...], ovvero il presidente della Commissione stabilisce, sentito il Governo, il termine entro il quale il Governo stesso deve comunicare le informazioni e i dati ad esso richiesti relativamente ai progetti di legge inseriti nel programma dei lavori dell'Assemblea. *La Commissione non procede alle deliberazioni conclusive riguardanti ciascun articolo fino a quando non siano pervenuti i dati e le informazioni al riguardo richiesti al Governo, salvo che esso dichiari di non poterli fornire, indicandone il motivo*. 7. Qualora

l'aspetto caratteristico di un ragionamento legislativo che si ispiri e si faccia guidare, in ambito penale, dal principio di sussidiarietà (e tale norma – vale sottolinearlo – mostra che la concezione della produzione legislativa che caratterizza una cultura dell'*extrema ratio* non è aliena alla più recente storia del diritto parlamentare italiano. Si tratta di conquiste *giovani* – non solo *recenti* – il cui valore meriterebbe di essere sottolineato non solo dalla dottrina pubblicistica ma altresì, e soprattutto, da quella penalistica).⁵⁴

Si inizia in tal modo a delineare un'attività parlamentare maggiormente orientata alla partecipazione e all'informazione e che concepisce l'istruttoria legislativa nei termini di una fase del procedimento legislativo che necessita di saperi esperti e del coinvolgimento degli interessi incisi dalla materia⁵⁵ (nel che, lo si dice per inciso,

il Governo non fornisca nei tempi stabiliti i dati e le informazioni richiesti dalla Commissione senza indicarne il motivo, la Conferenza dei presidenti di Gruppo [...] ovvero [...] il Presidente della Camera stabilisce un nuovo termine per la presentazione della relazione all'Assemblea di cui all'articolo 81. Del tardivo o mancato adempimento da parte del Governo è dato conto in tale relazione.[...] 9. La Commissione può nominare un Comitato ristretto, composto in modo da garantire la *partecipazione proporzionale delle minoranze, al quale affida l'ulteriore svolgimento dell'istruttoria* e la formulazione delle proposte relative al testo degli articoli.[...] 11. La Commissione introduce nel testo norme per il coordinamento della disciplina da esso recata con la normativa vigente, curando che siano espressamente indicate le disposizioni conseguentemente abrogate.[...] 13. Le relazioni per l'Assemblea danno conto delle risultanze dell'istruttoria legislativa svolta dalla Commissione con riguardo agli aspetti indicati nel comma 4.” (Corsivi aggiunti).

⁵⁴ Sul tema v. S. BARTOLE, *Introduzione allo studio della tecnica di redazione di testi legislativi*, in S. BARTOLE, *Lezioni di tecnica legislativa*, Padova, 1988; R. DICKMAN, *L'istruttoria legislativa nelle commissioni. Profili formali e garanzie sostanziali per un giusto procedimento legislativo*, cit.; N. LUPO, *Tendenze contraddittorie in tema di razionalizzazione del procedimento legislativo*, in *Gazzetta giuridica*, 23 maggio 1997, 20, 5; N. LUPO, *L'informazione parlamentare nell'istruttoria legislativa in Commissione*, cit.; P. TORRETTA, *Qualità della legge e informazione*, cit. 76-276; A. MANNINO, *Diritto parlamentare*, Milano, 2010, 319-363; M.L. MAZZONI HONORATI, *Diritto parlamentare*, cit., 231-259; P. ZUDDAS, *Amministrazioni parlamentari e procedimento legislativo*, Milano, 2004.

⁵⁵ L'importanza delle istruttorie pubbliche è dato oggi recepito anche a livello regionale. L'art. 17 dello Statuto dell'Emilia Romagna (rubricato “istruttoria pubblica”) – norma, questa, su cui si tornerà allorché si dirà della motivazione della legge – dispone infatti: “1. Nei procedimenti riguardanti la formazione di atti normativi o amministrativi di carattere generale, l'adozione del provvedimento finale può essere preceduta da istruttoria pubblica. 2. L'istruttoria si svolge in forma di *pubblico contraddittorio, cui possono partecipare, anche per il tramite o con l'assistenza di un esperto*, oltre ai Consiglieri regionali ed alla Giunta regionale, *associazioni, comitati e gruppi di cittadini portatori di un interesse a carattere non individuale*. Il provvedimento finale è motivato con riferimento alle risultanze istruttorie. 3. L'Assemblea legislativa indice l'istruttoria, anche su richiesta di non meno di cinquemila persone, individuando il soggetto responsabile del procedimento. 4. La legge regionale disciplina le modalità di attuazione dell'istruttoria pubblica, stabilendo i termini per la conclusione delle singole fasi e dell'intero procedimento.”

Sulla legittimità di tale norma si è pronunciata la Corte costituzionale con la sentenza 6.12.2004 n. 379 con cui la Corte ha ritenuto infondate le censure di illegittimità costituzionale relative alle modalità dell'istruttoria pubblica; “[tali modalità] – ha dichiarato la Corte – mirano a migliorare ed a rendere più trasparenti le procedure di raccordo degli organi rappresentativi con i soggetti più interessati dalle diverse politiche pubbliche.” Per un commento a tale sentenza v. P. FAVA, *La Consulta e la qualità della regolazione nella multilevel governance: i rischi e i pericoli di*

può tracciarsi un parallelo tra procedimento legislativo e procedimento amministrativo, quantomeno sotto il versante dell'acquisizione di informazioni, della partecipazione e del contraddittorio).⁵⁶

In questa stessa ottica, risulterà di tutta evidenza l'importanza dell'introduzione nel nostro sistema di due strumenti, l'AIR (l'Analisi dell'Impatto della Regolamentazione), introdotto con l'art. 5 della legge 50 del 1999⁵⁷ e l'ATN (Analisi Tecnico-Normativa)⁵⁸ volti a valutare, tra gli altri aspetti, quello relativo alla *necessità* di un intervento normativo⁵⁹ Entrambi gli strumenti, volti a rendere manifesto il procedimento endogovernativo di formazione degli atti, sono stati concepiti per corredare gli atti normativi del Governo, i regolamenti ministeriali o interministeriali, le circolari e le regole tecniche e, dal 2008, anche i disegni di legge di iniziativa governativa (dpcm 11.9.2008 n. 170, art. 2).

Questi strumenti – la cui adozione è riconducibile a quella tendenza propria degli ordinamenti contemporanei volta a rinvigorire la *legittimazione tecnica* delle scelte normative⁶⁰ – si rivelano, da un lato, funzionali al rispetto di un ampio contraddittorio nella formazione dell'atto normativo – risultando, pertanto, quali “precipitati di ordine istituzionale” della ragionevolezza discorsiva di tipo

un'apertura incondizionata alle procedure di consultazione degli interessati e alla motivazione delle leggi, in *Corr. giur.*, 2005, 1515.

⁵⁶ Sul punto v. P. TORRETTA, *Qualità della legge e informazione*, cit. (94-106), ove si analizzano quattro aspetti fondamentali: la partecipazione come democraticità di tutti i processi decisionali pubblici; il confronto di interessi contrapposti come caratteristica propria di un ordinamento pluralista; il miglioramento dell'attività conoscitiva quale funzione del miglioramento della qualità sostanziale del provvedimento finale; la connessione tra trasparenza dell'attività decisionale e responsabilità della gestione della cosa pubblica.

⁵⁷ L'AIR sarebbe stata poi disciplinata con la Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri del 27 marzo 2000, modificata con d.P.C.M. 21 settembre 2001.

L'art. 5, comma 2 della L. 50/1999 dispone che anche le Commissioni parlamentari competenti possono richiedere una relazione contenente l'AIR per schemi di atti normativi e progetti di legge al loro esame, ai fini dello svolgimento dell'istruttoria legislativa.

⁵⁸ Anche l'ATN è stata disciplinata con la Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri del 27 marzo 2000, modificata con d.P.C.M. 21 settembre 2001.

⁵⁹ Sul tema si rinvia a B. G. MATTARELLA, *Analisi di impatto della regolamentazione, analisi tecnico-normativa e motivazione degli atti giuridici*, in E. CATELANI, E. ROSSI (a cura di), *L'analisi di impatto della regolamentazione (AIR) e l'analisi tecnico-normativa (ATN) nell'attività normativa del Governo*, Milano, 2003, 91; F. LANCHESTER, *Drafting normativo e forma di governo*, in S. TRAVERSA, *Scienza e tecnica della legislazione. Lezioni*, Napoli, 2006, 285; P. TORRETTA, *Qualità della legge e informazione parlamentare*, cit., 89-94; G.U. RESCIGNO, *Qualità della legislazione e principio di legalità*, in *Riv. dir. cost.*, 2000, 152; A. TARTAGLIA, *Analisi tecnico normativa (ATN) e analisi dell'impatto della regolamentazione (AIR)*, in M. CARLI, *Il ruolo delle Assemblee elettive*, II, Torino, 2001, 146.

Per un'indagine comparata v. C.M. RADAELLI (a cura di), *L'analisi di impatto della regolazione in prospettiva comparata*, Soveria Mannelli, 2001.

⁶⁰ Sul punto, v. N. LUPO, *Dalla legge al regolamento*, Bologna, 2003, 289-405.

argomentativo di cui si è detto nell'Introduzione di questa seconda parte⁶¹; dall'altro, si rivelano funzionali alla garanzia di trasparenza della decisione stessa garantita per il tramite di un apparato argomentativo di tipo motivazionale (sull'incidenza dell'AIR e dell'ATN sul tema della motivazione della legge v. Cap. III).⁶²

Se l'ATN, dunque, ha lo scopo precipuo di valutare la conformità di una nuova normativa alla disciplina costituzionale e comunitaria, oltre che di valutare la corretta formulazione del testo e il coordinamento con altre norme⁶³, l'AIR ha lo scopo di valutare la necessità di un intervento normativo e di operare la scelta per l'intervento

⁶¹ Di particolare rilevanza risulta il disposto dell'art. 5 dello stesso decreto, rubricato "Svolgimento dell'istruttoria e fasi della consultazione" ove si dispone che: "1. La redazione della relazione AIR di cui all'articolo 6 è preceduta da un'adeguata istruttoria, comprensiva delle fasi di consultazione, anche telematica, delle principali categorie di soggetti pubblici e privati destinatari diretti e indiretti della proposta di regolamentazione. 2. L'istruttoria si svolge, in particolare, in conformità ai seguenti criteri: a) proporzionalità; b) flessibilità dei metodi di rilevazione dei dati; c) trasparenza delle procedure e degli atti, finalizzata alla più ampia partecipazione dei soggetti pubblici e dei soggetti privati coinvolti nell'iniziativa regolatoria, pur tenendo conto della portata del provvedimento e delle esigenze di speditezza connesse al processo di produzione legislativa."

⁶² Di speciale rilevanza ai fini del discorso che qui si va conducendo risulta il disposto dell'art. 6 ("Contenuti della relazione AIR") ove si dispone che "1. L'amministrazione competente all'iniziativa normativa predisporre un'apposita relazione AIR. Nel caso di atti deliberati dal Consiglio dei Ministri, la relazione è predisposta dall'amministrazione proponente. 2. La relazione AIR è articolata in distinte sezioni, che indicano: a) la sequenza logica delle informazioni raccolte e organizzate dall'amministrazione competente all'iniziativa normativa; b) i risultati dell'analisi svolta e *la giustificazione della scelta compiuta*. 3. La relazione AIR, predisposta in conformità ai modelli di cui all'articolo 4, dà conto delle attività svolte al fine di derivare gli elementi essenziali dell'istruttoria e dell'attività conoscitiva svolta, e in particolare dei seguenti aspetti: a) *l'analisi del contesto* in cui si colloca l'iniziativa normativa, con la descrizione delle esigenze e dei problemi affrontati nonché degli obiettivi perseguiti; b) la descrizione delle informazioni utilizzate per lo svolgimento dell'analisi; c) l'indicazione delle consultazioni effettuate, ai sensi di quanto disposto dal comma 5; d) *l'analisi dell'opzione di non intervento («opzione zero»)*; e) *la descrizione delle principali opzioni rilevanti di intervento, alternative a quella di non intervento, ivi compresa la descrizione dei diversi livelli normativi di intervento, evidenziando l'assoluta necessità dell'intervento normativo di livello primario*; f) l'analisi dell'opzione di intervento selezionata, con l'evidenziazione dei relativi vantaggi collettivi netti, l'analisi dei presupposti di natura giuridica, organizzativa, economico-sociale e l'indicazione degli obblighi informativi e dei relativi costi amministrativi introdotti a carico di imprese e cittadini; g) la stima dell'incidenza sul corretto funzionamento concorrenziale del mercato delle proposte regolatorie suscettibili di avere un impatto significativo sulle attività d'impresa; h) l'analisi delle conseguenze effettive delle norme in relazione ai processi di liberalizzazione e restituzione delle attività, anche economiche ed imprenditoriali, ai meccanismi della società aperta; i) la stima dell'incidenza sull'ampliamento delle libertà assicurate ai soggetti dell'ordinamento giuridico; l) la descrizione delle modalità previste per l'attuazione amministrativa dell'intervento di regolazione e per la sua effettiva conoscibilità e pubblicità; m) la descrizione delle modalità del *successivo monitoraggio* dei suoi effetti e la previsione di eventuali meccanismi di revisione periodica. 4. In ogni caso, la relazione AIR deve indicare con chiarezza le fonti da cui sono tratti i dati utilizzati per l'analisi. 5. La relazione AIR indica le modalità e i risultati delle consultazioni effettuate, *oppure* *descrive le ragioni per cui non si è proceduto allo svolgimento di consultazioni con i soggetti e le categorie interessate*. 6. La relazione AIR può essere resa pubblica dall'amministrazione competente all'iniziativa normativa, anche nel corso di svolgimento del procedimento di formazione dell'atto normativo, anche mediante strumenti informatici o in una apposita sezione del sito Internet (corsi aggiunti).

⁶³ In questi termini si esprime N. LUPO, *Dalla legge al regolamento*, cit., 320.

più efficace (tale analisi è volta a descrivere gli obiettivi che l'intervento normativo si pone, considera le diverse possibilità di intervento, e procede ad un'analisi costi-benefici). Questo secondo tipo di analisi – l'AIR – nello stadio preliminare, ha lo scopo di individuare l'intervento normativo più idoneo al conseguimento degli obiettivi prefissati; mentre nello stadio conclusivo, una volta adottata una opzione tra tutte quelle possibili, indaga invece intorno ai possibili effetti dell'intervento.⁶⁴

In entrambe le fasi, si procede a consultazioni con soggetti interessati allo scopo di ricavare elementi di fatto, e non già preferenze o prese di posizione dei soggetti coinvolti nella procedura partecipativa.⁶⁵

Questi strumenti, quindi, si rivelano, da un lato, funzionali alla verifica del rispetto del principio di sussidiarietà e, dall'altro, ad esplicitare il percorso che ha portato ad una determinata decisione legislativa (il che risulta di speciale rilevanza ai fini della motivazione della legge di cui si dirà nel Cap. III di questa seconda parte).⁶⁶

Può pertanto dirsi con Lupo che

“Se lo stato è tenuto a limitare il proprio intervento autoritario, e a giustificarlo espressamente ogni qual volta lo ritenga necessario, se [...], è evidente che tanto l'Air quanto l'Atn sono strumenti non solo utili, ma indispensabili. E la loro necessità è ancor più marcata ove l'attività normativa sia stata affidata alla responsabilità non delle assemblee parlamentari, ma dell'esecutivo: ad una diminuita legittimazione democratica dell'organo deve fare da contrappeso una maggiore attenzione alle altre forme di legittimazione; e in particolare, nel caso dell'esecutivo, a quella stretta connessione rispetto al momento amministrativo che dovrebbe consentirgli di conoscere a fondo la realtà che i suoi atti normativi si apprestano a

⁶⁴ Per una dettagliata descrizione del procedimento relativo a queste analisi si rinvia a N. LUPO, *Dalla legge al regolamento*, cit., 325.

⁶⁵ N. LUPO, *Dalla legge al regolamento*, cit., 325.

⁶⁶ Occorre comunque precisare che l'art. 8 esclude dal campo di applicazione dell'AIR i seguenti atti normativi a) disegni di legge costituzionale; b) *atti normativi in materia di sicurezza interna ed esterna dello Stato*; c) disegni di legge di ratifica di trattati internazionali, che non comportino spese o istituzione di nuovi uffici.

L'art. 9 (casi di esenzione dall'AIR) dispone che: 1. Il DAGL [Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi], su motivata richiesta dell'amministrazione interessata, può consentire l'esenzione dall'AIR, in particolare, in casi straordinari di necessità ed urgenza, nonché nelle ipotesi di peculiare complessità e ampiezza dell'intervento normativo e dei suoi possibili effetti. 2. L'esenzione dall'AIR può essere sempre deliberata e motivata dal Consiglio dei Ministri. 3. In ogni caso, la relazione illustrativa che accompagna il provvedimento contiene il riferimento alla disposta esenzione e alle sue ragioni giustificative e indica sinteticamente la necessità ed i previsti effetti dell'intervento normativo sulle attività dei cittadini e delle imprese e sull'organizzazione e sul funzionamento delle pubbliche amministrazioni, dando conto della eventuale comparazione di opzioni regolatorie alternative. 4. Si procede comunque alla effettuazione dell'AIR, anche nei casi di cui all'articolo 8, ove sia richiesto dalle Commissioni Parlamentari, dal Consiglio dei Ministri o dal Comitato interministeriale di indirizzo e guida strategica per le politiche di semplificazione e la qualità della regolazione.

disciplinare, e perciò di prevedere quali siano gli effetti che questi atti sono idonei a produrre.”⁶⁷

E, ancora, in connessione con le riflessioni condotte nel corso dell’Introduzione a questa seconda parte:

“Aprendo le porte all’istituto del contraddittorio, il legislatore instaura [...] con i destinatari della attività decisionale un rapporto collaborativo funzionale in via immediata alla rappresentazione di tutti gli interessi, generali o settoriali, investiti dal provvedimento normativo. Allo stesso tempo, tale modello di ‘collaborazione procedimentale’ si estende oltre l’ambito proiezionale degli interessi, riversandosi anche sulla sfera più tecnica dell’*iter* di formazione della legge; vale a dire quella della acquisizione dei dati conoscitivi necessari ad implementare il supporto informativo sottostante alla decisione. Il contraddittorio, in sostanza, incide [...] sul momento di raccolta ed elaborazione delle conoscenze (tecniche, specifiche, ...) che precede l’approvazione dell’atto normativo. È infatti dall’incontro/‘scontro’ delle diverse realtà di interesse evidenziatesi nell’istruttoria legislativa che si può conseguire (o per lo meno aspirare a raggiungere) quella completezza di elementi fattuali che consente di adottare un provvedimento il più possibile vicino alle esigenze sociali che ne hanno sollecitato l’emanazione.”⁶⁸

Queste considerazioni consentono di ribadire che fare del rapporto tra scienza della legislazione e diritto penale un nesso inscindibile per un moderno diritto penale democratico vuol dire cercare di elaborare, in ambito criminale, quello che certo pensiero politologico ha tentato di fare, più in generale, nella valutazione della tenuta empirica delle teorizzazioni delle scienze sociali.⁶⁹ Così come tale tipo di elaborazione si è posta lo scopo di costruire una scienza politica applicata, parimenti, il ricorso alla razionalità empirica può condurre ad una scienza applicata della sussidiarietà penale. Il legislatore, lo si è detto più volte, non pare condurre le proprie scelte sulla base di criteri di razionalità, nonostante le opzioni possibili siano andate arricchendosi con il progressivo imporsi delle leggi di depenalizzazione fino a giungere alla legge di sistematizzazione dell’illecito amministrativo (l. 689/1981).⁷⁰

⁶⁷ N. LUPO, *Dalla legge al regolamento*, cit., 329 (corsivo aggiunto).

⁶⁸ P. TORRETTA, *Qualità della legge e informazione*, cit., 101.

⁶⁹ Si fa qui riferimento al c.d calcolo dei mezzi, vale a dire a quello schema di analisi del rapporto tra mezzi e fini che deve valutare: a) la sufficienza dei mezzi impiegati; b) l’idoneità dei mezzi prescelti rispetto al fine; c) il verificarsi di eventuali ‘effetti collaterali’; d) il rapporto tra i mezzi e i fini (se i mezzi “oltrepassano il fine, scrive Sartori, diventano controproducenti”): G. SARTORI, *La democrazia in trenta lezioni*, Milano, 2008, 109 e 110.

⁷⁰ Si registra questa assenza di corredo razionale anche nella fissazione della stessa misura della sanzione. Lamenta questo aspetto G. LATTANZI, *Sanzioni penali e sanzioni amministrative: criteri di scelta e canoni modali in una circolare della presidenza del consiglio*, cit., 251, nonostante il parere contrario della Corte costituzionale esplicitato in numerose sentenze tra cui possono indicarsi le seguenti: 14.11.1984, n. 251, in *Giur.cost.*, 1984, I, 2011; 30.7.1984 n. 237, in *Foro it.*, 1984, I, 2049;

La scelta, invece – già lo si è visto – avviene in modo casuale ed emotivo⁷¹ o ispirata a logiche promozionali.⁷²

Nell'individuare quegli istituti e strumenti che, qualora adeguatamente potenziati, potrebbero contribuire a garantire la democraticità della legge penale, si pensa qui, innanzitutto, al ruolo delle commissioni parlamentari, ed in particolare alla Commissione affari costituzionali e alla Commissione giustizia (il rimando alle commissioni è oggi quasi inevitabile, posto che il modello parlamentare contemporaneo non è più incentrato, come nel modello ottocentesco, sull'Assemblea ma, per l'appunto, sull'attività delle Commissioni). Potrebbe così pensarsi di estendere anche al regolamento della Camera il disposto di cui all'art. 40 r.s. ove è previsto che la Commissione Giustizia dia un parere obbligatorio per i progetti di legge che contengano disposizioni recanti sanzioni penali o amministrative e si potrebbe altresì porre lo stesso obbligo in capo alle Commissioni affari costituzionali che ad oggi, sia alla Camera per i progetti di leggi (art. 93, comma 2, r.c.) sia al Senato per i disegni di legge, sono tenute a rendere parere sugli aspetti di legittimità costituzionale (o qualora i disegni di legge “presentino aspetti rilevanti in materia costituzionale”); sulla base delle ragioni già esplicitate (v. Parte I, Cap. I, § 2) v'è ragione di ritenere che *ogni* legge penale, proprio perché capace di incidere sulla libertà individuale, rappresenta una questione dalla rilevanza costituzionale. Può così dirsi con Palazzo che

“[S]e coerentemente sviluppato, il ruolo delle Commissioni potrebbe essere rilevante per approssimarsi ad un punto di equilibrio tra *volontarismo* (contingente, episodico,

22.10.1982, n. 168, *id.*, 1982, I, 2703; 22.10.1982, n.167, *id.*, 1983, I, 586; 22.10.1982, n.166, *ibid.*, 587; 26.7.1979 n.91, *id.*, 1980, I, 16.

⁷¹ G. LATTANZI, *Sanzioni penali e sanzioni amministrative: criteri di scelta e canoni modali in una circolare della presidenza del consiglio*, cit., 252.

⁷² A riguardo Musco, trattando della crisi del diritto penale sostanziale, scrive che tale crisi opera: “[i]nnanzitutto a livello di genesi della norma, cioè nel momento in cui si dovrebbe, con la maggiore razionalità possibile, con la più attenta ponderazione degli interessi generali e con un’altrettanto accurata analisi criminologica – comprensiva delle valutazioni di costi-benefici, secondo le più avanzate tecniche di criminalizzazione dei comportamenti umani – decidere ciò che merita diritto di cittadinanza nella cittadella del diritto penale. La teorica del panpenalismo e della funzione promozionale del diritto penale, dominante negli ultimi decenni e funzionale a strategie politiche di acquisizione del potere, ha manifestato i suoi effetti più perniciosi in primo luogo su questo piano.”: E. MUSCO, *L’illusione penalistica*, cit., 169.

puntuale) *della singola decisione politica e razionalità* (stabile, costante, consolidata) di un più vasto *ordine di principi politico criminali*.”⁷³

Il peso di tali pareri risulterà ancor più manifesto se si considera il ruolo di *argumentum ad adiuvandum* che potrebbero svolgere nelle decisioni della Corte costituzionale.⁷⁴

Occorrerebbe altresì potenziare la indagini conoscitive in tutta la fase di progettazione delle leggi penale, proprio alla luce della loro duplice funzione che le vede, da un lato, reperire dati necessari per adottare la decisione legislativa e, dall'altro, consentire l'ingresso, nel momento decisionale del legislatore, di informazioni relative a quegli interessi coinvolti dal provvedimento stesso.⁷⁵ Tale indagini sono peraltro in grado di rendere il Parlamento più autonomo rispetto al Governo, tradizionale detentore di dati e informazioni e si mostrano altresì idonee a fornire alla Corte costituzionale ulteriori strumenti conoscitivi per condurre l'eventuale sindacato di ragionevolezza della legge di cui si dirà nel prossimo capitolo.

⁷³ F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio fondamentale*, cit., 1325.

⁷⁴ Un'indagine approfondita sui pareri parlamentari è stata condotta di recente da E. ALBANESI, *Pareri parlamentari e limiti della legge*, Milano, 2010. L'autore, occupandosi del rilievo giuridico dei pareri, si sofferma, in particolare, sul ruolo che potrebbero svolgere nel giudizio di costituzionalità, oltre che nei rinvii presidenziali. Si rinvia a tale lavoro per i riferimenti alle decisioni della Corte e ai rinvii presidenziali che hanno espressamente fatto riferimento al contenuto dei pareri (255-259).

⁷⁵ Proprio al tema dell'indagine conoscitiva nel procedimento legislativo è dedicato il lavoro di P. TORRETTA (già più volte citato) *Qualità della legge e informazione parlamentare*, il cui sottotitolo recita “Contributo allo studio dell'indagine conoscitiva nel procedimento legislativo.”

CAPITOLO SECONDO

PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETÀ E SINDACATO DI RAGIONEVOLEZZA DELLA LEGGE PENALE

1. Ragionevolezza, diritto penale e legittimazione della Corte costituzionale; 2. *I controlli* di ragionevolezza; 3. Ragione discorsiva, razionalità empirica e processo costituzionale; 4. La sussidiarietà quale criterio di controllo della ragionevolezza strumentale della legge penale.

1. Ragionevolezza, diritto penale e legittimazione della Corte costituzionale.

“La scienza penale accademica [...] crede di poter raggiungere la razionalità della legislazione mediante la sola legge ordinaria. Non si vogliono incrementare i poteri di controllo della Corte, temendo eccessi di democrazia giudiziaria, un “garante della Costituzione” senza controlli. Ma non si è trattato, si noti bene, di una rinnovata “fiducia nella politica”, quanto piuttosto di una sfiducia in una Corte troppo forte. Di una doppia sfiducia, quindi, che ha neutralizzato proposte istituzionali innovative. Naturalmente ciò rischia di perpetuare il ruolo della Corte come di un tribunale di teologia civile, che argomenta solo per valori, e non ha sapere empirico [...]: una idoneità agli scopi non supportata da sapere scientifico. [...] “[I]l paradigma normativistico integrale impedisce [...] che il giudice del diritto (e dei valori) si sporchi le mani con la realtà.”
Massimo Donini¹

Il rispetto effettivo e non meramente declamato della *presumption of freedom* su cui si basa il diritto penale di uno Stato democratico – e che nel nostro sistema ha fondamento costituzionale (v. Parte I, cap. I, § 2) – pretenderebbe che il legislatore fornisse ragioni per ogni intervento legislativo in ambito penale (sul punto v. capitolo seguente sull'introduzione dell'obbligo di motivazione della legge penale). Nel nostro sistema vige, al contrario, una granitica presunzione di legittimità nei confronti della produzione normativa penale. *Si assume* che il legislatore rispetti il principio della necessità della pena, *si assume* che vagli adeguatamente la mancanza di valide alternative al diritto penale nella tutela di un bene giuridico. Il legislatore, dunque, non fornisce (e non deve fornire) ragioni, non deve *esibire* spiegazioni, non deve far leva su *conoscenze* e *verifiche empiriche* per supportare le proprie decisioni in materia di criminalizzazione. Né tali ragioni gli vengono richieste. Tanto deriva

¹ M. DONINI, *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto fra diritto penale e politica*, in , M. DONINI, *Alla ricerca di un disegno*, Padova, 2003, 20 e 24.

dalla mancanza di un obbligo di motivazione della legge penale e da una concezione della discrezionalità del legislatore in ambito penale che, sempre più, a onor del vero, pare difficile distinguere dall'arbitrio.

La giurisprudenza della Corte costituzionale, come si vedrà a breve, conferma questa impostazione che si fonda, da un lato, su *un certo modo* di intendere la discrezionalità del legislatore proprio nella materia penale e, dall'altro, sulla (presunta) invalicabilità da parte del giudice delle leggi "del regno del fatto", regno, questo, cui, inevitabilmente, lo condurrebbero indagini di tipo empirico.

L'esame di tali questioni appare a chi scrive ineludibile. Questo tipo di analisi solo apparentemente sembra risolversi in divagazioni rispetto ai temi che più dovrebbero impegnare il penalista. Al contrario, paiono riflessioni necessarie, da un lato, per comprendere l'intero *sistema* del diritto penale; dall'altro, per vagliare la portata della proposta che qui si avanza (la giustiziabilità del principio di sussidiarietà per il tramite dell'introduzione dell'obbligo di motivazione della legge penale e tramite l'estensione dei poteri istruttori della Corte costituzionale). Verrebbe da dire, al contrario, che tutto questo *non può non riguardare* anche (e forse soprattutto) il penalista: lo pretende un diritto penale che voglia dialogare con la realtà. Assunta la centralità del principio di sussidiarietà nel moderno diritto penale, il riconoscimento della centrale rilevanza del "fatto" pare di necessità conseguente: la sussidiarietà è *ragione empirica* che si impone al sistema, si impone, cioè, al legislatore nel procedimento di formazione della legge (come si è visto nel capitolo precedente) e al Giudice delle leggi nel giudizio di costituzionalità (nei termini di cui si dirà in questo capitolo).

Un'autorevole voce della dottrina penalistica italiana ha più volte manifestato una netta contrarietà nei confronti della possibilità di introdurre paradigmi estensivi del controllo di ragionevolezza in ambito penale, posto il carattere di *jus singolare* del diritto penale:

"Ciò discende direttamente – e lo giustifica come tale – dalla sua incidenza sulla libertà personale. A porsi in evidenza, in questo caso, è, quindi, il principio di riserva assoluta di legge, che colloca il problema delle fonti del diritto penale in termini affatto peculiari. E può essere utile richiamare, ancora una volta, la *ratio* squisitamente politica delle riserve, da non individuare tanto nella certezza, quanto

piuttosto nella rappresentatività del potere legislativo e nelle modalità e caratteristiche del suo esercizio.”²

E ancora:

“[Il sindacato di ragionevolezza crea] una costante tensione tra principio democratico e *potere giurisdizionale*.”³

Quest’ordine di considerazioni chiamano in gioco almeno quattro questioni fondamentali del diritto penale di uno Stato di diritto *costituzionale* (alcune delle quali già trattate nel corso di questo lavoro, mentre su altre si tornerà nel capitolo successivo): il significato della riserva di legge; del principio di separazione dei poteri; della democrazia rappresentativa; infine, *lo spazio di intervento* della Corte costituzionale nel controllo di norme penali. Quest’ultima questione (di cui si va ora a dire) chiama in causa, a sua volta, (almeno) altri tre aspetti problematici: la legittimazione stessa della Corte costituzionale in uno Stato democratico; la sua natura; il rapporto tra la Corte e il Potere legislativo.

L’analisi di tali aspetti risulta, evidentemente, ineludibile per (valutare) la “tenuta” stessa di quanto si dirà in fatto di sindacato strumentale di ragionevolezza delle norme penali (*id est*, di giustiziabilità del principio di sussidiarietà).

Il problema della legittimazione della Corte costituzionale (come, del resto, quella di tutti i Tribunali costituzionali) è uno degli aspetti cruciali per la comprensione dell’intero ordinamento giuridico, posto che lo stesso sindacato di costituzionalità della legge pare porsi in contrasto con l’impianto democratico di un sistema fondato sulla sovranità popolare.⁴ Innumerevoli le proposte volte a fondare la legittimazione della Corte; si va da chi, come Dworkin, ritiene che i giudici costituzionali siano i soggetti meglio qualificati per risolvere questioni di principio, a chi ritiene che la legittimazione della Corte derivi dal fondamento democratico della scelta dei componenti della Corte, a chi, ancora, fonda la legittimazione sulla supremazia della

² G. INSOLERA, *Presentazione*, in G. GIOSTRA, G. INSOLERA, *Costituzione, diritto e processo penale*, Milano, 1998, XII. L’autore si è occupato del rapporto tra il sindacato di ragionevolezza e norme penali più ampiamente in ID., *Democrazia, ragione e prevaricazione*, Milano, 2003, 35-57; ID., *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, in G. INSOLERA, N. MAZZACUVA, M. PAVARINI, M. ZANOTTI (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, I, Torino, 2006, 313.

³ G. INSOLERA, *Presentazione*, cit., X (corsivo aggiunto).

⁴ Sul tema v. A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2009, 5-17.

Costituzione.⁵ Chi scrive aderisce all'idea per cui in uno Stato *costituzionale* di diritto – in un sistema, cioè, in cui il principio della superiorità della legge è stato sostituito con quello della superiorità della Costituzione – i tribunali costituzionali sono necessari non “ ‘benché’ siano carenti di legittimazione democratica diretta, ma – al contrario – proprio ‘perché’ ne sono priv[i]”⁶ Tale carenza di legittimazione democratica è, dunque, “inevitabile ed anzi in qualche misura necessaria”.⁷ Le Corti non devono svolgere una funzione *rappresentativa*: devono svolgere una funzione di bilanciamento tra la sovranità e i valori e diritti costituzionali.⁸

Così intesa, la giustizia costituzionale rivela, dunque, di non essere una eccezione alla democrazia: al contrario, essa è *funzione della democrazia*.⁹ Lo Stato di diritto e le sue garanzie non possono oggi essere concepiti come si fosse ancora nel sistema di legalità parlamentare delineato dallo Stato liberale. A costo di ribadire l'ovvio, vale sottolineare che con l'entrata in vigore della costituzione, la legalità e lo Stato di diritto si connotano per un'aggettivazione fondamentale: sono ‘costituzionali’. L'esistenza nel nostro sistema della giurisdizione costituzionale, pertanto, modifica

⁵ Per una rassegna e analisi di questi posizioni, v. M. LUCIANI, *Giurisdizione e legittimazione nello Stato costituzionale di diritto (ovvero: di un aspetto spesso dimenticato del rapporto fra giurisdizione e democrazia)*, in *Pol. dir.*, 1998, 377.

Un puntuale e dettagliato resoconto delle teorie della legittimazione degli organi di giustizia costituzionale in diversi sistemi (italiano, tedesco, nordamericano, francese, iberoamericano) è svolto da L. MEZZETTI, M. BELLETTI, E. D'ORLANDO, E. FERIOLI, *La giustizia costituzionale*, Padova, 2007, 168-225.

⁶ In questo senso, A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., 8 e 12 (corsivo aggiunto). Vale ricordare, con gli autori, che lo Stato costituzionale di diritto rintraccia i suoi cinque pilastri nella giustizia costituzionale, nel riconoscimento dei diritti fondamentali, nella separazione dei poteri, nella sovranità popolare e nel decentramento istituzionale, *ibidem*.

⁷ Così V. CRISAFULLI, *Giustizia costituzionale e potere legislativo*, in AA.VV., *Scritti in onore di C. Mortati. Aspetti e tendenze del diritto costituzionale*, 4, Milano, 1977, 133. Tale valutazione viene esplicitata nei seguenti termini: “[L]a rilevata mancanza di legittimazione democratica nella maggior parte degli organi di giustizia costituzionale è inevitabile, ed anzi in qualche misura necessaria, se si vuole assicurare l'effettiva estraneità del *controllore* rispetto agli orientamenti e indirizzi del *controllato* ed un massimo di neutralità politica del giudice della legittimità costituzionale. [...] [U]na piena omogeneità politica tra assemblee e corti costituzionali, mentre può rappresentare un elemento positivo ai fini della pur necessaria collaborazione tra i due poteri, ha il suo lato negativo nel pericolo di un affievolimento del controllo e quanto meno di una minore *credibilità* [...] dell'organo chiamato ad esplicitarlo. Sicché, tutto considerato, un sistema misto come quello adottato in Italia, anche se non soddisfa puntualmente i canoni dell'ortodossia democratica, è quello che presenta i minori inconvenienti (o, se si preferisce, quello i cui inconvenienti si neutralizzano reciprocamente).”: *ibidem*.

⁸ In quest'ottica, si comprende in che senso la protezione dei diritti fondamentali, in uno Stato costituzionale, viene rimessa alla *collaborazione*, al *dialogo* tra l'organo politico-rappresentativo e i giudici. In questo senso C. CASONATO, *Judges and rights: activism, restraints, and legitimacy*, in C. CASONATO (a cura di), *The protection of fundamental rights in Europe: lessons from Canada*, Trento, 2004, 34.

⁹ In tal senso, G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, 366.

(o dovrebbe modificare) il nostro stesso modo di concepire la legge. La ragionevolezza (lo si specificherà meglio nel prossimo paragrafo) si inserisce in tale rinnovato pensiero, e si pone quale ‘mediazione fra il polivalente universo dei valori e la combinazione mezzi-fini realizzata da una particolare decisione legislativa’¹⁰.

Prima di proseguire – e a scanso di equivoci – è necessario soffermarsi, seppur brevemente, sul concetto stesso di *legittimazione democratica* in uno Stato costituzionale. Un democrazia *costituzionale* non si legittima su se stessa, dovendo rintracciare fuori di sé e dalle proprie procedure una base fondante. Tale base è rintracciata, per l’appunto, in quei valori c.d. metademocratici posti dalla stessa Costituzione. Quando in un sistema costituzionale si parla di legittimazione si fa pertanto solitamente riferimento alla c.d. “doppia legittimazione” del sistema stesso, una prima legittimazione dal basso (quella popolare, la cui degenerazione è l’oclocrazia), una dall’alto (costituzionale, la cui degenerazione consiste in una teo- o clericocrazia).¹¹ Per taluno, a onor del vero, si dovrebbe parlare di una “triplice legittimazione” (il punto è particolarmente importante per le riflessioni che qui si vanno conducendo) dovendo rintracciarsi una terza legittimazione (pur essa “dall’alto”) nell’*auctoritas* scientifica (la cui possibile degenerazione sarebbe la tecnocrazia).¹² Lo sviluppo scientifico e tecnologico, per tale tesi, avrebbe fatto emergere la cd. legittimazione tecnico-scientifica delle decisioni adottate in uno stato democratico costituzionale.¹³ Invece che negare il fenomeno dell’*auctoritas* scientifica, secondo tale proposta dottrinale, occorrerebbe piuttosto raccordare, quanto più possibile, organi di garanzia costituzionale e organi tecnico-scientifici.¹⁴ Quanto alla natura della Corte la questione rappresenta un *classico* della riflessione costituzionalistica, e anima gli animi da sempre, a partire dal dibattito tra Carl

¹⁰ A. BALDASSARRE, *Libertà (problemi generali)*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990, 23.

¹¹ Per una sintesi della teoria della doppia (e triplice) legittimazione, v. A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., 10-12.

¹² A. SPADARO, *Sulle tre forme di “legittimazione” (scientifica, costituzionale e democratica) delle decisioni nello stato costituzionale contemporaneo*, in A. D’ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali*, Torino, 2005, 569.

¹³ “Lo Stato costituzionale contemporaneo [...] ha un disperato bisogno di tutte e tre le ricordate legittimazioni, senza le quali letteralmente non è in grado di sopravvivere.”: A. SPADARO, *op.ult.cit.*, 578.

¹⁴ L’autore, in un’ottica di collaborazione tra giuristi, politici e tecnici, pensa a organi tecnici che forniscano pareri obbligatori (eventualmente vincolanti) agli organi preposti all’adozione di decisioni in sede politica o giuridica; organi complessi, dalla composizione mista, politico-giuridica e tecnica; organi politici composti prevalentemente o esclusivamente da tecnici: A. SPADARO, *op. ult.cit.*, 581.

Schmitt e Hans Kelsen intorno alla natura politica o giurisdizionale della Corte (questa la natura attribuita al nostro Giudice dalla legge da Insolera, come si è visto nella citazione poc'anzi riportata).¹⁵ La giustizia costituzionale – ogni forma di giustizia costituzionale –, *combina* la sfera giurisdizionale con quella politica. La Corte costituzionale italiana, in particolare, costituisce una sorta di *ibrido*¹⁶, rappresentando, come è noto, un *unicum* nel panorama internazionale della giustizia costituzionale (cumula i caratteri del sistema statunitense e austriaco¹⁷); si presenta, pertanto, come “una sorta di snodo elastico tra le due sfere, tra la giurisdizione e la politica.”¹⁸

È indubbio che si tratta di un organo e di una funzione atipici – cumulando, il controllo di costituzionalità, elementi propri di funzioni diverse (si parla pertanto di una “funzione intermedia” che è politica e tecnica al tempo stesso) –; la Corte, del resto, ha poteri analoghi a quelli del legislativo e, al contempo, ha struttura assai diversa da quella parlamentare, essendo parzialmente politica ma sicuramente non rappresentativa.¹⁹ Questa “ambiguità” è presente anche nel linguaggio cui fa ricorso il testo costituzionale. Nel testo della Carta fondamentale non si parla mai di ‘sentenze’ della Corte ma di ‘decisioni’ (così negli artt. 136 e 137 Cost. e nella VII

¹⁵ Per una puntuale disamina di tale dibattito “che assunse i caratteri di uno scontro”, v. G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1977, 28-33 (la frase virgolettata riportata in questa nota è a pag. 28).

Della questione si dibatte anche al di fuori delle aule e riviste accademiche come dimostra, tra gli altri, un recente articolo di M. AINIS, *Sventola a destra il pregiudizio di sinistra*, in *Domenica. Il Sole 24 Ore*, 16.1.2011, 17, ove si legge “[B]asterebbe intendersi su almeno due premesse. Primo: ogni sentenza di costituzionalità ha carattere politico. Lo capirebbe anche un bambino, dato che le pronunzie costituzionali hanno sempre una legge per oggetto, e dato inoltre che la legge rappresenta il veicolo della decisione politica. Secondo: non è la piazza a decidere i principi che regolano la nostra convivenza.”: *ibidem*.

¹⁶ Proprio tale carattere, nella riflessione di Romboli, avrebbe garantito alla Corte di potersi adattare al meglio alle diverse esigenze delle diverse epoche, privilegiando ora uno ora l'altro aspetto della propria ambigua natura, R. ROMBOLI, *Sintesi della II sessione del Convegno*, in E. BINDI, M. PERINI, A. PISANESCHI (a cura di), *I principi generali del processo comune ed i loro adattamenti alle esperienze della giustizia costituzionale*, Torino, 2008, 515.

¹⁷ Questi i modelli cui guardava il costituente italiano. Il sistema statunitense è di tipo diffuso, limita la pronuncia della Corte Suprema al singolo caso e consente l'accesso al controllo di costituzionalità per il tramite dei normali canali di giustizia; il sistema austriaco ha carattere accentrato, riconosce efficacia *erga omnes* alle decisioni del giudice costituzionale e riconosce la possibilità dell'accesso diretto ai vari organi costituzionali e alle diverse giurisdizioni. Per questi cenni, v. E. CHELI, *Il giudice delle leggi*, Bologna, 1996, 30.

¹⁸ E. CHELI, *Il giudice delle leggi*, cit., 31.

¹⁹ Per queste considerazioni E. CHELI, *op.ult.cit.*, 15 e 16. L'espressione virgolettata è a pag. 15.

disp. trans.)²⁰. Bisognerà attendere infatti la legge 87/1953 perché si ricorra ai termini ‘sentenza’ e ‘ordinanza’²¹. Allo stesso tempo, però, in altre norme si ricorre ad una terminologia che pare rimandare all’‘anima’ giurisdizionale della Corte: l’art. 134 recita: “giudica”, l’art. 135 parla di “giudici”.

