

Criminalia

Annuario di scienze penalistiche

2011

ESTRATTO



Edizioni ETS

GIOVANNI FIANDACA

CRISI DELLA RISERVA DI LEGGE
E DISAGIO DELLA DEMOCRAZIA RAPPRESENTATIVA
NELL' ETÀ DEL PROTAGONISMO GIURISDIZIONALE

SOMMARIO: 1. Premesse storico-giuridiche e culturali. – 2. La riserva di legge nell'evoluzione della dottrina penalistica novecentesca: dalla *ratio* garantista alla *ratio* democratica, insieme con l'emergere della prospettiva costituzionale. – 3. Sintomi e ragioni di crisi della riserva di legge, a partire dalla fine degli anni '70 (del Novecento). – 4. Riserva di legge e orizzonte sovranazionale europeo. – 5. Riserva di legge ed espansione del potere giudiziario. – 6. Quale certezza del diritto, oggi?

1. *Premesse storico-giuridiche e culturali*

La legalità penale, tradizionalmente concepita – in particolare negli ordinamenti di *civil law* – come legalità legislativa, risente di una molteplicità di fattori di condizionamento, e al tempo stesso di 'mitologie', che per un verso risalgono abbastanza indietro nel tempo e per altro verso trascendono il diritto penale in sé considerato. Se così è, un intervento contenuto in uno spazio non eccessivo non può avere la pretesa di 'decostruire' in profondità tutti i significati e le implicazioni di un principio come quello di riserva di legge in materia penale, rilevanti sui diversi versanti storico-politico, costituzionale, tecnico-giuridico e altresì pragmatico-applicativo. Senza contare gli ulteriori aspetti filosofico-politici e filosofico-giuridici che da sempre si accompagnano – almeno a cominciare dalla speculazione greca – all'idea generale di 'legge' come simbolo di razionalità, scudo contro l'arbitrio del potere e garanzia di trattamento eguale a confronto delle decisioni prese caso per caso sulla base di mutevoli valutazioni particolaristiche soggette all'influenza delle passioni. Ma, com'è noto, l'ideale del "governo delle leggi", che indubbiamente costituisce una delle idee-forza della cultura occidentale, si è storicamente declinato in maniera diversa a seconda delle differenti tradizioni politico-costituzionali e ordinamentali.

In estrema sintesi, ci limitiamo a ricordare che, mentre nella tradizione storica del costituzionalismo inglese e americano sono stati assunti soprattutto i giudici a baluardo contro i possibili arbitrii a difesa delle libertà del singolo, nella tradizione europeo-continentale (quale – per intendersi – è poi sfociata nel modello di Stato liberale di matrice ottocentesca) questa funzione è stata assegnata

alla legge: lo Stato di diritto è stato concepito come Stato legislativo, nel quale il parlamento è stato elevato a centro del sistema politico-istituzionale, il diritto lo si è ritenuto pressoché interamente assorbito nella legislazione, alla legge generale e astratta emanata dal potere legislativo è stata attribuita la funzione di governare la società e proteggere le libertà, mentre al potere giudiziario sarebbe dovuta spettare una posizione subalterna, una posizione cioè (più ideologica che realistica!) di semplice organo applicatore del dettato legislativo, con conseguente interdizione di potere creativo in sede ermeneutica. In questo quadro, non può esservi spazio per un controllo di costituzionalità delle leggi affidabile ad una istanza giurisdizionale autonoma rispetto alle assemblee legislative [per un buon quadro di sintesi storico-ricostruttiva dei tratti salienti, come fin qui accennati, delle due tradizioni ordinamentali anglosassone e europea-continentale cfr. PANEBIANCO, *Il potere, lo stato, la libertà*, Bologna, 2004, 119 ss].

Questo modello di ordinamento 'legocentrico' di ascendenza giacobina, che si è a un tempo incontrato con la tradizione tedesca del *Rechtsstaat*, può invero considerarsi il generale contesto politico-istituzionale di riferimento, in cui è venuto a collocarsi il principio penalistico di riserva di legge così come da penalisti continentali, a partire dall'Ottocento, siamo stati propensi a concepirlo.

Ma vi è di più.