Quanto al rapporto tra la Corte e il legislatore occorre qui quantomeno accennare alle “mobili frontiere” del concetto di discrezionalità legislativa nella giurisprudenza della Corte costituzionale (si dirà più avanti, al § 4, del rapporto tra Corte costituzionale e discrezionalità legislativa in ambito penale).²²

Il concetto stesso di “discrezionalità legislativa”, in verità, si presenta alquanto problematico, potendo rintracciarsi costruzioni teoriche “ampie” basate sull’idea che esista un limite positivo generale delle leggi, vincolate dal fine di realizzare la Costituzione; e – al polo opposto – costruzioni “riduttive” che negano l’idea stessa di una funzionalizzazione della legge e che ritengono che l’attività legislativa incontri il solo limite esterno del rispetto delle norme costituzionali.²³ L’analisi della giurisprudenza costituzionale rivela, del resto, che non sussiste una precisa delimitazione di uno spazio di esclusività, per così dire, del legislatore, risultando, anzi, il rapporto tra Corte costituzionale e Parlamento caratterizzato da una sorta di instabilità tale da renderlo fluido.²⁴ In ciò del resto, pare potersi rintracciare un

²⁰ Il termine decisione, come è evidente, meglio esprime l’ambiguità della natura della Corte; del resto, nel corso del dibattito svoltosi nell’Assemblea costituente si usò sempre il termine ‘decisioni’, inteso sia come sinonimo di sentenze da parte dei fautori della natura giurisdizionale della Corte, sia come decisione dal carattere politico per i fautori della sua natura politica.

²¹ Il dato viene evidenziato da G. D’AMICO, *Struttura ed effetti delle decisioni*, in E. BINDI, M. PERINI, A. PISANESCHI (a cura di), *I principi generali del processo comune ed i loro adattamenti alle esperienze della giustizia costituzionale*, cit., 209.

²² L’espressione “mobili frontiere” è mutuata da un celebre articolo di Galgano in materia di responsabilità civile, F. GALGANO, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contratto e impresa*, 1985, 1.

²³ Per una rassegna delle diverse costruzioni teoriche sul concetto di discrezionalità legislativa e del rapporto tra il legislatore e l’attività della Corte, v. R. BIN, *Atti normativi e norme programmatiche*, Milano, 1988, 263-273.

²⁴ Il giudizio è formulato da C. CAPOLUPO, *Le decisioni di inammissibilità*, in M. SCUDIERO, S. STAIANO (a cura di), *La discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Napoli, 1999, 3.

L’autrice presenta un interessante resoconto della tipologia della discrezionalità legislativa nelle motivazioni delle decisioni di inammissibilità tra cui possono qui ricordarsi: “a) decisioni con le quali la Corte ritiene che l’esame nel merito sia precluso perché implicante una scelta di politica legislativa rientrante nella discrezionalità del legislatore senza ulteriori specificazioni; b) decisioni in cui la Corte precisa entro quali limiti la scelta politica è suscettibile di un sindacato di legittimità con riferimento alla ragionevolezza delle scelte operate in sede legislativa; c) decisioni in cui la Corte ritiene che la preclusione del merito si configuri allorchè la questione sottoposta è suscettibile di soluzioni diverse la cui scelta compete unicamente al legislatore; d) decisioni in cui la corte, richiamandosi alla pluralità

riflesso di quell'atteggiamento della Corte che è stato definito "ambivalente", dovendo la sua giurisprudenza trovare "un difficile punto di equilibrio tra le ragioni della legittimità e le ragioni della decisione politica".²⁵

L'art. 28 della legge 11 marzo 1953 n. 87 dispone, come è noto, che il sindacato di legittimità su una legge o su atto avente forza di legge esclude ogni valutazione politica ed ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento.

Un noto professore di diritto costituzionale, già giudice della Corte, senza mezzi termini, ha parlato di tale norma nei termini di "una norma che non ha *mai* operato"; forse perché già nata morta (un disposto quale quello dell'art. 28 pare porsi in irrimediabile contrasto con la stessa esistenza di un sistema di giustizia costituzionale) o forse ancora perché, "se pur nata viva, sarebbe stata fin dall'inizio trascurata, per poi cadere, nel corso del tempo, in desuetudine."²⁶ Comunque la si voglia interpretare, è un dato pressoché pacificamente riconosciuto che tale norma non è stata in grado di tracciare dei confini all'attività della Corte.²⁷

Queste considerazioni preliminari risultano necessarie per affrontare l'analisi di un tema quale quello della ragionevolezza in relazione al diritto penale.

delle soluzioni possibili, ritiene che nessuna di queste sia costituzionalmente imposta; e) decisioni in cui il limite della discrezionalità si configura quando ci sono in gioco valori diversi, tutti costituzionalmente garantiti ma insuscettibili di realizzarsi congiuntamente, per cui la Corte individua nel Parlamento l'unico organo idoneo a realizzarne un equilibrato bilanciamento. [...] f) decisioni con le quali la corte si spinge fino alla valutazione della scelta di diversificazione operata dal legislatore [...]; g) decisioni in cui la Corte riconosce, in termini più o meno espliciti, l'esistenza di una incostituzionalità e rinvia al legislatore la soluzione del problema, ritenendo, talvolta, che una eventuale decisione di accoglimento provocherebbe uno squilibrio maggiore di una pronuncia con la quale, in buona sostanza, si mantiene in vita una norma la cui incostituzionalità è accertata ma non dichiarata." : *ibidem*, 3-7.

Vale riportare altresì quanto si legge in altro contributo dello stesso lavoro collettaneo relativo alle sentenze di rigetto: "Nel confronto con altri modelli decisori, in linea di massima si può affermare che, mentre nei casi di discrezionalità legislativa che determinano una pronuncia di inammissibilità il giudice costituzionale si limita a riconoscere la propria incompetenza, rilevando l'impossibilità di decidere nel merito per non sconfinare nella sfera riservata al legislatore, in quelli che producono decisioni di infondatezza e, in particolare, interpretative di rigetto, la Corte scende nel merito della questione, compiendo un giudizio anche sulla ragionevolezza o non arbitrarietà della scelta frutto del potere legislativo." : R. CRISTIANO, *Le decisioni interpretative di rigetto*, in M. SCUDIERO, S. STAIANO (a cura di), *La discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., 148.

²⁵ M. SCUDIERO, *Prefazione*, in M. SCUDIERO, S. STAIANO (a cura di), *La discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., IX.

²⁶ E. CHELI, *Il giudice delle leggi*, cit., 45 (corsivo aggiunto).

²⁷ In tal senso, v. G. ZAGREBELSKI, *La giustizia costituzionale*, cit., 159.

Il tema attiene non solo a questioni di ordine tecnico-giuridico ma involge, inevitabilmente, la concezione stessa del diritto e dei diritti da ognuno accolta.²⁸ Riflettere su un principio di tal sorta vuol dire, inevitabilmente e necessariamente, porsi fuori dall'ottica di un rigido positivismo legalistico e condursi nell'ambito culturale inaugurato con lo Stato costituzionale. Su tale questione ci si è soffermati più volte nel corso di questo lavoro ma vale ribadire ulteriormente quello che pare essere il punto centrale (e cruciale) delle riflessioni che si vanno conducendo (punto, questo, che rappresenta il presupposto primo di tutto questo lavoro): la mentalità del giurista, incluso il penalista, non può più essere quella propria dello Stato di diritto. Essere parte di uno Stato costituzionale non vuol dire solo riconoscere il valore primo dei diritti fondamentali dell'uomo, e *in primis* della sua libertà; come non vuol dire solo riconoscere il valore dei limiti e controlli posti all'intervento del Potere sulla vita e i diritti dell'individuo. Implica (seppur la cosa dovesse piacere meno) accettare che un diritto basato su principi richiede un pensare (e un agire) diverso rispetto a quello di un sistema giuridico basato solo su regole, e significa altresì, come si è già avuto modo di dire, che il rapporto tra la *lex* e lo *ius* è cambiato rispetto alle pretese del positivismo giuridico e del mito della legge sovrana. La questione, se si vuole, può essere presentata nei termini di un conflitto tra la concezione monista e quella dualista del diritto.²⁹ Lo 'spostamento del potere' dalla legislazione alla giurisdizione è preoccupazione tipica della prima impostazione, in base alla quale il diritto coincide con la legge, e con essa solamente. Se si parte invece dall'idea che lo *ius* non sta solo nella *lex* ma che risiede anche in norme quali quelle costituzionali che operano 'rinvii e ricezioni a un diritto materiale pre-positivo'³⁰, allora, oltre le colonne d'Ercole della legge non si troverà il mare della politica ma ancora il giuridico. In questa prospettiva, il ruolo della Corte costituzionale appare essenziale e necessario. Il principio democratico e la tutela delle garanzie fondamentali possono apparire antitetiche solo in una concezione giacobina dello Stato; sia l'uno che l'altra, infatti – potrebbe dirsi con le parole di un autorevole penalista – tendono ad assicurare che “la produzione normativa non si riduca a sopraffattorio strumento

²⁸ Così G. ZAGREBELSKI, *Su tre aspetti della ragionevolezza*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Milano, 1994, 181.

²⁹ Questa la riflessione, che qui si condivide, condotta da G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., 380-381.

³⁰ G. ZAGREBELSKY, *op.ult. cit.*, 381.

della ragion di Stato ma si mantenga rispettosa degli interessi sociali ed individuali della comunità.”³¹

Vale ribadirlo: lo Stato *costituzionale* di diritto ha profondamente mutato il rapporto tra politica (e quindi legge) e giurisdizione. L’idea di una giurisdizione “passiva” e “impolitica”, propria dello Stato liberale, non può più essere predicata del nostro presente.³² Le costituzioni sono superiori alla legge e confinano questa in un ambito assai più ristretto rispetto al passato (ecco perché, tra l’altro, il giudice *non può non essere* politico in un sistema che pone al suo vertice i valori consacrati nella Carta fondamentale). Un sistema costituzionale di tipo rigido quale quello italiano plasma in modo nuovo il concetto stesso di democrazia, rappresentando un correttivo al principio democratico maggioritario e trovando possibilità di realizzazione effettiva proprio grazie alla presenza di un organo di controllo della costituzionalità esterno al Parlamento. In altri termini, con una chiara voce può dirsi che “gli istituti della giustizia costituzionale infrangono il dogma ottocentesco della onnipotenza della legge e – con esso – della cosiddetta sovranità delle assemblee.”³³

Solo se ci si pone in tale prospettiva, si comprende lo stesso mutamento della struttura argomentativa delle decisioni della Corte che, come già detto, paiono emanciparsi dal pensiero deduttivo per adottare criteri e paradigmi di natura diversa, (quali, per l’appunto, la ragionevolezza) accostabili al ragionamento pratico, paradigmi, questi ultimi, che sicuramente appaiono più ambigui rispetto ai primi ma che non per questo devono essere respinti; può dirsi anzi che “occorre ammettere che la preservazione del ruolo della Corte nell’equilibrio dei poteri costituzionali è affidata proprio alla non completa apertura e sistemazione dei protocolli di giudizio,

³¹ F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in G. GIOSTRA, G. INSOLERA, *Costituzione, diritto e processo penale*, cit., 42, ove si legge: “E, mentre il principio democratico persegue questo obiettivo ultimo e sostanziale attraverso la concentrazione del potere normativo nell’organo e secondo meccanismi di esercizio (la rappresentanza, il procedimento legislativo, gli strumenti di democrazia diretta, ecc.) che sono ritenuti in un certo momento storico i più idonei all’obiettivo finale, il sistema delle garanzie ha un carattere decisamente più «contenutistico», in quanto pone dei limiti, negativi o addirittura positivi, non già semplicemente al procedimento di produzione normativa ma allo stesso prodotto legislativo. Ma poiché il rispetto di questi limiti – «costituzionali» – non può che essere fatto da organi diversi da quelli del potere legislativo, è chiaro che la coesistenza del principio democratico e delle garanzie fondamentali implica conseguentemente una potenziale tensione all’interno dei moderni sistemi costituzionali e impone un necessario equilibrio tra gli organi titolari delle diverse funzioni.”: *ibidem*.

³² Sui rapporti tra politica e giurisdizione, v. M. LUCIANI, *Giurisdizione e legittimazione nello Stato costituzionale di diritto (ovvero: di un aspetto spesso dimenticato del rapporto fra giurisdizione e democrazia)*, cit., 365, da cui si sono mutuati gli aggettivi virgolettati che si trovano a pag. 370.

³³ In questi termini si esprime V. CRISAFULLI, *Giustizia costituzionale e potere legislativo*, cit., 132.

ad una strutturale, mai totalmente eliminabile ambiguità dei percorsi argomentativi, che permett[e] di individuare sempre la forma di raccordo migliore tra le istanze di rappresentazione pluralistica degli interessi che si esprimono nelle determinazioni dei processi politici e le istanze di attuazione dei principi costituzionali che discendono dalla Carta.”³⁴

Queste riflessioni coinvolgono anche il diritto penale e, come si avrà modo di dire anche più avanti nel lavoro (v. Cap. III, § 4), lo stesso concetto di legalità penale. La *collaborazione* tra legislazione (quindi politica) e giurisdizione che caratterizza uno Stato costituzionale nella tutela dei diritti e delle garanzie fondamentali dell'individuo, e che è chiaramente presente nel nostro impianto costituzionale, riguarda anche il rapporto tra il legislativo e la Corte, e non solo il rapporto tra legge e autorità giudiziaria. Questo opzione “di collaborazione” adottata dai nostri Padri costituenti era stata ben evidenziata, già nel 1956, da un maestro quale Nuvolone:

“Diverso, peraltro, appare il fondamento delle norme del codice penale e delle norme della costituzione, da un punto di vista storico: nelle prime la legalità appare espressione di uno stato totalitario che non ammette altra fonte di diritto al di là delle leggi da esso emanate, manifestazione unica e inderogabile della sua volontà; nelle seconde, invece, la legalità appare, come nelle sue origini illuministiche, garanzia della libertà e dei diritti dei cittadini. E ciò spiega perché il principio di giurisdizionalità, per l'applicazione di ogni misura restrittiva della libertà personale, sia collegato a quello di legalità nella costituzione e non trovi, viceversa, espressione univoca nella legislazione precedente.”³⁵

Si è consapevoli che le norme costituzionali in materia penale sono da assai autorevoli voci lette e interpretate in modo diverso (*perché possono essere lette e interpretate in modo diverso*). È autorevole il pensiero di quei penalisti che dalla centralità della riserva assoluta di legge propria del nostro ordinamento penale fanno derivare, da un lato, la centralità della legittimazione democratica di tipo rappresentativo, dall'altro, la necessità di contenere l'attività paralegislativa della Corte costituzionale in materia penale.³⁶ Gli interventi della Corte costituzionale in materia penale per il tramite del sindacato di ragionevolezza rappresentano, pertanto,

³⁴ G. SCACCIA, *Ragionevolezza delle leggi*, in *Dizionario di diritto pubblico*, V, Milano, 2006, 4813-4814.

³⁵ P. NUVOLONE, *Norme penale e principi costituzionali*, in *Giur. cost.*, 1956, 1258.

³⁶ Così G. INSOLERA, M. PAVARINI., *Quale ordine al disordine penale?*, in M. DONINI (a cura di), *La riforma della legislazione penale complementare*, Padova, 2000, 62.

in quest'ottica, “*necessario e tollerabile strappo al principio di legalità*” perché fino ad oggi risultano essere quantitativamente modesti, perché le decisioni adottate hanno riguardato settori “specifici e indifendibili come il diritto penale militare”, perché relative ad ipotesi “marginali”, “inutili” o comunque “poco presentabili all’armamentario penalistico.”³⁷

Per quanto autorevolmente sostenute, si ritiene di non poter condividere l’assunto di tali osservazioni, ed in particolare di non poter condividere l’idea che il controllo di costituzionalità per il tramite del sindacato di ragionevolezza consista in uno “strappo al principio di legalità”. Al contrario, con Pulitanò, v’è da ritenere che la Corte, che ha fino ad oggi rispettato la riserva di legge senza invadere la discrezionalità del legislatore, *non minaccia ma difende* il principio di legalità (come la Corte dimostra di fare quando si rifiuta di ampliare fattispecie incriminatrici³⁸; quando pronuncia sentenze manipolative con cui corregge, e non già mina, il sistema sulla base del principio di uguaglianza; quando adotta decisioni interpretative di rigetto impedendo applicazioni della norma penale contrarie al testo costituzionale):

“Nel complesso, mi sembra che gli interventi della Corte costituzionale sul sistema penale abbiano rappresentato (al di là del giudizio sui singoli casi) un fattore di equilibrio e di equilibrata innovazione, perfettamente compatibile con una “democrazia penale” vincolata da principi costituzionali; di più, un fattore essenziale di difesa del costituzionalismo penale, tanto più essenziale a fronte dei rischi di deriva populistica e di interpretazioni arroganti del principio maggioritario.”³⁹

³⁷ Così M. ROMANO, *Corte costituzionale e riserva di legge*, in G. INSOLERA (a cura di), *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, Bologna, 2005, 67 (corsivo aggiunto).

³⁸ La giurisprudenza della Corte è costante nell’affermare la sussistenza, nel nostro ordinamento, del divieto di pronunce additive *in malam partem*. La Corte ha infatti dichiarato che l’art. 25, 2°c. Cost. “nell’affermare il principio che nessuno può essere punito se non in forza di una legge entrata in vigore prima del fatto commesso, esclude che la Corte costituzionale possa introdurre in via additiva nuovi reati o che l’effetto di una sua sentenza possa essere quello di ampliare o aggravare figure di reato già esistenti” (Corte cost., n. 161 del 2004; nello stesso senso v. le ordinanze nn. 317 e 580 del 2000). Le questioni sollevate davanti alla Corte che comportano interventi additivi, pertanto, vengono ritenute inammissibili dalla Corte perché l’eventuale decisione si risolverebbe in un aggravamento della posizione sostanziale dell’imputato; in tal senso, v. sentenza 411 del 1995 (il rimettente aveva richiesto di assoggettare a sanzione penale l’uccisione ingiustificata di un animale da parte del proprietario per disparità di trattamento rispetto a chi compie sevizie e maltrattamenti a danno dell’animale); ordinanza 580 del 2000 con cui la Corte ha escluso di poter estendere l’ambito applicativo dell’art. 203 L.F.; ordinanza 175 del 2001 (ove si respinge la richiesta della reintroduzione del reato di oltraggio). Per un resoconto della giurisprudenza costituzionale sul punto si veda lo studio pubblicato a cura della stessa Corte: S. MAGNANENSI, E. RISPOLI, *La sanzione penale*, in <http://www.cortecostituzionale.it/studiRicerche.do>

³⁹ Per queste considerazioni, D. PULITANÒ, *Appunti su democrazia penale, scienza giuridica, poteri del giudice*, in G. INSOLERA (a cura di), *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, cit., 137-138.

Non si nasconde che la proposta che qui si avanza intende espandere il sindacato di costituzionalità della legge penale in termini ben più ampi rispetto all'abito finora indossato dalla Corte, e ciononostante questo tipo di sindacato (come si cercherà di dire) è pur sempre rispettoso dell'impianto costituzionale italiano.

Per ora, non pare possa esserci modo migliore per concludere queste prime riflessioni che richiamando le parole di Palazzo:

“[È] più conforme all'istanza democratica un controllo ancorché penetrante sulle opzioni politico-criminali del legislatore, ma fondato su canoni razionali apertamente e chiaramente «riempiti» di argomenti scientifici, storici e comparatistici, piuttosto che un sindacato apparentemente di rigorosa garanzia ma celante dietro l'apoditticità di motivazioni apparenti valutazioni dotate di un tasso di «discrezionalità» probabilmente più elevato.”⁴⁰

2. I controlli di ragionevolezza

“I giudizi costituzionali sono il luogo [...] della dialettica e dell'argomentazione giuridica rispetto ai principi costituzionali.”
Augusto Cerri⁴¹

“[I]l metodo che le corti costituzionali devono osservare va allineato con il metodo della democrazia: inteso non come regola delle decisioni a maggioranza [...] ma come metodo fondato su decisioni controllabili e informate. La giurisprudenza costituzionale, pertanto, deve essere una giurisprudenza fondata sui suoi valori, ma anche su una logica discorsiva e su criteri di verificabilità empirica.”
Massimo Donini⁴²

Il controllo di ragionevolezza da parte della Corte costituzionale (tema che “conduce ad affacciarsi su sconfinite, vaghe e misteriose distese”⁴³) è volto a sindacare una norma sotto il profilo dell'eventuale incostituzionalità materiale derivante dal c.d. *vizio di arbitrarietà della legge* (o ragionevolezza in senso ampio).⁴⁴ Tale criterio,

⁴⁰ F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, cit., 84.

⁴¹ A. CERRI, *Relazione conclusiva al Convegno*, in E. BINDI, M. PERINI, A. PISANESCHI (a cura di), *I principi generali del processo comune ed i loro adattamenti alle esperienze della giustizia costituzionale*, cit., 528.

⁴² M. DONINI, *Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta fondamentale. L'insegnamento dell'esperienza italiana*, in *Foro It.*, 2001, V, 45.

⁴³ C. LAVAGNA, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, in AA.VV., *Studi in onore di C. Esposito*, III, Padova, 1973, 1572.

⁴⁴ Si segue qui la sistematica in tema di vizi delle leggi elaborata da G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, cit., 123 e ss. Sulla base di tale sistematica, in estremi sintesi, una volta posta la

frutto della creazione giurisprudenziale, è oggetto di ampio dibattito, non risultando agevole rintracciarne il fondamento nel testo costituzionale⁴⁵. Il che non implica, si intende, che tale criterio possa essere considerato alla stregua di un capriccio, frutto dell'arbitrio dei giudici costituzionali e dei giuristi:

“[È] invece la conseguenza della ricognizione di limiti generalissimi che attengono al modo stesso di percepire il diritto e la funzione legislativa nel nostro tempo e appartengono, ancor prima che al diritto positivo, a quelle condizioni e strutture culturali che sono presupposte allo stesso diritto positivo, senza le quali quest'ultimo diventa impensabile, inconoscibile, inintelleggibile, non ordinabile, non comunicabile. Analoghi criteri di valutazione della costituzionalità delle leggi si trovano infatti diffusi nelle giurisprudenze di tutti gli organi di giustizia costituzionale.”⁴⁶

La genericità del concetto di “arbitrarietà della legge” si specifica meglio nella triplice declinazione di irrazionalità⁴⁷, irragionevolezza (in senso stretto) e ingiustizia della legge⁴⁸, sul secondo solamente dei quali ci si soffermerà qui.

distinzione tra norme costituzionali che: a) impongano o escludano determinati contenuti delle leggi; b) stabiliscano le forme procedurali dell'attività legislativa; c) regolino le sfere di competenza dei diversi soggetti tra cui la funzione legislativa è ripartita, sarà possibile individuare tre corrispondenti vizi delle leggi: a) vizio di incostituzionalità sostanziale (anche detta materiale) che attiene al contenuto; vizio di incostituzionalità formale, che attiene al procedimento di formazione; c) vizio di incostituzionalità per incompetenza che attiene al soggetto.

Per quanto attiene, in particolare, al vizio sostanziale (o materiale, di cui alla lettera a), questo potrà derivare (ma raramente) dalla violazione di una regola costituzionale (quale, ad esempio, la regola di cui all'art. 27 Cost, u.c.); assai più spesso deriverà dalla violazione di un principio costituzionale; da ultimo, non è da escludersi un ulteriore vizio materiale derivante dall'assoluta incompatibilità di una legge con programmi e obiettivi posti dalla Costituzione.

Tale ordine di distinzioni è contestato in dottrina, sia perché la Corte non distingue ma spesso confonde “ragionevolezza” e “razionalità”, sia perché i due termini – si ritiene – non possono a rigore essere distinti: così L. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. dir.*, Agg., I, Milano, 1997, 906.

Per una disamina dei molteplici tentativi dottrinali di classificazione del concetto si rimanda a A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., 118-119.

⁴⁵ Per un'antologia delle diverse posizioni v. J. LUTHER, *Ragionevolezza (delle leggi)*, in *Dig. disc. pubb.*, XII, Torino, 1997.

⁴⁶ G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, cit., 148.

⁴⁷ L'irrazionalità della legge è un vizio che “[rompe l']interna coerenza dell'ordinamento giuridico”, e che consegue all'avvenuta violazione del principio di non contraddizione nel momento in cui si è nell'impossibilità di fornire ragioni per una differenziazione normativa che risulta, pertanto, ingiustificata. La razionalità, si badi, non pretende coerenza, “non occorre la conformità, basta la compatibilità”. Il sindacato in termini di razionalità di una norma (che si ritiene fondato sull'art. 3 Cost.) si snoda in un giudizio dalla struttura ternaria, essendo coinvolte la norma da valutare, un'altra norma con cui quella viene raffrontata (e che funge da *tertium comparationis*) e il principio di razionalità. Le frasi virgolettate sono tratte da G. ZAGREBELSKY, op.ult.cit., rispettivamente 149 e 150. Un richiamo a tale criterio è presente nella sentenza Corte cost. 204/1982 ove si legge “La coerenza tra le parti è un valore essenziale dell'ordinamento giuridico di un paese civile, in dispregio del quale le norme che ne fan parte degradano al livello di gregge senza pastore.”

Per quanto è certamente vero che non v'è pubblica funzione che possa sottrarsi al canone di ragionevolezza (funzione legislativa inclusa)⁴⁹, è parimenti indubbio che il controllo di ragionevolezza sia stato inizialmente escluso dalla Corte costituzionale (Corte cost. n. 28/1957), sia per le possibili implicazioni politiche coinvolte da tal sorta di giudizio sia per l'inammissibilità di una valutazione dell'esercizio della discrezionalità del legislatore (in cui tale controllo si sarebbe risolto). La stessa dottrina, del resto – fin dai primi anni di attività del Giudice delle leggi – non negava le soprarichiamate difficoltà nel rintracciare il fondamento costituzionale di tale principio (o, per altri, *criterio*⁵⁰). Una volta, però, addivenuti al convincimento che la ragionevolezza è un principio (o regola di giudizio) “presupposto dal pluralismo delle fonti e della società aperta degli interpreti del diritto” e che realizza quella che è stata definita “una sorta di autotutela del diritto nello Stato costituzionale contro ogni eccesso di formalismo”⁵¹, il sistema ne ha consentito l'ingresso, pur variandone l'intensità del controllo (la “densità del controllo” nelle parole di Paladin⁵²) in base ai valori e alla materia coinvolti dalla legge oggetto di valutazione. L'interpretazione della ragionevolezza varia, dunque, in relazione alle caratteristiche proprie dell'ambito in cui interviene; in ambito penale, ad esempio – come si vedrà a breve – il controllo di ragionevolezza, ad oggi, non è stato particolarmente penetrante, risolvendosi, di fatto, in dichiarazioni di incostituzionalità pronunciate in casi di c.d. “irragionevolezza manifesta”. Il che comporta, come è evidente, che la “presunzione

⁴⁸ Il giudizio di giustizia consiste in un controllo interamente esterno all'ordinamento giuridico (diversamente dai controlli di razionalità e ragionevolezza che sono invece di tipo interno) e viene condotto “in base a criteri di giustizia *a priori* rispetto ai contenuti dell'ordinamento giuridico”. Una ipotesi di legge ingiusta, passibile di una dichiarazione di incostituzionalità, potrebbe configurarsi in un caso limite qualora “una regola apparisse assolutamente priva di *ratio* e quindi del tutto inspiegabile alla stregua delle esigenze regolative del «caso» [...]”. Le frasi virgolettate sono tratte da G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, cit., rispettivamente 155 e 156. Critico su tale ultimo tipo di controllo Scaccia il quale rileva che “sarebbe forse da chiedersi come una legge così palesemente iniqua da risultare addirittura «contro la natura del diritto» abbia potuto superare il preventivo vaglio di legittimità esercitato dal Presidente della Repubblica in sede di promulgazione”, G. SCACCIA, *Ragionevolezza delle leggi*, cit., 4811.

⁴⁹ Di ragionevolezza come imperativo riferibile alla generalità delle pubbliche funzioni parla L. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, cit., 899.

⁵⁰ Di “insussistenza di un comune principio di ragionevolezza” parla Paladin secondo il quale l'espressione ha mero valore verbale riassuntivo, entro la quale occorre delineare le necessarie distinzioni, L. PALADIN., *op. ult. cit.*, 901 e 902.

⁵¹ Entrambe le frasi virgolettate sono di J. LUTHER, *Ragionevolezza (delle leggi)*, cit., 347. L'autore, pur risolvendo nei termini riportati il problema del fondamento della ragionevolezza, non esclude che taluni aspetti del controllo di ragionevolezza possa fondarsi sui diritti di libertà, altri sull'eguaglianza formale, altri ancora sulla giustizia sostanziale di cui al secondo comma dell'art. 3 Cost.

⁵² L. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, cit., 907.

di costituzionalità” a favore della produzione normativa penale sia particolarmente intensa.

Il controllo di ragionevolezza viene ammesso, per la prima volta, con la sentenza n. 46/1959.⁵³ Fin da subito, tale tipo di controllo viene costruito e condotto per il tramite di un giudizio trilatero, un giudizio, cioè, che non opera una valutazione comparativa tra la norma oggetto di giudizio e la norma costituzionale assunta violata (come avviene negli altri giudizi di costituzionalità che seguono uno *schema binario*) ma è un tipo di giudizio (a *schema ternario*) che valuta la coerenza delle norme del sistema sulla base del principio di eguaglianza sancito dall’art. 3 Cost., confrontando la norma impugnata ad altra norma assunta a confronto e che costituisce il c.d. *tertium comparationis*.

Il sindacato di ragionevolezza assume, così, il carattere di un giudizio su una presunta disparità di trattamento. A rigore, occorrerebbe dire *assumeva* tale carattere; l’evoluzione giurisprudenziale del principio lo vede infatti assai spesso disancorato dall’art. 3 e dalla struttura trilatera. Non senza ragione, un autorevole costituzionalista, già quaranta anni orsono, scriveva che analizzando la giurisprudenza della Corte costituzionale, in fondo, si ha “la chiara sensazione che un giudizio sulla ragionevolezza si inserisce probabilmente in ogni questione di legittimità costituzionale, sia pure in forma implicita ed inespressa, come momento essenziale ed ineliminabile.”⁵⁴ Nei richiami della Corte, la ragionevolezza sembra ormai operare ogni qual volta si tratti di applicare clausole costituzionali di tipo elastico, “tali da comportare l’uso di *tecniche giudiziali non sillogistiche*: fino al punto di far pensare che il criterio della competenza, nella sistemazione delle fonti normative, sia stato assorbito e sconvolto dal sindacato concernente il rispetto del principio stesso, in una prospettiva non più concettuale ma «storico-concreta», vale a dire casistica ed empirica.”⁵⁵ Lo stesso riferimento all’art. 3 Cost., appare spesso, ormai, niente altro che un artificio.⁵⁶

⁵³ Per un excursus del sindacato di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale, v. P. BARILE, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Milano, 1994 (l’autore offre anche un’ampia analisi diacronica della riflessione dottrinale sul tema); L. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, cit. Si veda anche G. INSOLERA, *Democrazia, ragione e prevaricazione*, Milano, 2003, 35-42.

⁵⁴ C. LAVAGNA, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, cit., 1577.

⁵⁵ L. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, cit., 901 (corsivo aggiunto).

A buon diritto, quindi, la ragionevolezza può oggi ritenersi *un parametro autonomo*, non essendo ormai rari i casi in cui la Corte costituzionale censura l'irragionevolezza di una norma *senza* però *richiamare* l'art. 3 Cost.⁵⁷ V'è di più. L'analisi della giurisprudenza della Corte in materia di ragionevolezza consente di declinare tale tipo di sindacato in una *pluralità di tipi di giudizio*; quello di ragionevolezza – definito, infatti, quale “modello di scrutinio *multiforme*”⁵⁸ – è divenuto ormai una sorta di “etichetta” cui riportare molteplici modelli decisori⁵⁹, tanto che oggi pare pertanto più appropriato parlare di *controlli* di ragionevolezza e di *vizi* di irragionevolezza.⁶⁰

Questo è un punto cruciale ai fini del tema del ruolo della sussidiarietà penale nel controllo di costituzionalità di norme penali. Interrogarsi, come pure spesso si fa, sul possibile rapporto tra “controllo di ragionevolezza e diritto penale” è un modo di impostare il problema che corre il rischio di apparire troppo vago e generico se confrontato con un fenomeno che, nella realtà della giustizia costituzionale, è assai variegato e complesso. In estrema sintesi: “controllo di ragionevolezza”, di per sé, non vuol dire molto (nel senso che significa troppo) se non si provvede a precisare a quale tecnica di controllo, a quale criterio valutativo si intende fare riferimento.⁶¹ La dottrina costituzionalistica ha così tentato di razionalizzare la molteplicità del giudizio di ragionevolezza individuando dei paradigmi di riferimento, degli schemi

Nello stesso senso è stato detto che nel giudizio di costituzionalità la ragionevolezza svolge il ruolo di “*medium* necessario tra Costituzione e legge” e rappresenta “l'unità di misura della logica non deduttiva”, G. SCACCIA, *Ragionevolezza delle leggi*, cit., 4806.

⁵⁶ Per questo giudizio, v. G. ZAGREBELSKY, *Su tre aspetti della ragionevolezza*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Milano, 1994, 181.

⁵⁷ Per un'analisi degli eterogenei parametri costituzionali cui la Corte si rivolge per condurre un sindacato sulla ragionevolezza delle leggi, v. L. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, cit., 902-905.

⁵⁸ L'espressione, utilizzata nella *Relazione sulla giurisprudenza costituzionale 2008*, è riportata in S. PENASA, *La «ragionevolezza scientifica» delle leggi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2009, 818.

⁵⁹ Di “etichetta del controllo di ragionevolezza” parla G. INSOLERA, *Democrazia, ragione e prevaricazione*, cit., 40.

Di “canone meramente evocativo di una pluralità eterogenea di tecniche argomentative diverse” parlano A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., 114.

⁶⁰ Di *vizi* di irragionevolezza parlano A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., 118.

⁶¹ “Insomma, ad essere franchi fin in fondo, – è stato scritto con estrema chiarezza – bisogna riconoscere che il termine onnicomprensivo “ragionevolezza” è ormai meramente evocativo di una pluralità eterogenea di tecniche argomentative diverse.”: A. RUGGERI, A. SPADARO, *op.ult.cit.*, 113, cui si rinvia per una rassegna della varietà terminologica del canone di ragionevolezza.

argomentativi si da rintracciare delle argomentazioni topiche.⁶² Qui non si dirà dei modi argomentativi della ragionevolezza propri della c.d. *ragionevolezza* (riconducibili alla *ragione*) *sistematica* – che si risolvono in una valutazione di coerenza e quindi di non contraddittorietà – ma ci si soffermerà su uno dei modi argomentativi propri della c.d. *ragionevolezza* (*e ragione*) *strumentale*, che si sostanziano nel controllo di proporzionalità ed evidenza.

La ragionevolezza – ed è questo il tipo di controllo che interessa ai fini del discorso che si va conducendo – opera, quindi, anche nei termini di un *controllo di evidenza*.⁶³ Tale controllo valuta l'eventuale contrasto tra una disposizione normativa e le regole di esperienza o la realtà (v'è da ritenere: non solo naturale). Tale strumento consente l'ingresso nel controllo di costituzionalità di conoscenze *esterne* al diritto che vanno da quelle proprie delle scienze descrittive a quelle del sapere economico. Proprio quello di evidenza – è stato detto – è il canale che, più di qualunque altro, facendo ricorso a conoscenze esterne alla legge, può condurre a sindacare la ragionevolezza della legge proprio alla luce di *cognizioni non giuridiche*.⁶⁴ Ecco in che senso può dirsi che “la ragionevolezza è il ponte fra prescrizioni-fonti e realtà”⁶⁵ e merita di essere concepita quale prodotto della “ragione empirica”⁶⁶.

La razionalità di una legge non significa, quindi, solo (e non si risolve esclusivamente nella) razionalità rispetto ai principi e valori ma rimanda *anche* ad una razionalità di tipo empirico, nel senso di un’ “adeguatezza al fatto” da intendersi in un duplice senso: quale adeguatezza delle norme rispetto ai *fatti disciplinati*⁶⁷; quale adeguatezza delle norme rispetto ai *fatti presupposti* e alle circostanze che

⁶² Questo tentativo, però – sostiene Zagrebelsky – non risolve il problema della “sfuggevolezza” del concetto, “che non si presta ad una canonizzazione *ex ante*, in astratto.”, G. ZAGREBELSKY, *Su tre aspetti della ragionevolezza*, cit., 180.

Sulla necessità di elaborare dei “protocolli di giudizio” allo scopo di arginare il rischio di arbitrio da parte dei giudici costituzionali nell’assunzione dei fatti di causa e nella giustificazione del giudizio, v. S. BARTOLE, *Controllo di razionalità e determinazione previa di criteri e protocolli di giudizio*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Milano, 1994, 203.

⁶³ Sul concetto di “controllo di evidenza” v. C. LAVAGNA, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, cit., 1587; G. SCACCIA, *Gli “strumenti” della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000, 241-250; G. SCACCIA, *Ragionevolezza delle leggi*, cit., 4810.

⁶⁴ Così C. LAVAGNA, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, cit., 1587.

⁶⁵ C. LAVAGNA, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, cit., 1587.

⁶⁶ A. BALDASSARRE, *Intervento*, in N. OCCHIOUPO (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Padova, 1984, 128.

⁶⁷ Di tale aspetto si occupa lo scritto di S. PENASA, *La «ragionevolezza scientifica» delle leggi nella giurisprudenza costituzionale*, cit.

caratterizzano la materia disciplinata.⁶⁸ Tale aspetto è comune alla giurisprudenza di molti Tribunali costituzionali (inclusa la Corte costituzionale italiana), appartenendo, gli strumenti della c.d. ragione scientifica, a quella che è stata definita “*koinè* degli strumenti argomentativi utilizzati nel giudizio di ragionevolezza.”⁶⁹

Tali strumenti, ad oggi, hanno riguardato la materia penale in modo assai limitato (se ne è fatto ricorso soprattutto in relazione al fenomeno del c.d. anacronismo legislativo di cui si dirà più avanti allorquando ci si soffermerà sulla valutazione dei fatti da parte del Giudice delle leggi). Il diritto penale pare essere impermeabile a forme di (e in un certo senso esentato dal) “collaudo empirico”.⁷⁰

Qui si ritiene, invece, che per il tramite del sindacato di ragionevolezza di tipo strumentale, condotto mediante il ricorso da parte della Corte costituzionale ad indagini empiriche e a rinnovati poteri istruttori (su cui v. § 3) è possibile rendere giustiziabile il principio di sussidiarietà penale che da principio argomentativo potrebbe così divenire principio dimostrativo, qualora, oltre alle modifiche suggerite anche nel capitolo precedente, si introducesse l’obbligo di motivare le norme penali (v. Cap. III).

⁶⁸ In questo senso, v. sentenza 1130/1988 in cui la Corte costituzionale afferma che il controllo di ragionevolezza “lungi dal comportare il ricorso a criteri di valutazione assoluti e astrattamente prefissati, si svolge attraverso ponderazioni relative alla proporzionalità dei mezzi prescelti dal legislatore nella sua insindacabile discrezionalità rispetto alle esigenze obiettive da soddisfare o alle finalità che intende perseguire, *tenuto conto delle circostanze e delle limitazioni concretamente sussistenti.*” (corsivo aggiunto).

⁶⁹ Così A. CERRI, *I modi argomentativi del giudizio di ragionevolezza delle leggi: cenni di diritto comparato*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Milano, 1994, 131-132 e 135.

⁷⁰ L’espressione, di Donini, è formulata nel contesto di una riflessione che vale qui riproporre (seppur parzialmente): “Lo stesso modo di procedere è riscontrabile, per es. nella Corte costituzionale italiana: un *uso argomentativo* di principi (per es. di *extrema ratio*, della funzione rieducativa della pena), senza nessuno strumento o collaudo empirico. Si suppone che la norma penale ‘debba’ orientare in senso motivante, ‘debba’ avere una funzione di prevenzione generale, ‘debba’ essere tassativa, ‘debba’ prevedere una pena che tende alla rieducazione/risocializzazione, ecc.: e da ciò si deducono alcune *conseguenze normative*, che incidono sui ragionamenti dell’interprete, del giudice. Questa è la “funzionalizzazione” dei concetti o la loro razionalità di scopo. [...] Eppure, anche quella cultura resta orientata alle conseguenze solo in apparenza. *Sono sempre normative le “conseguenze”* alle quali è orientata l’argomentazione dogmatica. Sono *interne al sistema* della stessa dogmatica sedicente “orientata alle conseguenze”. Non sono conseguenze “reali”, e non muovono da premesse “reali”, sono autopoietiche. [...] L’unico controllo è quello di razionalità rispetto ai valori e gli scopi, non rispetto agli effetti reali [...]”: M. DONINI, *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto fra diritto penale e politica*, cit., 24.

3. *Ragione discorsiva, razionalità empirica e processo costituzionale.*

*“Questo atteggiamento riluttante [ad utilizzare statistiche o altri dati],
oltre ad essere criticabile per motivi di ordine generale,
è pure scarsamente coerente con le crescenti autorevoli ammissioni
da parte di alcuni dei giudici costituzionali circa la «politicità»
che sta al fondo delle decisioni della Corte, se per politica si intende, come non può
non intendersi, non già la pura pretesa di far prevalere la propria personale opinione o
l’interesse del gruppo politico da cui il giudice proviene o a cui è di fatto legato,
ma la più comprensiva esigenza che le decisioni della Corte
siano in armonia con lo sviluppo storico che, momento per momento,
si realizza nella società.”*
Antonio Baldassarre⁷¹

Le considerazioni introduttive con cui si è inaugurata questa Parte II possono trovare il loro precipitato sul piano giuridico nel funzionamento di una serie di istituti già presenti nel nostro ordinamento ma non sufficientemente valorizzati. Allo scopo di illustrare tali istituti qui, dopo aver considerato il ruolo del fatto nel sindacato di costituzionalità, si tratterà delle modalità di ingresso del fatto nel giudizio (*id est*, dell’ingresso del sapere empirico nel giudizio di legittimità); si dirà, in particolare, del ruolo che la dottrina (anche) penale potrebbe svolgere quale *amicus curiae* e dell’estensione dei poteri istruttori della Corte in un esercizio trasparente e dialogico dell’acquisizione delle conoscenze extragiuridiche (conoscenze, queste che – lo si anticipa a scampo di ingenui equivoci – entrano assai spesso, se non, addirittura, *regolarmente* nel processo costituzionale, per quanto vi facciano ingresso, per così dire, varcando la soglia della porta di servizio).

La Corte nel valutare la legittimità di una norma per il tramite della ragionevolezza empirica deve “ripercorrere a ritroso” il ragionamento del legislatore⁷² e considerare, tra le altre cose, il rapporto tra gli esiti dell’indagine empirica svolta prima di adottare una decisione e la decisione stessa (si pone, in questa fase, come è ovvio, un problema di non poco momento circa l’aspetto probatorio relativo alla ricostruzione di tali fatti).

Tradizionalmente si è sostenuto che il giudizio di costituzionalità, essendo un giudizio su norme, di tipo astratto,⁷³ non deve indagare intorno ai fatti.⁷³ Sulla base

⁷¹ A. BALDASSARRE, *I poteri conoscitivi della Corte costituzionale e il sindacato di legittimità astratto*, in *Giur. cost.*, 1973, 1497.

⁷² L’espressione virgolettata è mutuata da S. BARTOLE, *Controllo di razionalità e determinazione previa di criteri e protocolli di giudizio*, cit., 205.

⁷³ Il tema, cui si accennerà nuovamente a breve nel testo, è trattato da Q. CAMERLENGO, *I poteri istruttori della Corte costituzionale e l’accesso degli elementi scientifici nel giudizio di*

delle dichiarazioni della stessa Corte, il giudice delle leggi non può occuparsi della “consistenza degli elementi di fatto posti a base della scelta legislativa” (così si legge nella sentenza 66 del 1992) ed al legislatore, del resto, “non è dato seguire la non raggiungibile varietà del concreto”⁷⁴. Il fatto sarebbe, dunque, un elemento irrilevante nel sindacato della Corte (dal che consegue, com’è evidente, una svalutazione dell’istruzione probatoria). Se di tal natura sono le dichiarazioni di principio del giudice delle leggi, diverse, in verità, sono le considerazioni cui si giunge analizzando la stessa giurisprudenza costituzionale.⁷⁵ La Corte, infatti, fa spesso riferimento alle più diverse categorie di fatti (naturali, sociali, economici)⁷⁶ e così facendo si sofferma sulla valutazione dei c.d. *legislative facts*, “fatti sociali, economici, scientifici, politici, cioè tutti quei fatti non conoscibili per via interpretativa, perché postulano il ricorso a cognizioni extragiuridiche.”⁷⁷ In tal modo, la Corte controlla la legittimità di una norma anche alla luce di taluni “vincoli di realtà o di razionalità”⁷⁸ che dir si voglia e che sono forniti dalle più diverse discipline scientifiche o dalla comune esperienza.⁷⁹

costituzionalità, in A. D’ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali*, Torino, 2005, 171-176.

Per un’analisi dei fatti si veda G. D’AMICO, *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, Messina, 2008, 31-85.

⁷⁴ Per questo richiamo v. M. AINIS, *Sul rilievo dei «fatti» nel giudizio di legittimità costituzionale*, in <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/rivista/2010/00/Ainis01.pdf>, 1.

⁷⁵ Tale indagine, da cui sono tratte le sentenze che si vanno a citare nel testo, è stata condotta da M. AINIS, *Sul rilievo dei «fatti» nel giudizio di legittimità costituzionale*, cit.

⁷⁶ Il concetto di “fatto” può essere variamente declinato. Si avranno così *fatti naturali* che possono fungere da presupposti o condizioni legittimanti una disciplina normativa (la sentenza 90/1992, ad esempio, ha dichiarato incostituzionale una legge in materia previdenziale sulla base del “prolungamento dell’età lavorativa per l’aumento dell’età media”); *fatti sociali*, tra cui si fanno rientrare i fatti linguistici e i fatti religiosi (quanto alla rilevanza dei fatti sociali si pensi alla sentenza 126 del 1968 in materia di adulterio della moglie); *fatti economici*, rilevanti allorquando sia necessario misurare i più vari fenomeni della situazione finanziaria del Paese (si pensi al peso che può giocare il fatto economico della svalutazione finanziaria; si veda, ad esempio, la sentenza 570/1989 in cui la svalutazione svolge un ruolo cruciale nella dichiarazione di incostituzionalità sopravvenuta di un decreto del 1942 che identificava il piccolo imprenditore sulla base di un capitale investito pari a 900 mila lire); *fatti scientifici*, che rilevano soprattutto (“ma non solo”) quando il progresso scientifico o tecnico rendano obsoleta una disciplina o una qualificazione normativa; *fatti politici* (quali le prassi legislative); *fatti amministrativi* (quali la prassi amministrativa). Per questa categorizzazione, v. M. AINIS, *Sul rilievo dei «fatti» nel giudizio di legittimità costituzionale*, cit., cui si rinvia per numerosi riferimenti giurisprudenziali in relazione ad ogni categoria di “fatto”.

⁷⁷ La definizione è di M. AINIS, *Le questioni scientifiche controverse nella giurisprudenza costituzionale*, in A. D’ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali*, cit., 26.

⁷⁸ L’espressione è di D. PULITANÒ, *Giudizi di fatto nel controllo di costituzionalità di norme penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1004.

⁷⁹ Chiari riferimento al fatto si rintracciano nella giurisprudenza costituzionale relativa al cd. anacronismo legislativo, fenomeno normativo, questo, che segna lo scarto tra le norme e il fine cui erano state originariamente predisposte dovuto ad avvenuti mutamenti nella struttura socio-economica

Non è solo l'analisi della giurisprudenza costituzionale a rivelare l'importanza che in pratica lo stesso Giudice delle leggi riconosce al fatto. Tale importanza deriva anche da un rinnovato modo di intendere il concetto di decisione legislativa che implica, più in generale, l'acquisita consapevolezza circa la dimensione conoscitiva su cui poggiano le scelte del legislatore. Per quanto sia indubbio che l'attività della Corte nel giudizio incidentale verte su una norma (che rappresenta l'oggetto del sindacato) e non su un fatto, parimenti indubbio è che troppo spesso – è stato rilevato – si trascura un aspetto cruciale della norma: l'essere “il prodotto di un procedimento complesso”, “il risultato dell'esercizio formalizzato di un potere.”⁸⁰

Si può allora così comprendere il mutamento in atto nella giurisprudenza della Corte costituzionale (soprattutto nei casi in cui è coinvolta la c.d. ragionevolezza scientifica)⁸¹; sempre più spesso, si assiste, infatti, ad una sorta di spostamento dall'atto al processo (di cui l'atto è espressione) che segna il “declino della concezione del giudizio di legittimità costituzionale come giudizio che verte sull'atto normativo.”⁸²

o per l'evoluzione del costume e dei modelli culturali (vere e proprie eterogenesi dei fini si sono verificate nei casi di cui alle decisioni Corte cost. 98/1998, 340/1994). Sul punto v. G. SCACCIA, *Ragionevolezza delle leggi*, cit., 4810; R. BIN, *Atti normativi e norme programmatiche*, cit., 316-318. Il ricorso all'anacronismo legislativo viene operato ora per riconoscerne il rilievo (così nella sentenza 22/2007 relativa al reato di oltraggio a pubblico ufficiale); ora per escluderlo (così nella sentenza 3/1996 relativa a una questione in materia di brevettabilità dei farmaci); ora per dichiarare la propria incompetenza pena travalicare la discrezionalità del legislatore (così nelle ordinanze 209 e 443/2004 in materia di intercettazioni, ove si legge che la Corte non può tener conto dell'eventuale anacronismo normativo, non potendo essa “inseguire il progresso tecnologico”); ora per invitare il Parlamento ad intervenire per aggiornare la disciplina di un determinato settore (così, ad esempio, nella sentenza 344/1993 in materia di elettorato passivo per il Parlamento nazionale, ove si legge: “l'auspicio di questa Corte è che una legislazione, come quella vigente, ricca di incongruenze logiche e divenuta ormai anacronistica di fronte ai profondi mutamenti che lo sviluppo tecnologico e sociale ha prodotto nella comunicazione politica, sia presto riformata dal legislatore.”). Le stesse recenti sentenze in materia di vilipendio alla religione di Stato (329/1997 e 508/2000) definiscono l'art. 402 c.p. un anacronismo cui, nell'inerzia del legislatore, deve porre rimedio la Corte.

Riferimenti al fatto sono anche frequenti nella valutazione dei presupposti scientifici della norma da valutare; tale fenomeno è sempre più diffuso soprattutto nel sindacato di norme relative alla disciplina dell'attività medica e, più in generale, alle materie che coinvolgono questioni di bioetica. Si rinvia a S. PENASA, *La «ragionevolezza scientifica» delle leggi nella giurisprudenza costituzionale*, cit.; G. D'AMICO, *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, cit.; e, più in generale, a R. BIN, *Atti normativi e norme programmatiche*, cit.

Sull'anacronismo legislativo e sulle ipotesi di contraddizione tra scienza e norma v. G. SCACCIA, *Gli “strumenti” della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, cit., 230-234.

⁸⁰ Q. CAMERLENGO, *I poteri istruttori della Corte costituzionale e l'accesso degli elementi scientifici nel giudizio di costituzionalità*, cit., 171.

⁸¹ Sul tema si rimanda a S. PENASA, *La «ragionevolezza scientifica» delle leggi nella giurisprudenza costituzionale*, cit.

⁸² Q. CAMERLENGO, *I poteri istruttori della Corte costituzionale e l'accesso degli elementi scientifici nel giudizio di costituzionalità*, cit., 171.

Pare, così, a chi scrive di poter intravedere in tali sviluppi una sorta di filo rosso con quanto detto nella Parte I in fatto di *voluntas* e *ratio* della legge e di democrazia discorsiva (anche) procedurale ed altresì con quanto detto nel capitolo precedente allorquando si è descritto il procedimento di formazione della legge quale luogo e momento in cui garantire effettivamente la riserva di legge in senso sostanziale (come anticipato, questi temi saranno cruciali per sostenere la tesi dell'introduzione dell'obbligo di motivazione della legge penale). Il senso di queste riflessioni è, dunque, che non si può isolare l'atto dal processo che lo ha prodotto; così facendo si trascura il fondamentale apporto conoscitivo extra giuridico alla formazione delle norme, apporto che non rende più la legge quale mero risultato della volontà del legislatore.⁸³

Il tema del fatto – già queste poche battute sono sufficienti a renderlo evidente – solleva una vera e propria legione di questioni; tra le tante possibili e non poco complesse (tra cui quella relativa al rapporto tra il diritto e il sapere non giuridico e della posizione di “«dipendenza necessaria» dai risultati della scienza”⁸⁴ in cui si troverebbe il giurista cui si è già accennato nell'Introduzione, Parte II), interessa qui soffermarsi, in particolare, sulle *modalità di ingresso* del fatto nel giudizio costituzionale. Il tema riveste una particolare importanza per la riflessione penalistica perché è proprio nella disciplina di tali modalità di ingresso che va rintracciato un punto di bilanciamento tra l'attività della Corte e il rispetto della discrezionalità legislativa (che non può mai significare – vale ribadirlo – attività politica esente da controlli).

Si dirà qui di due modalità in particolare⁸⁵: dell'*amicus curiae* (strumento, questo, capace di consentire alla dottrina anche penalistica un ruolo attivo nell'adozione delle decisioni della Corte) e del ricorso a istruttorie da parte del Giudice delle leggi. Entrambe tali modalità, come si vedrà, mostrano diversi punti di contatto con le riflessioni già svolte in fatto di ragione discorsiva e ragione empirica.

⁸³ Va così rendendosi sempre più chiaro il ricorso al criterio della ragionevolezza strumentale quale strumento di controllo di norme “intrinsicamente fattuali.” L'espressione virgolettata è mutuata da Q. CAMERLENGO, *I poteri istruttori della Corte costituzionale e l'accesso degli elementi scientifici nel giudizio di costituzionalità*, cit., 173.

⁸⁴ R. BIN, *La Corte e la scienza*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali*, cit., 2.

⁸⁵ Si tralascerà di considerare la modalità rappresentata dall'ordinanza del giudice *a quo* ove il fatto compare tra le argomentazioni.

Due precisazioni preliminari sul processo costituzionale sono però necessarie per poter procedere a considerare adeguatamente gli istituti ora menzionati.

Innanzitutto, è bene por mente al fatto che la c.d. “procedura costituzionale” è disciplinata in via del tutto generale (diverse norme sono mutate, seppur adattate, dal processo civile). L’estrema laconicità della disciplina fa sì che sia la Corte stessa a scrivere (e assai spesso *riscrivere*) le regole del processo, tanto che, assai significativamente, è stato detto che, in realtà, il processo costituzionale non procede per regole ma risulta, prevalentemente, dal *rispetto di ‘regolarità’* prodotte dalla stessa giurisprudenza costituzionale.⁸⁶ Tale laconicità rileva particolarmente in relazione proprio al c.d. diritto probatorio nei giudizi in cui il sindacato di costituzionalità deve indagare intorno a questioni di ordine empirico e fattuale più in generale.⁸⁷

La seconda delle precisazioni preliminari attiene alle diverse possibili concezioni del processo costituzionale. In estrema sintesi, una *prima visione*, di tipo oggettivista, ritiene che il processo incidentale sia volto a garantire *l’interesse generale* della legittimità costituzionale, vale a dire della conformità della legge alla Costituzione la cui superiorità merita di essere tutelata. Il ruolo degli interessi e dei diritti in gioco nel giudizio *a quo* hanno pertanto mera rilevanza occasionale per il processo costituzionale: la Corte non è chiamata a tutelare quegli interessi e quei diritti che possono, al più, ricevere *una garanzia indiretta* che consegue alla decisione di legittimità della legge. La *seconda visione*, di tipo soggettivista, ritiene invece che il processo costituzionale è volto anche a tutelare le posizioni soggettive dei singoli.⁸⁸

⁸⁶ In tal senso A. RUGGERI, *I principi generali del processo comune ed i loro adattamenti alle esperienze della giustizia costituzionale*, in E. BINDI, M. PERINI, A. PISANESCHI (a cura di), *I principi generali del processo comune ed i loro adattamenti alle esperienze della giustizia costituzionale*, cit., 8. Aggiunge l’autore: “Non riesco ad immaginare quale idea possa farsi della nostra giustizia costituzionale un osservatore straniero che conosca solo i dati normativi che la riguardano, ignorando in tutto la giurisprudenza: più ancora che monca, l’idea stessa sarebbe deformante, ove si convenga che le stesse regole – piaccia o no – sono state (e sono) piegate ad esigenze dalla Corte avvertite come indisponibili [...]”: *ibidem* (corsivo aggiunto).

⁸⁷ Sul diritto probatorio nel giudizio di costituzionalità G. D’AMICO, *Struttura ed effetti delle decisioni*, in E. BINDI, M. PERINI, A. PISANESCHI (a cura di), cit., 205.

⁸⁸ Un autorevole costituzionalista ha rilevato che in un prima fase della storia della Corte, che va dagli anni ’50 agli anni ’80, si può rintracciare una prevalenza della natura oggettiva della Corte, vista anche la necessità avvertita dal Giudice delle leggi di eliminare un gran numero di leggi incostituzionali. Dagli anni 80 agli anni 2000 sarebbe prevalsa, invece, l’anima soggettiva della Corte, come sarebbe dato evincere dalla centralità assunta dai diritti fondamentali. La fase attuale, che si caratterizza per quello che è stato definito un ‘uso maggioritario della Costituzione’ – per lo stesso autore – avrebbe amplificato la politicità della Corte, chiamata a svolgere proprio un ruolo

Vi è, infine, un terzo modo di intendere il processo costituzionale che tenta di combinare le due diverse anime della Corte; in tal modo, pur ritenendo di non dover costringere l'operato della Corte in forme rigide si riconosce comunque all'attività del Giudice delle leggi il carattere di "processo".

Tale precisazione può ora permettere di esplicitare meglio taluni problemi connessi con la necessità di ampliare i mezzi conoscitivi a disposizione dei giudici costituzionali, ampliamento, questo, che può essere attuato, innanzitutto, tramite l'*estensione del contraddittorio ai terzi* in funzione argomentativo-deliberativa⁸⁹; si potrebbe, cioè, configurare nel processo costituzionale un intervento *di tipo collaborativo* di soggetti estranei al giudizio *a quo*.⁹⁰

Nel pieno rispetto del principio di corrispondenza formale tra le parti del processo *a quo* e le parti del processo costituzionale, la giurisprudenza della Corte costituzionale per molto tempo si è mostrata assai selettiva nella gestione dell'ingresso di terzi nel processo incidentale sulla legge.⁹¹ Se pure la giurisprudenza più recente, quella

antimaggioritario nel sistema, R. ROMBOLI, *Sintesi della II Sessione del Convegno*, in E. BINDI, M. PERINI, A. PISANESCHI (a cura di), *I principi generali del processo comune ed i loro adattamenti alle esperienze della giustizia costituzionale*, cit., 503.

⁸⁹ Sul principio del contraddittorio nel processo costituzionale, v. G. AZZARITI, *I principi generali del processo costituzionale e le loro discordanze dalle esperienze della giustizia comune*, in E. BINDI, M. PERINI, A. PISANESCHI (a cura di), *I principi generali del processo comune ed i loro adattamenti alle esperienze della giustizia costituzionali*, cit., 251.

Sul tema dell'ampliamento del contraddittorio v. L. D'ANDREA, *Verso una democratizzazione del contraddittorio nel giudizio costituzionale incidentale*, in *Giur. cost.*, 1994, 552.

⁹⁰ Per poter parlare dei "terzi" risulta necessario esplicitare il concetto di "parte" nel giudizio incidentale. La questione, in verità, è assai dibattuta. Se si ritiene che la parte è portatrice di un interesse personale e concreto, parte del processo costituzionale non potrà che essere la sola parte del processo principale. Se, invece, si ritiene che la parte possa farsi portatrice del generale interesse alla legittimità delle leggi, la parte potrebbe allora essere assimilata ad un *amicus curiae* (su cui *infra* nel testo).

In virtù del fatto che il processo costituzionale è un processo a parti eventuali, molti autori ritengono che la partecipazione può essere limitata alle sole parti del processo principale, pena minare il concetto stesso di "processo costituzionale". È stato a riguardo autorevolmente detto che la partecipazione al giudizio di costituzionalità potrebbe essere assicurata (non già a chiunque ma solo) a chi sia "in presenza di un comprovato nesso strutturale-funzionale, diretto e "qualificato" tra il processo principale e le posizioni (individuali o collettive) fatte valere dal soggetto che avanza richiesta di partecipazione al giudizio di costituzionalità": A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., 208. Per un'indagine approfondita sul rapporto tra soggetto privato (sia come parte che come terzo) e processo costituzionale, v. G. D'ORAZIO, *Soggetto privato e processo costituzionale italiano*, Torino, 1992.

⁹¹ Sulla base di un primo, risalente, orientamento non era dato rintracciare la figura del controinteressato nel processo costituzionale. La graniticità di questo orientamento viene scalfita per la prima volta nel 1982 quando la Corte, sulla base della 'peculiarità del caso', ammette la costituzione di soggetti diversi dalla parti originarie (Corte cost. n. 20/1982). Tale decisione inaugura quello che è stato definito "un disorientamento interpretativo"; aumentano le richieste di intervento, puntualmente rigettate: la Corte ribadisce l'inammissibilità del terzo nel processo sulla legge (neanche la natura esponenziale di un soggetto è motivo sufficiente per garantirne l'ingresso processuale).

relativa agli anni '90 del XX secolo, si è mostrata oscillante, ora ammettendo ora negando l'intervento di terzi⁹², anche le pronunce in materia di estensione del contraddittorio adottate con l'inaugurarsi del nuovo secolo sono state caratterizzate da una sorta di incertezza ondivaga. La Corte – di recente⁹³ – ha inteso ribadire il “costante” orientamento di chiusura all'ingresso di terzi (quello che pretende che solo i soggetti parte del giudizio *a quo* possano essere parti del giudizio di costituzionalità), omettendo, così, di ricordare le pronunce di segno contrario che, invece, avevano mostrato di apprezzare la rilevanza dell'interesse del soggetto terzo. Risulterà evidente che se si accoglie una visione di tipo oggettivistico della giustizia costituzionale (il processo costituzionale quale processo volto a garantire la costituzionalità delle leggi), ne consegue che il processo dovrebbe aprirsi non solo e non soltanto agli interessi coinvolti dalla vicenda sollevata nel giudizio *a quo*, ma, in modo più ampio, a molteplici punti di vista, sì da garantire un adeguato procedere argomentativo (e motivazionale) all'adozione della decisione. Se parte della dottrina ritiene necessario un intervento del legislatore (ordinario per taluni, costituzionale per altri) allo scopo di aprire il contraddittorio davanti alla Corte, altri ritiene che già *de iure condito* ciò sia possibile (deporrebbero in tal senso l'art. 24 Cost e l' art. 22

Bisognerà attendere il 1991 perché a quel primo episodio del 1982 se ne aggiunga un secondo (Corte cost. n. 429/1991.) – di nuovo, è 'la peculiarità del caso' a fondare l'eccezione – e poi un terzo nel 1992 (Corte cost. n. 314/1992).

A queste prime tre aperture (l'eccezione in tutti e tre i casi poggia sul riconoscimento del diritto di difesa ai titolari di posizioni giuridiche soggettive incise direttamente dal giudizio, quando non vi è possibilità di difendere tali situazioni costituendosi come parti del processo), seguirà una quarta nel 1993 (Corte cost. n. 456/1993) con cui la Corte, per la prima volta, ammette il terzo (nel caso la Federazione nazionale degli ordini dei medici chirurghi e degli odontoiatri) facendo leva sull'interesse sostanziale interessato dal processo, e non più sulla 'peculiarità del caso concreto'.

A un più che giustificato ottimismo sorto dopo questa ultima sentenza, che ben aveva fatto sperare nel senso di un'apertura in materia di ammissibilità quale terzi di enti esponenziali, portatori di interessi diffusi, farà seguito un orientamento di carattere opposto. Eppure, nel 1995 (sentenza n. 421/1995) la Corte, pur non ammettendo l'intervento dei richiedenti, argomenta tale rifiuto sulla base della mancata prova dell'interesse sostanziale ad intervenire, non risultando sufficiente la mera allegazione. Si legge nella sentenza: “Deve essere dimostrato un interesse diretto e individualizzato, riconoscibile, nel caso di soggetti non aventi titolo a intervenire nel giudizio *a quo*, quando l'esito del giudizio di costituzionalità sia destinato a incidere direttamente su una posizione giuridica specificamente propria dell'interveniente.”

Per approfondimenti sul tema, v. F. BENELLI, *Il contraddittorio nel processo sulla legge*, in E. BINDI, M. PERINI, A. PISANESCHI (a cura di), *I principi generali del processo comune ed i loro adattamenti alle esperienze della giustizia costituzionale*, cit., 125, da cui è tratta la giurisprudenza cui si è fatto riferimento (l'espressione virgolettata riportata nel primo capoverso di questa nota è a pag. 128).

⁹² Con la sentenza n.178/1996, ad esempio, viene ritenuto ammissibile l'intervento della Congregazione cristiana dei testimoni di Geova sulla base della considerazione che “essa è portatrice di un interesse specificamente proprio e qualificato per il fatto di essere destinataria dell'elargizione liberale della cui deducibilità si discute nel giudizio *a quo*.”

⁹³ Corte cost. 352/2006.

legge 87/1953⁹⁴), via, quest'ultima, ritenuta criticabile in quanto l'ampliamento del contraddittorio altererebbe il sistema incidentale di controllo della legge.⁹⁵ Non manca chi rileva che l'attuale limitazione del contraddittorio nei giudizi costituzionali e l'esclusione quindi di soggetti terzi dalla possibilità di contribuire discorsivamente all'adozione di decisioni destinate a incidere sulla loro situazione giuridica, pone indubbe questioni di rispetto di trattati internazionali, ed in particolare della CEDU (il rischio, quindi – si è detto – è che l'Italia venga condannata per violazione dei principi CEDU).⁹⁶

La figura cui qui si pensa e che realizzerebbe tale funzione collaborativa è quella dell'*amicus curiae*, istituto che, fin dalle sue origini⁹⁷, appare volto a consentire “la partecipazione al giudizio di soggetti che, pur non volendo far valere in esso situazioni di cui vantino la titolarità, pretendono che siano adeguatamente valutati interessi di rilievo generale.”⁹⁸ L'*amicus curiae* potrebbe garantire apporti informativi qualificati e in grado, altresì, di consentire alla dottrina (anche penalistica, si intende) di svolgere un ruolo più attivo nell'adozione di una decisione.⁹⁹ L'introduzione nel processo costituzionale di tale figura – che “si colloca come spartiacque tra parte e partecipazione” – potrebbe risolvere molti problemi di partecipazione dei soggetti interessati alla questione coinvolta nel

⁹⁴ L. 87/1953, art.22: “Nel procedimento davanti alla Corte costituzionale, salvo che per i giudizi sulle accuse di cui agli artt. 43 e seguenti (1), si osservano, in quanto applicabili, anche le norme del regolamento per la procedura innanzi al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (2). Norme integrative possono essere stabilite dalla Corte nel suo regolamento.”

⁹⁵ F. BENELLI, *Il contraddittorio nel processo sulla legge*, cit., 149-152. L'autore ritiene preferibile istituire delle audizioni in sede istruttoria.

⁹⁶ R. ROMBOLI, *Sintesi della II sessione del Convegno*, cit., 503.

⁹⁷ L'istituto nacque nell'Inghilterra medioevale dove andò affermandosi quale istituto dalla principale funzione collaborativa (è del 1468 l'affermazione del principio – Y.B., Edw. IV, 16 – per cui “any man can inform the court in the case so that the court will not render judgment on as insufficient record”). La figura dell'*amicus curiae* nasce per soddisfare esigenze specifiche dei processi celebrati per reati commessi contro la corona (in cui l'imputato non aveva il diritto di essere assistito); ogni informazione relativa ai fatti di causa (purchè favorevole all'imputato) veniva così accettata da chiunque decidesse di presentarla alla corte. Per tali cenni storici, v. G. CRISCUOLI, *Amicus curiae*, in *Enc.giur.*, II, Roma, 1988, 1-2. Sul tema si veda anche G. CRISCUOLI, *Amicus curiae*, in *Riv. trim. dir. pro. civ.*, 1973, 187.

⁹⁸ P. BIANCHI, *Un'amicizia interessata. L'amicus curiae davanti alla Corte Suprema degli Stati Uniti*, in *Giur.cost.*, 1995, 4755.

⁹⁹ La Corte, del resto, pur rispondendo negativamente ai soggetti che chiedono di intervenire, ne può comunque acquisire le memorie. E potrebbe acquisire memorie anche da parte di soggetti che non chiedono di intervenire: così P. BIANCHI, *Un'amicizia interessata. L'amicus curiae davanti alla Corte Suprema degli Stati Uniti*, cit., 4785-4786.

giudizio principale.¹⁰⁰ E consentirebbe di prendere in considerazione i diversi interessi coinvolti nella singola questione. Se è indubbio che tali interessi dovrebbero essere oggetto di valutazione durante il procedimento legislativo, non è, infatti, men vero che tale valutazione e considerazione possa essere condotta anche nel procedimento costituzionale.¹⁰¹ E consentirebbe di aprire il processo al contributo di soggetti dotati di conoscenze specialistiche che spontaneamente decidessero di parteciparvi (in tale spontaneità è da rintracciare la differenza con figure peritali). L'istituto – pare di poter dire – ben può essere ricondotto a quell'ordine di considerazioni che sono state qui in precedenza sviluppate quanto a democrazia e discorso, e quanto, altresì, all'idea del diritto inteso non già come fenomeno chiuso (e rinchiuso) nelle sue proprie norme – in preda ad una sorta di delirio autopoietico – ma aperto al discorso giuridico in senso ampio, ivi incluso quello condotto da una scienza giuridica *dialogante* con saperi altri.¹⁰²

Quanto all'esercizio di poteri istruttori,¹⁰³ è indubbiamente vero che, ad oggi, le acquisizioni conoscitive cui la Corte è pervenuta per il tramite del loro esercizio sono assai limitate¹⁰⁴; la stessa dottrina, del resto – tranne poche eccezioni – non ha manifestato particolare interesse per l'istituto, mostrando in tal modo di svalutare il momento processuale della giustizia costituzionale, momento, questo, che appare

¹⁰⁰ In questo senso R. ROMBOLI, *Ragionevolezza, motivazione delle decisioni ed ampliamento del contraddittorio nei giudizi costituzionali*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Milano, 1994, cit. (la frase virgolettata è di A. Cerri ed è riportata da Romboli a pag. 242).

¹⁰¹ In questo senso, tra gli altri, P.L. GETI, *Prospettive di estensione del contraddittorio nel conflitto Stato-Regione*, in E. BINDI, M. PERINI, A. PISANESCHI (a cura di), *I principi generali del processo comune ed i loro adattamenti alle esperienze della giustizia costituzionale*, cit., ove si legge che “la Corte dovrebbe estendere il contraddittorio ad altri soggetti che, legati alla questione oggetto del giudizio in via principale in quanto destinatari delle norme contestate, aiutano a meglio formare il convincimento della Consulta.”: *ibidem*, 356.

¹⁰² In alternativa, e per impedire una sorta di “sovrappollamento” (e quindi inefficiente appesantimento) del processo costituzionale, è stata avanzata la proposta di un’“apertura «informale» del contraddittorio”, mediante cui indire “udienze conoscitive a cui invitare le organizzazioni d’interessi coinvolte nella decisione”: R. BIN, *La Corte e la scienza*, cit., 7.

¹⁰³ È stato rilevato in dottrina che l’uso dell’espressione “attività istruttoria” non è appropriato in riferimento all’esercizio dei poteri istruttori da parte della Corte. Ostanto all’uso di tale formula tecnica una serie di ragioni individuate da autorevole dottrina tra cui si possono qui indicare: la controversa natura giurisdizionale della Corte; le incertezze circa lo stesso potere di accertamento dei fatti; la scarsità di indicazioni normative in materia; lo scarso ricorso ad istruttorie formali da parte della Corte costituzionale. Per tali considerazioni, v. A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., 60.

¹⁰⁴ Sulle ragioni del ricorso limitato ad istruttorie formali, v. T. GROPPI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Milano, 1997 (il tema è ampiamente trattato nel corso di tutto il lavoro ma si indicano, in particolare, per una sintesi, le pagine da 1 a 6. L’autrice correda la propria ricerca con l’elenco completo delle ordinanze istruttorie dal 1956-1996, 265-279).

quale il più idoneo non solo a garantire un contraddittorio effettivo tra le parti (oltre che una eventuale partecipazione di terzi) ma anche a fondare la legittimazione della Corte su un'apertura dialogica e trasparente della sua attività.¹⁰⁵

Per quanto, lo si è già detto, in teoria la Corte dovrebbe svolgere un controllo astratto su norme, in realtà la considerazione del fatto entra nei giudizi di costituzionalità, sotto molteplici versanti (basti pensare che la Corte conosce i fatti da cui è sorta la questione di legittimità costituzionale) e che la Corte possa svolgere attività di tal sorta deriva (la considerazione, per la verità, è fin troppo lapalissiana) dal fatto stesso che la Corte è titolare di poteri istruttori. La disciplina in materia – assai scarna, di cui agli artt. 13 l. 87/1953 e 12, 13 e 14 delle Norme integrative (adottate con delibera della Corte costituzionale del 7.10.2008)¹⁰⁶ – per la verità, lascia di fatto alla Corte una notevole “libertà di movimento”. Ciononostante, solo di rado la Corte ha fatto ricorso ad una istruttoria *formale*.¹⁰⁷ L'importanza delle norme di cui agli articoli poc'anzi richiamati, e dei poteri discrezionali (particolarmente ampi) riconosciuti alla Corte, risulta di palese evidenza proprio in relazione a quei casi in cui la valutazione dei presupposti empirici dipende da conoscenze non comuni, non

¹⁰⁵ L'importanza di tali poteri risulta ancor più evidente se si pon mente al fatto che le sentenze della Corte costituzionale non sono rivedibili per revocazione, neanche nel caso in cui siano fondate su errore di fatto. Il punto è evidenziato da T. GROPPi, *poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, cit., 26.

¹⁰⁶ Art. 13 L. 87/1953: “La Corte può disporre l'audizione di testimoni e, anche in deroga ai divieti stabiliti da altre leggi, il richiamo di atti o documenti”.

N.I. Art. 12. *Mezzi di prova*. - 1. La Corte dispone con ordinanza i mezzi di prova che ritenga opportuni e stabilisce i termini e i modi da osservarsi per la loro assunzione.

N.I. Art. 13. *Assunzione dei mezzi di prova*. - 1. L'assunzione dei mezzi di prova ha luogo a cura del giudice per l'istruzione con l'assistenza del cancelliere, che redige il verbale. 2. Le parti sono avvertite dal cancelliere dieci giorni prima di quello fissato per l'assunzione. 3. Le spese per l'assunzione sono a carico del bilancio della Corte.

N.I. Art. 14. *Chiusura dell'istruttoria e riconvocazione della Corte*. - 1. Espletate le prove, i relativi atti sono depositati nella cancelleria. 2. Il cancelliere, almeno trenta giorni prima della data fissata per la nuova udienza o riunione in camera di consiglio, dà comunicazione del deposito alle parti costituite. Si noti l'importanza dell'inciso di cui all'art 13 sopra richiamato (“anche in deroga ai divieti stabiliti da altre leggi”); grazie a tale norma, la Corte potrebbe disporre il richiamo di atti o documenti superando i segreti professionali (art. 200 c.p.p.), d'ufficio (art. 201 c.p.p.) e soprattutto di Stato (artt. 202 e 204 c.p.p.). Il punto è rilevato da molti, v., tra gli altri, A. CERRI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nei giudizi sulle leggi e sui conflitti*, in *Giur. cost.*, 1978, 1336; A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., 61.

¹⁰⁷ Il dato è rilevato da più parti e ormai da tempo; già nel 1973 lo registrava un futuro Presidente della Corte, A. BALDASSARRE, *I poteri conoscitivi della Corte costituzionale e il sindacato di legittimità astratto*, cit., 1497.

È comunque importante segnalare una recente tendenza che a far data dal 2005 vede i Presidenti della Corte dedicare uno specifico paragrafo delle loro Relazioni annuali alle decisioni interlocutorie, tra cui vengono ricomprese le ordinanze istruttorie. Tale tendenza è registrata da A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., 60.

diffuse ma possedute da una cerchia ristretta di soggetti cui la Corte non può non far ricorso. È stato precisato che sarebbe assai ingenuo pensare che, vista l'assenza di istruttorie formali, la Corte non faccia ricorso a fonti di conoscenza esterne sì da poter acquisire i dati necessari per poter valutare al meglio la questione sottoposta al suo vaglio. Queste istruttorie sono sì condotte ma solo in via *informale* e di cui perciò non si ha notizia ufficiale. In questo senso rilevano due acuti osservatori:

“L’incidenza dell’attività istruttoria non è stata, finora, così trascurabile come pure sembra, perché – accanto alle poche istruttorie “formali” – sono state possibili appunto molte istruttorie “informali”, attraverso, per esempio: i rapporti (e le informazioni scambiate) fra Presidente della Corte e altri organi costituzionali; il silenzioso lavoro degli assistenti dei giudici; l’incidenza, sui singoli componenti della Corte, di “conoscenze specialistiche” personali e amicali, “fatti notori” e “massime d’esperienze”.¹⁰⁸

Questa informalità non solo non è conforme alle esigenze di un sistema democratico che voglia rintracciare nella trasparenza delle decisioni e nella correlata partecipazione al (che è anche controllo del) procedimento di adozione delle stesse, ma ben presto si rivelerà inadatta ad affrontare quel nuovo corso della giurisprudenza costituzionale che già è ben visibile all’orizzonte soprattutto in relazione a settori dall’alta pregnanza scientifica (si pensi, ad esempio, al settore del c.d. biodiritto o al diritto in materia di biotecnologie). Non si vuole proporre un modello di Corte che si appiattisca sulla statistica e su dati “esterni” in genere (già di per se stessi assai spesso comunque problematici e *diversamente interpretabili*)¹⁰⁹; si pensa, piuttosto, ad un Giudice delle leggi che dialoghi, argomentando, con quei dati.¹¹⁰

¹⁰⁸ A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, 62.

¹⁰⁹ Ammonisce a non inneggiare ad una giustizia basata sulla statistica A. BALDASSARRE, *I poteri conoscitivi della Corte costituzionale e il sindacato di legittimità astratto*, cit., 1501.

¹¹⁰ Scrivono Ruggeri e Spadaro: “Plausibilmente, il peso dell’attività istruttoria della Corte è destinato a crescere in modo progressivo negli anni a venire. Infatti, emerge sempre più la necessità di tutelare a livello costituzionale interessi la cui qualificazione presuppone conoscenze “scientifiche” avanzate [...], cui la Corte avrà giocoforza accedere utilizzando al massimo i suoi poteri istruttori. Ciò significa che essa sarà costretta sempre più ad affidarsi a scienziati e tecnici per la determinazione stessa dell’esistenza, o meno, di valori (le c.d. *micro verità scientifiche*) meritevoli di protezione giuridico-costituzionale, con intuibili, straordinari riverberi sulla comprensione – ma dovrebbe ormai dirsi, *melius*: sulla “costruzione” pressoché automatica – dello stesso *parametro* costituzionale, capace di limitare la volontà politica popolare. In tali casi, si verifica: un’esigua minoranza di uomini (gli scienziati del singolo ramo) fornirà ad un’esigua minoranza di altri uomini (15 giudici) le “conoscenze” per “decidere”; si badi: quelle *al momento* conseguite dalla scienza”: A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., 63-64.

4. *La sussidiarietà quale criterio di controllo della ragionevolezza strumentale della legge penale.*

“[L]a funzione [della Corte costituzionale] consiste [...] nell’adempimento della promessa, dalla quale dipende la giuridicità della legge. Né conosco promessa più solenne di quella fatta dallo Stato ai cittadini con la Costituzione; qui non sarebbe enfatico ripetere una frase felice, con la quale s’è definita la legge come la parola d’onore dello Stato; soprattutto per quanto riguarda i cosiddetti diritti di libertà, la promessa che non potranno essere lesi neppure dal legislatore non sarebbe seria se non fosse offerto ai cittadini il diritto di provocare il divieto di applicazione delle leggi, nelle quali per avventura si concreta quella lesione. Ora è propriamente compito del giudice l’adempimento della promessa del legislatore.”
 Francesco Carnelutti¹¹¹

“Le strutture sociologiche del reale e il contesto di implementazione pongono [...] alla libertà della scelta politica un limite invalicabile ignorando il quale la disciplina risulta non solo arbitraria, ma anche inadeguata sul piano tecnico.”
 Gino Scaccia¹¹²

Il tema del rapporto tra la discrezionalità del legislatore nelle scelte di criminalizzazione e i poteri della Corte nel valutare il rispetto della Costituzione rappresenta una sorta di costante nella giurisprudenza costituzionale in materia penale che fa ricorso al criterio della ragionevolezza.¹¹³ Se pure il Giudice delle leggi

¹¹¹ F. CARNELUTTI, *Aspetti problematici del processo al legislatore*, in F. CARNELUTTI, *Discorsi intorno al diritto*, III, Padova, 1961, 301.

¹¹² G. SCACCIA, *Gli “strumenti” della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, cit., 244.

¹¹³ Sul tema della ragionevolezza in ambito penale v., tra gli altri, G. FIANDACA, *La nuova legge anti-droga tra sospetti di incostituzionalità e discrezionalità legislativa*, in *Foro it.*, 1991, I, 2630; G. FORNASARI, *Ragionevolezza, dissociazione e sequestro di persona a scopo di estorsione*, in *Foro it.*, 1984, I, 2082; G. INSOLERA, *Democrazia, ragione e prevaricazione*, cit.; F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in G. GIOSTRA, G. INSOLERA, *Costituzione, diritto e processo penale*, Milano, 1998; S. RIONDATO, *Un diritto penale detto “ragionevole”*, cit.; M. ROMANO, *Norme incriminatrici arbitrariamente discriminatorie «in se stesse ragionevoli» e costituzionalmente legittime?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, 1319. Per un dettagliato resoconto della giurisprudenza costituzionale relativamente al vaglio della discrezionalità legislativa penale, v. S. MAGNANENSI, E. RISPOLI, *La sanzione penale*, in <http://www.cortecostituzionale.it/studiRicerche.do>

Un interessante analisi del rapporto tra discrezionalità legislativa e Corte costituzionale in ambito processualpenalistico è condotta da G. M. FLICK, *Costituzione e processo penale tra il principio di ragionevolezza ed uno sguardo verso l’Europa* (2009), in http://www.astrid-online.it/rassegna/26-01-2010/Flick_Processo-penale_17_11_09.pdf. Il documento è privo della numerazione delle pagine; pertanto le citazioni tratte dal testo dell’articolo non potranno che fare un generico rinvio all’indirizzo web appena riportato. L’autore individua quattro fasi nella giurisprudenza della Corte: la prima, caratterizzata dalla cautela con cui la Corte svolge la propria funzione di indirizzo nei confronti del legislatore, è la fase in cui la Corte, caratterizzata essenzialmente quale “Corte dei principi”, svolge un’opera di “conformazione dell’ordinamento non in atto ma *pro futuro*”. La seconda fase, quella degli anni Ottanta del secolo scorso (gli anni del terrorismo e dell’impennata della criminalità organizzata, perciò definiti “anni dell’emergenza”) vede la Corte trasformarsi da “giudice dei principi e dei valori” a “giudice dell’equilibrio dei principi e dei valori” (e viene perciò definita “Corte di mediazione”). Il giudice delle leggi, in tale fase, va sempre più assumendo connotazioni giurisdizionali e vede ampliare il proprio ambito di intervento (tale fase coincide con il periodo in cui si ebbero le prime sentenze additive). La terza fase, quella dell’entrata in vigore del nuovo codice di

non ha mancato di precisare che il legislatore non è arbitro delle sue scelte criminalizzatrici – dovendo subordinarle ai “criteri informativi di politica criminale” (tra cui rientra a pieno diritto quello della sussidiarietà) – allo stesso tempo, ha dichiarato di poter censurare il mancato rispetto solo nel caso di violazione del criterio di ragionevolezza e nel caso di indebita compressione del diritto fondamentale di libertà costituzionalmente riconosciuto (così nella sentenza 409/1989). Tale rimando al rispetto della ragionevolezza appare ampio; in realtà, la Corte ha fatto ricorso a tale tipo di sindacato con estrema cautela; ha infatti fatto uso di un rigoroso *self-restraint* sì da garantire un equilibrato rapporto con il potere legislativo, declinando tale possibile violazione nei termini di una “manifesta irragionevolezza”.

Nella gestione di tale delicato equilibrio la Corte non ha mancato di effettuare delle vere e proprie incursioni nel fatto, ambito questo – se ne è già fatto cenno – dove il limite tra merito e legittimità sembra farsi labile. Tanto è dato riscontrare, come già si è detto, nella giurisprudenza relativa a norme penali censurate per anacronismo legislativo.¹¹⁴ Nella sentenza 519/1995 in materia di mendicizia non invasiva (art. 670, I c.p.), ad esempio, si legge:

“Gli squilibri e le forti tensioni che caratterizzano le società più avanzate producono condizioni di estrema emarginazione, sì che - senza indulgere in atteggiamenti di severo moralismo - non si può non cogliere con preoccupata inquietudine l'affiorare di tendenze, o anche soltanto tentazioni, volte a "nascondere" la miseria e a considerare le persone in condizioni di povertà come pericolose e colpevoli. [...]

Ma la coscienza sociale ha compiuto un ripensamento a fronte di comportamenti un tempo ritenuti pericolo incombente per una ordinata convivenza, e la società civile - consapevole dell'insufficienza dell'azione dello Stato - ha attivato autonome risposte, come testimoniano le organizzazioni di volontariato che hanno tratto la loro ragion d'essere, e la loro regola, dal valore costituzionale della solidarietà. [...]

procedura penale, la Corte “[allarga] impropriamente gli stessi confini della giurisdizione costituzionale a scapito di quella ordinaria. La Corte si sostituisce infatti alla Corte di cassazione nell'interpretazione delle norme; di fatto opera, in via esegetica, vere e proprie scelte di sistema.” Pertanto, questa viene denominata la fase della “Corte di giurisdizione”. In tale stessa fase la Corte perde la sua tradizionale cautela nei rapporti con la discrezionalità del legislatore, intervenendo con molte pronunce di accoglimento, manipolative e sostitutive. Diviene pertanto, anche, “Corte di normazione”, che opera sempre più quale giudice del caso singolo. L'ultima fase, la quarta, vede ritornare la Corte al tradizionale *self-restraint*.

¹¹⁴ Per ampi riferimenti giurisprudenziali v. G. INSOLERA, *Democrazia, ragione e prevaricazione*, cit., 35 e ss. V. anche F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, cit.

In questo quadro, la figura criminosa della mendicizia non invasiva appare costituzionalmente illegittima alla luce del canone della ragionevolezza, non potendosi ritenere in alcun modo necessitato il ricorso alla regola penale.”