Riconsiderando la storia della cultura penalistica continentale nel complessivo orizzonte delle influenze culturali e ideologiche che l'hanno condizionata, è appena il caso di ricordare che l'idea di una legalità penale incentrata sul primato della legge scritta ha rappresentato il tema, o meglio la preoccupazione dominante dell' Illuminismo giuridico settecentesco (nelle diverse versioni francese, inglese, tedesca e italiana), a cominciare da alcune sue anticipazioni rinvenibili nella filosofia empirista (Bacone, Hobbes, Locke). Pensatori di diversa provenienza e dalle differenti inclinazioni (Beccaria e Pietro Verri, Montesquieu, Voltaire e Rousseau, Bentham, Feuerbach), accomunati – diremmo, non a caso – dall'essere quasi tutti intellettuali 'non giuristi' di mestiere, furono infatti concordi nell'esaltare la legge generale e astratta come fonte del diritto, in particolare del diritto penale: individuando nel contempo nella legge – secondo un apparente paradosso – l'espressione di principi e valori sia giusnaturalistici o giusrazionalistici, sia giuspositivistici *ante litteram* in termini di certezza legale e di garanzia di trattamento non discriminatorio. Da qui il rifiuto della produzione giudiziale del diritto, e una prevalente avversione per l'attività interpretativa dei giudici e per la medesima scienza o dottrina giuridica, anch'essa avversata come causa di dannose complicazioni e astruserie concettuali – e perciò considerata come non più necessaria, una volta che l'auspicato nuovo modello di

diritto, costituito da un numero ridotto di leggi semplici e facilmente comprensibili dal comune cittadino, fosse stato tradotto in realtà!

Una concezione così accentuatamente legalistica del diritto penale, non poco irrealistica nel suo estremismo ideologico, ebbe peraltro alla base una ispirazione politica non omogenea, nel senso che risultava compatibile sia con l'assolutismo illuminato, sia con orientamenti più assimilabili alla liberaldemocrazia. Mentre infatti alcuni autori si accontentavano di assumere la legge scritta a strumento privilegiato di produzione di un auspicato diritto razionale, unificato e certo emanato da un'autorità sovrana finalmente accentrata, assumendo come obiettivo prioritario la certezza giuridica; altri autori motivavano la loro preferenza per la legge altresì con la tendenza a considerarla come la più tipica espressione democratica della sovranità popolare [cfr. più in dettaglio, CATTANEO, *Illuminismo e legislazione*, Milano, 1966].

Tale duplice ispirazione – ora garantistica, ora democratica – della preferenza accordata alla produzione legislativa del diritto penale tornerà, in effetti, ad emergere in anni a noi più vicini.

2. La riserva di legge nell'evoluzione della dottrina penalistica novecentesca: dalla ratio garantista alla ratio democratica, insieme con l'emergere della prospettiva costituzionale

Proprio per il collegamento esistente tra la riserva di legge e gli assetti politico-costituzionali di riferimento, nel metterne in evidenza le ragioni giustificatrici nell'ambito dell'evoluzione dottrinale occorre distinguere tra la fase storica dello Stato otto/novecentesco, e quella dello Stato costituzionale che si afferma nella seconda metà del Novecento.

Quanto alla prima fase, e con specifico riferimento al contesto italiano, assumerei come emblematico il punto di vista espresso ad esempio nel celeberrimo trattato di Vincenzo Manzini – un penalista di indirizzo tecnico-giuridico, sostenitore di un positivismo di marca liberale conservatrice (non esente da inclinazioni autoritarie) tipico degli anni a cavallo tra Ottocento e Novecento, il quale tende di conseguenza a privilegiare una concezione fortemente statocentrica del diritto e una visione formalistica del diritto penale [cfr. FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Roma-Bari, 1999, p. 28 ss.]. Orbene, per un penalista di tale formazione scientifico-culturale, la riserva di legge in materia penale – come si legge sino alle edizioni più recenti del trattato manziniano – assolverebbe una duplice funzione di garanzia, da un lato nell'assicurare il

funzionamento obiettivo della giustizia, dall'altro nel proteggere la libertà. Più precisamente, riportando le parole dell'autore: "Riservata alla legge la potestà di stabilire i reati e le pene, l'individuo rimane garantito dal fatto che il legislatore forma preventivamente le norme penali, senza sapere a chi queste si applicheranno. Viene quindi esclusa ogni personalità ed ogni impulsività, almeno di regola. I soggetti rimangono così legislativamente avvertiti circa i limiti della loro libertà, e conseguentemente sono posti in grado di agire, da un lato, con sicurezza, dall'altro, con il senso della propria responsabilità. Ed in tal modo si consegue pure lo scopo di soddisfare il sentimento di giustizia e di eguaglianza, perché colui che ha incontrato una responsabilità sa che questa fu stabilita preventivamente, in modo eguale per tutti, senza che la sua persona potesse venire in alcuna considerazione" [ed. 1981, p. 229].