E così pure, nella sentenza 370/1996 in tema di possesso ingiustificato di valori (art. 708 c.p.), il riferimento alla categoria dei soggetti pregiudicati per reati contro il patrimonio, nel giudizio della Corte:

“È oggi visibile nella società un nuovo dato, ch'era in passato più difficile da cogliere: l'esistenza di preoccupanti fenomeni di arricchimento personale ottenuto mediante vie illecite e occulte. Di fronte a queste tendenze degenerative della vita economica e civile, la previsione incriminatrice contenuta nell'art. 708 del codice penale è una ipotesi assolutamente marginale e ormai irragionevole nella sua esclusiva riferibilità a coloro che sono pregiudicati "per delitti determinati da motivi di lucro e per contravvenzioni concernenti la prevenzione di delitti contro il patrimonio". La crescita della ricchezza mobiliare, la sua circolazione in ambito internazionale e l'uso dello schermo societario per il suo controllo rendono infatti questo strumento ottocentesco di difesa sociale del tutto inadeguato a contrastare le nuove dimensioni della criminalità, non più rapportabile, necessariamente, a uno "stato" o a una "condizione personale".

Decisioni di tal sorta rendono manifesto che la Corte – di nuovo: nonostante le contrarie dichiarazioni di principio – formula delle vere e proprie valutazioni di tipo empirico-criminologico.¹¹⁵ La Corte, in altri termini, non si limita a svolgere un giudizio su una norma ma entra in quello che qui si è già definito “regno del fatto”. Altrettanto può dirsi in relazione ad altre tipologie di sentenze quali quelle, ad esempio, relative al principio di determinatezza della fattispecie incriminatrice; così, nella celebre sentenza sul plagio (Corte cost. 96/1981) la Corte stabilisce che nelle norme penali deve farsi riferimento a fenomeni la cui possibilità di realizzarsi sia stata accertata in base a criteri che allo stato delle attuali conoscenze appaiono verificabili. Il legislatore, in altri termini – dice la Corte – ha l'onere di formulare ipotesi che esprimano fattispecie corrispondenti alla realtà. Ora, che il fatto qui rilevi nei termini di una verificabilità epistemologica o, piuttosto, ontologica è tema che non è dato qui trattare.¹¹⁶ Qui interessa registrare che, anche in questo caso, il giudizio di ragionevolezza non si configura nei termini di un mero “giudizio

¹¹⁵ Il punto è rilevato, tra gli altri, da S. RIONDATO, *Un diritto penale detto “ragionevole”*, cit., 131.

¹¹⁶ Sul punto v. D. PULITANÒ, *Giudizi di fatto nel controllo di costituzionalità di norme penali*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2008, 1007. Dello stesso autore v. anche *Il diritto penale fra vincoli di realtà e sapere scientifico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 795 (l'autore si sofferma a pag. 799 sul “vincolo minimale di realtà” richiesto dalla Corte costituzionale nella sentenza sul plagio).

astratto”, e altrettanto può dirsi di altra giurisprudenza costituzionale in materia penale ove l’indagine si sofferma sui presupposti empirici della fattispecie incriminatrice (quali quella relativa agli artt. 94 e 95 c.p. o quella avente ad oggetto di sindacato reati di pericolo astratto e le presunzioni di pericolosità), ipotesi queste in cui il rapporto tra scienza e diritto penale mostra, con sempre più frequenza, una sorta di tensione drammatica.¹¹⁷

Il passo ulteriore che qui si intende proporre è quello di configurare un controllo della decisione legislativa in materia penale, di configurare, cioè, *un controllo sulla valutazione della necessità* del ricorso allo strumento penale.

Tale possibile sindacato, se ne è consapevoli, che fino ad oggi è stato escluso dalla Corte costituzionale, è ritenuto difficilmente praticabile anche da parte di quella stessa dottrina che, più di recente, si è specificamente occupata del tema. Così si esprime Pulitanò:

“Intriso di questioni empiriche è anche il problema della necessità [...] dell’intervento penale. Sul piano del controllo di costituzionalità, questo criterio (l’idea della sussidiarietà o *extrema ratio* dell’intervento penale) non funziona. La giurisprudenza costituzionale italiana lo ha riconosciuto con franchezza [...]. Le valutazioni su bisogni, necessità, modalità dell’eventuale intervento penale, hanno a che fare con aspetti che possono esser anche molto complessi, con questioni (e incertezza) relative all’efficacia preventiva della norma penale (di precetti e sanzioni specifiche) e alla possibile efficacia di soluzioni diverse, con significati del diritto che non si esauriscono nella (eventuale) efficacia dissuasiva del penale. Insomma: l’idea della stretta necessità, fondamentale idea regolativa del pensiero penale liberale, ha a che fare con troppe variabili per poter funzionare come principio giuridico giustiziabile.”¹¹⁸

Fiandaca, già 20 anni orsono, si chiedeva se un eventuale controllo della Corte costituzionale, esteso alla fondatezza degli apprezzamenti empirico-prognostici sottesi a determinate scelte di penalizzazione non potesse, in qualche modo, risolversi in una illegittima invasione della discrezionalità legislativa. Né l’autore ometteva di rilevare che tale tipo di sindacato si presentava, *comunque, arduo da praticare* sia per l’indisponibilità della Corte di strumenti conoscitivi necessari per

¹¹⁷ Per un’analisi di tale giurisprudenza si rinvia a D. PULITANÒ, *Giudizi di fatto nel controllo di costituzionalità di norme penali*, cit., 1008-1019, dove l’autore si sofferma sul rapporto fra fatto scientifico e diritto penale.

Sui rapporti tra il diritto penale e la scienza pressoché obbligato risulta il rimando a F. STELLA, *Giustizia e modernità*, Milano, 2003, 431-480.

¹¹⁸ D. PULITANÒ, *Giudizi di fatto nel controllo di costituzionalità di norme penali*, cit., 1033.

procedere a tal tipo di valutazione, sia perché le scelte di criminalizzazione del legislatore italiano sono non di rado “«a digiuno» di conoscenze empiriche.”¹¹⁹ Più di recente, tornando sul tema, lo stesso Fiandaca così si esprime:

“Esulano invece tendenzialmente, dalla competenze della Corte quei controlli di tipo strettamente empirico in termini di efficacia ed effettività delle norme penali, che possono invece potenzialmente rientrare oggi [...] nell’ambito di una scienza penale c.d. allargata.”¹²⁰

Diversamente da queste pur assai autorevoli voci, chi scrive, da un lato, non ritiene che il controllo dei fatti consisterebbe in un’ingerenza della Corte nel potere legislativo, per le ragioni che sono state esplicitate nel corso di questo capitolo; dall’altro, ritiene che, alla luce anche dei più recenti interventi regolativi del procedimento di formazione della legge (v. Parte II, Cap. I) la *praticabilità* di tale giudizio oggi possa risultare più agevole rispetto anche ad un recente passato e potrebbe essere efficacemente garantita dall’introduzione dell’obbligo di motivazione della legge penale.

Si condividono (ancora una volta) le riflessioni di Donini:

“Qualcuno potrà continuare a voler limitare l’ingresso di tali saperi per preservare la libertà della politica dai controlli di legittimità e, con ciò, la natura giurisdizionale della Corte quale giudice delle leggi e dei valori. A me, francamente, pare che mai come in questi tempi sia apparsa evidente la grande debolezza del Tribunale costituzionale, e l’estrema facilità del potere politico nell’aggrappare tutte le garanzie che si ritenevano incrollabili e impermeabili.”¹²¹

In altri termini, non si tratta di trasformare la Corte in un legislatore:

“Non parliamo di una politicizzazione della Corte, ma al contrario di un *accresciuto sviluppo di criteri tecnici* che consentono però di *allargare* il suo campo di intervento a settori apparsi fino a oggi segnati dal limite della *political question*. Compreso, in prospettiva, il potere di disporre *perizie tecniche* su questioni di fatto o sui presupposti epistemologici di una disposizione di legge.”¹²²

Nel controllo di ragionevolezza-sussidiarietà, dunque, la Corte, una volta valutata la razionalità della norma in relazione ai fini della legge e ai fini del settore legislativo

¹¹⁹ G. FIANDACA, *La nuova legge anti-droga tra sospetti di incostituzionalità e discrezionalità legislativa*, cit., 2632.

¹²⁰ G. FIANDACA, *Controllo di razionalità e legislazione penale*, in G. FIANDACA, *Il diritto penale tra legge e giudice*, Padova, 2002, 82.

¹²¹ M. DONINI, *Democrazia e scienza penale nell’Italia di oggi: un rapporto possibile?*, cit., 1087.

¹²² M. DONINI, *op.ult.cit.*, 1088.

disciplinato dalla legge stessa; valutata altresì la compatibilità della legge rispetto ai valori costituzionali (espliciti ed impliciti); dovrà procedere ad un bilanciamento tra fini-valori protetti dai principi costituzionali da condursi anche alla luce di criteri desunti dalla razionalità empirica (e non solo normativa), dal senso comune, dall'esperienza, dalle conoscenze scientifiche, dalla coscienza sociale.¹²³

Il controllo di sussidiarietà così inteso è analogo a quel tipo di controllo della Corte costituzionale tedesca noto come “controllo di necessità” o “regola del mezzo più mite” volto a valutare “l’indispensabilità e l’infungibilità del mezzo” (si tratta del c.d. *mildestes Mittel*).¹²⁴ Come questo, il controllo di sussidiarietà parte dal presupposto che più misure siano parimenti efficaci ed idonee a perseguire lo scopo posto dal legislatore; indaga intorno al rapporto tra certe politiche criminali e gli strumenti normativi adottati; richiede che si adotti lo strumento meno pregiudizievole per la libertà; conduce a valutazioni dal carattere fattuale, che si basano su conoscenze statistiche, su dati di esperienza, su conoscenze scientifiche in genere e che, (anche) alla luce di queste, conduce a un controllo di razionalità-ragionevolezza della norma.

Alla possibile critica fondata sulla fallacia naturalistica (per cui da dati reali non possono dedursi effetti normativi) che a questo punto si potrebbe sollevare si ritiene qui di poter rispondere con le parole di Bin

“L’argomento convince poco: non si tratta infatti di derivare prescrizioni da fatti ma di verificare i presupposti fattuali delle norme; [...] anche nell’ambito dell’analisi del linguaggio, ove la «legge di Hume» ha avuto le applicazioni più rigorose, è ormai comunemente accettato che sia soggetta a verifica quella parte della prescrizione che presuppone una asserzione sullo stato delle cose (il «frastico»).”¹²⁵

Occorre ora dedicarsi ad un’ultima, cruciale, questione: il grado di scrutinio che la Corte deve adottare nel valutare la ragionevolezza di una legge penale.

¹²³ Si segue qui l’*iter* del sindacato sulla ragionevolezza elaborato da A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., 121.

Non va sottovalutato anche un altro aspetto. Nonostante le indubbe difficoltà di controllare la razionalità delle prognosi legislative, non si può omettere infatti di considerare quella che è stata definita “coazione alla razionalità” del legislatore, indotto, proprio in virtù dell’eventualità di quel controllo, a procedere controllando da se stesso lo sviluppo del proprio decidere. In tal senso, G. SCACCIA, *Gli “strumenti” della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, cit., 235.

¹²⁴ Per un’analisi dei modi argomentativi della ragionevolezza nella Corte costituzionale tedesca, v. G. SCACCIA, *Gli “strumenti” della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, cit., 263-291.

¹²⁵ R. BIN, *Atti normativi e norme programmatiche*, cit., 333.

Sul punto è da registrare un importante (che forse, a buon diritto, si potrebbe, addirittura, definire “storico”) mutamento nella giurisprudenza costituzionale. Se fino a pochi anni fa, lo scrutinio, in tale tipo di sindacato, era di tipo *negativo* (“la non manifesta irragionevolezza”), di recente la Corte ha deciso di adottare uno scrutinio *positivo* di ragionevolezza; in tal senso si segnalano le sentenze 393 del 2006, la 72 del 2008¹²⁶ e, più di recente, la 249 del 2010 che ha dichiarato l’incostituzionalità dell’art. 61, comma 11-bis.

Il sindacato di ragionevolezza, ora, richiede che si superi un vaglio positivo: nella più recente delle sentenze poc’anzi citate, la 249 del 2010, il Giudice delle leggi dichiara, senza possibilità alcuna di fraintendimento:

“La necessità di individuare il rango costituzionale dell’interesse in comparazione, e di constatare altresì l’ineluttabilità della limitazione di un diritto fondamentale, porta alla conseguenza che *la norma limitativa deve superare un vaglio positivo di ragionevolezza, non essendo sufficiente*, ai fini del controllo sul rispetto dell’art. 3 Cost., *l’accertamento della sua non manifesta irragionevolezza* (sentenza n. 393 del 2006).

Con riferimento al caso specifico, si deve ricordare che le «condizioni personali e sociali» fanno parte dei sette parametri esplicitamente menzionati dal primo comma dell’art. 3 Cost., quali divieti direttamente espressi dalla Carta costituzionale, che rendono *indispensabile uno scrutinio stretto* delle fattispecie sospettate di violare o derogare all’assoluta irrilevanza delle “qualità” elencate dalla norma costituzionale ai fini della diversificazione delle discipline.”¹²⁷

Da questa giurisprudenza può dunque desumersi che il tipo di scrutinio con cui condurre il sindacato di ragionevolezza va modulato in relazione al diritto coinvolto. Lo scrutinio stretto, in materia penale, evidentemente, ora – alla luce di tali sentenze – ribalta la presunzione a favore del legislatore e pone invece la presunzione della libertà a guida della scelta del tipo di scrutinio (sulla presunzione della libertà ci si è soffermati nella prima parte di questo lavoro cui si rinvia, v. Parte I, Cap. I, §2).

¹²⁶ In *Giur.cost.*, 2008, 928. La sentenza è corredata dal commento di D. PULITANÒ, *Retroattività favorevole e scrutinio di ragionevolezza*, *ibidem*, 946, ove l’autore si sofferma con particolare attenzione all’aspetto dello scrutinio positivo di ragionevolezza. Il tema era stato anticipato dallo stesso Pulitanò a conclusione dell’articolo *Giudizi di fatto nel controllo di costituzionalità di norme penali*, cit. L’autore non manca peraltro di far riferimento anche alla sentenza Corte cost. 393/2006.

¹²⁷ Corsivi aggiunti.

In tale orientamento, pare potersi rintracciare un'influenza dei tre gradi di scrutinio elaborati dalla Corte Suprema degli Stati Uniti¹²⁸ e, altresì, un parallelo con talune riflessioni della più recente dottrina statunitense.

La Corte Suprema ricorre allo *strict scrutiny* per valutare discriminazioni ritenute arbitrarie *ma non viene adottato per sindacare la razionalità della scelta legislativa in sé*.

¹²⁸ Sul tema, cui si dedicheranno in questa nota pochi cenni, si rinvia a E. CHEMERINSKY., *Constitutional Law: principles and policies*, New York, 2002; J. M. SHAMAN, *Constitutional interpretation*, Westport and London, 2001, 71-120; H. L. TRIBE, *American Constitutional Law*, New York; S. E. GOTTLIEB, *Introduction: Overriding Public Values*, in S. E. GOTTLIEB (A CURA DI), *Public Values in Constitutional Law*, Ann Arbor, 1993.

Per un'analisi dei rapporti tra Corte Suprema (e la sua "natura politica") e tutela dei diritti nella letteratura statunitense più recente v. R. E. BARNETT, *Restoring the Lost Constitution. The Presumption of Liberty*, Princeton and Oxford, 2004; J. DILLON DAVEY, *The Bill of Rights Today. Constitutional Limits on the Powers of Government*, Lanham, 2008; R. DWORKIN, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, 1996; S. HOLMES, *Judicial Independence as Ambiguous Reality and Insidious Illusion*, in R. DWORKIN (a cura di), *From Liberal Values to Democratic Transition*, Budapest and New York, 2004; T. J. PERETTI, *In Defense of a Political Court*, Princeton, 1999; M. TUSHNET, *The Constitution of the United States of America. A Contextual Analysis*, Oxford and Portland, 2009.

La giurisprudenza costituzionale degli anni Trenta del secolo scorso – gli anni del *New Deal* di Roosevelt – grazie soprattutto ai giudici Cardozo e Stone, elaborò tra diversi tipi di scrutinio (la Corte Warren negli anni '50 e '60 avrebbe utilizzato proprio la dottrina delle *preferred positions*, su cui *infra*, per i casi di discriminazione). I tre diversi tipi di controllo del *judicial review* sono: il *minimal scrutiny* (detto anche *rationality review* o *rationality test*), l'*intermediate scrutiny* e lo *strict scrutiny*. Per leggi che non pongono le c.d. *suspect classifications* (differenziazioni fondate su base razziale, religiosa, sessuale) o non incidono su diritti fondamentali opera il *rational test* che richiede, per la legittimità costituzionale della norma, che essa sia fornita di un mero fondamento razionale (Si vedano *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144, 152n (1938); *Schneider v. New Jersey*, 308 U.S. 147, 161 (1939); *Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S. 535, 541 (1942); *Sweezy v. New Hampshire*, 354 U.S. 234, 265 (1957); *N.A.A.C.P. v. Alabama*, 357 U.S. 449, 463 (1958); *Shelton v. Tucker*, 364 U.S. 479, 488 (1960); *Shebert v. Verner*, 374 U.S. 398, 406 (1963); *Shapiro v. Thompson*, 394 U.S. 618 (1969). Queste decisioni sono riportate in S. E. GOTTLIEB, *Introduction: Overriding Public Values* in S. E. GOTTLIEB (A CURA DI), *Public Values in Constitutional Law*, Ann Arbor, 1993, 20).

Per le leggi che invece hanno un "contenuto sospetto" la Corte ricorre ad uno *strict scrutiny-compelling State interest test*, il che comporta un ribaltamento dell'onere della prova in capo al potere legislativo. Sussiste, cioè, un sospetto di incostituzionalità che deve essere fugato dalla argomentazioni fornite in giudizio dallo Stato.

La formula utilizzata per riferirsi allo *strict scrutiny*, adoperata dalla maggior parte dei Giudici della Corte Suprema, viene però da questi diversamente interpretata e valutata. Se alcuni giudici, come il Justice O'Connor, considerano il concetto strumento cruciale per la protezione della libertà garantita a livello costituzionale (in *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*, 110 S. Ct. 1595, 1608-11, 1990), altri giudici, quali Rehnquist e Scalia, al contrario, lo reputano non solo non fondato costituzionalmente ma altresì foriero di ambiguità. Scrive il Justice Rehnquist 'How is this Court to determine whether or not a state interest is "legitimate"? And how is the Court to know when it is dealing with a "fundamental person right"? [...] Nowhere in the text of the Constitution, or in its plain implications, is there any guide for determining what is a "legitimate" state interest, or what is a "fundamental person right" (*Weber v. Aetna Casualty and Surety Co.*, 406 U.S. 164, 181 (1972)). Il Justice Scalia, da parte sua, scrive "I think we should avoid wherever possible [...] a method of analysis that requires judicial assessment of the "importance" of government interests – and especially of government interests in various aspects of morality." (*Barnes v. Glen Theatre Inc.*, 111 S.Ct 2456, 2467, 1991).

Parte della dottrina statunitense non manca di criticare la deferenza pressoché assoluta che la Corte Suprema mostra nei confronti del potere legislativo in materia criminale. I giudici (e non solo quelli federali) ricorrono al *rational test* (il meno incisivo), mantenendo pertanto salda la presunzione di costituzionalità anche a favore delle norme penali. Eppure non è mancato chi ha proposto (ma ad oggi è rimasto inascoltato) di valutare la costituzionalità di una legge penale utilizzando lo *strict scrutiny test*.¹²⁹

Scrive Colb:

“Though our courts provide procedural protections to ensure that the facts of every case are fairly adjudicated, they do not substantively scrutinize the necessity and value of a particular criminal law even though a person’s liberty from incarceration hangs in balance. [...] [W]e do not sufficiently scrutinize the penalty of incarceration as a deprivation of the fundamental right to be free from physical confinement. [...]

Because the legislative process is no more rigorous, the process of judicial review should be. The right to be free from physical confinement is, and ought to enjoy the status of, a fundamental right. Procedural due process cannot be a surrogate for substance, and imprisonment therefore must be justified not only by a valid conviction, but by a valid law. Such a law must only deprive people of their fundamental right to liberty from confinement when confinement is necessary to serve a compelling governmental interest. Only when courts apply such scrutiny to the criminal law will it be possible to say that prison is an acceptable place to put criminals because they deserve no better.”¹³⁰

In conclusione, pare potersi dire che sussistono oggi una serie di condizioni tali da consentire il superamento della tradizionale difficoltà ad accettare controlli più stringenti sulle leggi, difficoltà, questa, che può ricondursi a quella tradizione di pensiero che distinguendo i giudizi di fatto dai giudizi di valore considera solo i primi quali proposizioni verificabili (quindi controllabili), mentre i secondi, scaturendo da un giudizio di volontà, non sarebbero suscettibili di un controllo da un punto di vista conoscitivo¹³¹; in questa impostazione ‘culturale’, parimenti, “la funzione giurisdizionale [viene considerata] logicamente controllabile, e [la] funzione legislativa, frutto di giudizi di valore, insuscettibili di controllo logico e di

¹²⁹ S. F. COLB, *Freedom from Incarceration: Why is This Right Different from All Other Rights?*, in 69 *New York University Law Review*, 781, 1994.

¹³⁰ S. F. COLB, *op. ult. cit.*, 783 e 849.

¹³¹ Per quest’ordine di considerazioni v. A. CERRI, *Ragionevolezza delle leggi*, cit., 1.

riscontro fattuale.”¹³² Parimenti, si ritiene di poter superare il timore, spesso manifestato, che possa essere violato il principio di separazione dei poteri e che la Corte si trasformi in una “Corte politica”.

Quanto al principio di separazione dei poteri, occorrerebbe innanzitutto ricordare che è tutt’altro che pacifico l’accoglimento del principio nell’ordinamento giuridico italiano (che il punto sia tutt’altro che scontato lo dimostra il vivace dibattito in seno alla dottrina costituzionalistica¹³³). Autorevoli voci ritengono, infatti, che non solo il principio non sia *espressamente* previsto ma che il sistema italiano, quel principio, non lo preveda neanche *implicitamente*¹³⁴; si preferisce, pertanto, parlare non già di separazione di poteri ma di distinzioni di funzioni, quella di indirizzo politico da un lato e quella di garanzia costituzionale, dall’altro¹³⁵. Diversa la posizione di chi ritiene che il principio di separazione dei poteri sia stato invece accolto nel sistema costituzionale italiano, seppur assumendo caratteristiche proprie rispetto ai tratti tradizionali.¹³⁶ Non è dato qui approfondire adeguatamente una questione di tale portata. Quello che però non si può non sottolineare è che il principio di separazione dei poteri non può essere osservato in modo isolato dall’attuale forma di governo dello Stato italiano, dal modo cioè con cui “il potere statale è distribuito e organizzato fra i diversi organi costituzionali.”¹³⁷ In particolare, è necessario

¹³² A. CERRI, *op. ult. cit.*, 2.

¹³³ Per un interessante studio sul tema si rinvia a M. PERINI, *Poteri dello stato: garanzie costituzionali alla luce della giurisprudenza della Corte costituzionale: 1999-2000*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 2001, 361.

Si veda anche M. FIORILLO, *Corte costituzionale e separazione dei poteri*, in A. RUGGERI (a cura di), *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 311.

¹³⁴ In questo senso F. MODUGNO, *Poteri (divisione dei)*, in *Noviss. Dig. It.*, XIII, Torino, 1966, ove si legge: “La nostra Costituzione non sembra contenere, se non per qualche reminiscenza sporadica e soprattutto avulsa dal contesto e dalle implicazioni della teoria tradizionale, il principio organizzativo della divisione dei poteri. Essa mostra viceversa la tendenza spiccata alla molteplicità e alla moltiplicazione degli organi costituzionali oltre che degli enti territoriali a rilevanza costituzionale.”: *ibidem*, 489.

Aderisce alla tesi di Modugno A. CERRI, *Poteri (divisione dei)*, in *Enc. giur.*, XXIII, Roma, 1990.

¹³⁵ Per questo ordine di rilievi, v. M. PERINI, *Poteri dello stato: garanzie costituzionali alla luce della giurisprudenza della Corte costituzionale: 1999-2000*, cit., 362. L’autore, partendo dal testo della Costituzione e da un’attenta analisi della giurisprudenza costituzionale, ritiene innegabile l’accoglimento sia della nozione di Potere che di funzioni, ripartite – a loro volta – tra i poteri dello Stato.

¹³⁶ G. GROTTANELLI DE SANTI, *Note introduttive di diritto costituzionale*, Torino, 1988, 61-108.

¹³⁷ La definizione di “forma di governo” è mutuata da M. PERINI, *Le regole del potere: primato del Parlamento o del Governo?*, Torino, 2009, 5.

considerare il ruolo *effettivamente* svolto dalla Corte costituzionale, soprattutto nei suoi rapporti con il potere legislativo. In sintesi e con parole altrui può così dirsi che

“[L]a funzione di collaborazione della Corte con il potere legislativo, la tanto deprecata funzione che è venuta assumendo di co-determinazione talora persino anticipatrice dell’indirizzo politico, più che di controllo sanzionatorio successivo su di esso, auspicabile soltanto in casi estremi nei quali è comunque raccomandabile il più vigile e rigoroso *self restraint*, sembra rappresentare, nella situazione reale, l’unico e non facilmente dispensabile mezzo di garanzia del pluralismo istituzionale, il canale alternativo più efficace per la trasmissione dell’accresciuta domanda sociale e in definitiva il mezzo per realizzare il punto di equilibrio tra forze politiche, parti sociali e potere giurisdizionale, alla luce di una logica non più separatistica della sfera costituzionale con la sfera legislativa ordinaria, nel processo di superamento della distinzione tra Stato e società civile.”¹³⁸

Quanto al timore che la Corte si trasformi in una Corte politica¹³⁹, occorre precisare che ‘politica’, in un primo senso, vuol dire *cooperazione* (una aristotelica amicizia); in un secondo senso, vuol dire *conflitto* tra avversari. Da un lato la convivenza, dunque, dall’altro la competizione.¹⁴⁰ In sintesi, può qui dirsi che la Corte costituzionale può e deve essere politica nel primo senso, senza temere di divenire perciò stesso politica nel secondo senso.¹⁴¹

¹³⁸ F. MODUGNO, *Corte costituzionale e potere legislativo*, in P. BARILE, E. CHELI, S. GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982, 101.

Si veda anche G. ZAGREBELSKY, *La corte costituzionale e il legislatore*, in P. BARILE, E. CHELI, S. GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, cit., 103.

¹³⁹ Di fronte al rischio di eccessiva politicizzazione della Corte i rimedi proposti dalla dottrina più autorevole sono diversi; a voler ritenere il *self-restraint* un rimedio non adeguato (così L. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, cit., 908), è stato sostenuto che la Corte dovrebbe creare una sorta di “teoria del ragionevole” (S. BARTOLE, *Controllo di razionalità e determinazione previa di criteri e protocolli di giudizio*, cit.), mentre altri insistono sull’importanza della motivazione delle decisioni della Corte (L. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, cit., 911). Altri ancora hanno insistito sull’importanza delle norme processuali che, pur nella necessità di una sorta di “flessibilità” delle regole, dovrebbero comunque impedire una vera e propria autodichia della Corte nel disciplinare il processo costituzionale (Così T. GROPPI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, cit., 260). Un autorevole penalista ha avanzato, tra le altre, la proposta di modificare le regole che disciplinano la composizione della Corte (In tal senso M. DONINI, *Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta fondamentale. L’insegnamento dell’esperienza italiana*, cit., 44); si ritiene di non poter condividere la proposta di modifica. La composizione della Corte costituzionale italiana appare infatti estremamente equilibrata, proprio in virtù del carattere misto (tecnico-giuridico e politico) della sua composizione (Per queste considerazioni v. A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., 39, ove gli autori sottolineano la “composizione equilibrata dell’organo di equilibrio del sistema” e rimarcano “il riconoscimento dell’insostituibile ruolo “tecnico” degli intellettuali nella composizione dell’organo.”).

¹⁴⁰ Per questi rilievi, G. ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge*, Torino, 2009, 303.

¹⁴¹ In questo senso Zagrebelsky parla di una corte in-politica (non implicata e implicata politicamente), in G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, 303.

La legalità della democrazia (anche della democrazia penale), in altri termini, passa anche da qui, in questo passaggio dal mero parlamentarismo a un controllo più stringente della legittimità costituzionale delle norme.

CAPITOLO TERZO

L'OBBLIGO DI MOTIVAZIONE DELLA LEGGE PENALE.

1. Cenni introduttivi (minimi) sulla motivazione nel sistema italiano; 2. La motivazione della legge; 3. (...Segue) Revisione di un tabù; 4. La motivazione della legge penale.

1. Cenni introduttivi (minimi) sulla motivazione nel sistema italiano.

*“Da quando la giustizia è scesa dal cielo in terra
e si è cominciato ad ammettere che il responso del giudice è parola umana e non oracolo
sovrannaturale e infallibile che si adora e non si discute,
l'uomo ha sentito il bisogno, per accertar la giustizia degli uomini, di ragioni umane
e la motivazione è appunto quella parte ragionata della sentenza che serve
a dimostrare che la sentenza è giusta e perché è giusta.”*

Piero Calamandrei¹

Nella tradizione giuridica dell'ordinamento italiano l'istituto della motivazione – proprio dell'ambito giuspubblicistico² – viene originariamente associato alle sole pronunce giurisdizionali³, e non già anche agli atti amministrativi né, tantomeno, agli atti legislativi (e normativi, più in generale)⁴.

L'istituto della motivazione obbligatoria delle sentenze, sia civili che penali, viene previsto per la prima volta nel 1774, allorquando la legislazione del Regno di Napoli con la prammatica del 27 settembre – allo scopo di “togliere alla malignità e alla frode qualunque pretesto, ed assicurare nell'opinione del pubblico la esattezza e la religiosità dei magistrati” – sancisce il *generale* dovere dei giudici di motivare le

¹ P. CALAMANDREI, *Processo e democrazia*, in P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, I, Napoli, 1965, 664.

² Nel diritto privato non vi è spazio alcuno per la motivazione degli atti. Il punto è evidenziato da M. S. GIANNINI, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977. Nel diritto privato, come è noto, si parla, invece, di 'causa' e 'motivi'.

³ Sulla motivazione delle sentenze penali v., tra gli altri, E. AMODIO, *La motivazione della sentenza penale*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977; M. MASSA, *Motivazione della sentenza. Dir. proc. pen.*, in *Enc. giur.*, XX, Roma, 1990. Sulla motivazione della sentenza civile v. S. EVANGELISTA, *Motivazione della sentenza civile*, in *Enc. dir.*, XXVII, 1977; M. TARUFFO, *L'obbligo di motivazione della sentenza civile tra diritto comune e illuminismo*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, 265; ID., *Motivazione della sentenza. Diritto processuale civile*, in *Enc. giur.*, Roma, XX, 1990. Si veda altresì per un'analisi comparata M. TARUFFO, *Motivazione della sentenza. Diritto comparato e straniero*, in *Enc. giur.*, XX, Roma, 1990.

⁴ In questo paragrafo introduttivo si farà riferimento alla sola motivazione delle sentenze e degli atti amministrativi; della motivazione della legge si dirà nel paragrafo successivo.

sentenze (dovere che, invero, sarebbe stato abrogato da lì a poco, nel 1791), per esser, poi, introdotto nel 1789 anche nella legislazione dello Stato di Toscana⁵.

Ancora nel primo Settecento napoletano, a onor del vero, un’anonima e inedita “*Historia iuris*” riporta la regola per cui “non tenetur iudex causam in sententia exprimere”⁶. La prammatica reale del 27 settembre avrebbe sovvertito proprio questo ordine di cose, ponendo – come si è detto – l’obbligo della esplicitazione dei motivi di ogni decisione. La riforma avrebbe “scatenato un putiferio”: “il Sacro Regio Consiglio formula solenni proteste [...]; è un’offesa alla dignità del giudice, declama l’augusto consesso [...]; e indubbiamente, i motivi gli tolgono molto del carisma mistico; il re li denuda; questo «conto renduto da’ magistrati al governo e al pubblico», converte l’oracolo in discorso confutabile. [...] Ferdinando risponde fuori dai denti: il Consiglio giudica «e i giudici sono esecutori delle leggi, non autori».”⁷

Prima di allora, a onor del vero, il quadro normativo in materia di motivazione della sentenza si presentava alquanto variegato; ad esempio, già a Firenze nel 1532 la riforma della Ruota Fiorentina imponeva ai giudici un obbligo di motivare le sentenze che, pur presentandosi *prima facie* dal carattere generale, di fatto, era corredato di molteplici eccezioni.⁸ E in Piemonte la Costituzione di Carlo Emanuele I del 7 gennaio 1615 prevedeva l’istituto della motivazione su richiesta di parte, o nei casi in cui erano coinvolte questioni giuridiche nuove o di speciale rilevanza o, comunque, capaci di “far stato, e conseguenza”.⁹ Né si può omettere di ricordare la

⁵ Per tali considerazioni di ordine storico v. M. TARUFFO, *L’obbligo di motivazione della sentenza civile tra diritto comune e illuminismo*, cit.; v. anche S. EVANGELISTA, *Motivazione della sentenza civile*, in *Enc. dir.*, XXVII, 1977, 154, da cui è tratta la citazione dalla prammatica del 27 settembre 1774 riportata nel testo.

⁶ Citata da F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2006, 1017.

⁷ F. CORDERO, *op.cit.*, 1018. Su tali critiche, che avrebbero portato all’abolizione dell’obbligo cui si è già fatto cenno nel testo, v. anche M. TARUFFO, *L’obbligo di motivazione della sentenza civile tra diritto comune e illuminismo*, cit., 289.

⁸ Dispone la riforma: “Si prescrive ai giudici di «... dare e scrivere a piè della sentenza ... brevemente e motivi principali, che gli saranno mossi a così giudicare ...», o comunque di redigere i motivi entro tre giorni dalla sentenza «... allegandovi sempre ... la legge, e le Doctrine, e le ragioni inductive, e motive di tal suo Iudicio», con la previsione di una sanzione pecuniaria per il giudice che non assolve a tale obbligo.”: M. TARUFFO, *op. cit.*, 279, cui si rimanda per la descrizioni delle eccezioni all’obbligo di motivazione.

⁹ M. TARUFFO, *op. cit.*, 280.

prassi dei Grandi Tribunali ove si registra un ricorso frequente e costante alla motivazione delle decisioni.¹⁰

In questo scenario si inserisce la prammatica del 1774 che non solo prevede un generale obbligo di motivazione con annesso vincolo del giudice alla legge positiva, ma altresì la pubblicazione a stampa delle sentenze (lo stesso passaggio in giudicato delle sentenze viene subordinato all'adempimento di tale obbligo).¹¹

Nello svolgersi di quel processo che potrebbe essere detto "di razionalizzazione della funzione giurisdizionale"¹², le costituzioni delle repubbliche giacobine tra il 1796 e il 1799 avrebbero confermato e consolidato l'idea della motivazione obbligatoria delle sentenze quale principio fondamentale dell'ordinamento e quale strumento che, con la correlata pubblicità delle pronunce giurisdizionali, garantiva un *controllo* sull'attività dei giudici. Di tale funzione di controllo (di cui si dirà meglio più avanti) non v'è traccia nelle costituzioni dell'Italia napoleonica, l'obbligo di motivazione essendo ormai sopravvissuto solo a livello della normazione ordinaria.

I codici preunitari italiani prevedono l'obbligo ma lo scarnificano: ai fini della completezza della motivazione risulta, infatti, sufficiente l'indicazione delle norme e la descrizione del fatto.

L'obbligo di motivazione sarebbe stato, quindi, previsto nei codici di procedura civile del 1859, del 1865 e da ultimo dal codice del 1940¹³. Sarebbe stato previsto, altresì, in quello di procedura penale, adottato nel 1859 e poi, con alcune modifiche, esteso al Regno d'Italia nel 1865, nel codice del 1913, in quello del 1931 e, da ultimo, nel codice del 1988.¹⁴

Questo, in estrema sintesi, quanto all'obbligo di motivazione delle sentenze. Quanto agli atti amministrativi¹⁵, si deve all'influenza esercitata dalla giurisprudenza del

¹⁰ Tra queste, può ricordarsi la Rota romana le cui sentenze, per quanto non motivate, risultavano comunque precedute da 'progetti di decisione' comunicati alle parti si ché queste potessero controdedurre in modo da provocare una nuova decisione motivata, M. TARUFFO, *op. cit.*, 280.

¹¹ Sul punto v. M. TARUFFO, *op. cit.*, 286. Disciplina analoga si avrà in Francia nel 1790 e in Prussia nel 1793.

¹² L'espressione è di Calamandrei che, per sua stessa ammissione, si rifà a quella che Mirkine-Guetzévitch chiamava "*tendance à la rationalisation du pouvoir*", P. CALAMANDREI, *Processo e democrazia*, cit. L'espressione citata è a pag. 664, mentre il richiamo a Mirkine-Guetzévitch è a pag. 628.

¹³ Il codice di procedura civile disciplina la motivazione agli artt. 132, 134, 135, 360 n.5, 384.

¹⁴ Il codice di procedura penale disciplina la motivazione agli artt. 544, II e III comma, 546, III comma, 606, I comma, lett.e. e nelle norme di attuazione 154, 173 e 174.

¹⁵ Sulla motivazione dell'atto amministrativo v., tra gli altri, M. S. GIANNINI, *Motivazione dell'atto amministrativo*, cit.; M. DE BENEDETTO, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. Giur.*, XX,

Consiglio di Stato francese della seconda metà dell'Ottocento l'elaborazione dell'obbligo della motivazione; sulla base di tale giurisprudenza, il *Conseil d'Etat* riteneva nullo per sviamento di potere un atto sprovvisto di motivazione, che costituiva il principale elemento di indagine per il sindacato giurisdizionale dell'attività amministrativa.¹⁶ Sulla scorta di tale orientamento, anche la giurisprudenza italiana elabora un generale obbligo di motivazione, fondandolo sia sul carattere discrezionale del potere della PA che sulla necessità di giustificare effetti lesivi o restrittivi sulla sfera giuridica dei cittadini. Bisognerà, però, attendere la legge sul procedimento amministrativo (legge 7 agosto 1990, n. 241) perché, con una norma di portata generale, venga disposto che tutti i provvedimenti amministrativi devono essere motivati¹⁷. Della motivazione degli atti amministrativi, infatti, nonostante le proposte di introduzione sollevate nell'Assemblea costituente¹⁸, non v'è cenno nella Costituzione repubblicana che prescrive, invece, l'obbligo di motivazione per *una serie specifica* di atti¹⁹ e pone all'art. 111 un *unico obbligo generale* di motivazione per un'intera categoria di atti, gli atti giurisdizionali.²⁰

Roma, 2003; C. M. IACCARINO, *Studi sulla motivazione*, Roma, 1933.; A. ROMANO TASSONE, *Motivazione (Dir. amm.)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, IV, 2006.

¹⁶ M. S. GIANNINI, *Motivazione dell'atto amministrativo*, cit., 257.

¹⁷ Si riporta qui di seguito il testo degli articoli 1 e 3 della l. 241/1990.

Articolo 1 (Principi generali dell'attività amministrativa) 1. L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario. [...] 2. La pubblica amministrazione non può aggravare il procedimento se non per straordinarie e motivate esigenze imposte dallo svolgimento dell'istruttoria.

Articolo 3. (Motivazione del provvedimento) 1. Ogni provvedimento amministrativo, compresi quelli concernenti l'organizzazione amministrativa, lo svolgimento dei pubblici concorsi ed il personale, deve essere motivato, salvo che nelle ipotesi previste dal comma 2. La motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria; 2. La motivazione non è richiesta per gli atti normativi e per quelli a contenuto generale; 3. Se le ragioni della decisione risultano da altro atto dell'amministrazione richiamato dalla decisione stessa, insieme alla comunicazione di quest'ultima deve essere indicato e reso disponibile, a norma della presente legge, anche l'atto cui essa si richiama; 4. In ogni atto notificato al destinatario devono essere indicati il termine e l'autorità cui è possibile ricorrere.

Sul tema v. G. FALCON, *Lezioni di diritto amministrativo*, I, *L'attività*, Padova, 2009, 56-57.

¹⁸ La proposta non fu accolta perché – si disse –, la regola era già sufficientemente e saldamente affermata dalla giurisprudenza; sul punto v. M. S. GIANNINI, *Motivazione dell'atto amministrativo*, cit., 262.

¹⁹ L'obbligo di motivazione è espressamente previsto nelle seguenti norme costituzionali: art. 13; art. 14; art. 15; art. 17; art. 21; art. 42; art. 74; art. 94; art. 111; art. 126, 1°c.; art. 126 2°c.

²⁰ Art 111 Cost., VI c.: "Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati".

Prima di soffermarsi sulla motivazione della legge, di cui si dirà nel paragrafo seguente, è necessario soffermarsi preliminarmente sulla definizione stessa del concetto di motivazione e sull'individuazione della sua funzione.

In via generalissima, qui si preferisce dire che motivare vuol dire *giustificare*. E "giustificare vuol dire, innanzitutto, giustificarsi, rendere ragione del proprio operato ammettendo in linea di principio la legittimità delle critiche potenziali, la legittimità di un controllo."²¹ Ecco perché il despota non motiva i suoi atti: la motivazione sarebbe pericolosa ché legittimerebbe l'idea stessa del controllo.

Motivare implica non tanto esplicitare *cosa* si è deciso quanto spiegare *perché*, di fronte a diverse alternative possibili, si è adottata una decisione piuttosto che un'altra²². In questo senso, motivare vuol dire produrre un "discorso giustificativo complesso e completo"²³; pertanto, qui si farà riferimento alla motivazione nel suo carattere di "lavoro dialettico"²⁴.

Quanto alla *funzione* della motivazione (il tema risulta di particolare rilevanza soprattutto ai fini del discorso che si andrà a condurre in fatto di motivazione della legge), a onor del vero, occorrerebbe declinare il termine al plurale, essendo possibile rintracciare *una molteplicità di funzioni in relazione ai diversi atti* cui la motivazione accede. Potrà così dirsi che, quanto alle pronunce giurisdizionali, la motivazione della sentenza (sia civile che penale) trova ragion d'essere in funzioni di ordine *endoprocessuale* ed *extraprocessuale*. Nel primo senso, la motivazione consente alle parti e al giudice di cure superiore il controllo del ragionamento su cui la sentenza si fonda (e in ciò si evidenzia lo stretto legame tra motivazione e impugnazione)²⁵, e fornisce, altresì, un apporto cruciale quanto all'interpretazione del provvedimento giurisdizionale. Questa funzione – se ne è già fatto rapido cenno – avrebbe

²¹ Così L. GIANFORMAGGIO, *Modelli di ragionamento giuridico. Modello deduttivo, modello induttivo, modello retorico*, in U. SCARPELLI (a cura di), *La teoria generale del diritto. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, Milano, 1983, 136.

²² Motivare vuol dire "rendere edotti i destinatari dell'immediato *perché* dell'atto stesso", G. LOMBARDI, *Motivazione. Diritto costituzionale*, in *Noviss. Dig. It.*, X, 1964, 954.

²³ Essenzialmente in questi termini è descritta la motivazione del giudice da M. TARUFFO, *Motivazione della sentenza. Diritto processuale civile*, cit., 2.

²⁴ In questi termini, F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 1020.

²⁵ Il punto viene sottolineato da molti. V., tra gli altri, S. EVANGELISTA, *Motivazione della sentenza civile*, cit., 159; v., altresì, Calamandrei: "[L]a motivazione ha anche [la] funzione [...] strettamente giuridica [...] di metter le parti in condizione di verificare se nel ragionamento che ha condotto il giudice a decidere in quel certo modo, sia ravvisabile alcuno di quei difetti che danno adito ai vari mezzi di impugnazione.": P. CALAMANDREI, *Processo e democrazia*, cit., 665.

caratterizzato la motivazione in quell'Italia napoleonica in cui l'obbligo della motivazione, non più previsto dagli statuti costituzionali, sarebbe decaduto da principio fondamentale dell'ordinamento a norma della legislazione ordinaria; in tal modo, la motivazione perdeva la funzione extraprocessuale di controllo democratico e soddisfaceva un mero interesse interno al processo. Quanto alla funzione extraprocessuale – di cui, come visto poc'anzi, si hanno tracce nella Firenze del XVI sec. e di cui la dottrina italiana s'è avveduta ben prima dell'entrata in vigore della Costituzione repubblicana – coincide con un controllo di tipo esterno al processo.²⁶ Si pensi che, ad esempio, già il codice di procedura penale del Regno delle due Sicilie del 1819 (che in ciò recepisce la Prammatica ferdinandea del 27 settembre 1774 già richiamata) era ispirato all'idea che il magistrato dovesse dar conto delle sue decisioni anche *al pubblico*.²⁷ La cultura giuridica italiana per prima nel panorama europeo pare maturare l'esigenza di soddisfare questa seconda funzione della motivazione (in Francia, ad esempio, veniva riconosciuta la sola funzione endoprocessuale²⁸). La tradizione italiana (che è stata innanzitutto napoletana), secondo taluno, riconoscerebbe tale funzione perché “per il sovrano settecentesco attribuire alla collettività lo *status* di destinataria del rendiconto giudiziale significava fare una concessione ai cittadini per elevarli alla dignità di spettatori della gestione del potere traendoli fuori dall'antica condizione di *meri subiecti*.”²⁹ In realtà, sulla *ratio* che ispira l'introduzione dell'obbligo di motivazione delle sentenze non è dato rintracciare uniformità di vedute. Se autori quali Evangelista sembrano ricondurla alla concezione illuminista della giustizia³⁰, altri autori quali Taruffo ritengono che, pur risentendo la legislazione settecentesca delle tesi illuministe³¹, ciononostante appare improprio rintracciare nella motivazione una

²⁶ Per l'analisi di questa duplice funzione della motivazione v. anche M. TARUFFO, *Motivazione della sentenza. Diritto processuale civile*, cit., 1-2; ID., *Motivazione della sentenza. Diritto comparato e straniero*, cit., 1.

²⁷ Il riferimento è tratto da E. AMODIO, *La motivazione della sentenza penale*, cit., 187.

²⁸ “Così mentre nell'Ottocento in Francia il dovere di enunciare i *motifs* veniva ricollegato esclusivamente al controllo della Corte di cassazione – tanto da offuscare ancor oggi ogni considerazione della rilevanza extraprocessuale della motivazione nonostante la scomparsa del carattere politico dell'organo supremo – nella tradizione napoletana la motivazione assumeva come destinatario il corpo sociale all'interno del quale il giudice amministrava la giustizia.”: E. AMODIO, *op. cit.*, 187.

²⁹ E. AMODIO, *op. cit.*, 188.

³⁰ S. EVANGELISTA, *La motivazione della sentenza civile*, cit., 154.

³¹ L'influenza dell'Illuminismo sarebbe manifesta nella tendenza alla razionalizzazione della giustizia e nell'idea democratica della stessa.

concretizzazione di quelle idee, non fosse altro – scrive l'autore – perché la riflessione giuridico-politica degli illuministi ha trascurato in modo granitico (con l'eccezione di Filangeri) l'istituto; nel caso della legislazione napoletana, pertanto – per l'autore – dovrebbe parlarsi di un esempio di “dispotismo illuminato” e non già di “illuminismo democratico”.³²

La Costituzione repubblicana avrebbe recepito questa concezione polifunzionale della motivazione, questa duplicità di controllo (tecnico-giuridico dei giudici superiori e quello sociale), definiti altrimenti quali “controllo burocratico e controllo democratico”.³³ La motivazione delle sentenze si presenta oggi, pertanto, come una sorta di “strumento di rendicontazione” al popolo da cui il potere giudiziario deriva l'investitura della propria funzione (art. 101) e che, quale controllo di tipo interno, trova fondamento nell'art. 24 Cost., mentre, nella veste di controllo di tipo esterno, è riconducibile a uno dei mezzi previsti dall'ordinamento per garantire la partecipazione di cui all'art. 102 cost.³⁴ Proprio in tale secondo tipo di controllo, quello esterno – o ‘sociale’ – è stata ravvisata una *funzione politica* della motivazione perché istituito capace di consentire un controllo democratico (esterno) sull'operato dei giudici³⁵ e di evidenziare, pertanto, un nesso, costituzionalmente fondato, tra obbligo di motivazione, principio democratico e responsabilità politica.³⁶ L'individuazione di tale seconda funzione sarebbe confermata, nel nostro sistema, dall'esistenza dell'obbligo di motivazione delle sentenze costituzionali. La motivazione della sentenza costituzionale scardina, infatti, l'idea della mera funzione endoprocessuale (le decisioni della Corte costituzionale, come è noto, ai sensi dell'art. 137, III c. Cost., non sono impugnabili).

³² M. TARUFFO, *L'obbligo di motivazione della sentenza civile tra diritto comune e illuminismo*, cit., 287. Il punto costituisce una sorta di *Leitmotiv* del saggio; si vedano, in particolare, le conclusioni, 292-295.

³³ L. GIANFORMAGGIO, *Modelli di ragionamento giuridico. Modello deduttivo, modello induttivo, modello retorico*, cit., 135.

³⁴ In questo senso, E. AMODIO, *La motivazione della sentenza penale*, cit., 188.

³⁵ In questo senso si è detto che la funzione extra-processuale funge da “garanzia che estende il controllo sull'operato del giudice al di là dei protagonisti della vicenda processuale per investire l'intera collettività.”: P. CARETTI, *Motivazione. Diritto costituzionale*, in *Enc. giur.*, Roma, XX, 1990, 2.

³⁶ In questo senso A. IANNUZZI, *Motivazione (Diritto costituzionale)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, IV, Milano, 2006, 3754, che conclude le sue riflessioni sul tema scrivendo: “La motivazione, in definitiva, acquista anche la valenza di strumento di controllo politico degli atti ai quali accede.”: *ibidem*.

Da ultimo, e prima di passare ad accennare alla funzione della motivazione nel diritto amministrativo, non si può quantomeno non menzionare quella che Calamandrei chiamava funzione “esortativa”, “pedagogica” della motivazione della sentenza. “Il giudice – scriveva l’illustre autore – non si contenta più di comandare, non si limita più al «*sic volo, sic iubeo*» pronunciato dall’alto del soglio, ma scende al livello del giudicabile e, mentre comanda, cerca di spiegarli la ragionevolezza di quel comando.”³⁷

Quanto alla *funzione della motivazione dell’atto amministrativo*, fin dalle prime elaborazioni della giurisprudenza francese cui si è già fatto cenno, questa è stata rintracciata nel *controllo della valutazione* degli interessi pubblici condotta dalle autorità amministrative competenti. Ed è proprio nella motivazione che la giurisprudenza ha trovato il suo principale strumento di indagine nell’esercizio del sindacato giurisdizionale dell’attività amministrativa.³⁸ A questa prima funzione si aggiungono, poi, funzioni analoghe a quelle già indicate trattando della funzione della motivazione della sentenza e vale a dire una *funzione interpretativa* dell’atto amministrativo e una *funzione di garanzia* per il privato, vale a dire di controllo sull’agire della pubblica amministrazione. La motivazione del provvedimento amministrativo, dunque, ha – da un lato – una funzione legittimante la decisione espressa negli atti pubblici e – dall’altro – per il tramite della trasparenza e del controllo delle decisioni dell’esercizio dei poteri pubblici, una funzione volta a rendere effettiva la democrazia nei rapporti tra cittadino e PA.

2. La motivazione della legge

“Allora Giobbe si alzò e si stracciò le vesti, si rase il capo, cadde a terra, si prostrò e disse: «Nudo uscii dal seno di mia madre, e nudo vi ritornerò. Il Signore ha dato, il Signore ha tolto, sia benedetto il nome del Signore!». In tutto questo Giobbe non peccò e non attribuì a Dio nulla di ingiusto.[...] Ma [Giobbe] le rispose: «Come parlerebbe una stolta tu hai parlato! Se da Dio accettiamo il bene, perché non dovremmo accettare il male?». In tutto questo Giobbe non peccò con le sue labbra.[...] Giobbe rispose

³⁷ P. CALAMANDREI, *Processo e democrazia*, cit., 668.

Sulla funzione persuasiva v. anche Evangelista che riconosce alla motivazione la funzione di “avvicinare maggiormente l’atto a colui che ne è destinatario e [...] consente [al destinatario] di acquisire la persuasione del razionale fondamento del comando.”: S. EVANGELISTA, *Motivazione della sentenza civile*, cit., 159.

³⁸ M. S. GIANNINI, *Motivazione dell’atto amministrativo*, cit., 261.

dicendo: In verità io so che è così: e come può un uomo aver ragione innanzi a Dio? Se uno volesse disputare con lui, non gli risponderebbe una volta su mille.[...] Chi gli può dire: «Che fai?». [...] Stanco io sono della mia vita! Darò libero sfogo al mio lamento, parlerò nell'amarezza del mio cuore. Dirò a Dio: Non condannarmi! Fammi sapere perché mi sei avversario.[...] Giobbe allora disse: [...]Ludibrio del suo amico è diventato chi grida a Dio perché gli risponda; ludibrio il giusto, l'integro! [...]Quel che sapete voi, lo so anch'io; non sono da meno di voi. Ma io all'Onnipotente vorrei parlare, a Dio vorrei fare rimostranze. [...] Allora Zofar il Naamatita prese la parola e disse: [...] Credi tu di scrutare l'intimo di Dio o di penetrare la perfezione dell'Onnipotente? [...] Giobbe allora rispose: [...] Oh, potessi sapere dove trovarlo, potessi arrivare fino al suo trono! Esporrei davanti a lui la mia causa e avrei piene le labbra di ragioni. Verrei a sapere le parole che mi risponde e capirei che cosa mi deve dire. Con sfoggio di potenza dovrebbe discutere con me? No, ma almeno ascoltarmi! [...] Io grido a te, ma tu non mi rispondi, insisto, ma tu non mi dai retta.[...] Quando Giobbe ebbe finito di parlare, [...] si accese lo sdegno di Eliu [...] contro Giobbe, perché pretendeva d'aver ragione di fronte a Dio [...]. Perché ti lamenti di lui, se non risponde ad ogni tua parola? Dio parla in un modo o in un altro, ma non si fa attenzione. [...]Perciò ascoltatemi, uomini di senno: lungi da Dio l'iniquità e dall'Onnipotente l'ingiustizia! [...] E in verità Dio non agisce da ingiusto e l'Onnipotente non sovverte il diritto! [...] Se hai intelletto, ascolta bene questo, porgi l'orecchio al suono delle mie parole. Può mai governare chi odia il diritto? E tu osi condannare il Gran Giusto?[...] Giobbe rivolto al Signore disse: Ecco, sono ben meschino: che ti posso rispondere? Mi metto la mano sulla bocca. Ho parlato una volta, ma non replicherò, ho parlato due volte, ma non continuerò. Allora il Signore rispose a Giobbe di mezzo al turbine e disse: [...] Oseresti proprio cancellare il mio giudizio e darmi torto per avere tu ragione? Hai tu un braccio come quello di Dio e puoi tuonare con voce pari alla sua?[...] Allora Giobbe rispose al Signore e disse: Comprendo che puoi tutto e che nessuna cosa è impossibile per te. Chi è colui che, senza aver scienza, può oscurare il tuo consiglio? Ho esposto dunque senza discernimento cose troppo superiori a me, che io non comprendo.”
Antico Testamento, Giobbe³⁹

Il tema della motivazione della legge, per quanto scarsamente trattato nel panorama dottrinale italiano è, comunque, tutt'altro che nuovo.⁴⁰ Il dibattito sull'opportunità di motivare la legge, a onor del vero, si protrae da secoli, almeno a far data dall'opinione favorevole di Platone per una motivazione della legge dalla funzione persuasiva⁴¹ fino alla netta avversione di Bacone e l'altrettanto netto favore di un Bentham, che, al contrario, considerava la motivazione requisito necessario per

³⁹ Rispettivamente 1 (20-22), 2 (10), 9 (1-3, 12), 10 (1-2), 11 (1, 7), 12 (1, 4), 13 (2-3), 23 (1, 3-6), 30 (20), 32, (1-2), 33 (13-14), 34 (10, 12, 17), 40 (3-6, 8-9), 42 (1-3).

⁴⁰ Al tema della motivazione della legge, ad oggi, la dottrina italiana ha dedicato una sola opera monografica, quella di S. BOCCALATTE, *La motivazione della legge*, Padova, 2008.

Le ragioni di questo scarso interesse – è stato rilevato – non può trovare ragione nella mancata previsione costituzionale di un obbligo di motivazione, essendo dato rintracciare ampi e accessi dibattiti nella giuspubblicistica italiana anche relativamente a temi privi di basi normative. Piuttosto, potrebbe ipotizzarsi una sorta di “pudore” del giurista di fronte a un argomento che pare come “qualcosa di sfuggente, di alieno e, in fondo, di ‘scabroso’”, S. BOCCALATTE, *op. cit.*, 71.

⁴¹ Un'interessante analisi della motivazione nel dialogo “Leggi” di Platone è condotta da G. GAVAZZI, *La motivazione delle leggi*, in *Il politico*, 1974, 173.

esporre le ragioni di un intervento normativo e per far sì che la relativa comprensione portasse all'obbedienza di cittadini per ciò liberi.⁴²

Per quanto la Costituzione italiana non preveda l'obbligo di motivazione delle leggi, è da ritenersi che il passaggio ad uno Stato costituzionale, con il suo rinnovato rapporto tra autorità e individuo (v. Parte I, Cap. I, § 2), ponga in termini del tutto nuovi la questione. Questo aspetto, a parere di chi scrive, rappresenta il punto di partenza necessario per condurre una riflessione sul tema che voglia essere scevra da dogmatismi di sorta. Occorre pertanto chiedersi, innanzitutto, se sia o meno configurabile nell'ordinamento italiano un principio di ordine costituzionale da cui possa farsi derivare *un obbligo di motivazione dalla portata generale*, un obbligo, cioè, che vada ad investire *tutti gli atti pubblici*: leggi, atti amministrativi, provvedimenti giurisdizionali.⁴³ Una risposta positiva interpreterebbe, evidentemente, le specifiche disposizioni costituzionali che *espressamente* prevedono tale obbligo come applicazione di un principio *inespresso* del sistema costituzionale italiano, mentre una risposta negativa considererebbe quelle stesse disposizioni come riprova della necessità di uno specifico intervento legislativo ai fini della configurabilità dell'obbligo di motivazione.

La sussistenza di tale obbligo per tutti gli atti dei pubblici poteri è assai dibattuta e da taluno negata⁴⁴. In particolare, per quanto concerne gli atti del Parlamento, un argomento contro la sussistenza di un obbligo di motivazione sarebbe fornito proprio dal sistema di rappresentanza politica cui è improntato il nostro impianto costituzionale. Il Parlamento – si sostiene – trova legittimazione al suo operare grazie all'investitura ricevuta dal popolo per il tramite delle elezioni: è lo stesso sistema di rappresentanza elettiva a garantire il controllo degli atti da parte del popolo sovrano. Altri rileva che la *ratio* delle norme costituzionali che pongono l'obbligo di motivazione andrebbe rintracciata nell'esigenza di tutelare l'indipendenza di organi costituzionali; si ritiene, pertanto, che “l'obbligo di motivazione è posto ogniqualvolta si miri a scongiurare possibili interferenze da parte di un organo nella sfera di attribuzioni di un altro.”⁴⁵ Altri ancora sostiene che una interpretazione

⁴² Per approfondimenti si rinvia a S. BOCCALATTE, *La motivazione della legge*, cit., 76-78.

⁴³ La questione è analizzata da P. CARETTI, *Motivazione. Diritto costituzionale*, cit.

⁴⁴ V., tra gli altri, A. IANNUZZI, *Motivazione (Diritto costituzionale)*, cit., 3754.

⁴⁵ A. IANNUZZI, *op. cit.*, 3755.

sistematica dei principi fondanti l'impianto costituzionale italiano, condotta alla luce del riconoscimento del principio della sovranità popolare, potrebbe condurre ad affermare che l'obbligo di cui si discute sussista ogni qual volta si ponga un problema di responsabilità politica.⁴⁶ Così inteso, l'obbligo di motivazione non avrebbe solo lo scopo di esternare i motivi dell'atto, di palesare il ragionamento sotteso all'adozione dell'atto, di esporre i fatti ed i presupposti che giustificano l'atto stesso, ma farebbe della motivazione un "elemento essenziale per quella forma di controllo sull'esercizio dei pubblici poteri che ha come «soggetto interessato» di riferimento l'intera collettività.”⁴⁷

Ad ogni modo, l'orientamento prevalente nega l'esistenza di un obbligo di motivazione della legge.⁴⁸ Conformemente a tale orientamento, a parere di chi scrive, dal testo costituzionale non è dato desumere l'esistenza di un obbligo di motivare le leggi. I Padri costituenti, come detto poc'anzi, hanno previsto in ben 11 ipotesi tale obbligo, così che si ritiene di dover aderire a quell'orientamento che ritiene necessaria una *espresa* previsione costituzionale perché l'obbligo di motivazione possa dirsi sussistente.

Il problema che qui si pone, in realtà, è un altro e non va confuso con quello dell'esistenza o meno di una norma che ponga l'obbligo di motivare le leggi.⁴⁹ La questione cruciale, ai fini del discorso che si sta conducendo, attiene, piuttosto, all'esistenza di un possibile *divieto costituzionale* di porre l'obbligo di motivazione della legge in generale, o di alcune leggi in particolari. In altri termini, occorre chiedersi se nel nostro sistema dalla mancata previsione dell'obbligo di motivazione

⁴⁶ Questa l'impostazione di P. CARETTI, *Motivazione. Diritto costituzionale*, cit.

L'espressione "responsabilità politica" è qui usata nell'accezione di responsabilità attinente "ai rapporti tra Governo e Parlamento, e si traduce, in termini generalissimi, nella possibilità del secondo di condizionare l'attività e la stessa permanenza in carica del primo secondo istituti che di volta in volta, a seconda delle diverse epoche storiche e dei diversi ordinamenti, hanno trovato formulazioni diverse.”: P. CARETTI, *Responsabilità politica*, in *Enc. giur.*, XXVI, Roma, 1991.

⁴⁷ P. CARETTI, *op.cit.*, 1.

⁴⁸ V. per tutti M. S. GIANNINI, *Motivazione dell'atto amministrativo*, cit., 258; G. LOMBARDI, *Motivazione (Diritto costituzionale)*, cit., 955.

⁴⁹ Non sono peraltro mancate voci volte ad affermare che, in taluni casi, esista un obbligo costituzionalmente fondato di motivare la legge. Tale sarebbero, innanzitutto, le leggi di pianificazione di cui all'art. 41, 3°c.⁴⁹, quindi tutte le leggi provvedimento. In tal senso, P. CARETTI, *Motivazione. Diritto costituzionale*, cit., 5.

della legge derivi il divieto di porre tale tipo di limite all'attività parlamentare, e legislativa in genere.⁵⁰

Molteplici argomenti (*in primis*, la giurisprudenza della Corte costituzionale) paiono a chi scrive decisivi nel senso di ritenere la motivazione della legge pienamente compatibile con il nostro sistema di rappresentanza politica e con la forma di governo italiana (si dirà poi, più specificamente – v. § 4 – perché tale obbligo di motivazione dovrebbe riguardare le norme penali). Una serie di ragioni, che si vanno ora ad illustrare, a parere di chi scrive, consentono di superare gli argomenti tradizionalmente adottati per convalidare la scelta del legislatore costituente in materia di motivazione delle leggi (o meglio, della non motivazione delle leggi).

Quegli stessi autori che ritengono consustanziale al sistema l'obbligo di fornire ragioni da parte del potere giudiziario (*id est*, i singoli giudici) e da parte della pubblica amministrazione (*id est*, i funzionari preposti all'adozione di un provvedimento), non reputano – oggi – anomalo che il potere legislativo (*id est*, i membri delle assemblee elettive) non sia chiamato a fornire ragioni a sostegno degli atti adottati. Le ragioni che sottostanno a questo orientamento sono di due ordini, uno storico, l'altro ideologico.

La ragione tradizionalmente addotta è, innanzitutto, *di ordine storico*: i legislatori – si afferma – non hanno mai motivato i loro atti, né si vede perché dovrebbero farlo oggi.⁵¹ Quanto alle *ragioni di tipo ideologico* addotte contro la motivabilità delle leggi – e a cui si è già fatto cenno poc'anzi –, si sostiene che il legislatore, “la massima autorità”, è un'autorità che risponde al popolo (fonte della legittimazione del suo potere) solo ed esclusivamente presentandosi al corpo elettorale che può mostrare il proprio consenso o dissenso rispetto all'attività legislativa prodotta

⁵⁰ Autori quali Lombardi non escludono che il legislatore sia comunque libero di motivare e di imporre la motivazione per taluni atti, il che equivale a dire che se non vi è un obbligo costituzionale di motivazione della legge non sussiste neanche il divieto costituzionale di motivazione, G. LOMBARDI, *Motivazione (Diritto costituzionale)*, cit., 955.

⁵¹ Scrive Radbruch: “Chi si mette a convincere circa la conformità allo scopo dei suoi comandi, rinuncia all'ubbidienza, se chi riceve il comando non si lascia persuadere. Egli abbassa il comando che per la sua stessa esistenza è vincolativo, ad un consiglio efficace solo secondo la misura della sua forza di persuasione. [...] Un legislatore moderno per ciò non si mette mai in bocca la parola “poiché”. Non persuadere, ma comandare dev'essere proprio del suo ufficio, se il destinatario dev'essere tenuto non a ragionare ma ad ubbidire al comando”, *Introduzione alla scienza del diritto*, Torino, 1958, 115, riportato da G. GAVAZZI, *La motivazione delle leggi*, cit., 178 (nota 13).

esercitando il diritto di voto.⁵² In questo senso, il legislatore sarebbe, per così dire, “un privilegiato”, non dovendo fornire ragioni per quello che fa.⁵³

Tali argomenti non paiono decisivi.

Quanto alla ragione di tipo storico, v'è da dire che già nel diritto romano repubblicano – quanto meno secondo talune ricostruzioni⁵⁴ – le leggi, pur prive di preambolo, erano scritte con un periodo discorsivo che consentiva l'introduzione di motivazioni; e nel periodo del dominato l'Imperatore spesso fornisce le ragioni di una legge mediante una *praefatio*. Le stesse *Institutiones* di Giustiniano, come pure il Digesto, spiegano l'*occasio* della loro adozione, con illustrazione della *ratio* e dello scopo dell'intervento.⁵⁵ L'età intermedia⁵⁶ fornisce diverse prove circa l'esistenza della motivazione; uno statuto del Comune di Bologna, ad esempio, presenta sia una motivazione sostanziale che formale.⁵⁷

Le cose inizieranno a cambiare con l'età dell'assolutismo, dove il sovrano agisce e decide senza vincoli di sorta. E pur quando il sovrano appone motivazioni agli atti normativi lo fa allo scopo di affermare di agire “*de plenitudine potestatis*”: “i suoi poteri sono pieni, egli ne enuncia l'uso, ne consegue che ogni ulteriore controllo sul contenuto dell'atto divenga completamente pleonastico.”⁵⁸ La motivazione, dunque, assume nell'epoca dello stato assoluto una funzione persuasiva, anch'essa tutt'altro

⁵² Su questo aspetto si sofferma G. GAVAZZI, *op. cit.*, 178.

⁵³ Questo convincimento affonda le sue radici in una tradizione antichissima; basti por mente al fatto che gli stessi poemi omerici attestano l'esistenza fin dalla Grecia antica di θεμίστες, decreti rivelati dalla divinità al re e trasmessi di generazione in generazione. Tali decreti divini, che costituivano il diritto sacrale, in virtù della loro origine, erano ritenuti infallibili (solo a partire dai secoli VII-VI quel diritto sarebbe stato affiancato dal νόμος, vale a dire il diritto umano consuetudinario). Per approfondimenti sul concetto di legge nella Grecia presocratica v. G. FASSÒ, *Legge. Teoria generale*, in *Enc. dir.*, XXIII, 1973. Eco di questa concezione, rintracciabile anche nell'esperienza romana, sono rinvenibili, come è evidente, nell'idea di infallibilità e imperscrutabilità della attività legislativa.

⁵⁴ Si fa qui riferimento all'analisi storica condotta da S. BOCCALATTE, *La motivazione della legge*, cit., 91, da cui sono tratte le considerazioni che seguono relativamente al diritto romano.

⁵⁵ Altri, invero, nega tale ricostruzione, ritenendo che, al contrario, nel diritto romano non possa essere rintracciato un istituto analogo alla motivazione e che sia necessario attendere il medio evo per rintracciare degli esempi di atti legislativi motivati, v. C. M. IACCARINO, *Studi sulla motivazione*, cit., 125 e ss.

⁵⁶ I documenti relativi all'età precedente non permettono di formulare ipotesi alcuna circa l'esistenza o meno di motivazione nelle leggi.

⁵⁷ Si rimanda a S. BOCCALATTE, *La motivazione della legge*, cit., 96 per dettagli sullo statuto.

⁵⁸ S. BOCCALATTE, *op. cit.*, 103.

che nuova (ne parlava già Platone, come detto in apertura di questo paragrafo; ve ne è traccia nella legislazione di Zaleuco⁵⁹).

Pur da questi brevi cenni, risulta chiaramente che nella storia del mondo occidentale non sono mancati esempi di leggi motivate. L'idea di una legge non motivata è un'idea relativamente recente e sorge con l'emergere dell'idea (del mito) della sovranità popolare, della volontà del popolo. Se il potere è nel popolo, il popolo non deve fornire ragioni a se stesso. È l'instaurarsi di una teologia della volontà generale a rendere pleonastica la motivazione della legge.

Le ragioni di ordine ideologico tradizionalmente addotte per sostenere la tesi della non motivabilità della legge trovano scaturigine in quella cultura illuminista che non solo ha idealizzato il sovrano e la legge, in quanto fonte in cui la volontà del principe si manifesta ma che, soprattutto, ha alimentato la 'mitologia' per cui, apoditticamente, la legge coincide con quella 'foglie di fico' che è la volontà del popolo. Questa concezione della legge, si ritiene di poter dire, crea non già legalismo ma 'legolatria', vale a dire niente altro che una forma di 'assolutismo giuridico'.⁶⁰

Nel momento in cui la rappresentanza politica viene concepita nei termini di una investitura, di una autorizzazione⁶¹, cade l'inganno della rappresentanza quale mezzo per consentire al popolo sovrano di esprimere la propria volontà (della rappresentanza in relazione al concetto di democrazia penale si dirà nel paragrafo conclusivo).⁶²

3. (...Segue) *Revisione di un tabù.*

“Tutte le azioni relative al diritto di altri uomini

⁵⁹ Le prime leggi della storia del mondo occidentale dotate di un proemio posto con funzione persuasiva sono quelle dovute a Zaleuco, legislatore della città di Locri. Il dato è tratto da S. BOCCALATTE, *op.cit.*, 72.

⁶⁰ V. P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Bari, 2007, cap. II. Le parole tra virgolette sono dello stesso autore e sono rinvenibili, in particolare, nelle pagine 109-113 dell'opera appena citata. Scrive l'esimio storico: “[U]na abilissima propaganda entra in campo a tessere un sonoro elogio della legge. Questa, provenendo da un modello, da un personaggio simbolico, non ha nulla della odiosità che proverebbe dal comando di un uomo in carne ed ossa e dal vincolo di dipendenza personale che provocherebbe. Essa è soltanto l'espressione della «ragione umana» (secondo l'indicazione di Montesquieu) o della «volontà generale» (secondo la connotazione fortunata di Rousseau).”: *ibidem*, 111.

⁶¹ Così P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2007, 206-207.

⁶² Per un'introduzione al tema v. G. F. FERRARI, *Rappresentanza istituzionale*, in *Enc. giur.*, XXV, Roma, 1991; D. NOCILLA, L. CIAURRO, *Rappresentanza politica*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1987.

la cui massima non è compatibile con la pubblicità, sono ingiuste.”
Immanuel Kant⁶³

“Il governo della democrazia [è] il governo del potere pubblico in pubblico.”
Norberto Bobbio⁶⁴

Il tabù della non motivabilità della legge merita di essere rivisto alla luce di una serie stringente di argomenti che fanno leva, oltre che sulla concezione della legge quale *ratio* e non già quale mera *voluntas* di cui già si è detto:

- sulla giurisprudenza della Corte costituzionale;
- sulla modifica del Titolo V della Costituzione intervenuta nel 2001;
- sul recente nuovo disposto degli Statuti delle regioni Toscana ed Emilia-Romagna (e correlata giurisprudenza costituzionale);
- sull'influenza del modello comunitario di motivazione degli atti;
- sul progressivo arricchirsi del corredo motivazionale degli atti normativi in Italia (di cui si è già detto in Parte II, Cap. 1);
- sul contenuto di recenti messaggi del Presidente della Repubblica nel rinviare talune leggi alle Camere;
- infine, sull'erosione del principio dell'insindacabilità dell'attività legislativa, come dimostra la diffusione del giudizio di ragionevolezza (di cui si è già detto nel capitolo precedente) e come dimostra, altresì, sotto altro versante, la caduta della mitologia dell'irresponsabilità del legislatore con il riconoscimento della responsabilità per inadempimento (totale o parziale) della disciplina comunitaria.

La Corte costituzionale ha avuto modo di occuparsi della motivazione delle leggi, per la prima volta, in una serie di sentenze degli anni Sessanta del XX secolo, per poi tornare sul tema più di recente, negli anni 2000.⁶⁵

Nella giurisprudenza degli anni Sessanta⁶⁶ – relativa alle c.d. leggi di programmazione o di piano, di cui all'art. 41 3°c. Cost.⁶⁷ – la Corte stabilisce che interventi legislativi di tal tipo devono indicare *esplicitamente* le finalità cui mirano.

⁶³ I. KANT, *Per la pace perpetua* (1795), San Domenico di Fiesole, 1995, 161.

⁶⁴ N. BOBBIO, *La democrazia e il potere invisibile*, in N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, Torino, 1984, 76.

⁶⁵ Una analisi approfondita di questa giurisprudenza è condotta da S. BOCCALATTE, *La motivazione della legge*, cit., cap. III.

⁶⁶ Si fa riferimento alle sentenze n. 35/1961, n. 5/1962, n. 54/1962, n. 46/1963, n. 14/1964.

⁶⁷ Ove è disposto che “La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali.”

In una prima sentenza del 1961, la n. 35, la Corte – che pure avrebbe dichiarato incostituzionale il provvedimento oggetto del sindacato (la legge n.490 del 1959) per violazione della riserva di legge di cui all’art. 41, 3°c. – ha comunque modo di precisare che le leggi di programmazione devono indicare le finalità della programmazione stessa e devono indicare anche “i mezzi stabiliti per il raggiungimento dei fini”. Di particolare interesse è un’altra pronuncia, di poco successiva, la n. 54 del 1962, ove si legge che la mancata indicazione “*di dati* attraverso i quali si manifestino in qualche modo i *fini* di utilità sociale e i *criteri* ai quali all’uopo la legge stessa si sarebbe ispirata” (si tratta della legge n. 829 del 1936 di conversione del decreto legge n. 278 del 1936) è motivo di illegittimità costituzionale perché, sostiene la Corte, la mancanza delle determinazioni programmatiche coincide con una violazione della riserva di legge di cui all’art. 41, 3°c. Cost. I giudici costituzionali, evidentemente, hanno considerato la disciplina predisposta “così invasiva e sproporzionata, rispetto al modesto interesse pubblico [coinvolto], da [...] richiedere al testo normativo una forma di giustificazione esplicita delle proprie scelte, altrimenti difficilmente accettabili dall’opinione pubblica.”⁶⁸

Già l’anno successivo, si ripresenta la possibilità per la Corte di pronunciarsi in materia di obbligo di motivazione delle leggi di programmazione ma, pur di fronte alle argomentazioni di chi – facendo leva proprio sulla sentenza n. 54 dell’anno precedente – riteneva necessario che i limiti posti all’iniziativa economica privata trovassero sufficiente determinazione nella legge, la Corte, con la sentenza n. 46 del 1963, ritiene invece non necessarie “esplicite dichiarazioni del legislatore [che] possono essere desunte dal sistema di intervento e dai controlli che la legge preveda.”⁶⁹

Sempre in materia di motivazione delle leggi di programmazione, particolare attenzione merita la sentenza n.14 del 1964 relativa alla nazionalizzazione della produzione e della distribuzione dell’energia elettrica disposta dalla legge n. 1643 del

⁶⁸ S. BOCCALATTE, *op. cit.*, 142. Il decreto poneva l’obbligo di deposito dell’essenza del bergamotto e poneva il divieto di vendere tale prodotto per canali alternativi rispetto alla gestione da parte del Consorzio provinciale di Reggio Calabria.

⁶⁹ Si è rilevato che la Corte, nel suo argomentare, richiama *ad adiuvandum* proprio la sentenza 54 del 1962, manipolando di fatto il valore e il significato di questa pronuncia dove, al contrario, veniva richiesta una chiara esplicitazione dei fini della legge, S. BOCCALATTE, *op. cit.*, 144.

1962, istitutiva dell'ENEL. La Corte, per la prima volta, si occupa *expressis verbis* della motivazione della legge, stabilendo che “*di norma*, non è necessario che l’atto legislativo sia motivato, recando la legge in sé, nel sistema che costituisce, nel contenuto e nel carattere dei suoi comandi, la giustificazione e le ragioni della propria apparizione nel mondo del diritto.”⁷⁰

L’interrogativo è ineludibile: come merita di essere interpretato quel ‘di norma’? Quali sono le situazioni che potrebbero giustificare la motivazione della legge? La Corte non si sofferma su questi pur importantissimi aspetti, preferendo non adottare una scelta radicale. “Sembra, cioè – è stato detto – che il collegio giudicante rimanga “alla finestra”, nell’attesa di sviluppi sociali, economici, politici e (non ultimi) scientifici tali da poter approfondire il punto, circoscrivendo le situazioni riconducibili o meno al “di norma”.⁷¹

Ad ogni modo, almeno una cosa può essere pacificamente sostenuta: ci sono situazioni in cui è evidentemente possibile ammettere la motivazione della legge perché, per l’appunto, la non motivazione delle leggi vale *di norma* ma non per ogni legge.⁷² Il che rappresenta una chiara risposta all’interrogativo su cui ci si è soffermati nel paragrafo precedente, relativo all’esistenza o meno di un *divieto* costituzionale ad ammettere la motivazione della legge.⁷³

Pare altresì offrire più di uno spunto di riflessione in fatto di motivazione della legge la modifica del Titolo V della Carta fondamentale intervenuta per opera della legge costituzionale n. 3 del 2001. E’ stato autorevolmente sostenuto che tale modifica impone una “rilettura” dei caratteri della funzione legislativa statale disciplinata dall’art.70⁷⁴; l’inversione del criterio del riparto di competenze legislative ora fissato all’art.117 Cost., infatti, fa sì che debba essere individuata “la base giuridica” che

⁷⁰ Corsivo aggiunto. Su tale sentenza si veda anche P. FAVA, *La Consulta e la qualità della regolazione nella multilevel governance: i rischi e i pericoli di un’apertura incondizionata alle procedure di consultazione degli interessati e alla motivazione delle leggi*, in *Corr. Giur.*, 2005, 1515.

⁷¹ S. BOCCALATTE, *La motivazione della legge*, 145 (corsivo aggiunto).

⁷² L’atteggiamento poco intransigente assunto dalla Corte viene sottolineato e apprezzato da M. AINIS, *L’entrata in vigore delle leggi. Erosione e crisi d’una garanzia costituzionale: la vacatio legis*, Padova, 1986, 214.

⁷³ Questo quanto alla giurisprudenza degli anni Sessanta del XX secolo. Della giurisprudenza costituzionale relativa agli anni 2000 si dirà a breve allorquando si dirà degli statuti delle regioni Toscana ed Emilia Romagna.

⁷⁴ N. LUPO, *La “motivazione” delle leggi alla luce del nuovo titolo V Cost.*, in <http://www.consiglio.regione.toscana.it/leggi-e-banche-dati/Oli/Relazioni-monografiche/ANNO-2002/Torino%20apr-2002/Le%20motivazioni%20delle%20leggi%20Gianniti-Lupo.pdf>, 12.

consente di giustificare l'esercizio del potere normativo. Sulla base del disposto di tale norma può pertanto dirsi che “[si fa] più pressante l'esigenza di corredare i testi normativi statali (e regionali) di un più ricco apparato informativo-motivazionale.”⁷⁵

A ciò si aggiunga che il nuovo disposto dell'art. 118 Cost. richiama espressamente i principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza, principi, tutti, di carattere procedurale che richiedono si esplicitino le ragioni per cui una competenza è confermata o modificata.

Sulla base della riforma del Titolo V della Cost. non è mancato chi si è spinto a dire che:

“La motivazione degli atti dei pubblici poteri si è imposta, storicamente, per due ragioni alternative: per la presenza di controlli sull'atto (è il caso degli atti amministrativi); o perché l'atto è espressione di un potere limitato, è emanato sulla base di una competenza non generale, quindi il suo autore deve “giustificare” l'esercizio del potere (è il caso degli atti normativi comunitari). Per la legge, nessuna di queste due condizioni esisteva in epoca precostituzionale. Poi, la Costituzione del 1948 ha introdotto il controllo della Corte costituzionale (e anche qualche limite alla potestà legislativa statale). La riforma costituzionale del 2001 ha pienamente realizzato anche il secondo presupposto: la potestà legislativa dello Stato non è più generale, ma limitata a determinate materie. Entrambe le ragioni della non motivazione della legge sono quindi venute meno.”⁷⁶

A favore della motivabilità della legge soccorrono anche gli statuti delle regioni Emilia-Romagna⁷⁷ e Toscana⁷⁸.

Il primo – lo Statuto dell'Emilia-Romagna – all'art. 17, dispone che “Nei procedimenti riguardanti la formazione di atti normativi o amministrativi di carattere generale l'adozione del provvedimento finale può essere preceduta da istruttoria pubblica. [...] Il provvedimento finale è motivato con riferimento alle risultanze istruttorie.”⁷⁹ Il secondo – lo Statuto della Toscana – all'art. 39, 2° c., dispone che

⁷⁵ N. LUPO, *op.cit.*, 14.

⁷⁶ B.G. Mattarella, *Analisi di impatto della regolamentazione, analisi tecnico-normativa e motivazione degli atti giuridici*, in E. Catelani, E. Rossi (a cura di), *L'analisi di impatto della regolamentazione (AIR) e l'analisi tecnico-normativa (ATN) nell'attività normativa del Governo*, Milano, 2003, 100.

⁷⁷ Lo Statuto della regione Emilia-Romagna è stato adottato con la legge regionale 31 marzo 2005, n. 13 ed è consultabile all'indirizzo

<http://www.regione.emilia-romagna.it/wcm/ermes/pagine/statuto.htm>

⁷⁸ Lo Statuto della Toscana è stato approvato dal Consiglio regionale con prima deliberazione in data 6 maggio 2004 e con seconda deliberazione in data 19 luglio 2004, pubblicato sul BURT n. 12 dell'11 febbraio 2005, parte prima. È consultabile all'indirizzo

http://www.consiglio.regione.toscana.it/istituzione/statuto-e-regole/testo/statuto_nuovo.asp

⁷⁹ Di questa norma si è già detto in Parte II, Cap. I, § 2.

“Le leggi e i regolamenti sono motivati, nei modi previsti dalla legge”⁸⁰, mentre l’art. 54, al 3° comma, dispone che “Tutti gli atti amministrativi regionali, salvo quelli meramente esecutivi, sono motivati.”

Entrambi questi statuti sono stati impugnati dal Governo che, sulla base di una pluralità di motivi, ha sollevato due separate questioni di legittimità costituzionale (qui, evidentemente, si dirà dei soli motivi delle impugnative legati alle norme statutarie, appena citate, relative alla motivazione degli atti normativi regionali).

Come si vedrà a breve, il Governo ricorre al contempo – e non senza cadere in contraddizione – contro l’obbligo di cui all’art. 54 dello Statuto della Toscana perché esclude dall’obbligo di motivazione gli atti meramente esecutivi⁸¹, *non impugna l’art. 39* dello stesso Statuto ma impugna l’art. 17 dello Statuto dell’Emilia-Romagna perché è ivi previsto l’obbligo di motivazione.

Le vicende – che avrebbero portato alle sentenze nn. 372 e 379 del 2004⁸² – meritano di essere considerate separatamente.

Il Presidente del Consiglio dei Ministri, con ricorso notificato il 9 agosto 2004, promuove giudizio di costituzionalità contro lo Statuto regionale della Regione Toscana, censurando, tra le altre, le norme di cui all’art. 54., 1° e 3° comma,

“in quanto queste norme si porrebbero in contrasto: con i principi costituzionali di efficienza e trasparenza (art. 97 della Costituzione), permettendo un controllo non filtrato dell’attività dell’amministrazione, non giustificato dall’esigenza di protezione di interessi giuridicamente rilevanti; con il principio di effettività della

⁸⁰ Questo il testo completo della norma, intitolata “Elenco delle fonti”: “1. Le fonti normative regionali sono lo Statuto, le leggi, i regolamenti. 2. Le leggi e i regolamenti sono motivati, nei modi previsti dalla legge.”

⁸¹ Questo il disposto dell’art. 54, rubricato “Procedimento amministrativo e diritto di accesso”:

1. Tutti hanno diritto di accedere senza obbligo di motivazione ai documenti amministrativi, nel rispetto degli interessi costituzionalmente tutelati e nei modi previsti dalla legge. 2. La legge assicura il contraddittorio degli interessati alla formazione dei provvedimenti e prevede l’individuazione del responsabile della correttezza e della celerità del procedimento, la cui conclusione è garantita entro un termine certo. 3. Tutti gli atti amministrativi regionali, salvo quelli meramente esecutivi, sono motivati.”

⁸² Le due sentenze sono state oggetto di numerosi commenti; qui si rinvia a R. BIN, *Perché le Regioni dovrebbero essere contente di questa decisione*, in <http://www.forumcostituzionale.it/site/>; G. FALCON, *Alcune questioni a valle delle decisioni della Corte*, in <http://www.forumcostituzionale.it/site/>; A. RUGGERI, *Gli statuti regionali alla Consulta e la vittoria di Pirro*, in <http://www.forumcostituzionale.it/site/>.

Per un commento della sentenza n.379/2004 sotto lo specifico profilo della motivazione si veda altresì P. FAVA, *La Consulta e la qualità della regolazione nella multilevel governance: i rischi e i pericoli di un’apertura incondizionata alle procedure di consultazione degli interessati e alla motivazione delle leggi*, cit., 1515. V. anche, N. LUPO, *La “motivazione” delle leggi alla luce del nuovo titolo V Cost.*, cit.

tutela contro gli atti dell'amministrazione, poiché ostacolerebbero la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi da parte dei controinteressati, in violazione degli artt. 24 e 113 della Costituzione; con l'art. 3 della Costituzione, poiché dalla differenza di disciplina nelle diverse regioni deriverebbe una tutela non omogenea delle situazioni giuridiche soggettive."

La Corte, con la sentenza n. 372 del 2004, aderisce ai rilievi formulati dalla Regione e, in relazione al 3° comma – quello che qui più interessa –, stabilisce che

“[p]arimenti infondata è la questione di costituzionalità del terzo comma dello stesso articolo, giacché negli atti amministrativi che non abbiano natura provvedimento in quanto “meramente esecutivi”, ai fini della motivazione è ritenuto sufficiente dalla prevalente giurisprudenza il semplice richiamo, nelle premesse dell’atto, ai presupposti di fatto ed alle disposizioni di legge da applicare, la cui enunciazione rende pienamente comprensibili le ragioni dell’atto stesso.”

Quanto all’Emilia-Romagna, con il ricorso notificato il 15 ottobre 2004, il Governo (ovvero il Presidente del Consiglio, rappresentato e difeso dall’Avvocatura generale dello Stato) ricorre contro lo Statuto dell’Emilia impugnando, tra le altre, la norma contenuta nell’art. 17. L’Avvocatura dello Stato sostiene che l’art.17 limiti ingiustificatamente la potestà legislativa del Consiglio regionale e violerebbe “i principî in tema di attività normativa e principalmente quello dell’irrelevanza della motivazione della norma”.