Il ventaglio delle possibili *rationes* sottese alla riserva di legge si amplia – e non poteva, del resto, essere diversamente – a seguito del passaggio alla democrazia costituzionale, com'è testimoniato dalla letteratura penalistica che matura nell'orizzonte assiologico della Costituzione repubblicana. Com'è noto, in questo nuovo quadro di riferimento l'accento cade sulla garanzia *democratica*, che finisce col prevalere sulla più tradizionale garanzia di certezza (la quale – come non a caso si osserva – potrebbe al limite essere assicurata anche con norme penali di rango sub-legislativo, purché emanate preventivamente rispetto al tempo della commissione del reato, in modo da essere anticipatamente conoscibili da parte dei cittadini). Così, con esplicito riferimento all'art. 25, comma 2, Cost., ad esempio nell'ultima edizione degli *Appunti* di Marcello Gallo troviamo efficacemente espressi i seguenti concetti: "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 (...). 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 la possibilità 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 ed essere convinti" [p. 48 s.].

Per parte mia, ho avuto in altra sede [cfr. *Legalità penale e democrazia*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 36/2007, p. 1247 ss.] occasione di rilevare che il modello di democrazia, che sembra implicito nella concezione del principio della riserva di legge divenuta dominante tra noi penalisti negli ultimi decenni, evoca la nota visione kelseniana della

democrazia come accordo o compromesso tra maggioranza e opposizione. Infatti l'enfasi posta sulla garanzia di democraticità quale risultato dell'auspicato confronto tra tutti gli orientamenti politici in campo, riflette questa esigenza di fondo: che le deliberazioni relative a che cosa e come punire, appunto perché fortemente incidenti sulle libertà fondamentali della persona, siano coperte da un consenso il più ampio possibile. Da questo punto di vista, la sottolineatura della centralità della istituzione parlamentare, come luogo atto a promuovere una vera dialettica tra tutte le forze politiche, sembra privilegiare un modello di democrazia penale che non si accontenta del criterio puramente maggioritario: piuttosto, le deliberazioni in materia di delitti e pene, per risultare autenticamente democratiche, dovrebbero essere adottate mediante un coinvolgimento attivo delle stesse forze di opposizione in termini di concorso di punti di vista o, meglio ancora, di vera e propria co-decisione.

A una legittimazione democratica così concepita si aggiunge, nel nuovo quadro di democrazia costituzionale, il controllo di legittimità (costituzionale) ad opera del giudice delle leggi. Peraltro, la portata e i limiti di questo controllo non potevano non apparire (specie nei primi anni di funzionamento della Consulta) particolarmente problematici rispetto alle norme penali, e ciò proprio in ragione della forte valenza del principio democratico nella materia penale desumibile dalla stessa avvenuta costituzionalizzazione della riserva di legge. Da qui il porsi, e il riproporsi fino ai nostri giorni, del problema di fondo dei limiti di ammissibilità di un sindacato costituzionale di ragionevolezza che tenda a coinvolgere il merito politico-criminale delle scelte legislative di penalizzazione. Problema che in effetti ammette soluzioni di maggiore o minore apertura in base, appunto, al grado di disponibilità a ripensare la stessa riserva di legge parlamentare in termini tali da evitarne preconcepite assolutizzazioni, come sembrerebbe del resto imposto dalla complessiva fisionomia della democrazia costituzionale [per riflessioni più dettagliate in proposito rinvio a due miei saggi, rispettivamente pubblicati in *Le ragioni dell'uguaglianza*, a cura di M. Cantabia e T. Vettor, Milano, 2009, p. 115 ss., e in *Studi in onore di Mario Romano*, I, Milano, 2011, p. 265 ss.].