Ciò che sorprende è che nessuna norma costituzionale viene indicata a fondamento di questa affermazione. Si dà per esistente il divieto di motivazione delle leggi ma non se ne dimostra l’esistenza; in altri termini, si dà per pacifico un divieto che forse niente altro è che il frutto, nella mente degli Avvocati dello Stato, di quelle ragioni storiche e ideologiche che vengono tradizionalmente portate a fondamento della tesi della non motivabilità delle leggi.

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 379 del 2004⁸³, accoglie le argomentazioni della Regione Emilia-Romagna la cui difesa aveva dichiarato che

“il dovere di motivazione, come dovere di tener conto degli esiti dell’istruttoria pubblica, non sarebbe affatto irragionevole; ciò sarebbe confermato anche da analogo previsione generalizzata nei trattati europei.”⁸⁴

⁸³ Di questa pronuncia si è già detto allorché ci si è occupati del tema dell’istruttoria pubblica (v. Parte I, Cap. I, § 2).

⁸⁴ Per un commento a tale sentenza, v. P. FAVA, *La consulta e la qualità della regolazione nella multilevel governance: i rischi e i pericoli di un’apertura incondizionata alle procedure di consultazione degli interessati e alla motivazione delle leggi*, cit. L’autore solleva dei rilievi critici nei

La Corte, pertanto, ritiene infondate le censure sollevate dall'Avvocatura generale e, dopo essersi soffermata sul significato e la legittimità costituzionale dell'istruttoria pubblica, afferma che

“Quanto ai rilievi relativi al fatto che in tal caso “il provvedimento finale è motivato con riferimento alle risultanze istruttorie”, anche volendosi in questa sede prescindere dalla contestabile configurabilità della legge sul procedimento amministrativo come parametro di costituzionalità, basta considerare che l'art. 3, comma 2, della legge 7 agosto 1990, n. 241 (*Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*), non impone, ma certo non vieta, la motivazione degli atti normativi; ed in ogni caso – come ben noto – la motivazione degli atti amministrativi generali, nonché di quelli legislativi è la regola nell'ordinamento comunitario: sembra pertanto evidente che la fonte statutaria di una Regione possa operare proprie scelte in questa direzione.”

Il riferimento all'ordinamento comunitario per opera dei giudici costituzionali nella sentenza appena riportata⁸⁵ funge da testimone per passare all'argomento successivo che fa proprio leva, come già anticipato, sull'influenza esercitata dal modello comunitario sui sistemi interni quanto a motivazione delle leggi.⁸⁶

L'art. 296 TFUE (ex art. 253 del TCE) dispone che “Gli atti giuridici sono motivati e fanno riferimento alle proposte, iniziative, raccomandazioni, richieste o pareri previsti dai trattati.”⁸⁷ Le ragioni che giustificano la previsione di tale obbligo sono variamente individuate⁸⁸; innanzitutto, viene pacificamente ammesso che la

confronti di tale pronuncia, ritenendo che “[l]a nuova posizione del Giudice delle leggi suscita perplessità alla luce dei potenziali rischi derivanti dal probabile contenzioso avente ad oggetto vizi procedurali o motivazionali relativi ai nuovi atti normativi. Sarebbe auspicabile un approccio intermedio che, pur riconoscendo l'importanza dei nuovi strumenti di miglioramento della qualità della regolazione (che stimolano la democrazia partecipativa), mantenga taluni punti fermi [...]: 1) la consultazione e l'analisi economica della regolazione possono avere solo un valore di ausilio per il regolatore, 2) i *feedbacks* non hanno valore giuridico di motivazione in senso rigoroso, 3) si dà ai cittadini la possibilità di esprimere un'opinione e non un voto, 4) la scelta finale spetta al regolatore, 5) le procedure sono esterne a quelle formali”: *ibidem*, 1516.

⁸⁵ Boccalatte contesta l'opportunità di questo richiamo operato dalla Corte. Scrive: “L'obbligo di motivazione [degli atti comunitari] nasce nell'ambito di un sistema non democratico. O meglio: in un sistema dove non esiste il normale circuito della rappresentanza democratica.”: S. BOCCALATTE, *La motivazione della legge*, cit., 186.

⁸⁶ Sul tema v. S. BOCCALATTE, *op. cit.*, 267-300; P. GUIDELLI, *La motivazione della legge. Il caso della legge regionale toscana 22 ottobre 2008*, n. 55, cit. (in part. §2.2); N. LUPO, *La “motivazione” delle leggi alla luce del nuovo titolo V Cost.*, cit., 1521-1525; B.G. MATTARELLA, *Motivazione (Diritto comunitario)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, IV, Milano, 2006.

⁸⁷ La motivazione è contenuta nel preambolo degli atti comunitari ed è strutturata per ‘visto’ (che rimandano innanzitutto alle norme attributive della competenza per adottare l'atto e quindi agli atti preparatori), per ‘considerando’ che illustrano i motivi e le finalità dell'atto.

⁸⁸ Si consideri comunque che nell'ordinamento comunitario la distinzione tra atti amministrativi e atti normativi non è netta come negli ordinamenti nazionali; il punto è evidenziato da N. LUPO, *La “motivazione” delle leggi alla luce del nuovo titolo V Cost.*, cit., 4.

motivazione degli atti comunitari ha la funzione di esplicitare il fondamento su cui poggia il potere esercitato dagli organi comunitari (che risulta pertanto giustificato sulla base di una apposita norma e materia specificamente richiamate); la motivazione consente, cioè, di fornire la c.d. ‘base giuridica’, giustificando l’intervento comunitario alla luce dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità. La ragione più spesso richiamata vede la motivazione compensare un deficit di trasparenza e democrazia dei procedimenti di formazione della legge⁸⁹. È stato infatti sottolineato che la motivazione può ben essere inserita tra quelli “strumenti che [accretano] il consenso attorno alla regolazione comunitaria e che [aumentano] la legittimazione democratica delle Istituzioni nonché [che creano] una barriera tecnica vincolante che argini i rischi di “sconfinamento” dell’azione comunitaria in ambiti nei quali gli Stati membri non hanno proceduto a rinuncia di sovranità (in conformità al principio di attribuzione).”⁹⁰ In quest’ottica, la motivazione pare assumere una *funzione alternativa alla rappresentatività* dell’organo.⁹¹

Se così è – allora – tale argomento è richiamato a sproposito, sembrando rappresentare non già una ragione per introdurre l’obbligo di motivazione della legge (per quanto qui interessa, della legge penale) quanto, piuttosto, pare costituire un argomento contrario a tale proposta: introdurre l’obbligo di motivazione rappresenterebbe una sorta di indebolimento del concetto stesso di rappresentatività, (quindi, si sostiene, di democrazia). La motivazione, in altri termini – questo sembrerebbe dire l’esperienza comunitaria – attesterebbe la non democraticità di un sistema. In questo senso si esprime Boccialatte il quale ritiene che l’esistenza di un obbligo di motivazione degli atti comunitari non dispieghi efficacia persuasiva quanto all’opportunità di motivare la legge italiana. Gli atti comunitari, sostiene l’autore, devono essere motivati proprio per la carenza di rappresentatività della volontà popolare europea, e servono a creare consenso intorno alle istituzioni

⁸⁹ V., tra gli altri, N. LUPO, *La “motivazione” delle leggi alla luce del nuovo titolo V Cost.*, cit., 4.

⁹⁰ P. FAVA, *La Consulta e la qualità della regolazione nella multilevel governance: i rischi e i pericoli di un’apertura incondizionata alle procedure di consultazione degli interessati e alla motivazione delle leggi*, cit., 1520.

⁹¹ Sul punto v. M. S. GIANNINI, *Motivazione*, in M. AINIS (a cura di), *Dizionario costituzionale*, Roma-Bari, 2000, ove si legge “È [...] ritenuto inesistente un obbligo di motivare le leggi per la loro stessa natura – si dice generalmente – di atti liberi nel fine, espressione della volontà popolare. A ben vedere però è lo stesso modo di essere del procedimento legislativo (pubblico, aperto al controllo dei cittadini anche attraverso la dialettica maggioranza-opposizione) che fa venire logicamente meno la necessità di una motivazione formale e puntuale, [...]”: *ibidem*, 308.

dell'Unione. La motivazione degli atti comunitari, in breve, “vuole permettere di sviluppare un dialogo tra Consiglio, Commissione e Parlamento, allo scopo di favorire una più approfondita riflessione sulla portata dell'intervento normativo, cercando di ovviare ai difetti di un procedimento “legislativo” privo di interlocutori-elettori cui rendere direttamente conto dell'operato.”⁹²

Si avrà modo di dissentire da tale lettura sulla scorta delle considerazioni che si condurranno nel paragrafo successivo, oltre che sulla scorta delle considerazioni già svolte in fatto di rappresentatività e funzionamento degli organi rappresentativi nel corso di questa seconda parte del lavoro.

Quanto all'argomento rintracciabile nel progressivo arricchirsi del corredo motivazionale degli atti normativi anche nel sistema italiano, si rinvia a quanto già detto in Parte II, Cap. I. Qui ci si limita solo a sottolineare ancora una volta la portata di strumenti quali l'AIR e l'ATN; da più parti rilevato che l'introduzione nell'ordinamento italiano di entrambi questi strumenti di analisi possa rappresentare l'occasione per estendere l'obbligo di motivazione a tutti gli atti normativi.”⁹³

Depongono a favore della motivabilità della legge anche taluni rinvii presidenziali alle Camere cui si dedicherà ora un rapido passaggio.⁹⁴ Particolarmente noto è il messaggio di rinvio del Presidente Ciampi del 2 dicembre del 2000 (A.C., XIII legislatura, doc. I, n.4) in cui, per la prima volta, il Presidente, con un chiaro rimando ai lavori preparatori, fa riferimento alla motivazione delle leggi.⁹⁵ Uno degli argomenti su cui poggia tale rinvio attiene proprio al procedimento di formazione della legge; si legge, infatti, che la norma censurata

“tiene completamente celata la sua propria *ratio*, in quanto è stata introdotta nel testo della legge per via di un emendamento di iniziativa parlamentare, messo ai voti ed approvato senza alcuna illustrazione, in assenza di dichiarazioni di voto e in mancanza di prese di posizione del Governo.”

⁹² S. BOCCALATTE, *La motivazione della legge*, cit., 268.

⁹³ In questi termini si esprime B.G. MATTARELLA, *Analisi di impatto della regolamentazione, analisi tecnico-normativa e motivazione degli atti giuridici*, cit., 101.

Nello stesso senso N. LUPO, *Dalla legge al regolamento*, Bologna, 2003, 330-331.

Il punto è sottolineato da ultimo anche da M. DONINI, *Democrazia e scienza penale nell'Italia di oggi: un rapporto possibile?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 1084.

⁹⁴ Per un'analisi di sintesi del ruolo e delle funzioni del Presidente della Repubblica v. C. ROSSANO, *Presidente della Repubblica. Diritto costituzionale*, in *Enc. giur.*, XXV, Roma, 1991; per un'analisi del ruolo del Presidente nell'attuale forma di governo v. M. PERINI, *Le regole del potere: primato del Parlamento o del Governo?*, Torino, 2009, 97-98.

⁹⁵ Tale rinvio è oggetto di analisi in N. LUPO, *Verso una motivazione delle leggi? A proposito del primo rinvio di Ciampi*, in *Quaderni costituzionali*, 2001, 362.

Tale rinvio non arriva certo a porre l'obbligo di motivazione (non potrebbe) ma rappresenta comunque un ulteriore *sintomo* della necessità sempre più avvertita che le decisioni pubbliche siano accompagnate da un corredo di motivazioni, di giustificazioni, così da garantire, da un lato, il principio di trasparenza, dall'altro la necessità che il legislatore – è stato scritto – *rifletta* adeguatamente sulle scelte effettuate.⁹⁶

Un ulteriore argomento a favore della motivabilità della legge, a parere di chi scrive, può essere rintracciato nella caduta di una *mitologia*, quella dell'irresponsabilità del legislatore, che deriva, a sua volta, dalla caduta di altra mitologia, quella dell'insindacabilità del suo agire.⁹⁷ Riconoscere nel popolo sovrano la fonte della legittimazione del potere politico, ha storicamente significato – se ne è già fatto cenno in diverse parti di questo lavoro – fare della legge un atto corrispondente alla volontà del popolo e che perciò non può porsi in contrasto con tale volontà. E ha significato, altresì, formulare l'assunto dell'impossibilità di un danno arrecato ai cittadini dal legislatore.⁹⁸ Il problema della responsabilità del legislatore, al contrario, è un problema proprio di una democrazia pluralistica. Uno stato pluriclasse e pluralistico, in ciò contrapposto allo Stato liberale, incrina il presupposto dell'irresponsabilità del legislatore, “il prodotto dell'attività parlamentare, la legge, non essendo più espressione di un unico interesse o comunque di pochi interessi tra loro sostanzialmente omogenei, non può più essere ricollegato alla volontà generale.”⁹⁹ Il tema ha assunto un rinnovato interesse – come è noto – a partire dal caso *Francovich*¹⁰⁰, con cui è stata riconosciuta la responsabilità di diversi Stati membri per i danni arrecati a singoli a causa della mancata attuazione di una direttiva comunitaria. Si è appena detto “rinnovato” interesse perché il tema è tutt'altro che nuovo e trova le sue stesse radici nell'adozione di costituzioni rigide e nell'introduzione del controllo di costituzionalità. È in tal senso che può così dirsi

⁹⁶ In questi termini si esprime N. LUPO, *Verso una motivazione delle leggi? A proposito del primo rinvio di Ciampi*, cit., 364.

⁹⁷ Sul tema v. R. BIFULCO, *La responsabilità dello Stato per atti legislativi*, Padova, 1999.

⁹⁸ Per approfondimenti sul punto relativi in particolare al pensiero di Hobbes e Rousseau, v. R. BIFULCO, *La responsabilità dello Stato per atti legislativi*, cit., Parte I, cap.1.

⁹⁹ R. BIFULCO, *op. cit.*, 23.

¹⁰⁰ CGCE, 19 novembre 1991, C-6/90 e C-9/90, *Francovich*, in *Foro it.*, IV, 1992, 146.

che “le premesse della sentenza *Francovich* sono nello Stato di diritto costituzionale.”¹⁰¹

4. L'obbligo di motivazione della legge penale.

“La motivazione della legge è lo strumento tecnico per il controllo dei percorsi della dialettica democratica e del metodo discorsivo nella sua formazione. Ciò che assicura il vincolo della riserva di legge in senso sostanziale: vale a dire il rispetto di una reale controllabilità pubblica e in itinere delle decisioni della maggioranza, al di là del requisito maggioritario numerico di regola presente in Parlamento.”
Massimo Donini¹⁰²

“La democrazia, a quanto pare, è cosa abbastanza fortuita. Ma le sue fortune dipendono anche dal nostro comportamento. Non possiamo affidarci alla benevolenza delle forze storiche, ma non siamo neppure semplici vittime di forze cieche su cui non abbiamo alcun controllo. Un'adeguata comprensione dei fondamenti della democrazia e la volontà di renderli possibili ci permetterà di agire in modo da preservarla e, ciò che più conta, di migliorarne la teoria e la pratica.”
Robert Alan Dahl¹⁰³

Con la sentenza n. 14 del 1964, la Corte costituzionale – lo si è già detto nel paragrafo precedente – assume una posizione tutt'altro che intransigente quanto alla presunta non motivabilità delle legge, giungendo a dichiarare che tale principio vale solo «di norma». A commento di tale pronuncia, un autorevole costituzionalista, nel 1986, ebbe modo di dichiarare che “benché il carattere democratico del vigente ordinamento costituzionale dovrebbe suggerire che i provvedimenti legislativi siano *tendenzialmente* motivati, al fine d'azionare forme di responsabilità “diffusa” a carico degli autori dell'atto – è probabile che i tempi siano ancora troppo acerbi per teorizzare con successo l'obbligo di motivazione, sia pure in ipotesi isolate e circoscritte.”¹⁰⁴

Piace pensare che i tempi, oggi, a 25 anni di distanza (e quasi 47 dalla sentenza), possano aver raggiunto quella maturità auspicata dall'autore.

¹⁰¹ R. BIFULCO, *op. cit.*, 5.

¹⁰² M. DONINI, *Democrazia e scienza penale nell'Italia di oggi: un rapporto possibile?*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2010, 1083.

¹⁰³ R. A. DAHL, *Sulla democrazia* (1998), Bari, 2006, 28.

¹⁰⁴ L'autore non mancava di precisare: “in non pochi casi la motivazione delle leggi rappresenti almeno un *onere* per le Camere, questo è difficilmente contestabile.”: M. AINIS, *L'entrata in vigore delle leggi. Erosione e crisi d'una garanzia costituzionale: la vacatio legis*, cit., 214.

Alla luce delle ragioni indicate nel paragrafo precedente; della concezione di democrazia e democrazia penale fin qui esplicitata (su cui, comunque, si ritornerà a breve); del rapporto tra individuo e autorità di cui si è detto nella prima parte; soprattutto, alla luce dell'insegnamento che deriva dall'approccio costituzionalistico del diritto penale, ancora capace – se ne è certi – di svolgere un ruolo guida nella ricerca (che si spera non essere vana) di rimedi capaci di rendere effettiva una democrazia penale che ponga al centro delle sue cure la libertà dell'individuo allo scopo di frenare, per quanto possibile, l'irrazionalità della produzione normativa penale; allo scopo, ancora, di rafforzare la riserva di legge in materia penale (nel senso che si espliciterà nel corso di questo stesso paragrafo) e di consentire un più stringente controllo di costituzionalità delle norme penali, ebbene, alla luce di tali ragioni, si ritiene di poter fondatamente proporre l'introduzione, nel nostro sistema, dell'obbligo di motivazione della legge penale.¹⁰⁵

Prima di addentrarsi nell'analisi di quelle tra le ragioni ora indicate ancora non adeguatamente trattate, merita di essere analizzata una proposta dottrinale autorevolmente sostenuta che rintraccia nell'introduzione dell'approvazione della legge penale a maggioranza dei due terzi dei componenti di ciascuna Camera un

¹⁰⁵ Nel senso dell'introduzione dell'obbligo di motivazione della legge penale si esprime Donini. Per l'autore, in tal modo, il legislatore sarebbe costretto a “una verifica della scientificità del suo progetto, rendendo falsificabili i programmi di criminalizzazione sulla base dei dati utilizzati in *input* e delle risultanze emergenti in *output*”; sia perché la presenza della motivazione potrebbe consentire un intervento della Corte costituzionale che (grazie a rinnovati poteri istruttori, di cui si è detto anche in questo lavoro nel capitolo precedente, § 3) potrebbe fare ricorso ad analisi empiriche nel giudizio di ragionevolezza, v. M. DONINI, *La riforma del codice penale fra politica e cultura giuridica*, in *Questione giustizia*, 2-3, 2004, 505. La proposta di motivazione delle leggi penali, formulata dallo stesso autore anche ne *Il volto attuale dell'illecito penale: la democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, 89, è stata di recente ribadita in *Democrazia e scienza penale nell'Italia di oggi: un rapporto possibile?*, cit., 1083-1085.

Reputa “interessante” l'idea di introdurre modelli procedurali e l'obbligo di motivazione della legge penale allo scopo di garantire un maggior controllo delle ragioni del legislatore D. PULITANO, *Appunti su democrazia penale, scienza giuridica, poteri del giudice*, in G. INSOLERA (a cura di), *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, Bologna, 2005, 139. L'autore si mostra comunque scettico; scrive, infatti: “Ma non mi farei illusioni: quali che siano le procedure, alla fine ritorna il problema sostanziale, chi abbia il potere di decidere e quali gli spazi aperti alla decisione normativa (politica).”: *ibidem*, 139. Né, per il tramite di tali rimedi istituzionali, ritiene l'autore, si potrebbe pensare di rendere giustiziabile il canone della sussidiarietà penale: “Qui sì, sentirei il rischio di scaricare sul custode della Costituzione decisioni a troppo elevato tasso di politicità. La sussidiarietà è un'idea regolativa, che indica un metodo (e un'etica) di approccio al problema penale, ma *non offre* criteri di soluzione di concreti problemi di politica legislativa.”, *idem*.

Favorevole all'introduzione dell'obbligo di motivazione della legge penale si mostra anche Manes che accenna alla questione in V. MANES, *L'eterointegrazione della fattispecie penale mediante fonti subordinate, tra riserva “politica” e specificazione “tecnica”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 85 (nota n. 5).

rimedio di tipo procedimentale capace di contribuire alla costruzione di “norme penali condivise e dotate di credibilità razionale.”¹⁰⁶ L’analisi di tale proposta consentirà di introdurre una serie di argomenti che, a chi scrive, paiono decisivi per fondare la proposta qui avanzata. Vale sottolineare che il rimedio proposto – in ciò distinguendosi dalla teorica del bene costituzionalmente protetto – non intende individuare gli oggetti meritevoli di protezione penale. L’approccio è diverso, è di tipo procedurale e, nell’astenersi dall’indicare “canoni valoriali” – sotto questo versante – è analogo all’impostazione adottata nel corso di questo lavoro.¹⁰⁷

Il ragionamento sviluppato da Musco prende le mosse dall’esistenza di un “filo di continuità” tra la genesi e l’estinzione della norma penale; la legge del 6 marzo 1992 – argomenta l’autore – allo scopo di evitare il ricorso abusivo ai provvedimenti clemenziali¹⁰⁸, ha modificato l’art. 79 Cost. introducendo il vincolo procedurale della maggioranza qualificata per l’approvazione della legge (che deve essere deliberata a maggioranza dei due terzi dei componenti di ciascuna Camera, in ogni suo articolo e nella votazione finale); pertanto – egli ritiene – può farsi altrettanto per il momento genetico della norma penale. Scrive l’autore:

“[U]n *quorum* così elevato impone un confronto parlamentare alto e un consenso altrettanto elevato, non dominato dai rapporti numerici di forza ma dalla razionalità e dalla forza delle argomentazioni. [...] [D]ietro quel vincolo – ed in genere dietro un vincolo – di maggioranza qualificata 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.”¹⁰⁹

¹⁰⁶ E. MUSCO, *L’illusione penalistica*, Milano, 2004. La frase virgolettata è a pag. 179.

Secondo l’autore occorrerebbe introdurre un nuovo comma nell’art. 25 Cost. che così disponesse: “La legge penale è approvata a maggioranza dei due terzi dei componenti di ciascuna Camera”.

¹⁰⁷ Il sistema spagnolo ha adottato una soluzione improntata a una logica di tal tipo, riconducendo (grazie all’opera della riflessione dottrinale, poi confermata dal Tribunale costituzionale) la materia penale a quelle che la Costituzione del 1978 chiama “leggi organiche”, vale a dire “quelle [leggi] relative allo sviluppo dei diritti fondamentali e delle libertà pubbliche [...]”; la [cui] [...] approvazione, modificazione o deroga esige la maggioranza assoluta del Congresso, in una votazione finale sull’insieme del progetto.”: G. FORNASARI, *Il principio di legalità*, in G. FORNASARI, A. MENGHINI, *Percorsi europei di diritto penale*, Padova, 2008, 6, cui si rinvia per ulteriori considerazioni sul tema dei rapporti tra *leyes organicas* e materia penale.

¹⁰⁸ Musco ricorda che il ricorso ai provvedimenti di clemenza, per risolvere il drammatico problema del sovraffollamento delle carceri o per sftlire gli arretrati o, anche, per le più diverse finalità politiche (l’autore ricorda la “celebrazione” dell’entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale) era ormai divenuto in Italia “pane quotidiano”, E. MUSCO, *L’illusione penalistica*, cit., 180.

¹⁰⁹ E. MUSCO, *op. cit.*, 181 (corsivo aggiunto).

Il rimedio della maggioranza dei due terzi si presenta, dunque, in questa proposta, quale veicolo in grado di garantire il pluralismo culturale e politico nella produzione normativa penale (non v'è, dunque, da ravvisarvi alcuna ingenua fiducia nella maggiore razionalità nei grandi numeri). La prognosi stilata dall'autore, sia pur con cautela e senza mistificazione¹¹⁰, configura come probabile una “inversione di tendenza” nella produzione penale:

“con un filtro così rigoroso – scrive Musco – il processo di criminalizzazione dei comportamenti umani sarebbe certamente attivato solo in caso di serie e meditate valutazioni sul loro grado di dannosità, proprio per evitare inutili e defatiganti confronti parlamentari. Finirebbero, così, le ubriacature penalistiche che tanto hanno inquinato la botte del diritto penale, dalla quale non sarebbe più possibile spillare tutta la gamma dei...vini possibili. Ed anche la modernità penalistica riuscirebbe, forse, a trovare risposte meno aleatorie ai suoi (supposti) bisogni di tutela.”¹¹¹

Questo rimedio – da taluno ritenuto inidoneo a ridare maggiore razionalità al diritto penale proprio per il suo carattere formale-procedurale¹¹² – pur esercitando una certa forza persuasiva, non pare a chi scrive convincente sulla base di due considerazioni: Musco pare aderire ad una concezione meramente rappresentativa della democrazia, non riservando alcuna considerazione alla c.d. “democrazia della responsabilità” (su questi concetti si tornerà a breve). L'autore, inoltre, ai fini della legittimità e razionalità del diritto penale, conferisce un ruolo centrale, come si è visto, al *confronto* parlamentare e al *consenso* elevato tra le forze parlamentari. Quanto al primo aspetto, nonostante la centralità ad esso riconosciuta, l'autore non propone alcun rimedio istituzionale volto a renderlo quanto più effettivo possibile.

In relazione al secondo aspetto, quello del *consenso* v'è da chiedersi su quale concezione della democrazia poggi tale idea di ‘consenso ampio’. Anche tale aspetto sarà a breve oggetto di analisi e consentirà di riprendere talune delle riflessioni condotte nell'Introduzione di questa seconda parte.

Per poter adeguatamente dialogare con tale proposta e presentare, al contempo, gli argomenti che inducono chi scrive a proporre l'introduzione dell'obbligo della motivazione della legge penale, occorrerà soffermarsi preliminarmente sul significato stesso del principio di riserva di legge, la cui dimensione sostanziale la motivazione

¹¹⁰ Come egli stesso avverte, E. MUSCO, *op. cit.*, 183.

¹¹¹ E. MUSCO, *op. cit.*, 184.

¹¹² Per questi rilievi critici, G. FIANDACA, *Legalità e democrazia penale*, in *Quaderni fiorentini*, 2007, II, 1271.

contribuirebbe a preservare arginando il sempiterno rischio che la 'legge' di cui all'art. 25 Cost. si riduca a mero contenitore (qui risiede il senso e la ragione di quello che nel corso di tutto questo lavoro si è cercato di dire: che la garanzia penale della legge impone che questa venga intesa come il risultato di un processo democratico, non potendo la legge penale in particolare essere ridotta a mero prodotto della volontà di un mitico – e mitizzato, e perciò inesistente – legislatore razionale). Lo scopo e il valore della riserva di legge, peraltro, a parere di chi scrive, non consistono nel e non implicano il raggiungimento di un “consenso quanto più ampio possibile”. Tale ricerca di un ‘elevato consenso’, del resto, pare rimandare ad una idea di democrazia parlamentare e penale che non si riesce a condividere pienamente, e rimanda più in generale ad un rapporto tra democrazia, riserva di legge e principio maggioritario che si ritiene di dover interpretare diversamente. È sulla base di *un certo modo di intendere* questo rapporto, del resto, che si fonda, qui, la proposta di introdurre l'obbligo di motivazione del diritto penale.

La Costituzione italiana nel riconoscere i principi fondamentali dell'uomo e nell'estendere e accrescere rispetto allo Statuto Albertino le garanzie alla libertà individuale, ha limitato la discrezionalità del legislatore e, nel disciplinare espressamente la materia penale, ha inteso “preservare da ogni arbitrario attentato le libertà della persona e [...] preservare le esigenze del rispetto della personalità”.¹¹³

Tra le molteplici ragioni addotte dalla dottrina per giustificare il valore fondante del principio di legalità nella sua declinazione di riserva di legge¹¹⁴, preme qui soffermarsi sull'esigenza di garantire il singolo dal (rischio di un uso arbitrario e abusivo del) potere punitivo del Leviatano¹¹⁵. La riserva di legge rintraccia il proprio

¹¹³ C. MORTATI, *Ispirazione democratica della Costituzione* (1955), in C. MORTATI, *Scritti sulle fonti del diritto e sull'interpretazione*, Milano, 1972, 283.

Su tale funzione di garanzia del cittadino (nei confronti di possibili pericoli provenienti da tutti e tre e i poteri dello Stato) v., altresì, tra gli altri, G. VASSALLI, *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig. disc. pen.*, VIII, 1994, ove viene anche tratteggiata una storia del principio di legalità.

¹¹⁴ Per una ricostruzione delle diverse impostazioni teoriche (c.d. penalistiche – quali quelle fondate sul concetto di prevenzione generale o sulla categoria della colpevolezza – e c.d. extra-penalistiche – di natura filosofica o politologica) v. l'indagine svolta da M. CATENACCI, “*Legalità*” e “*tipicità del reato*” nello Statuto della Corte penale internazionale, Milano, 2003, cap. III.

¹¹⁵ Nei sistemi liberaldemocratici la riserva di legge poggiava, invece, sul principio di separazione dei poteri e sulla convinzione, propria dell'Illuminismo, che il legislatore non potesse rendersi responsabile di abusi, che non potesse rivelarsi ‘pericoloso’ per il cittadino e, quindi, sulla conseguente convinzione che la legge non potesse che essere giusta. Per queste considerazioni, si rimanda a F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2007, 45.

fondamento (non già in una esigenza di certezza¹¹⁶ quanto, piuttosto) in una esigenza di “massima garanzia per il cittadino”¹¹⁷ (e della sua libertà).¹¹⁸ Esigenza, questa, assicurata dal procedimento di formazione della legge che “pur con le sue inevitabili imperfezioni e lentezze, è nell’attuale momento politico costituzionale il mezzo più idoneo a garantire [il bene della libertà personale].”¹¹⁹ Questo aspetto era stato evidenziato, già nel 1964, da Delitala il quale, negando si potesse rintracciare nella certezza la *ratio* della riserva di legge, scriveva che “[I]a sola ragione che giustifichi la scelta del potere legislativo come unico detentore del potere normativo in materia penale, risiede nella *rappresentatività di quel potere*, nel suo essere espressione non di una stretta oligarchia, ma dell’intero popolo, che, attraverso i suoi rappresentanti,

¹¹⁶ “L’esigenza di certezza, se per essa si intende il porre il destinatario del disposto in grado di conoscere quali siano i comportamenti leciti e quali gli illeciti, è soddisfatta anche se i disposti sono tutti regolamentari. L’unica condizione perché il fine della certezza sia raggiungibile è che la regola giuridica trovi applicazione soltanto per fatti posti in essere dopo l’entrata in vigore della regola stessa. La natura della regola, primaria o secondaria che sia, non riguarda la certezza del diritto.”: M. GALLO, *Appunti di diritto penale. I. La legge penale*, Torino, 1999, 47.

Nello stesso senso, tra gli altri, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 2004, 51 e F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio ‘fondamentale’*, in *Quaderni fiorentini*, 2007, II, 1284, ove si legge: “[È] la peculiarissima esigenza di garanzia a conferire alla legalità penale il suo statuto privilegiato.”

¹¹⁷ In tal senso, F. BRICOLA, *Legalità e crisi: l’art. 25, commi 2° e 3°, della Costituzione rivisitato alla fine degli anni ’70* (1980), in F. BRICOLA, *Scritti di diritto penale*, Vol.I, tomo II, Milano, 1997, 1280.

¹¹⁸ Non si dirà qui del rapporto individuo-autorità e della centralità della libertà nel nostro sistema di cui si è già detto in Parte I, Cap. I, § 2. Per un’indagine comparata del principio di legalità e della istanza garantista di cui è portatore e che “fonda il riconoscimento del principio di legalità in tutti i Paesi civili, essendo il retaggio di conquiste che dovrebbero essere irreversibili” per quanto “le sue «forme di manifestazione» nei vari ordinamenti non sono sempre coincidenti”, v. G. FORNASARI, *Il principio di legalità*, in G. FORNASARI, A. MENGHINI, *Percorsi europei di diritto penale*, Padova, 2008, 2. Sul ruolo fondamentale del principio di legalità nello scenario europeo, si veda anche G. FORNASARI, *Introduzione ai sistemi penali europei*, in G. INSOLERA, N. MAZZACUVA, M. PAVARINI, M. ZANOTTI, *Introduzione al sistema penale*, I, Torino, 2006, 47.

¹¹⁹ Così F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Noviss.Dig.It.*, XIX, Torino, 1973, 39.

In tal senso, v. anche M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, I, *La legge penale*, Torino, 1999, 48: “Il costituente ha conferito alla legge il monopolio della enunciazione della fattispecie penalmente sanzionata (e delle conseguenze sanzionatorie penali) perché le regole penali incidono sui beni fondamentali dei loro destinatari. Si è ritenuto, infatti, che il procedimento legislativo (e [...] il controllo del potere legislativo sugli atti del poter esecutivo cui la Costituzione assegna *forza di legge*) sia in un ordinamento liberal-democratico il mezzo più idoneo a garantire la libertà e i beni fondamentali dei singoli. [...] La ragione della disciplina adottata sta nel consentire, ed è tipico del pensiero liberal-democratico, una riflessione particolarmente attenta sulle ragioni che portano a qualificare reato un certo fatto umano, nonché alla possibilità offerta alle minoranze di intervenire sugli indirizzi e sulle scelte di politica criminale della maggioranza: in un processo dialettico al quale si partecipa – si dovrebbe partecipare – per convincere ma anche per essere convinti.”

si attende che l'esercizio del potere avvenga non già arbitrariamente, ma per il suo bene e nel suo interesse.”¹²⁰ E ancora:

“il parlamento è l'unica sede in cui le voci discordi dell'opposizione possono far valere le loro istanze, e contrastare la «dittatura della maggioranza»: fino a che sarà escogitato altro più valido espediente costituzionale, la garanzia delle libertà individuali dovrà, dunque, rimanere affidata al principio della stretta, assoluta riserva di legge.”¹²¹

Pur dopo la caduta di certe illusioni illuministiche intorno alla legge e al legislatore, la riserva di legge mantiene il suo valore nel farsi garante di una dialettica tra le forze di maggioranza e quelle di minoranza all'interno delle aule parlamentari. La funzione di garanzia cui il principio è preposto, non va quindi intesa, riduttivamente, nell'ottica illuminista, nei termini di una fiducia pressoché incondizionata nella legge in quanto tale. La garanzia, oggi, deriva piuttosto da un “triplice controllo sul prodotto legislativo”: quello esercitato dai cittadini grazie alla pubblicità dell'*iter* di formazione di una legge; quello esercitato dalle minoranze; quello, infine, esercitato dalla Corte costituzionale.¹²² Tale controllo plurale è volto, da un lato, a rifuggire il rischio che la democrazia si risolva nel principio maggioritario (ma, a parere di chi scrive, può non essere superfluo iniziare qui ad evidenziare l'ovvio e vale a dire che, comunque, la democrazia può consistere *anche* del principio maggioritario) e, dall'altro, a far sì che la legge stessa non si presenti arbitraria alla luce dei parametri costituzionali, “*nonostante che – al limite – la legge sia sicuramente espressione di una volontà democratica in quanto approvata senza contrasti o addirittura all'unanimità.*”¹²³ La riserva di legge si fa così portatrice di due, interconnesse,

¹²⁰ G. DELITALA, *Cesare Beccaria e il problema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1964, 965 (corsivo aggiunto).

¹²¹ G. DELITALA, *op. cit.*, 969.

¹²² Su tale “triplice controllo” v. F. PALAZZO, *Legge penale, Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 344.

Le molteplici funzioni del principio di legalità sono sottolineate anche da chi scrive: “Da parte mia, ho sempre cercato di persuadere gli studenti della assoluta sostanzialità anche del profilo di garanzia approntato dalla riserva di legge, che non si limita ad assicurare la correttezza del metodo di produzione (incentrato sul confronto fra gli interessi in gioco), ma affida all'organo costituzionale democraticamente legittimato la scelta dei beni giuridici da tutelare penalmente e delle modalità della tutela (tipo di fattispecie oggettiva, elemento soggettivo, tipo e quantità della sanzione, eventuali circostanze esimenti o incidenti sulla sanzione stessa.”: G. FORNASARI, *Riserva di legge e fonti comunitarie. Spunti per una riflessione*, in D. FONDAROLI (a cura di), *Principi costituzionali in materia penale e fonti sovranazionali*, Padova, 2008, 18.

¹²³ F. PALAZZO, *Legge penale*, cit., 344.

istanze, quella garantista e quella democratica. È su quest'ultima che si intende ora focalizzare l'attenzione.¹²⁴

L'idea di democrazia cui la riflessione penalistica sembra spesso rinviare è quella che vede le opposizioni, dunque le forze di minoranza, non svolgere solo un controllo critico sulle scelte della maggioranza quanto una sorta di *collaborazione* con quelle scelte. Molti penalisti, dunque, quando giustificano il principio di riserva di legge sembrano accogliere una idea di democrazia che non si accontenta del principio 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 dalla diverse appartenenze politico-ideologiche.”¹²⁵

Ora, *rafforzare* il principio di legalità nella sua declinazione della riserva di legge non implica, a parere di chi scrive, aderire necessariamente all'idea della ricerca di un ampio consenso, come pure autorevolissime voci sostengono, mosse (se si è ben inteso) dalla volontà di rintracciare il senso stesso della riserva di legge nell'idea per cui il ‘primato della legge’ trovi ragione nell'essere, essa, prodotto di una “*condivisione*” e di un “confronto pubblico “orientato all'*intesa*”, aperto a tutte le posizioni ideali presenti nella società”¹²⁶. In tale ‘intesa’ si intravedono, così, le basi del principio di legalità penale: una epistemologia illuministica da un lato, una politica liberaldemocratica, dall'altro.¹²⁷

Pare di poter intravedere, in tali posizioni, una sorta di equiparazione o di coincidenza tra *ratio* della riserva di legge, liberaldemocrazia, dibattito parlamentare e raggiungimento di un'intesa *tra tutte le forze parlamentari*, quasi che il mancato raggiungimento del consenso, o di un elevato consenso coincidesse con una mancata democrazia, con una democrazia penale non realizzata, non compiuta (sul punto v. Parte II, Introduzione). A questa concezione sembra ispirata la proposta di Musco sopra richiamata (si pensi all'enfasi conferita dall'autore alla ricerca di un ampio consenso tra le forze parlamentari).

¹²⁴ Sul punto v. G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, cit. V. anche F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio fondamentale*, in *Quaderni fiorentini*, 2007, 1279. Si rinvia altresì per considerazioni sul tema agli scritti di M. DONINI già citati.

¹²⁵ G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, cit., 1253.

¹²⁶ In tal senso, tra gli altri, D. PULITANÒ, *Appunti su democrazia penale, scienza giuridica, poteri del giudice*, cit., 123 (corsivo aggiunto).

¹²⁷ In tal senso, D. PULITANÒ, *op. cit.*, 122.

Una sorta di 'insofferenza' per il principio maggioritario, accompagnata da più che legittimi timori di 'dittature della maggioranza', inducono, però, da un lato, e forse eccessivamente, a mettere in secondo piano i *valori* di cui lo stesso principio maggioritario si fa portatore; dall'altro a proporre rimedi che si concentrano sul solo meccanismo di voto nelle aule parlamentari (il momento finale, dunque, dell'*iter* di formazione di una legge) più che, come qui si è cercato di fare (v. Parte II, Cap. 1), configurare strumenti di intervento volti ad incidere sullo stesso procedimento di formazione. La considerazione della legge penale quale mera decisione (a cui purtroppo induce la realtà dei fatti, e non solo italiani, come si è visto nel corso della Parte I di questo lavoro) impedisce di considerarne la dimensione *in divenire*, impedisce di progettarne lo sviluppo dialettico. Rende, cioè, in qualche modo, dimentichi dell'importanza del *processo* che ha condotto all'adozione della legge penale stessa. Pertanto, si tende a dedicare maggiore attenzione a possibili rimedi in grado di incidere sul 'momento finale', quello della votazione appunto, piuttosto che rintracciare strumenti capaci di incidere sul processo di formazione. Qui, pare di poter dire, sta una delle differenze fondamentali della considerazione della legge come *voluntas* o come *ratio* su cui tante volte si è tornati nel corso del lavoro.

Se ci si pone in questa ottica alternativa, il consenso (pure auspicabile) assumerà un ruolo diverso, importante ma non cruciale (vengono qui in ausilio evidentemente, di nuovo, le considerazioni svolte nell'Introduzione di questa seconda parte).

Il principio di maggioranza rappresenta, innanzitutto, un criterio di tipo tecnico necessario per risolvere conflitti in modo tale da addivenire all'assunzione di decisioni, ma è anche un principio che, in un sistema *costituzionale*, una volta inserito in un contesto di formazione dialogica delle opinioni, è in grado di valorizzare il principio di uguaglianza tra le persone nel momento riconosce ad ognuna il valore delle proprie decisioni.¹²⁸ Riconoscere valore al principio maggioritario vuol dire ricordarsi (anche quando questo non dovesse risultare particolarmente gradito) della *natura molteplice della città* di cui parlava Aristotele¹²⁹

¹²⁸ Sul principio maggioritario il rimando obbligato è a E. RUFFINI, *Il principio maggioritario* (1927), Milano, 1976.

¹²⁹ Si veda J. WALDRON, *Principio di maggioranza e dignità della legislazione*, Milano, 2001, 140. L'autore dedica il terzo, il quarto e il quinto capitolo del suo lavoro, rispettivamente, al ruolo

Il modo di intendere la democrazia da parte della riflessione penale poc'anzi richiamata, come si è accennato, pare anche enfatizzare maggiormente l'idea della democrazia come *rappresentanza* più che l'idea della democrazia come *responsabilità*.¹³⁰ La differenza non è da poco, soprattutto se si considera il diverso modo di intendere il processo di adozione di una deliberazione pubblica (e lo stesso principio maggioritario) in una concezione rispetto all'altra.¹³¹

Se si enfatizza il ruolo delle aule parlamentari quali sedi rappresentative del popolo nelle sue multiformi e plurali sfaccettature, prevarrà una concezione di tipo *proiettivo* (l'assemblea deve, cioè, *rispecchiare* il corpo elettorale).¹³² In questa concezione, ovviamente, il principio maggioritario va superato in quanto principio non democratico:

“[s]e l'indice della «democraticità» di una decisione collettiva è la corrispondenza del suo contenuto alla volontà popolare, è evidente che la democraticità sarà tanto maggiore quanto minore è il dissenso rispetto alla decisione stessa.”¹³³

In questa concezione, il ruolo della minoranza non è quello di fungere da opposizione; al contrario, dovrà porsi con atteggiamento collaborativo nei confronti delle posizioni della maggioranza nel momento in cui si adottano decisioni.

Una concezione di tal tipo, trasferita sul piano della democrazia penale, implica la ricerca del consenso, dell'ampia intesa e induce a concepire democratica quella legge penale che è frutto di un 'trasversale' accordo tra le più diverse forze politiche.

Porre l'accento, invece, sulla democrazia della *responsabilità* (di chi governa un Paese, di chi assume decisioni) vuol dire, invece, vedere nel principio maggioritario un principio di rappresentanza e non già di prevaricazione antidemocratica. Il ruolo della minoranza non sarà più quello di una forza di collaborazione ma di opposizione. Sul piano penale, una legge sarà comunque democratica, pur se adottata senza una larga intesa, purchè l'opposizione abbia potuto svolgere il suo ruolo di

ricosciuto alla *dignità della legislazione* (quale momento della pluralità e del disaccordo) in Kant, Locke e Aristotele.

¹³⁰ Per un'introduzione ai concetti della responsabilità e della rappresentanza si rinvia alle considerazioni svolte nel paragrafo precedente.