Inoltre, l'inclusione della materia penale in un orizzonte costituzionale ha prodotto come effetto, tutt'altro che secondario, di promuovere nella stessa dottrina un progressivo superamento della tradizionale dogmatica legalistica, con un conseguente incoraggiamento della tendenza ad argomentare in modo 'creativo' sulla base di valori e principi sovra-ordinati alla legge ordinaria. Come sappiamo, è grazie allo sviluppo di questo stile argomentativo, che nel corso degli anni ha finito altresì col prendere piede nella giurisprudenza (non solo

costituzionale) più evoluta, che sono andati via via definendosi i lineamenti di un modello teorico di diritto penale costituzionalmente orientato, trascendente il penale contenutisticamente conforme alla mera legalità legislativa (ordinaria).

3. *Sintomi e ragioni di crisi della riserva di legge, a partire dalla fine degli anni '70 (del Novecento)*

La capacità e i limiti di prestazione della riserva di legge ordinaria sono peraltro andati evidenziandosi – al di là del trascendente approccio costituzionale così come sviluppato da dottrina e giurisprudenza – in rapporto a linee di tendenza (per un verso vecchie, per altro verso nuove) della politica penale concreta dei vari periodi dell'età repubblicana.

Invero, sino ai primissimi anni Ottanta, gli aspetti più discussi della riserva di legge hanno riguardato in primo luogo il problema dei suoi limiti di assolutezza, specie con riferimento alla possibilità che fonti sub-legislative contribuissero legittimamente a integrare elementi della fattispecie incriminatrice; in questa prospettiva, l'assolutezza tendeva, dunque, a fungere da argine rispetto ad arbitrarie invadenze del potere esecutivo. In proposito, merita di essere ricordato il commento di Franco Bricola dell'art. 25, comma 2, Cost., rivisitato alla fine degli anni Settanta [pubblicato in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna, 1980]. Nell'ambito di tale commento il compianto studioso lamentava la persistente tendenza del legislatore italiano ad un affievolimento del carattere assoluto della riserva anche ad opera del legislatore post-costituzionale, (affievolimento) prevalentemente avallato dalla Corte costituzionale, e ulteriormente favorito da orientamenti contingenti del quadro politico: orientamenti cioè inclini ad annacquare la dialettica maggioranza/opposizione, per favorire convergenze politiche molto ampie intorno a interventi normativi a carattere urgente di ispirazione e impulso governativi, in un clima generale di solidarietà nazionale imposto dal succedersi di diverse emergenze (mentre la *ratio* democratica sottesa alla riserva di legge avrebbe, appunto, dovuto in teoria suggerire un atteggiamento di diffidenza verso il potere normativo dell'esecutivo). È comunque significativo che nell'ambito di questa rivisitazione critica per mano di Bricola, sfociante nella diagnosi di una grave entrata in crisi del principio della riserva, non si dedichi ancora spazio alla rilevazione e all'analisi di un fenomeno destinato invece, in futuro, a essere bollato quale causa principale della crisi della legalità penale a carattere democratico-parlamentare: all'udiamo, com'è facile intuire, alla espansione del c.d. diritto penale giurisprudenzia-

le, quale fonte sempre più rilevante del penale vivente nella realtà applicativa.

Il discorso sulla crisi della riserva di legge diventa, in realtà, più complesso e articolato via via che ci accostiamo ai decenni successivi. Ciò, da un lato, per effetto di ulteriori mutamenti di tendenza della democrazia reale; e, dall'altro, grazie – direi – ad una maggiore ed esplicita presa di consapevolezza (di cui cominciano ad emergere segnali pur all'interno della tendenzialmente più conservatrice cultura penalistica) del ruolo protagonista, anche in termini di interpretazione 'creativa', che il giudice nello stesso settore penale finisce inevitabilmente con l'assumere (cfr. *infra*, par. 5).

Che mutamenti ulteriormente intervenuti nell'ambito della democrazia reale abbiano concorso a rendere ancora più debole la *ratio* democratica della riserva di legge, può ormai considerarsi un assunto quasi pacifico. I mutamenti in questione si sono tradotti in fattori aggiuntivi di crisi rispetto a quelli già noti, e si tratta invero di fattori che rimandano allo stato di crescente "disagio" delle democrazie contemporanee, come effetto di un insieme di cause quali: il declino della centralità del parlamento e la sua sempre maggiore inettitudine a fungere da luogo istituzionale di esercizio di razionalità discorsiva; la perdita di capacità progettuale e di attitudine innovativa della politica; l'indebolimento dei partiti e le derive populistiche delle maggioranze governative; la tendenza alla personalizzazione e alla mediatizzazione della politica; lo scadimento della qualità e del livello culturale e di professionalità del personale politico ecc. [per un ottimo quadro di sintesi cfr., di recente, GALLI, *Il disagio della democrazia*, Torino, 2011].

Queste ragioni di crisi, diagnosticabili beninteso anche fuori dai confini italiani, hanno subito una perversa accentuazione nel nostro paese durante l'egemonia politica berlusconiana, che ha esemplificato un modello di governo esasperatamente maggioritario, poco rispettoso dell'autonomia del parlamento e per nulla interessato al contributo critico delle opposizioni, e persino insensibile alla garanzia di diritti fondamentali costituzionalmente protetti. Sia o no destinata ormai a un definitivo tramonto, un'esperienza come quella berlusconiana fornisce comunque al giurista elementi utilissimi di riflessione sull'insufficienza di una riserva di legge affidata pur sempre ad una maggioranza semplice a preservare dal rischio di leggi illiberali, dettate da pulsioni populistiche e al tempo stesso mirate a strumentalizzare elettoralmente preoccupazioni securitarie [a favore di riforme costituzionali, dirette a introdurre maggioranze qualificate per le deliberazioni parlamentari che toccano il sistema delle libertà fondamentali, si pronuncia di recente MANZELLA, ne *la Repubblica* 3 gennaio 2012].

Ulteriori cause di indebolimento della *ratio* democratica della riserva di legge

possono, al contempo, essere individuate in fattori distorsivi che attengono alla disciplina del procedimento legislativo e alla logica dei rapporti tra governo e parlamento (assunzione da parte del governo della *leadership* del processo legislativo anche in materia penale, maxi-emendamenti, frequente ricorso al voto di fiducia ecc.).

Per reagire a un tale andazzo, sono certo pensabili rimedi istituzionali volti a rivitalizzare il ruolo del parlamento, e ciò anche con specifico riferimento alla produzione normativa in materia penale. Tra i rimedi prospettabili, com'è ormai noto, rientra in realtà l'idea di introdurre maggioranze qualificate (ad esempio dei due terzi) per approvare leggi che configurano nuovi reati o modificano fattispecie incriminatrici preesistenti [cfr. FIANDACA, *Legalità e democrazia*, cit., 1260 e letteratura ivi cit.]. Si tratta di un'ipotesi che, forse, meriterebbe di essere presa in seria considerazione in misura maggiore di quanto non sia finora avvenuto. Ma è quasi superfluo rilevare che il rimedio avrebbe pur sempre un carattere formale-procedurale, e sarebbe pertanto inidoneo da solo a restituire all'assemblea parlamentare la dignità di sede privilegiata di razionalità discorsiva. Il problema è, soprattutto, di cultura democratica sia in generale, sia nel settore più specifico della politica penale. Se le cose stanno così, per promuovere un miglioramento della cultura politica su entrambi i versanti non bastano né modifiche formali dei meccanismi deliberativi, né tantomeno nuove escogitazioni teoriche di singoli studiosi che riconcettualizzano la legalità penale 'a tavolino'.

4. *Riserva di legge e orizzonte sovranazionale europeo*

La riserva di legge è però insidiata e messa in crisi da altri fattori che possono essere definiti "esogeni", in quanto derivano da una fonte non già nazionale, bensì esterna: come, appunto, quella che com'è noto trae origine dal complesso contesto ordinamentale europeo [per la distinzione tra fattori "endogeni" ed "esogeni" di crisi della riserva cfr., ad esempio, GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2010, p. 48 ss.].