¹³¹ Per una interessante analisi di tale tema v. S. PAJNO, *Considerazioni su principio democratico e principio di legalità*, in *Dir. pub.*, 2005, 467.

¹³² S. PAJNO, *op. cit.*, 501.

¹³³ S. PAJNO, *op. cit.*, 502.

contraddittore, di duellante dialettico (dovrebbe ora risultare manifesto il senso delle riflessioni svolte nell'Introduzione in materia di democrazia dialogica).

Riconoscere che molti degli ordinamenti occidentali volgono verso questo secondo tipo di democrazia, vuol dire forse accettare l'idea della sconfitta dell'idea (e dell'ideale) della legalità e della democrazia penale? V'è da dare risposta negativa all'interrogativo. Una democrazia che pure vede in fase recessiva la rappresentatività (nel senso di “*rispecchiamento*” delle componenti popolari nelle decisioni¹³⁴) non comporta necessariamente l'indebolimento della legge e della legalità penale e delle loro funzioni di garanzia, piuttosto ne propone una concezione diversa.¹³⁵

Quello che qui si è tentato di dire è che non è il consenso a farsi garante della democrazia penale, come non può esserlo il solo principio maggioritario. La democrazia penale e il senso stesso della riserva di legge sta nella possibilità effettiva di garantire il “controllo democratico sui contenuti delle scelte di incriminazione.”¹³⁶

Tale possibilità effettiva di controllo – lo si ribadisce – non si realizza con il raggiungimento del consenso. Il senso di quel controllo è un altro – come si è cercato di dire nel primo capitolo di questa parte trattando del rapporto tra scienza della legislazione e diritto penale – risiedendo nella possibilità, da un lato, di rintracciare procedure che garantiscano un effettivo confronto, dall'altro di consentire il ricorso a strumenti di conoscenza garanti del metodo scientifico del diritto penale nella formazione stessa del diritto penale. Sono questi gli strumenti che permettono alla riserva di legge di non essere – come già si è detto richiamando le parole di Donini

¹³⁴ La parola “rispecchiamento” è mutuata da S. PAJNO, *op. cit.*, 510.

¹³⁵ Riecheggia imperioso l'invito di Palazzo: “È [...] sotto gli occhi di tutti che la legalità, anche quella [...] penale, ha subito nello scorcio dell'ultimo secolo lo scotimento concettuale di un vero e proprio terremoto teorico e pratico. Nel nostro specifico campo del penale, basti pensare a tre grandi fattori ormai strutturali quali furono e sono: l'ingresso del costituzionalismo, [...]; l'impegno richiesto alla magistratura nel fronteggiare fenomeni criminosi nuovi e imponenti [...]; la pressione delle plurime fonti internazionali ed in particolare di provenienza europea sull'autarchico e tradizionale nazionalismo penale [...]. Cincischiare ancora con formule svuotate dai fatti rischia solo di rendere definitivamente irrecuperabile i valori sostanziali e profondi della legalità.[...] La legalità penale ha cambiato volto. La *garanzia* non sta più tutta ed esclusivamente né nella provenienza parlamentare della legge, né in quella sua compiutezza ed univocità linguistico-testuale in cui il giudice dovrebbe muoversi quasi meccanicisticamente. La legge è garanzia non più per la democraticità in qualche modo ‘presunta’ dei suoi *contenuti*, bensì per il *procedimento* della sua formazione, che consente la dialettica parlamentare e il controllo dell'opinione pubblica nonostante il principio maggioritario, e per il *sindacato* di costituzionalità, che è capace di colmare il ‘vuoto’ contenutistico della democrazia con una tavola di valori costitutiva della più profonda identità popolare.”: F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio fondamentale*, cit., 1279-1281 e 1321-1322.

¹³⁶ M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale: la democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, cit., 83.

(Parte II, Cap. 1, § 1) – una “tigre di carta”, che non svolge alcun ruolo di garanzia se le forze di maggioranza parlamentare non trovano quei vincoli che la scienza della legislazione può porre loro.

È accogliendo tale concezione della riserva di legge che può cogliersi il legame con l’eventuale introduzione dell’obbligo di motivazione della legge penale. “La motivazione della legge – è stato autorevolmente scritto – costituisce la premessa epistemologica e politica per assicurare alla riserva di legge una dimensione sostanziale, che renda possibile l’attuazione dei percorsi della ragione pubblica secondo parametri noti e *steps* tracciabili e controllabili: un domani anche in termini di ragionevolezza (razionalità rispetto ai valori e agli scopi) e sussidiarietà (razionalità rispetto alle conseguenze), da parte della Corte costituzionale.”¹³⁷

Ed è in tal modo che l’approccio costituzionalistico può rinnovarsi, non già – come è stato detto – irrigidendosi in parametri determinati una volta per tutte “bensì [...] proietta[ndosi] nel gioco complesso e dinamico di una democrazia costituzionale sostanzialmente orientata in senso discorsivo-deliberativo.”¹³⁸

Prima di avviarsi alla conclusione, è ora necessario passare in rassegna una serie di argomenti contrari all’introduzione dell’obbligo di motivazione con cui ora, proprio alla luce delle riflessioni fin qui condotte, può risultare più agevole dialogare.

Innanzitutto, non pare insuperabile la critica che fa leva sulla qualità della motivazione; una pessima redazione, si sostiene, o comunque una non eccellente redazione della motivazione, potrebbe essere causa di innumerevoli problemi di ordine interpretativo, cui conseguirebbero contrasti tra la motivazione di una norma e le sue disposizioni. Sulla base di analoghe considerazioni, si ritiene che, pur qualora ben scritta, la motivazione, a sua volta, dovrebbe comunque essere interpretata, così “aumentando esponenzialmente il rischio di difficoltà ermeneutiche, se non di vere e proprie antinomie”¹³⁹; e finanche si sostiene che la motivazione potrebbe essere inutile, potendo risolversi in niente altro che in un mero ‘rito del potere’¹⁴⁰.

¹³⁷ M. DONINI, *Democrazia e scienza penale nell’Italia di oggi: un rapporto possibile?*, cit., 1084.

¹³⁸ G. FIANDACA, *Legalità e democrazia*, cit., 1275.

¹³⁹ Così S. BOCCALATTE, *La motivazione della legge*, cit., 4725.

¹⁴⁰ A. ROMANO TASSONE A., *Sulla c.d. “funzione democratica” della motivazione degli atti dei pubblici poteri*, in A. RUGGERI (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Torino, 1994, 47. Scrive l’autore: “Il dubbio – ma è in me quasi certezza – è che la motivazione sia funzionale, in realtà, non già alla comunità dei cittadini, ma proprio e soltanto all’autorità, cui consente di auto-rappresentarsi in termini sostanzialmente apologetici, sollecitando, per le proprie

Il tipo di argomento non convince. Criticare un istituto sulla sola base della sua possibile patologia si presenta, quantomeno agli occhi di chi scrive, quale argomento di tipo debole. Del resto, sulla base di questi stessi argomenti la motivazione non dovrebbe corredare, evidentemente, né una sentenza né un atto amministrativo. Queste critiche, a bene vedere, considerano la sola funzione interpretativa della motivazione senza tener conto delle altre, parimenti importanti, del controllo democratico e del controllo nel giudizio di costituzionalità; colgono, dunque, solo parzialmente la portata dell'istituto.

Altro argomento (superabile, pur esso) è quello che considera la pubblicità dei lavori parlamentari come *sufficiente* segno di trasparenza e democrazia; la motivazione, quindi, non aggiungerebbe nulla di nuovo in questo senso.¹⁴¹ Ci si può limitare a controbattere che questo argomento pare confondere la motivazione e la trasparenza di un sistema con la comunicazione pubblica, e la giustificabilità del potere con la sua visibilità o accessibilità che dir si voglia.

Gli argomenti contrari più stringenti, in realtà, paiono essere altri.

Il primo ritiene che la motivazione della legge sia, in realtà, uno strumento 'ademocratico', in alcun modo connesso (né storicamente né strutturalmente) con la democrazia.¹⁴² "L'apparato motivazionale – è stato detto a sostegno di tale concezione – è uno strumento che vuole difendere l'esercizio del potere normativo: nulla più."¹⁴³ Richiedere la motivazione della legge significherebbe, allora, ammettere una crisi di democraticità del sistema, significherebbe riconoscere la debolezza del Parlamento nell'età contemporanea.¹⁴⁴ Messa in questi termini, la motivazione sembrerebbe svolgere la funzione ausiliaria di un bastone al *vecchierel*

decisioni, una legittimazione politica di cui essa non è più in grado di munirle soggettivamente.[...] L'epifania di se stesso, che il potere mette in scena nella motivazione delle proprie decisioni, costituisce forse solo il momento di una liturgia, rassicurante e mistificatoria, il cui unico scopo è la ricerca di un consenso collettivo non meno fittiziamente razionale.": *ibidem*, 47.

¹⁴¹ S. BOCCALATTE, *La motivazione della legge*, cit., 117.

¹⁴² S. BOCCALATTE, *op. cit.*, 118.

¹⁴³ S. BOCCALATTE, *op. cit.*, 119.

¹⁴⁴ Considerazioni analoghe sono state condotte da un illustre autore in relazione alla motivazione della sentenza penale e al processo: "Si potrebbe dire – senza voler svalutare l'obbligo di motivazione che ha dignità di rango costituzionale (art. 111 comma I) – che il proliferare del vizio [di motivazione] nei ricorsi è espressione di un «garantismo inquisitorio» che si risolve nell'offrire tenui correttivi di facciata ad una procedura inquinata nei suoi principi naturali. La rivendicazione del diritto al controllo della *ratio decidendi* in fatto cresce proporzionalmente all'aggravarsi dello squilibrio tra i poteri del giudice e quelli delle parti: pur contribuendo a sanare in qualche misura tale squilibrio, essa non riesce però a riportare la realtà giudiziaria alla purezza della dialettica processuale.": E. AMODIO, *La motivazione della sentenza penale*, cit., 182.

bianco, infermo, mezzo vestito e scalzo, condizione, questa, cui sarebbe ormai ridotto il nostro sistema democratico. O, peggio, potrebbe significare rivelare la diffidenza verso un organo tanto mitizzato nel passato quanto bistrattato oggi.

La motivazione della norma penale, al contrario, a parere di chi scrive, contribuirebbe a legittimare la decisione adottata dal legislatore, consentendole di esplicitare quella “funzione democratica” cui si è già fatto cenno nei paragrafi precedenti (il diritto penale, lo si è già detto più volte, non può ritenersi pienamente legittimato in virtù della sua sola derivazione da un organo competente a produrre leggi).¹⁴⁵ La motivazione non è il bastone utile ad un vecchio morente, è uno strumento che può corredare l’agire di un antico organo rinnovato nella sua stessa concezione. Questo primo argomento contrario sembra pensare alla democrazia nel suo solo significato di “rappresentatività-rispecchiamento” di cui si è già parlato, e sembra non tenere conto del pluralismo istituzionale in cui occorre collocare la legge; pare, cioè, non riconoscere il dovuto peso che l’istituto potrebbe svolgere in sede di giudizio di costituzionalità.

Sulla base di altro argomento contrario, si sostiene che se pur venisse introdotta la motivazione della legge questa non assumerebbe che un ruolo marginale nell’eventuale giudizio di costituzionalità, posto che tale giudizio ha ad oggetto atti e non già attività (di cui gli atti sono il risultato).¹⁴⁶ E se pure vi fosse una motivazione,

¹⁴⁵ L’idea di “legittimazione di una decisione” che qui si accoglie, evidentemente, non fa leva esclusivamente su un principio di legittimazione di natura soggettiva, un principio, cioè, da intendersi nel senso di “ogni crisma legittimante che si fonda sulla investitura del titolare del potere (o su sue peculiari caratteristiche).” Qui si fa riferimento ad un criterio di legittimazione di natura oggettiva, da intendersi nel senso di “ogni modulo dell’azione pubblica idoneo ad ingenerare nei cittadini la credenza nella legittimità delle decisioni d’apparato.”

Questo significa, tra l’altro, che la legittimazione di una decisione deriva non solo dalla titolarità del potere del soggetto che l’ha adottata ma anche, ad esempio, dal procedimento che ha condotto a quella decisione; è un certo procedimento e non un altro, è “un modulo di azione” e non un altro che possono fornire legittimazione.

Ma, ancora, tale forma di legittimazione obiettiva può far derivare la legittimazione di una decisione dalla sua “razionalità rispetto ad un valore”. Per un’analisi della motivazione quale strumento di legittimazione politica della decisione cui accede v. A. ROMANO-TASSONE, *Sulla c.d. “funzione democratica” della motivazione degli atti dei pubblici poteri*, in A. RUGGERI (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Torino, 1994, 36 e 37, da cui sono tratte le frasi virgolettate.

¹⁴⁶ In questo senso, G. LOMBARDI, *Motivazione (Diritto costituzionale)*, cit., 956. L’autore conclude il suo lavoro precisando: “In altre parole la motivazione, mentre non vale a vincolare il giudice costituzionale ad una certa interpretazione della legge, cioè a ricavare da essa, obbligatoriamente, uno piuttosto che un altro contenuto normativo, opera ciò nonostante nel senso di rendere evidente il fine dal legislatore storicamente prefissosi – sia esso apparente o reale –, e qualora questo diverga da quello obiettivamente ricavabile dalle norme, ne emerge necessariamente un sintomo di quella

questa si riferirebbe alla volontà parlamentare e non già a quella legislativa, e quindi non potrebbe avere rilievo neanche ai fini dell'interpretazione.¹⁴⁷

La critica che si ritiene di poter muovere a queste pur puntuali considerazioni è che esse non considerano però lo specifico modo di essere del giudizio di costituzionalità condotto con il criterio della ragionevolezza di cui si è detto nel secondo capitolo di questa parte e a cui pertanto si rinvia.

Diversamente da questa serie di argomenti critici, qui si ritiene di dover ancora una volta sottolineare la funzione democratica che la motivazione può svolgere; il punto pare ben evidenziato da una definizione dell'istituto elaborata da Gavazzi: la motivazione è un “discorso strumentale, preparatorio e giustificativo di quello imperativo della decisione o della prescrizione, come esposizione delle ragioni (vere o false, buone o cattive, congrue o incongrue, non importa) che vengono o possono venire portate a giustificazione della prescrizione.”¹⁴⁸ Né può sottacersi il fatto che, prima ancora di consentire un funzione di controllo, la motivazione consente a quegli stessi soggetti tenuti ad adottarla “una presa di conoscenza della realtà” e una “maggiore *ponderazione* delle scelte [...] e della responsabilità che esse comportano.”¹⁴⁹ E, ancora, e dal punto di vista del cittadino, la motivazione della legge potrebbe inaugurare una nuova modalità nel dialogo tra legge e singolo.¹⁵⁰

Così come si detto nel primo paragrafo di questo capitolo quanto alla motivazione della sentenza, anche con riferimento alla motivazione della legge può pertanto

antinomia logica della legge stessa, per cui questa interna contraddizione rivela in trasparenza lo sviamento rispetto ai fini previsti dalla Costituzione.”: *ibidem*, 958.

¹⁴⁷ G. LOMBARDI, *op. cit.*, 957.

¹⁴⁸ G. GAVAZZI, *La motivazione delle leggi*, cit., 177. La qualificazione della motivazione nei termini di un discorso è diffusa in dottrina, v., tra gli altri, A. ROMANO TASSONE, *Sulla c.d. “funzione democratica” della motivazione degli atti dei pubblici poteri*, cit., 3741, in cui si parla di “un discorso di cui si avvalgono, a diversi e non omogenei fini, vari soggetti (giudice, ricorrente, opinione pubblica nel contesto di un sindacato diffuso)”.

¹⁴⁹ G. LOMBARDI, *Motivazione (Diritto costituzionale)*, cit., 954.

Nello stesso senso, si è sottolineato che la motivazione impone “un pausa meditativa nel processo di formazione dell'atto onde inducono il soggetto che ne è autore ad un'adeguata ponderazione che è, poi, una garanzia per l'applicazione del principio di legalità.”: S. EVANGELISTA, *Motivazione della sentenza civile*, cit., 159.

¹⁵⁰ C. M. IACCARINO, *Studi sulla motivazione*, cit., 130. Aggiunge l'autore: “[S]econdo alcuni la motivazione della legge indurrebbe il singolo a considerare la norma come il mezzo con cui lo Stato, sollecito del benessere sociale, provvede meglio e più efficacemente ai bisogni collettivi, invece di considerarla come l'atto di imperio, dovuto all'arbitrio del legislatore, se non addirittura sorto a vessazione di interessi privati. Forse in tal modo la legge potrebbe essere considerata più norma di condotta che non atto d'imperio del principe, ed essere osservata più perché è riuscita a persuadere che perché comanda coattivamente. E se ciò potesse avvenire, sarebbe infinitamente meglio.”: *ibidem*, 131.

individuarsi una duplice ‘direzione’ e funzione: una rivolta ai consociati (e qui risiede la funzione di ‘controllo di tipo esterno’), l’altra, più specificamente rivolta ai giudici, sia nel momento interpretativo dell’applicazione, sia nella fase del sindacato di costituzionalità. In relazione a tale ultimo punto (e riprendendo così le riflessioni condotte nel cap. II di questa seconda parte) la motivazione della legge penale potrebbe costituire uno strumento specialmente rilevante proprio ai fini del sindacato di ragionevolezza della legge.¹⁵¹ Il valore della motivazione, infatti – vale ribadirlo – merita di essere considerato dalla prospettiva ampia di tutto il sistema costituzionale e non solo dall’angolo visuale *interno* del sistema penale.

In conclusione (e sintetizzando in poche battute il senso di tutto questo lavoro) in uno Stato di diritto costituzionale – *ontologicamente* condizionato dal riconoscimento e dal rispetto della libertà individuale, e fondato perciò sulla ‘premessa fondamentale’ della precedenza sostanziale della persona umana rispetto allo Stato – la pretesa che il legislatore penale motivi le proprie decisioni deriva dall’intollerabilità che “il potere [risultando] di per sé *una ragione*, una ragione sufficiente, non [abbia] bisogno di *fornire ragioni*.”¹⁵²

¹⁵¹ In questi termini, P. CARETTI, *Motivazione. Diritto costituzionale*, cit., 6.

¹⁵² L. GIANFORMAGGIO, *Filosofia e critica del diritto*, Torino, 1995, 52 (corsivo aggiunto).

In questo stesso senso J. L. MASHAW, *Reasoned Administration: The European, the United States, and the Project of Democratic Governance*, in *76 Geo. Wash L. Rev.* 99, ove si legge: “But what makes reason giving legitimating? The answer I think relates back to the Aristotelian view of responsibility, that is, the human capacity both to have and to give reasons for one’s behavior, [...]. For in a democracy, the basic unit of social value is the individual: persons are viewed from a Kantian perspective as ends in themselves, and governments are democratically legitimate to the extent that they seek to carry out the collective desires of the citizenry. Those desires are, of course, only vaguely and imperfectly expressed through electoral processes and representative institutions, which themselves, of necessity, delegate large amounts of discretionary authority to unelected officials. But, in a polity where the individual is the basic unit of social value, the fundamental reason for accepting law, or any official decisionmaking, as legitimate, is that reasons can be given why those subject to the law would affirm its content as serving recognizable collective purposes.”: *ibidem*, 116-118.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *Lessico di biopolitica*, Roma, 2006.

ACKERMAN B., *Il deliberation day, festa per informarsi e discutere*, in G. BOSETTI, S. MAFFETTONE (a cura di), *Democrazia deliberativa: cosa è*, Roma, 2004, 77.

AGAMBEN G., *Stato di eccezione*, Torino, 2003.

AINIS M., *L'entrata in vigore delle leggi. Erosione e crisi d'una garanzia costituzionale: la vacatio legis*, Padova, 1986.

AINIS M., *L'eclissi della legge*, in U. VINCENTI (a cura di), *Inchiesta sulla legge nell'occidente giuridico*, Torino, 2005, 61.

AINIS M., *Le questioni scientifiche controverse nella giurisprudenza costituzionale*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali*, Torino, 2005, 23.

AINIS M., *Sul rilievo dei «fatti» nel giudizio di legittimità costituzionale*, in <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/rivista/2010/00/Ainis01.pdf>

AINIS M., *Sventola a destra il pregiudizio di sinistra*, in *Domenica. Il Sole 24 Ore*, 16.1.2011, 17.

ALBANESI E., *Pareri parlamentari e limiti della legge*, Milano, 2010.

ALEXI R., *Teoria dell'argomentazione giuridica* (1978), Milano, 1998.

ALLDRIDGE P., BRANTS C. (a cura di), *Personal Autonomy, the Private Sphere and the Criminal Law*, Oxford and Portland, 2001.

AMATO G., *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1976.

AMATO P., *Antigone e Platone. La "biopolitica" nel pensiero antico*, Milano, 2006.

AMNESTY INTERNATIONAL REPORT, *United States of America. Military Commissions Act of 2006. Turning bad policy into bad law*, in Index number: AMR 51/154/2006,

BIBLIOGRAFIA

<http://www.amnesty.org/en/library/asset/AMR51/154/2006/en/dom-AMR511542006en.html>

AMODIO E., *La motivazione della sentenza penale*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977.

ANGIONI F., *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983.

ASCHERI M., *Introduzione storica al diritto moderno e contemporaneo*, Torino, 2008.

ASHWORTH A., *Is the Criminal Law a Lost Cause?*, in *116 Law Quarterly Review*, 2000, 225.

ASHWORTH A., *Conceptions of Overcriminalization*, in *5 Ohio St. J. Crim. L.* 407, 2008.

ASHWORTH A., *Principles of Criminal Law*, Oxford, 2009.

AZZARITI G., *I principi generali del processo costituzionale e le loro discordanze dalle esperienze della giustizia comune*, in E. BINDI, M. PERINI, A. PISANESCHI (a cura di), *I principi generali del processo comune ed i loro adattamenti alle esperienze della giustizia costituzionali*, Torino, 2008, 251.

BACCO F., *Sentimenti e tutela penale: alla ricerca di una dimensione liberale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 1165.

BAKER J.S. JR., *Jurisdictional and Separation of Powers Strategies to Limit the Expansion of Federal Crimes*, in *54 The American University Law Review*, 2005.

BAKER J.S. JR., *Measuring the Explosive Growth of Federal Crime*, in http://www.fed-soc.org/doclib/20070404_crimreportfinal.pdf

BALDASSARRE A., *Diritti pubblici soggettivi*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1989.

BALDASSARRE A., *I poteri conoscitivi della Corte costituzionale e il sindacato di legittimità astratto*, in *Giur. cost.*, 1973, 1497.

BALDASSARRE A., *Intervento*, in N. OCCHIOCUPO (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Padova, 1984, 121.

BIBLIOGRAFIA

- BALDASSARRE A., *Libertà (problemi generali)*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990.
- BARATTA A., *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1985, 443.
- BARATTA A., *La politica criminale e il diritto penale della Costituzione. Nuove riflessioni sul modello integrato delle scienze penali*, in S. CANESTRARI (a cura di), *Il diritto penale alla svolta di fine millennio*, Torino, 1998, 24.
- BARILE P., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Milano, 1994, 21.
- BARKOW R.E., *The Political Market for Criminal Justice*, in *104 Mich. L. Rev.* 1713, 2006.
- BARNETT R.E., *Restoring the Lost Constitution. The Presumption of Liberty*, Princeton and Oxford, 2004.
- BARTH A., *The Price of Liberty*, New York, 1972.
- BARTOLE S., *Introduzione allo studio della tecnica di redazione di testi legislativi*, in S. BARTOLE, *Lezioni di tecnica legislativa*, Padova, 1988, 1.
- BARTOLE S., *Controllo di razionalità e determinazione previa di criteri e protocolli di giudizio*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Milano, 1994, 203.
- BAUMAN Z., *Intervista sull'identità* (a cura di B. VECCHI), Bari-Roma, 2003.
- BAUMAN Z., *Paura liquida* (2006), Bari-Roma, 2008.
- BEALE S. S., *What's Law Got To Do With It? The Political, Social, Psychological and Other Non-Legal Factors Influencing the Development of (Federal) Criminal Law*, 1 *Buffalo Criminal Law Review*, 23, 1997.
- BEALE S. S., *The Many Faces of Overcriminalization: From Morals and Mattress Tags to Overfederalization*, 54 *American University Law Review* 747, 2005.

BIBLIOGRAFIA

- BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene* (1764), Milano, 2007.
- BENAZZO A., *Libertà civili, politica della sicurezza e lotta al terrorismo nell'America di Obama*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 2009, 3-4, 97.
- BENELLI F., *Il contraddittorio nel processo sulla legge*, in E. BINDI, M. PERINI, A. PISANESCHI (a cura di), *I principi generali del processo comune ed i loro adattamenti alle esperienze della giustizia costituzionale*, Torino, 2008, 125.
- BETTINI R., *Monitoraggio sul sistema penale e progettazione legislativa*, in *Riv.trim.sc. amm.*, 1985, I, 67.
- BIANCHI P., *Un'amicizia interessata. L'amicus curiae davanti alla Corte Suprema degli Stati Uniti*, in *Giur.cost.*, 1995, 4751.
- BIFULCO R., *La responsabilità dello Stato per atti legislativi*, Padova, 1999.
- BIN R., *Atti normativi e norme programmatiche*, Milano, 1988.
- BIN R., *Capire la Costituzione*, Roma-Bari, 2002.
- BIN R., *La Corte e la scienza*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali*, Torino, 2005, 1.
- BOBBIO N., *Principi generali del diritto*, in *Noviss. Dig. It. XIII*, Torino, 1966.
- BOBBIO N., *Prefazione*, in C. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica* (1958), Torino, 1966, XI.
- BOBBIO N., *Il futuro della democrazia*, Torino, 1984.
- BOBBIO N., *L'età dei diritti*, (1987), in N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1997, 45.
- BOBBIO N., *Sul fondamento dei diritti dell'uomo* (1964), in N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1997, 5.
- BOCCALATTE S., *La motivazione della legge*, Padova, 2008.
- BONA C., BAZZANELLA B., *L'assegno di mantenimento nella separazione. Un saggio tra diritto e scienze cognitive*, Trento, 2008.

BIBLIOGRAFIA

BONINI C., *Guantanamo*, Torino, 2004.

BONINI S., *Fattispecie «complementari» inutile «doppione» di norme penali più generali?*, in M. DONINI (a cura di), *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare*, Milano, 2003, 268.

BONINI S., *Quali spazi per una funzione simbolica del diritto penale?*, in *L'Indice penale*, 2003, 491.

BONINI S., *La tutela penale dell'euro: quali aspetti simbolici (in rapporto ai prioritari aspetti strumentali)*, in A. BERNARDI (a cura di), *La tutela dell'euro. Teoria e prassi*, Padova, 2005, 159.

BONINI S., *Doping e diritto penale*, Padova, 2006.

BOSETTI G., MAFFETTONE S., *Introduzione*, in G. BOSETTI, S. MAFFETTONE (a cura di), *Democrazia deliberativa: cosa è*, Roma, 2004, 5.

BOUCHARD M., *Guantanamo. Morte del processo e inizio dell'apocalisse*, in *Quest. Giust.*, 2003, 534.

BOURKE J., *Paura. Una storia culturale*, Bari-Roma, 2007.

BOYCE R.N., DRIPPS D.A., PERKINS R.M., *Criminal Law and Procedure. Cases and Materials*, New York, 2007.

BRICOLA F., *Teoria generale del reato*, in *Noviss.Dig.It.*, XIX, Torino, 1973.

BRICOLA F., *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative*, in M. DE ACUTIS, G. PALOMBARINI (a cura di), *Funzioni e limiti del diritto penale*, Padova, 1984, 3.

BRICOLA F., *Carattere 'sussidiario' del diritto penale e oggetto della tutela*, in *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, I, Milano, 1984, 99.

BRICOLA F., *La depenalizzazione nella legge 24 novembre 1981, n.689: una svolta «reale» nella politica criminale*, F. BRICOLA, *Scritti di diritto penale*, Vol. I, Tomo II, Milano, 1997, 1439.

BIBLIOGRAFIA

BRICOLA F., *Legalità e crisi: l'art. 25, commi 2 e 3 della Costituzione, rivisitato alla fine degli anni '70*, in F. BRICOLA, *Scritti di diritto penale*, Vol. I, Tomo II, Milano, 1997, 1275.

BRICOLA F., *Politica criminale e politica penale dell'ordine pubblico (a proposito della legge 22 maggio 1975 n. 152)*, in F. BRICOLA, *Politica criminale e scienza del diritto penale*, Bologna, 1997, 101.

BRICOLA F., *Rapporti tra dogmatica e politica criminale*, in F. BRICOLA, *Politica criminale e scienza del diritto penale*, Bologna, 1997, 221.

BROWN D.K., *Rethinking Overcriminalization*, in *The Berkeley Electronic Press*, <http://law.bepress.com/espresso/eps/995>, 2006.

BROWN D.K., *Democracy and Decriminalization*, in *86 Texas Law Review*, 223, 2007.

CADOPPI A., VENEZIANI P., *Elementi di diritto penale. Parte generale*, Padova, 2007.

CALAMANDREI P., *Processo e democrazia*, in P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, I, Napoli, 1965.

CALAMANDREI P., *L'avvenire dei diritti di libertà*, in P. CALAMANDREI, *Costruire la democrazia*, Firenze, 1995, 115.

CALAMANDREI P., *La crisi della legalità (1945)* in P. CALAMANDREI, *Costruire la democrazia*, Firenze, 1995, 15.

CALVI A., *Dogmatica penale e politica criminale nel pensiero di Franco Bricola*, in S. CANESTRARI (a cura di), *Il diritto penale alla svolta di fine millennio*, Torino, 1998, 198.

CAMERLENGO Q., *I poteri istruttori della Corte costituzionale e l'accesso degli elementi scientifici nel giudizio di costituzionalità*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Biotecnologie e valori costituzionali*, Torino, 2005, 163.

CAMPANINI G., *Ragione e volontà nella legge*, Milano, 1965.

BIBLIOGRAFIA

CANESTRARI S., CORNACCHIA L., DE SIMONE G., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2007.

CAPOLUPO C., *Le decisioni di inammissibilità*, in M. SCUDIERO, S. STAIANO (a cura di), *La discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Napoli, 1999, 1.

CAPUTO A., *La libertà delle persone. Diritto penale e coercizione personale nella crisi dello Stato costituzionale*, in *Quest. Giust.*, 2004, 219.

CAPUTO A., *Diseguali, illegali, criminali (Una guida alla lettura)*, in *Quest. Giust.*, 2009, 83.

CARETTI P., *Motivazione. Diritto costituzionale*, in *Enc. giur.*, XX, Roma, 1990.

CARETTI P., *Responsabilità politica*, in *Enc. giur.*, XXVI, Roma, 1991.

CARETTI P., *La libertà personale nella Costituzione*, in *Quest. Giust.*, 2004, 225.

CARETTI P., *I diritti fondamentali*, Torino, 2005.

CARNELUTTI F., *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951.

CARNELUTTI F., *Aspetti problematici del processo al legislatore* in F. CARNELUTTI, *Discorsi intorno al diritto*, III, Padova, 1961, 293.

CARRARA F., *Programma del corso di diritto criminale, Parte generale*, IV ed., Lucca, 1871.

CARRARA F., *Programma del corso di diritto criminale, Parte generale*, V ed., Bologna, 1993.

CASONATO C., *Judges and rights: activism, restraints, and legitimacy*, in C. CASONATO (a cura di), *The protection of fundamental rights in Europe: lessons from Canada*, Trento, 2004, 27.

CASONATO C., *Introduzione al biodiritto*, Torino, 2009.

BIBLIOGRAFIA

CATENACCI M., *“Legalità” e “tipicità del reato” nello Statuto della Corte penale internazionale*, Milano, 2003.

CERRI A., *I poteri istruttori della Corte costituzionale nei giudizi sulle leggi e sui conflitti*, in *Giur. cost.*, 1978, 1335.

CERRI A., *Poteri (divisione dei)*, in *Enc. giur.*, XXIII, Roma, 1990.

CERRI A., *I modi argomentativi del giudizio di ragionevolezza delle leggi: cenni di diritto comparato*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Milano, 1994, 131.

CERRI A., *Relazione conclusiva al Convegno*, in E. BINDI, M. PERINI, A. PISANESCHI (a cura di), *I principi generali del processo comune ed i loro adattamenti alle esperienze della giustizia costituzionale*, Torino, 2008, 527.

CHELI E., *Informazione, decisione politica, controllo sociale: spunti per un’analisi comparata*, in *Il diritto dell’informazione e dell’informatica*, 1987, 813.

CHELI E., *Il giudice delle leggi*, Bologna, 1996.

CHEMERINSKY E., *Constitutional Law: principles and policies*, New York, 2002.

COFFEE J.C., *Does ‘Unlawful’ Mean ‘Criminal’?: Reflections on the Disappearing Tort/Crime Distinction in American Law*, 71 *B.U.L. Rev.* 193, 1991.

COFFEE J., *Paradigm Lost: The Blurring on the Criminal and Civil Law Models – And What Can Be Done About it*, in 101 *Yale Law Journal* 1875, 1992.

COHEN J., *Deliberation and Democratic Legitimacy*, in A. HAMLIN, P. PETTIT (a cura di), *The Good Polity*, Oxford, 1989.

COHEN J., *Procedure and Substance in Deliberative Democracy*, in S. BENHABIB (a cura di), *Democracy and Difference*, Princeton, 1996, 95.

COLB S.F., *Freedom from Incarceration: Why is This Right Different from All Other Rights?*, in 69 *New York University Law Review*, 781, 1994.

BIBLIOGRAFIA

COLE D., *Enemy Aliens* in M. DONINI, M. PAPA (a cura di), *Diritto penale del nemico*, Milano, 2007, 241.

COLE D., DEMPSEY J.H., *Terrorism and the Constitution*, New York, 2002.

CORDERO F., *Procedura penale*, Milano, 2006.

CORNELLI R., *Paura della violenza e crisi del sistema penale moderno*, in *Filosofia politica*, 1, 2010, 71.

COSTA P., *Pagina introduttiva. I diritti dei nemici: un ossimoro?*, in *Quaderni fiorentini*, 2009, I, 1.

CRISAFULLI V., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952.

CRISAFULLI V., *Giustizia costituzionale e potere legislativo*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati. Aspetti e tendenze del diritto costituzionale*, 4, Milano, 1977, 129.

CRISCUOLI G., *Amicus curiae*, in *Enc. giur.*, II, Roma, 1988.

CRISTIANO R., *Le decisioni interpretative di rigetto*, in M. SCUDIERO, S. STAIANO (a cura di), *La discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Napoli, 1999, 147.

CROUCH C., *Postdemocrazia*, Bari, 2004.

D'AMICO G., *I dubbi della scienza al vaglio della Corte costituzionale: dalle incertezze della scienza alle certezze del diritto (materiali giurisprudenziali)*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali*, Torino, 2005, 237.

D'AMICO G., *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, Messina, 2008.

D'AMICO G., *Struttura ed effetti delle decisioni*, in E. BINDI, M. PERINI, A. PISANESCHI (a cura di), *I principi generali del processo comune ed i loro adattamenti alle esperienze della giustizia costituzionale*, Torino, 2008, 205.

BIBLIOGRAFIA

- D'AMICO M., *Qualità della legislazione, diritto penale e principi costituzionali*, in *Riv. dir. cost.*, 2000, 3.
- D'ANDREA L., *Verso una democratizzazione del contraddittorio nel giudizio costituzionale incidentale*, in *Giur. cost.*, 1994, 552.
- D'ORAZIO G., *Soggetto privato e processo costituzionale italiano*, Torino, 1992.
- DAHL R. A., *Sulla democrazia* (1998), Bari, 2006.
- DAMASIO A.R., *Descartes' error: emotion, reason, and the human brain*, New York, 1994.
- DANFORD J. W., *Roots of Freedom. A Primer on Modern Liberty*, Wilmington, 2000.
- DE BENEDETTO M., *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. Giur.*, XX, 2003, Roma.
- DE FRANCESCO G., *Programmi di tutela e ruolo dell'intervento penale*, Torino, 2004.
- DE FRANCISCIS M.E., *In margine alle sentenze sul caso dei detenuti di Guantanamo: la ragion di Stato e le garanzie processuali negli Stati Uniti d'America*, in *Rassegna Parlamentare*, 2005, 427.
- DE GIORGI A., *Introduzione all'edizione italiana di J. SIMON, Il governo della paura*, Milano, 2008.
- DELITALA G., *Cesare Beccaria e il problema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964, 965.
- DENNINGER E., *Diritti dell'uomo e legge fondamentale*, Torino, 1998.
- DI GIOVINE O., *Un diritto penale empatico? Diritto penale, bioetica e neuroetica*, Torino, 2009.
- DICKMAN P.H. (a cura di), *Liberty, Property, and the Foundations of the American Constitution*, New York, 1989.
- DICKMAN R., *L'istruttoria legislativa nelle commissioni. Profili formali e garanzie sostanziali per un giusto procedimento legislativo*, in *Rass. Parl.*, 1, 2000, 207.

BIBLIOGRAFIA

DILLON DAVEY J., *The Bill of Rights Today. Constitutional Limits on the Powers of Government*, Lanham, 2008.

DINOI M., *Lo sguardo e l'evento*, Firenze, 2008.

DOLCINI E., *Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, 395.

DOLCINI E., *Il reato come offesa a un bene giuridico: un dogma al servizio della politica criminale*, in S. CANESTRARI (a cura di), *Il diritto penale alla svolta di fine millennio*, Torino, 1998, 211.

DONINI M., *Teoria del reato*, Padova, 1996.

DONINI M., *Teoria del reato*, in *Dig. disc. pen.*, XIV, Torino, 1999.

DONINI M., *La riforma della legislazione penale complementare: il suo significato «costituente» per la riforma del codice*, in M. DONINI (a cura di), *La riforma della legislazione penale complementare*, Padova, 2000, 4.

DONINI M., *Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta fondamentale. L'insegnamento dell'esperienza italiana*, in *Foro It.*, 2001, V, 29.

DONINI M., *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 141.

DONINI M., *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto tra diritto penale e politica*, in M. DONINI, *Alla ricerca di un disegno*, Padova, 2003, 3.

DONINI M., *Per un codice penale di mille incriminazioni: progetto di depenalizzazione in un quadro del «sistema»*, in M. DONINI, *Alla ricerca di un disegno*, Padova, 2003, 219.

DONINI M., *Il volto attuale dell'illecito penale: la democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004.

BIBLIOGRAFIA

DONINI M., *La riforma del codice penale fra politica e cultura giuridica*, in *Quest. Giust.*, 2004, 487.

DONINI M., *Democrazia penale e ruolo della scienza*, in G. INSOLERA (a cura di), *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, Bologna, 2005, 27.

DONINI M., *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. Pen.*, 2008, 3558.

DONINI M., “Danno” e “offesa” nella c.d. tutela penale dei sentimenti, in *Riv.dir.proc.pen.*, 2008, 1546.

DONINI M., *Il terrorista-straniero come nemico e le contraddizioni di una giurisdizione penale di lotta*, in *Quaderni fiorentini*, 2009, II, 1699.

DONINI M., *Principi costituzionali e sistema penale. Modello e programma*, in *ius17@unibo.it*, 2, 2009, 417.

DONINI M., *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Quest. Giust.*, 2009, 101.

DONINI M., *Democrazia e scienza penale nell'Italia di oggi: un rapporto possibile?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 1067.

DONINI M., INSOLERA G., *Considerazioni introduttive*, in G. INSOLERA (a cura di), *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, Bologna, 2005, 11.

DRIPPS D.A., *Overcriminalization, Discretion, Waiver: A Survey of Possible Exit Strategies*, in *109 Penn. St. L. Rev.* 1155, 2005.

DUBBER M. D., *Toward a Constitutional Law of Crime and Punishment*, February, 2004 *55 Hastings L.J.* 509.

DUKER W., *A Constitutional History of Habeas Corpus*, London, 1980.

BIBLIOGRAFIA

DUSI P., *Discorso giuridico penale e cultura della società*, in M. DE ACUTIS, G. PALOMBARINI (a cura di), *Funzioni e limiti del diritto penale. Alternative di tutela*, Padova, 1984, 161.

DWORKIN R., *I diritti presi sul serio* (1977), Bologna, 1982.

DWORKIN R., *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, 1996.

DWORKIN R., *Is Democracy Possible Here?*, Princeton and Oxford, 2006.

DYER J., *The Perpetual Prisoner Machine. How American Profits from Crime*, Boulder, 2000.

EBERLE E. J., *Dignity and Liberty. Constitutional Visions in Germany and the United States*, Westport, 2002.

ELLEN FRANKEL P., H. DICKMAN (a cura di), *Liberty, Property, And the Foundations of the American Constitution*, New York, 1989.

ESCOBAR R., *Metamorfosi della paura*, Bologna, 1997.

EVANGELISTA S., *Motivazione della sentenza civile*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977.

FALCON G., *Alcune questioni a valle delle decisioni della Corte*, in <http://www.forumcostituzionale.it/site/>

FALCON G., *Lezioni di diritto amministrativo, I, L'attività*, Padova, 2009.

FANCHIOTTI V., *Il dopo 11 settembre e l'USA Patriot Act: lotta al terrorismo e "effetti collaterali"*, in *Quest. Giust.*, 2004, 283.

FASSÒ G., *Legge. Teoria generale*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973.

FAVA P., *La Consulta e la qualità della regolazione nella multilevel governance: i rischi e i pericoli di un'apertura incondizionata alle procedure di consultazione degli interessati e alla motivazione delle leggi*, in *Corr. giur.*, 2005, 1515.

BIBLIOGRAFIA

- FERRAJOLI L., *Il diritto penale minimo*, in *Dei delitti e delle pene*, 1985, 493.
- FERRAJOLI L., *Crisi della legalità e diritto penale minimo*, in U. CURI, G. PALOMBARINI, *Diritto penale minimo*, Roma, 2002, 9.
- FERRAJOLI L., *La libertà nell'era del liberismo*, in *Quest. Giust.*, 2004, 333.
- FERRARESE M. R., *Il successo dell'istituzione giudiziaria*, in U. VINCENTI (a cura di), *Inchiesta sulla legge nell'occidente giuridico*, Torino, 2005, 79.
- FERRARI G.F., *Rappresentanza istituzionale*, in *Enc. giur.*, XXV, Roma.
- FERRARI M., *Risk perception, Culture, and Legal Change*, Farnham e Burlington, 2009.
- FIANDACA G., *Il bene giuridico come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, 139.
- FIANDACA G., *La nuova legge anti-droga tra sospetti di incostituzionalità e discrezionalità legislativa*, in *Foro it.*, 1991, I, 2630.
- FIANDACA G., *Relazione introduttiva al Convegno nazionale promosso dal Centro studi giuridici e sociali Cesare Terranova, svoltosi a Palermo nei giorni 7-10 novembre 1991*, in *Verso un nuovo codice penale*, Milano, 1993, 3.
- FIANDACA G., *Il sistema penale tra utopia e disincanto*, in S. CANESTRARI (a cura di), *Il diritto penale alla svolta di fine millennio*, Torino, 1998, 50.
- FIANDACA G., *La legalità penale negli equilibri del sistema politico-costituzionale*, in *Foro it.*, 2000, V, 137.
- FIANDACA G., *In tema di rapporti tra codice e legislazione penale complementare*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 137.
- FIANDACA G., *Controllo di razionalità e legislazione penale*, in G. FIANDACA, *Il diritto penale tra legge e giudice*, Padova, 2002.

BIBLIOGRAFIA

FIANDACA G., *Spunti problematici di riflessione sull'attuale ruolo della scienza penalistica*, in G. INSOLERA (a cura di), *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, Bologna, 2005, 49.

FIANDACA G., *Legalità e democrazia penale*, in *Quaderni fiorentini*, II, 2007, 1247.

FIANDACA G., DI CHIARA G., *Una introduzione al sistema penale per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, 2003.

FIANDACA G., MUSCO E., *Perdita di legittimazione del diritto penale?*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1994, 23.

FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2007.

FINUCANE M.L., ALHAKAMI A., SLOVIC P., JOHNSON S.M., *The Affect Heuristic in Judgments of Risks and Benefits*, in *Journal of Behavioral Decision Making*, 13, 1, 2000.

FIORILLO M., *Corte costituzionale e separazione dei poteri*, in A. RUGGERI (a cura di), *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 311.

FISCHER L., *American Constitutional Law*, Durham, 2001.

FISHKIN J., *Il sondaggio deliberativo, perchè e come funziona*, in G. BOSETTI, S. MAFFETTONE (a cura di), *Democrazia deliberativa: cosa è*, Roma, 2004, 25.

FLAHERTY G., *Law and Enforcement of Morals in Early America (1971)*, in L.M. FRIEDMAN-H.N.SCHEIBER (a cura di), *American Law and the Constitutional Order*, Cambridge, 1978.

FLICK G.M., *Costituzione e processo penale tra il principio di ragionevolezza ed uno sguardo verso l'Europa (2009)*, in http://www.astrid-online.it/rassegna/26-01-2010/Flick_Processo-penale_17_11_09.pdf.

FONER E., *The Story of American Freedom*, New York and London, 1998.

FOOTE C., LEVY R. J., *Criminal Law. Cases and Materials*, Boston-Toronto, 1981.

BIBLIOGRAFIA

FORNASARI G., *Ragionevolezza, dissociazione e sequestro di persona a scopo di estorsione*, in *Foro it.*, 1984, I, 2082.

FORNASARI G., *Introduzione ai sistemi penali europei*, in G. INSOLERA, N. MAZZACUVA, M. PAVARINI, M. ZANOTTI, *Introduzione al sistema penale*, I, Torino, 2006, 47.

FORNASARI G., *Il principio di legalità*, in G. FORNASARI, A. MENGHINI, *Percorsi europei di diritto penale*, Padova, 2008, 1.

FORNASARI G., *Riserva di legge e fonti comunitarie. Spunti per una riflessione*, in D. FONDAROLI (a cura di), *Principi costituzionali in materia penale e fonti sovranazionali*, Padova, 2008, 17.

FOUCAULT M., *La volontà di sapere. Storia della sessualità*, I (1976), Milano, 1985.

FOUCAULT M., *Nascita della biopolitica: corso al Collège de France (1978-1979)*, Milano, 2005.

FRIEDMAN L. M., *A History of American Law*, New York, 1973.

FRIEDMAN L. M., *American Law in the 20th Century*, New Haven and London, 2002.

FROSINI T.E., *Lo stato di diritto si è fermato a Guantanamo in Diritto pubblico comparato ed europeo*, 4, 2005, 1645.

FROSINI T.E., *Il diritto costituzionale alla sicurezza*, è consultabile sul sito disponibile alla pagina <http://www.forumcostituzionale.it/>.

GALGANO F., *Civile e penale nella produzione di giustizia*, in M. DE ACUTIS, G. PALOMBARINI (a cura di), *Funzioni e limiti del diritto penale. Alternative di tutela*, Padova, 1984, 85.

GALGANO F., *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contratto e impresa*, 1985, 1.

GALIMBERTI U., *Il corpo*, Milano, 2000.

GALLAS T., *Interventi dell'OCSE e dell'UE sulle procedure da seguire per rendere più efficiente l'attività normativa dei governi degli Stati membri e dell'Unione*

BIBLIOGRAFIA

europea, in E. CATELANI, E. ROSSI (a cura di), *L'analisi di impatto della regolamentazione (AIR) e l'analisi tecnico-normativa (ATN) nell'attività normativa del Governo*, Milano, 2003, 277.

GALLI C., *La produttività politica della paura. Da Machiavelli a Nietzsche*, in *Filosofia politica*, 1, 2010, 10.

GALLO M., *Appunti di diritto penale, I, La legge penale*, Torino, 1999.

GARLAND D., *La cultura del controllo* (2001), Milano, 2004.

GAVAZZI G., *La motivazione delle leggi*, in *Il politico*, 1974, 173.

GERWICK COUTURE W., *White Collar Crime's Gray Area: The Anomaly of Criminalizing Conduct Not Civilly Actionable*, 2009 72 *Alb. L. Rev.* 1.

GETI P. L., *Prospettive di estensione del contraddittorio nel conflitto Stato-Regione*, in E. BINDI, M. PERINI, A. PISANESCHI (a cura di), *I principi generali del processo comune ed i loro adattamenti alle esperienze della giustizia costituzionale*, Torino, 2008, 347.

GIANFORMAGGIO L., *Modelli di ragionamento giuridico. Modello deduttivo, modello induttivo, modello retorico*, in U. SCARPELLI (a cura di), *La teoria generale del diritto. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, Milano, 1983, 131.

GIANFORMAGGIO L., *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1985, 65.

GIANFORMAGGIO L., *Filosofia e critica del diritto*, Torino, 1995.

GIANNINI M. S., *Documentazione amministrativa*, in *Enc.dir.*, XIII, Milano, 1964.

GIANNINI M. S., *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc .dir.*, XXVII, Milano, 1977.

GIANNINI M.S., *Motivazione*, in M. AINIS (a cura di), *Dizionario costituzionale*, Roma-Bari, 2000.

BIBLIOGRAFIA

GILL T., SLIEDREGT E., *Guantanamo Bay: a reflection on the legal status and rights of "unlawful enemy combatants"* in A.M. HOL, J.A.E.VERVAELE (a cura di), *Security and Civil Liberties: The Case of Terrorism*, Antwerpen-Oxford, 2005, 1.

GIUPPONI T.F., *Sicurezza personale, sicurezza collettiva e misure di prevenzione. La tutela dei diritti fondamentali e l'attività di intelligence*, in <http://www.forumcostituzionale.it/site/paper-del-forum.html>

GOEBEL J., JR., *King's Law and Local Custom in Seventeenth-Century New England* (1931), in L. M. FRIEDMAN, H. N. SCHEIBER (a cura di), *American Law and the Constitutional Order*, Cambridge (USA), 1978.

GOODENOUGH O. R., PREHN K., *A neuroscientific approach to normative judgment in law and justice*, in S. ZERI, O. GOODENOUGH, *Law and the brain*, Oxford, 2006.

GOTTLIEB S.E. (a cura di), *Public Values in Constitutional Law*, Ann Arbor, 1993.

GRANDE E., *Il terzo strike*, Palermo, 2007.

GRASSO K. L., RODRIGUEZ CASTILLO (a cura di), *Liberty Under Law. Constitutionalism Yesterday, Today and Tomorrow*, University Press of America, 1998.

GRECO T., *Sicurezza/insicurezza: figure e paradigmi di un dibattito*, in T. GRECO (a cura di), *Dimensioni della sicurezza*, Torino, 2009, 1.

GREEN S. P., *Why It's A Crime To Tear the Tag Off a Mattress: Overcriminalization and the Moral Content of Regulatory Offenses*, in *46 Emory L. J.* 1533, (1997).

GREEN S.P., *Is There Too Much Criminal Law?*, *6 Ohio St. J. Crim. L.* 737, (2009).

GROPPI T., *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Milano, 1997.

GROSSI P., *Società, diritto, stato*, Milano, 2006.

GROSSI P., *L'Europa del diritto*, Bari, 2007.

GROSSI P., *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2007.

BIBLIOGRAFIA

- GROTTANELLI DE' SANTI G., *Note introduttive di diritto costituzionale*, Torino, 1988.
- GUIDELLI P., *La motivazione della legge. Il caso della legge regionale toscana 22 ottobre 2008, n. 55*, in <http://www.consiglio.regione.toscana.it/leggi-e-banche-dati/oli/Corso-qualita-normaz-UNIFI/CORSO%202008-2009/TESINE%20DI%20FINE%20CORSO/013%20-%20Guidelli.pdf>, 2.
- GUTMANN A., THOMPSON D., *Why deliberative democracy?*, Princeton and Oxford, 2004.
- HABERMAS J., *Fatti e norme* (1992), Napoli, 1996.
- HASKINS G.L., *The Legal Heritage of Plymouth Colony* (1962), in L. M. FRIEDMAN-H. N. SCHEIBER (a cura di), *American Law and the Constitutional Order*, Cambridge, 1978.
- HEALY G., *There Goes the Neighborhood: The Bush-Ashcroft Plan to "Help" Localities Fight Gun Crime*, in G. HEALY (a cura di.), *Go Directly to Jail. The Criminalization of Almost Everything*, Washington, 2004.
- HOLMES S., *Judicial Independence as Ambiguous Reality and Insidious Illusion*, in R. DWORKIN (a cura di), *From Liberal Values to Democratic Transition*, Budapest and New York, 2004.
- HUIGENS K., *What Is and Is Not Pathological in Criminal Law*, in *101 Mich. L. Rev.* 811, (2002).
- HUSAK D. N., *Retribution in Criminal Theory*, Fall, *37 San Diego L. Rev.* 959, 2000.
- HUSAK D., *The Morality of Criminal Law: A Symposium in Honor of Professor Sandy Kadish: Holistic Retributivism*, *88 Calif. L. Rev.* 991, 2000.
- HUSAK D., *Legalize This! The case for decriminalizing drugs*, London-New York, 2002.
- HUSAK D., *Is the Criminal Law Important?*, *1 Ohio St. J. Crim. L.* 261, 2003.

BIBLIOGRAFIA

HUSAK D., *The Criminal Law as Last Resort*, *Oxford Journal of Legal Studied*, Vol. 24, No.2, 2004, 207-235.

HUSAK D., *Applying Ultima Ratio: A Skeptical Assessment*, 2 *Ohio St. J. Crim.* 535, 2005.

HUSAK D., *Overcriminalization. The Limits of the Criminal Law*, New York, 2008.

HUSAK D., *Drugs, Addiction, Therapy, and Crime: Predicting the Future: A Bad Reason to Criminalize Drug Use*, *Utah L. Rev.* 105, 2009.

HUSAK D.N., *Predicting the Future: A Bad Reason to Criminalize Drug Use*, *Utah L. Rev.* 105, 2009.

IACCARINO C. M., *Studi sulla motivazione*, Roma, 1933.

IANNUZZI A., *Motivazione (Diritto costituzionale)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, IV, Milano, 2006.

INSOLERA G., *Presentazione*, in G. GIOSTRA, G. INSOLERA, *Costituzione, diritto e processo penale*, Milano, 1998.

INSOLERA G., *Democrazia, ragione e prevaricazione*, Milano, 2003.

INSOLERA G., *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, in G. INSOLERA, N. MAZZACUVA, M. PAVARINI, M. ZANOTTI (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, I, Torino, 2006, 313.

INSOLERA G., PAVARINI M., *Quale ordine al disordine penale?*, in M. DONINI (a cura di), *La riforma della legislazione penale complementare*, Padova, 2000, 61.

JACKSON V. C.-TUSHNET M., *Comparative Constitutional Law*, New York, 2006.

JAREBORG N., *Criminalization as Last Resort (Ultima Ratio)*, 2 *Ohio St. J. Crim. L.* 521, 2004.

JASANOFF S., *The Fifth Branch*, Cambridge, 1990.

JASANOFF S. *Science at the bar*, Cambridge, 1995.

BIBLIOGRAFIA

- JEMOLO A.C., *Che cos'è la Costituzione* (1946), Roma, 1996, 63.
- JOHNSON P.E., *Criminal Law. Cases, Materials and Text*, St. Paul, Minn., 2000.
- KADISH H. S., *Some Observation on the Use of criminal Sanctions in Enforcing Economic Regulations*, 30 *university of Chicago Law review*, 423, 1963.
- KADISH H.S., *The Crisis of Overcriminalization*, 374 *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 157, 1967.
- KADISH H. S., *More on Overcriminalization*, 15 *UCLA Law Review* 719, 1972.
- KADISH H. S., *Procedural Due Process of Law, Criminal*, in *Encyclopedia of the American Constitution*, Vol. 3, New York, 1986.
- KADISH H. S., *The Folly of Overfederalization*, in 46 *Hastings L. J.* 1247, 1995.
- KADISH H. S., *Fifty Years of Criminal Law: An Opinionated Review*, in 87 *Calif. L. Rev.* 943, 1999.
- KADISH H. S., SCHULHOFER S. J., *Criminal Law and Its processes. Cases and Materials*, New York, 2001.
- KAGAN R.A., *Adversarial legalism : the American way of law*, Cambridge and London, 2001.
- KAHAN D., *What Do Alternative Sanctions mean?*, in 63 *University of Chicago Law Review* 591, 1996.
- KAHAN D. M., *Two Conceptions of Emotion in Risk Regulation*, 156 *U.Pa. L. Rev.* 741, 2008.
- KAHAN D. M., SLOVIC P., BRAMAN D., GASTIL J., *Fear of Democracy: A Cultural Evaluation of Sunstein On Risk*, 119 *Harv. L. Rev.* 1071, 2006.
- KAHNEMAN D., TVERSKY A., *Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk*, in *Econometrica*, Vol. 47, No. 2. (Mar., 1979), 263.

BIBLIOGRAFIA

KAHNEMAN D., SLOVIC P., TVERSKY A. (a cura di), *Judgement under uncertainty: Heuristics and biases*, Cambridge, 1982.

KAHNEMAN D., SLOVIC P., TVERSKY A. (a cura di), *Judgement under Uncertainty*, Cambridge, 1986.

KAMMEN M., *Spheres of Liberty. Changing Perceptions of Liberty in American Culture*, Madison, 1986.

KAMMEN M., *Sovereignty and Liberty. Constitutional Discourse in American Culture*, Madison, 1988.

KANN M. E., *Punishment, Prisons, and Patriarchy. Liberty and Power in the Early American Republic*, New York and London, 2005.

KAPLAN J., WEISBERG R., *Criminal Law. Cases and Materials*, Boston, Toronto, London, 1991.

KATZER J.K., *A Tale of Two Liberals: Departure at Supreme Court Review of Punitive Damages*, in 29 *Whittier Law Review*, 625, 2008.

KAUPER P. G., *Frontiers of Constitutional Liberty* (1956), New York, 1971.

KELLY A. H. (a cura di), *Foundations of Freedom in the American Constitution*, New York, 1958.

KOZINSKI A., TSEYTLIN M., *You are (Probably) a Federal Criminal*, in T. LYNCH (a cura di), *In the name of Justice: Leading Experts Reexamine the Classic Article "The Aims of the Criminal Law"*, Washington, 2009.

KURLAND A.H., *First Principles of American Federalism and the Nature of Federal Criminal Jurisdiction*, in *Emory Law Journal* 45 (1996), 1.

LACEY N., *State Punishment*, London and New York, 1988.

LACEY N., WELLS C., QUICK O., *Reconstructing Criminal Law*, London, 2003.

LAKOFF G., M. JOHNSON, *Metaphors we live by*, Chicago and London, 1980.

BIBLIOGRAFIA

- LANCHESTER F., *Drafting normativo e forma di governo*, in S. TRAVERSA, *Scienza e tecnica della legislazione. Lezioni*, Napoli, 2006, 285.
- LANGER L., *Judicial Review in State Supreme Courts. A Comparative Study*, New York, 2002.
- LANZILLO M. L., *Paura. Strategie di governo di una «strana passione»*, in *Filosofia politica*, 1, 2010, 29.
- LARSON P., MARASCHIO N., *Per una storia del termine italiano libertà*, in http://www.accademiadellacrusca.it/img_usr/Articolo_Maraschio_Larson.pdf.
- LATTANZI G., *Sanzioni penali e sanzioni amministrative: criteri di scelta e canoni modali in una circolare della presidenza del consiglio*, in *Foro it.*, 1985, V, 251.
- LAVAGNA C., *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, in AA.VV., *Studi in onore di C. Esposito*, III, Padova, 1973, 1572.
- LEVINE K. L., *The External Evolution of Criminal Law*, Summer, 2008 *45 Am. Crim. L. Rev.* 1039.
- LEWIS M., HAVILAND-JONES J.M., FELDMAN BARRETT L. (a cura di), *Handbook of emotions*, New York e London, 2000.
- LISZT L., *La teoria dello scopo nel diritto penale*, (1905) Milano, 1962.
- LIVELY D. E., *Judicial Review and the Consent of the Governed. Activist Ways and Popular Ends*, Jefferson and London, 1990.
- LOEWY A.H., *Criminal Law. Cases and Materials*, Cincinnati, 1991.
- LOMBARDI G., *Motivazione (Diritto costituzionale)*, in *Noviss. Dig. It.*, X, 1964.
- LOVELAND I. (a cura di), *The Frontiers of Criminality*, London, 1995.
- LUCIANI M., *I fatti e la Corte: sugli accertamenti istruttori del giudice costituzionale nei giudizi sulle leggi*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, 1988, 521.

BIBLIOGRAFIA

LUCIANI M., *Giurisdizione e legittimazione nello Stato costituzionale di diritto (ovvero: di un aspetto spesso dimenticato del rapporto fra giurisdizione e democrazia)*, in *Pol. dir.*, 1998, 365.

LUNA E., *The Overcriminalization Phenomenon*, in *54 Am. U.L. Rev.* 703, 2005.

LUPO N., *Tendenze contraddittorie in tema di razionalizzazione del procedimento legislativo*, in *Gazzetta giuridica*, 23 maggio 1997, 20, 5.

LUPO N., *L'informazione parlamentare nell'istruttoria legislativa in Commissione*, in M. CARLI (a cura di), *Il ruolo delle Assemblee elettive*, II, Torino, 2001, 227.

LUPO N., *La "motivazione" delle leggi alla luce del nuovo titolo V Cost.*, in <http://www.consiglio.regione.toscana.it/leggi-e-banche-dati/Oli/Relazioni-monografiche/ANNO-2002/Torino%20apr-2002/Le%20motivazioni%20delle%20leggi%20Gianniti-Lupo.pdf>

LUPO N., *Verso una motivazione delle leggi? A proposito del primo rinvio di Ciampi*, in *Quaderni costituzionali*, 2001, 362.

LUPO N., *Dalla legge al regolamento*, Bologna, 2003.

LUTHER J., *Ragionevolezza (delle leggi)*, in *Dig. disc. pubb.*, XII, Torino, 1997.

LYNCH M., *Supermax meets death row: legal struggles around the new punitiveness in the US*, in J. PRATT, D. BROWN, M. BROWN, S. HALLSWORTH, W. MORRISON, *The New Punitiveness*, Portlan, 2005.

MAGLIARO L., *La libertà delle persone dopo l'11 settembre*, in *Quest. Giust.*, 2004, 314.

MAGNANENSI S., RISPOLI E., *La sanzione penale*, in <http://www.cortecostituzionale.it/studiRicerche.do>

MANES V., *L'eterointegrazione della fattispecie penale mediante fonti subordinate, tra riserva "politica" e specificazione "tecnica"*, in *Riv. it .dir. proc. pen.*, 2010, 84.

MANNINO A., *Diritto parlamentare*, Milano, 2010.

BIBLIOGRAFIA

- MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2007.
- MANZIN M., *Del contraddittorio come principio e come metodo*, in M. MANZIN, F. PUPPO (a cura di), *Audiatur at altera pars. Il contraddittorio fra principio e regola*, Milano, 2008, 3.
- MARINUCCI G., *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *Jus*, 1974, 463.
- MARINUCCI G., *Ricordo di Franco Bricola*, in S. CANESTRARI (a cura di), *Il diritto penale alla svolta di fine millennio*, Torino, 1998, 5.
- MARINUCCI G., DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2009.
- MARSHALL J., *Personal Freedom through Human Rights Law?*, Martinus Nijhoff Publishers, 2009.
- MASERA L., *“Terra bruciata” attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti*, in O. MAZZA, F. VIGANÒ (a cura di), *Il “Pacchetto sicurezza” 2009*, Torino, 2009, 27.
- MASHAW J.L., *Reasoned Administration: The European, the United States, and the Project of Democratic Governance*, in *76 Geo. Wash L. Rev.* 99.
- MASSA M., *Motivazione della sentenza. Dir. proc. pen.*, in *Enc. Giur.*, XX, Roma, 1990.
- MATTARELLA B.G., *Analisi di impatto della regolamentazione, analisi tecnico-normativa e motivazione degli atti giuridici*, in E. CATELANI, E. ROSSI (a cura di), *L'analisi di impatto della regolamentazione (AIR) e l'analisi tecnico-normativa (ATN) nell'attività normativa del Governo*, Milano, 2003, 91.
- MATTARELLA B. G., *Motivazione (Diritto comunitario)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, IV, Milano, 2006.
- MATTEI C., *«Supermax»*, Appendice in E. GRANDE, *Il terzo strike*, Palermo, 2007, 149-157.

BIBLIOGRAFIA

MAURER W.R., MALMSTROM D., *The Explosion of the Criminal Law and Its Cost to Individuals, Economic Opportunity, and Society*, The Federalist Society, 2010, in http://www.fed-soc.org/publications/pubID.1771/pub_detail.asp

MAZZONI HONORATI M. L., *Diritto parlamentare*, Torino, 2005.

MCCABE N.C., *State Constitution and Substantive Criminal Law*, in *71 Temple Law Review*, 521, 1998.

MEZZETTI L., M. BELLETTI, E. D'ORLANDO, E. FERIOLI, *La giustizia costituzionale*, Padova, 2007.

MICHAELS A.C., *Constitutional Innocence*, 112 *Harvard Law Review* 828 (1999).

MILAZZO L., *Dall'infelicità all'insicurezza. Etica classica e potere moderno*, in T. GRECO, *Dimensioni della sicurezza*, Torino, 2009, 41.

MIRAGLIA M., *Paura e libertà (Legislazione antiterrorismo e diritti di difesa negli Stati Uniti)*, in *Quest. Giust.*, 2004, 298.

MOCCIA S., *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli, 1992.

MOCCIA S., *La perenne emergenza*, Napoli, 1997.

MOCCIA S., *Aspetti involutivi del sistema penale*, in S. CANESTRARI (a cura di), *Il diritto penale alla svolta di fine millennio*, Torino, 1998, 264.

MODUGNO F., *Poteri (divisione dei)*, in *Noviss. Dig. It.*, XIII, Torino, 1966.

MODUGNO F., *Corte costituzionale e potere legislativo*, in P. BARILE, E. CHELI, S. GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982, 19.

MORO P., *Etica del contraddittorio. Il principio costitutivo della deontologia forense*, in M. MANZIN, F. PUPPO (a cura di), *Audiatur at altera pars. Il contraddittorio fra principio e regola*, Milano, 2008, 273.

MORRIS N., HAWKINS G., *The honest politician's guide to crime control*, Chicago and London, 1969.

BIBLIOGRAFIA

- MORTATI C., *Ispirazione democratica della Costituzione* (1955), in C. MORTATI, *Scritti sulle fonti del diritto e sull'interpretazione*, Milano, 1972, 281.
- MUNRO V. E., *Book Review: Overcriminalization: The Limits of the Criminal Law by Douglas Husak*, Spring 2009, 12 *New. Crim. L.R.* 323.
- MUSCO E., *Consenso e legislazione penale*, in *Verso un nuovo codice penale*, Milano, 1993, 151.
- MUSCO E., *L'illusione penalistica*, Milano, 2004.
- NELSON W.E., *Emerging Notions of Modern Criminal Law in the Revolutionary Era: An Historical Perspective* (1967), in L. M. FRIEDMAN-H. N. SCHEIBER (a cura di), *American Law and the Constitutional Order*, Cambridge, 1978.
- NOCILLA D., CIAURRO L., *Rappresentanza politica*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1987.
- NOWAK J. E., *Criminal Procedure: Constitutional Aspects*, in *Encyclopedia of Crime and Justice*, Vol. II, The Free Press, New York, 1983.
- NUSSBAUM M., *Upheavals of Thought. The Intelligence of Emotions*, Cambridge, 2001.
- NUVOLONE P., *Norme penale e principi costituzionali*, in *Giur. cost.*, 1956, 1253.
- NUVOLONE P., *Depenalizzazione apparente e norme penali sostanziali*, in *Riv. it. dir. proc. Pen.*, 1968, 60.
- OSSERVATORIO EUROPEO SULLA SICUREZZA, “*Rappresentazione mediatica e percezione sociale*”, 2010 in http://www.demos.it/2010/pdf/1314i_report_-_osservatorio_europeo_sulla_sicurezza.pdf.
- PACE A., *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Torino, 2005.
- PACKER H. L., *The Limits of the Criminal Sanction*, Stanford, 1968.
- PADOA SCHIOPPA A., *Storia del diritto in Europa*, Bologna, 2007.

- PADOVANI T., *Spunti polemici e digressioni sparse sulla codificazione penale*, in S. CANESTRARI (a cura di), *Il diritto penale alla svolta di fine millennio*, Torino, 1998, 95.
- PAJNO S., *Considerazioni su principio democratico e principio di legalità*, in *Dir. pub.*, 20054, 467.
- PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. dir.*, Agg., I, Milano, 1997.
- PALAZZO F., *Tecnica legislativa e formulazione della fattispecie penale in una recente circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri*, in *Cass.pen.*, 1987, 230.
- PALAZZO F., *Principi costituzionali, beni giuridici e scelte di criminalizzazione*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, I, Milano, 1991, 369.
- PALAZZO F., *Legge penale*, in *Dig.disc.pen.*, VII, Torino, 1993.
- PALAZZO F., *Riserva di legge e diritto penale moderno*, in *Studium iuris*, 1996, 276.
- PALAZZO F., *Riflettendo su trasformazioni e proiezioni nel diritto penale degli anni '90*, in S. CANESTRARI (a cura di), *Il diritto penale alla svolta di fine millennio*, Torino, 1998, 101.
- PALAZZO F., *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in G. GIOSTRA, G. INSOLERA, *Costituzione, diritto e processo penale*, Milano, 1998.
- PALAZZO F., *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio fondamentale*, in *Quaderni fiorentini*, 2007, 1279.
- PALIERO C. E., *Minima non curat praetor. Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985.
- PALIERO C.E., *Il principio di effettività del diritto penale: profili politico-criminali*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, I, Milano, 1991.

BIBLIOGRAFIA

PATRONO L., *Il Congresso americano vara il “Military Commission Act of 2006”:* l'estremismo dello “stato d'eccezione” e l'incostituzionalità delle sue regole ‘speciali’, in www.costituzionalismo.it.

PAVARINI M., *La criminalità punita* in L. VIOLANTE (a cura di), *La criminalità*, Storia d'Italia. Annali 12, Torino, 1997, 983.

PELLEGRINO G., *Le radici storiche e teoriche della democrazia deliberativa*, in G. BOSETTI, S. MAFFETTONE (a cura di), *Democrazia deliberativa: cosa è*, Roma, 2004, 133.

PENASA S., *La «ragionevolezza scientifica» delle leggi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quaderni cost.*, 2009, 817.

PENASA S., *La fragile rigidità della legge italiana in materia di procreazione assistita e la solida flessibilità del sistema spagnolo: modello “value oriented” e modello “procedure oriented” a confronto*, in *Dir. pubb. comp. eur.*, 2010, 152.

PEPINO L., *Dare un posto al disordine (Ovvero la possibile mitezza del diritto e le sue condizioni)*, in *Quest. Giust.*, 2004, 547.

PERELMAN C., OLBRECHTS-TYTECA L., *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica* (1958), Torino, 1966.

PERETTI T.J., *In Defense of a Political Court*, Princeton, Princeton University Press, 1999.

PERINI M., *Poteri dello Stato: garanzie costituzionali alla luce della giurisprudenza della Corte costituzionale: 1999-2000*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 2001, 361.

PERINI M., *Le regole del potere: primato del Parlamento o del Governo?*, Torino, 2009.

PERINI M., *Commento all'art. 3 L.15.7.2009, n. 94*, in G. DE FRANCESCO, A. GARGANI, D. MANZIONE, A. PERTICI (a cura di), *Commentario Sicurezza*, Torino, (in via di pubblicazione).

BIBLIOGRAFIA

PETRILLO P.L., *Forma di governo e legislazione anti-terrorismo in Canada*, in <http://www.forumcostituzionale.it/site/paper-del-forum.html>.

PINTORE A., *Introduzione*, in J. WALDRON, *Principio di maggioranza e dignità della legislazione*, Milano, 2001.

PITTARO V. P., *Problemi relativi alla tecnica di costruzione delle fattispecie penali*, in E. PATTARO, F. ZANOTTI (a cura di), *Applicazione e tecnica legislativa*, Milano, 1988

POTTER D. M., *Freedom and Its Limitations in American Life*, Stanford, 1976.

PRATT J., BROWN D., BROWN M., HALLSWORTH S., MORRISON W., *The New Punitiveness*, Portlan, 2005.

PULITANÒ D., *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 484.

PULITANÒ D., *Politica criminale*, in *Enc. Dir.*, XXXIV, Milano, 1985.

PULITANÒ D., *Politica criminale*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, 3.

PULITANÒ D., *Appunti su democrazia penale, scienza giuridica, poteri del giudice*, in G. INSOLERA (a cura di), *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, Bologna, 2005, 121.

PULITANÒ D., *Il diritto penale fra vincoli di realtà e sapere scientifico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 795.

PULITANÒ D., *Giudizi di fatto nel controllo di costituzionalità di norme penali*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2008, 1004.

PULITANÒ D., *Retroattività favorevole e scrutinio di ragionevolezza*, in *Giur.cost.*, 2008, 946.

PULITANÒ D., *Tensioni vecchie e nuove sul sistema penale*, 2008, 107.

PULITANÒ D., *Diritto penale*, Torino, 2009.

BIBLIOGRAFIA

- PULITANÒ D., *Sicurezza e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 547.
- QUAGLIONI D., «Christianis infesti». *Una mitologia giuridica dell'età intermedia: l'ebreo come 'nemico interno'*, in *Quaderni fiorentini*, I, 2009, 201.
- RADAELLI C. M.(a cura di), *L'analisi di impatto della regolazione in prospettiva comparata*, Soveria Mannelli, 2001.
- REID J. P., *The Concept of Liberty in the Age of the American Revolution*, Chicago and London, 1988, 4.
- RESCIGNO G. U., *Qualità della legislazione e principio di legalità*, in *Riv.dir.cost.*, 2000, 152.
- RESCIGNO G. U., *Principio di sussidiarietà nel diritto pubblico e nel diritto penale, principio di legalità, riserva di legge*, in G. INSOLERA (a cura di), *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, Bologna, 2005, 107.
- RIONDATO S., *Un diritto penale detto "ragionevole"*, Padova, 2005.
- RIPEPE E., *Civiltà giuridica europea e retorica giudiziaria: un'anteprima a teatro*, in M. MANZIN, F.PUPPO (a cura di), *Audiatur at altera pars. Il contraddittorio fra principio e regola*, Milano, 2008, 63.
- ROBERTS J. V., HOUGH M., *Changing Attitudes to Punishment. Public opinion, crime and justice*, Portland, 2002.
- RODOGNO R., *Shame and Guilt in Restorative justice*, in *14 Psychology, Public policy and Law*, 142, 2008.
- RODOGNO R., *Shame, Guilt, and Punishment*, in *Law and Philosophy*, 28:429–464, 2009.
- ROMAGNOSI G. D., *Genesi del diritto penale (1833)*, Milano, 2003.
- ROMANO M., *Secolarizzazione, diritto penale moderno e sistema dei reati*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1981, 501.

BIBLIOGRAFIA

ROMANO M., *Norme incriminatrici arbitrariamente discriminatorie «in se stesse ragionevoli» e costituzionalmente legittime?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, 1319.

ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, 2004.

ROMANO M., *Corte costituzionale e riserva di legge*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 29.

ROMANO TASSONE A., *Sulla c.d. “funzione democratica” della motivazione degli atti dei pubblici poteri*, in A. RUGGERI (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Torino, 1994, 33.

ROMANO TASSONE A., *Motivazione (Dir. amm.)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, IV, Milano, 2006.

ROMBOLI R., *Ragionevolezza, motivazione delle decisioni ed ampliamento del contraddittorio nei giudizi costituzionali*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Milano, 1994, 229.

ROMBOLI R., *Sintesi della II sessione del Convegno*, in E. BINDI, M. PERINI, A. PISANESCHI (a cura di), *I principi generali del processo comune ed i loro adattamenti alle esperienze della giustizia costituzionale*, Torino, 2008, 503.

ROSINI M., *Considerazioni in tema di motivazione degli atti legislativi*, in M. CARLI (a cura di), *Materiali sulla qualità della normazione*, Firenze, 2007, 15.

ROSSANO C., *Presidente della Repubblica. Diritto costituzionale*, in *Enc. giur.*, XXV, Roma, 1991.

ROXIN C., *Politica criminale e sistema del diritto penale* (1973), Napoli, 1986.

RUGGERI A., *Gli statuti regionali alla Consulta e la vittoria di Pirro*, in <http://www.forumcostituzionale.it/site/>.

RUGGERI A., *I paradossi delle esperienze di normazione, attraverso i rapporti tra Parlamento e Governo sul piano delle fonti (e dal punto di vista della forma di Stato e teoria della Costituzione)*, in *Riv. dir. cost.*, 2000, 109.

BIBLIOGRAFIA

RUGGERI A., *I principi generali del processo comune ed i loro adattamenti alle esperienze della giustizia costituzionale*, in E. BINDI, M. PERINI, A. PISANESCHI (a cura di), *I principi generali del processo comune ed i loro adattamenti alle esperienze della giustizia costituzionale*, Torino, 2008, 3.

RUGGERI A., A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2009.

RUFFINI E., *Il principio maggioritario* (1927), Milano, 1976.

RUOTOLO M., *Gli itinerari della giurisprudenza costituzionale in tema di libertà personale*, in *Quest. Giust.*, 2004, 235.

SALAS L., *Primi appunti sul "Patriot Act" statunitense*, in *Legislazione penale*, 2004, 473.

SALAZAR C., *La motivazione nella più recente produzione legislativa: niente di nuovo sotto il sole?*, in *Rass. Parl.*, 1996, 419.

SANTUCCI G., *La legge nell'esperienza giuridica romana*, in U. VINCENTI (a cura di), *Inchiesta sulla legge nell'occidente giuridico*, Torino, 2005, 33.

SBRICCOLI M., «*Vidi communiter observari*». *L'emersione di un ordine penale pubblico nelle città italiane del secolo XIII* (1998), in M. SBRICCOLI, *Storia del diritto penale e della giustizia*, Milano, 2009, 73.

SBRICCOLI M., *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)* (1998), in M. SBRICCOLI, *Storia del diritto penale e della giustizia*, Milano, 2009, 591.

SBRICCOLI M., *Il problema penale* (2001), in M. SBRICCOLI, *Storia del diritto penale e della giustizia*, Milano, 2009, 671.

SBRICCOLI M., *Giustizia criminale*, in M. SBRICCOLI, *Storia del diritto penale e della giustizia* (2002), Milano, 2009, 3.

SBRICCOLI M., *La benda della giustizia. Iconografia, diritto e leggi penali dal medioevo all'età moderna* (2003), in M. SBRICCOLI, *Storia del diritto penale e della giustizia*, Milano, 2009, 155.

SBRICCOLI M., *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita* (1990), in M. SBRICCOLI, *Storia del diritto penale e della giustizia*, Milano, 2009, 493.

SCACCIA G., *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000.

SCACCIA G., *Ragionevolezza delle leggi*, in *Dizionario di diritto pubblico*, V, Milano, 2006.

SCHEID D.E., *Constructing a Theory of Punishment, Desert, and the Distribution of Punishments*, 10 *Can. J.L. & Juris.* 441.

SCHUEYERMAN S.B.-FRANZE A.J., *Instructing Juries on Punitive Damages: Due Process Revisited After Philip Morris v. Williams*, 10 *U. Pa. J. Const. L.* 1147.

SCHOR M., *Squaring the Circle: Democratizing Judicial Review and the Counter-Constitutional Difficulty*, in 16 *Minnesota Journal of International Law* 61 (Winter, 2007).

SCHULHOFER S.J., *The Enemy within*, New York, 2002.

SCHUMPETER J., *Capitalismo, socialismo e democrazia* (1942), Milano, 2001.

SCHWARTZ H., *Il trattamento giuridico dei terroristi internazionali da parte degli Stati Uniti*, in

<http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/dibattiti/vicendeinternazionali/schwartz.html>.

SCUDIERO M., *Prefazione*, in M. SCUDIERO, S. STAIANO (a cura di), *La discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Napoli, 1999, IX.

SGUBBI F., *Il reato come rischio sociale*, Bologna, 1990.

SHAMAN J. M., *Constitutional Interpretation. Illusion and Reality*, Greenwood Press, Westport, Connecticut – London, 2001.

BIBLIOGRAFIA

- SHARPE R.J., *The law of habeas corpus*, Oxford, 1989.
- SHARPE R.J., *Judicial Activism: The Debate in Canada*, in C. CASONATO (a cura di), *The protection of fundamental rights in Europe: lessons from Canada*, Trento, 2004, 11.
- SIMESTER A. P., SULLIVAN G. R., *Criminal Law: Theory and Doctrine*, Oxford and Portland, 2003.
- SIMON H. A., *Theories of decision making in economics and behavioral science*, in *American Economic Review*, 49, 253-283 (1959).
- SIMON J., *Il governo della paura* (2007), Milano, 2008.
- SLOVIC P., *The Perception of Risk*, London, 2000.
- SLOVIC P., FINUCANE M.L., PETERS E., MACGREGOR D.G. *The affect heuristic*, in *European Journal of Operational Research* 177, 2007, 1333.
- SMITH T. V., *What Liberty Means to Free Men*, in A. H. KELLY, (a cura di), *Foundations of Freedom in the American Constitution*, New York, 1958, 2.
- SOMMAGGIO P., *Il contraddittorio come criterio di razionalità del processo*, in M. MANZIN, F. PUPPO (a cura di), *Audiatur at altera pars. Il contraddittorio fra principio e regola*, Milano, 2008, 159.
- SPADARO A., *Sulle tre forme di "legittimazione" (scientifica, costituzionale e democratica) delle decisioni nello stato costituzionale contemporaneo*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali*, Torino, 2005, 569.
- STELLA F., *Giustizia e modernità*, Milano, 2003.
- STIH K., *The Government Interest in Criminal Law: Whose Interest Is It, Anyway?*, in GOTTLIEB S.E. (ed.), *Public Values in Constitutional Law*, The University of Michigan Press, Ann Arbor, 1993.

BIBLIOGRAFIA

STONE G.R., *Civil Liberties in Wartime: The American Perspective* in <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/convegni/aic200310/stone.html>.

STUNTZ W.J., *The Pathological Politics of Criminal Law*, December, *100 Mich L. Rev.* 505, 2001.

STUNTZ W.J., *Reply: Criminal Law's Pathology*, in *101 Mich. L. Rev.* 828, 2002.

STUNTZ W.J., *The Political Constitution of Criminal Justice*, in *119 Harv. L. Rev.* 780, 2006.

SULEMAN A. M., *Detainee Treatment Act of 2005*, in *Harvard Human Rights Journal*, 19, Spring 2006.

SUNSTEIN C.R., *Laws of fear. Beyond the Precautionary Principle*, Cambridge, 2005.

TANGNEY J.P., *Recent Advances in the Empirical Study of Shame and Guilt*, in *American Behavioral Scientist* 1995, 38, 113.

TARELLO G., *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna, 1976.

TARTAGLIA A., *Analisi tecnico normativa (ATN) e analisi dell'impatto della regolamentazione (AIR)*, in M. CARLI, *Il ruolo delle Assemblee elettive*, II, Torino, 2001, 146.

TARUFFO M., *L'obbligo di motivazione della sentenza civile tra diritto comune e illuminismo*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, 265.

TARUFFO M., *Motivazione della sentenza. Diritto comparato e straniero*, in *Enc. giur.*, Roma, XX, 1990.

TARUFFO M., *Motivazione della sentenza. Diritto processuale civile*, in *Enc. giur.*, Roma, XX, 1990.

TASK FORCE ON FEDERALIZATION OF CRIMINAL LAW, American Bar Association, Criminal Justice Section, *The Federalization of Criminal Law*, 1998.

BIBLIOGRAFIA

TAYLOR G., *Pride, Shame, and Guilt Emotions of Self-Assessment*, Oxford e New York, 1985.

TEUBNER G., *Il diritto come soggetto epistemico: per una epistemologia giuridica «costruttivista»*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1990, 287.

THORNBURGH D., *Symposium: Corporate, Criminality: Legal, Ethical, and Managerial Implication: The Dangers of Over-Criminalization and the Need for Real Reform: The Dilemma of Artificial Entities and Artificial Crimes*, Fall 2007 *44 Am. Crim. L. Rev.* 1279.

TONIATTI R., *Costituzione e direzione della politica estera negli Stati Uniti d'America*, Milano, 1983.

TORRETTA P., *Qualità della legge e informazione parlamentare*, Napoli, 2007.

TRAVAINI G.V., *Paura e criminalità*, Milano, 2002.

TRIBE H. L., *American Constitutional Law*, The Foundation Press, New York, 2000.

TRIBE H. L., *The Invisible Constitution*, New York, 2008.

TURNO R., *Camere ingessate: 14 leggi in tre mesi*, in *Il Sole 24 Ore* del 30.1.2011, 28, 14.

TUSHNET M., *Judging Judicial Review: Marbury in the Modern Era: Alternative Forms of Judicial Review*, in *101 Michigan Law Review* 2781, 2003.

TUSHNET M., *New Forms of Judicial Review and the Persistency of Rights and Democracy-Based Worries*, in *38 Wake Forest Law Review Association*, 813, 2003.

TUSHNET M., *The Constitution of the United States of America. A Contextual Analysis*, Oxford and Portland, 2009.

TVERSKY A., KAHNEMAN D., *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, in *Science*, New Series, Vol. 185, No. 4157. (Sep. 27, 1974), 1124.

VALLINI A., *Antiche e nuove tensioni tra colpevolezza e diritto penale artificiale*, Torino, 2003.

BIBLIOGRAFIA

VASSALLI G., *Funzioni e insufficienze della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, 297.

VASSALLI G., *I principi generali del diritto nell'esperienza penalistica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 699.

VASSALLI G., *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig. Disc. pen.*, VIII, 1994.

VELO DALBRENTA D., *Nemo inauditus damnari potest. Storia, metamorfosi, limiti del principio del contraddittorio nel processo penale*, in M. MANZIN, F. PUPPO (a cura di), *Audiatur at altera pars. Il contraddittorio fra principio e regola*, Milano, 2008, 115.

VENTURA L., *Motivazione degli atti costituzionali e valore democratico*, Torino, 1995.

VINCENTI U., *I paradigmi della legge nel diritto occidentale*, in U. VINCENTI (a cura di), *Inchiesta sulla legge nell'occidente giuridico*, Torino, 2005, 21.

WACQUANT L., *Parola d'ordine: tolleranza zero. La trasformazione dello stato penale nella società neoliberale* (1999), Milano, 2000.

WALDRON J., *Law and Disagreement*, Clarendon Press, Oxford, 1999.

WALDRON J., *Principio di maggioranza e dignità della legislazione*, Milano, 2001.

WEIGEND T., *Criminal Procedure: Comparative Aspects*, in *Encyclopedia of Crime and Justice*, Vol. II, New York, 1983.

WEINREB L. L., *Criminal Process*, New York, 2004.

WHITMAN J. Q., *Harsh Justice*, Oxford e New York, 2003.

WILLIAMS B., *Shame and necessity*, Berkeley, 1993.

ZAGREBELSKY Z., *La corte costituzionale e il legislatore*, in P. BARILE, E. CHELI, S. GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982, 103.

BIBLIOGRAFIA

ZAGREBELSKI, *Su tre aspetti della ragionevolezza*, in AA.VV, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Milano, 1994, 179.

ZAGREBELSKY G., *Intorno alla legge*, Torino, 2009.

ZAGREBELSKY G., *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008.

ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1977.

ZIMRING F. E., HAWKINS G., *Crime Is Not the Problem*, New York and Oxford, 1997.

ZIMRING F.E.-HAWKINS G., *Legislating Federal Crime and Its Consequences: Toward a Principled Basis for Federal Criminal Legislation*, in *543 Annals* 15, 1996.

ZOLO D., *I rischi evolutivi della democrazia*, in D. ZOLO, *La democrazia difficile*, Roma, 1989.

ZUDDAS P., *Amministrazioni parlamentari e procedimento legislativo*, Milano, 2004.