A quale sorte va incontro, in tale contesto, la riserva di legge considerata in funzione di garanzia democratica? Come sappiamo, tale garanzia è originariamente concepita e tematizzata in un orizzonte di pensiero incentrato sulla sovranità statale e su di un sistema democratico incorporato in uno Stato sovrano. Ed è guardando da una tale prospettiva visuale che il noto *deficit* democratico degli organi istituzionali europei ha finora funto da sostanziale ostacolo – al di là dei dati formali ricavabili dall'analisi dei documenti normativi – al pacifico

riconoscimento di una loro competenza (specie in forma diretta) nel settore penale. Certo, l'obiezione di insufficiente democraticità ha un peso maggiore o minore, a seconda che si militi nel partito degli "eurocredenti" o in quello degli "euroscettici". Sicché, la militanza nel primo partito può indurre a ridimensionare questo tipo di obiezione, e ciò anche sulla base della constatazione che la garanzia democratica sottesa alla riserva di legge è da tempo entrata in crisi pure nell'ambito degli ordinamenti domestici. Perché, allora, insistere nell'enfatizzarla come argomento ancora opponibile alla irresistibile avanzata nei fatti del processo di europeizzazione del diritto penale? Se qualcuno invece insiste, costui – obietterà l'eurocredente – non può che farlo per persistente attaccamento a una vetusta ideologia statualista! Piuttosto che rimanere legati a pregiudizi ideologici ormai obsoleti, meglio dedicarsi senza paraocchi – seguirà ad argomentare l'eurocredente – alla elaborazione di una legalità penale a carattere europeo costruita su nuove basi [così come alla stregua di nuove o rinnovate categorie giuridiche dovrebbe, del resto, più in generale essere concettualizzata l'intera costruzione europea: sulle possibili implicazioni di teoria generale del diritto cfr., per tutti, BARBERIS, *Europa del diritto*, Bologna, 2008].

In effetti, una prospettiva di fondo tanto 'aperturista' sembrerebbe la più persuasiva – non foss' altro per il fatto che essa trae alimento dalla "forza normativa del fattuale" [BERNARDI, *Presentazione a GRANDI, Riserva di legge*, cit., IX]. Tutto sta, ovviamente, nel determinare quali siano il senso e la portata plausibili di una legalità europea concepita fuori o al di là della logica sottesa alla riserva di legge secondo la accezione nazionale.

I penalisti di fede europeistica, d'altra parte, non possono non affrontare essi stessi il problema del *deficit* di democraticità, assumendo in particolare oggi a punto di riferimento l'ancora recente Trattato di Lisbona. Non essendo questa la sede per addentrarsi in dettagliate analisi degli orientamenti in campo, si può in sintesi rilevare che la previsione generalizzata da parte del trattato della procedura cosiddetta di codecisione anche per l'emanazione di atti normativi (direttive e regolamenti) di contenuto penalistico viene, per lo più, salutata come un rilevante passo avanti che già consentirebbe di attingere un grado di democraticità tutto sommato accettabile [per tutti, BERNARDI, *All'indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2009, p. 64]. Rimane tuttavia il fatto che questa valutazione di sufficienza sembra derivare, più che da un reale riconoscimento del carattere autenticamente democratico del meccanismo di codecisione, dalla realistica (rassegnata?) presa d'atto che gli stessi parlamenti nazionali oggi non riescono neppure essi a raggiungere livelli di vera democraticità nella elaborazione delle leggi penali,

o vedono – come sempre più spesso accade – progressivamente erose le loro prerogative legislative in questo campo [emblematici, in proposito, i rilievi dello stesso BERNARDI, *ibidem*]. È da assecondare questo realistico avallo di un crescente processo di europeizzazione della legislazione penale imposto dalla pressione della realtà effettuale? L'interrogativo diventa più tormentoso se si considera che il problema si ripropone sui versanti nazionali, al momento di tradurre gli *input* normativi europei dotati di efficacia obbligatoria in disposizioni penali interne: trovandoci di fronte – come sappiamo – a veri e propri obblighi di penalizzazione, il singolo parlamento nazionale finisce col rimanere di fatto espropriato del potere sia di prendere l'iniziativa nell'importante settore della politica criminale, sia di esprimere sulla base della propria discrezionalità politico-democratica le scelte di fondo relative ai contenuti della tutela penale [per una trattazione a livello monografico del tema, cfr. ora PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale*, Pisa, 2009].

Il quadro fin qui sintetizzato appare già sufficientemente problematico, anche senza aggiungere la dibattuta questione se sia sin da oggi configurabile, in base all'art. 86 TFUE, una forma di competenza penale *diretta* dell'Unione per la protezione degli interessi finanziari. Anche in proposito si registrano prese di posizione variegata, ora più aperturista ora più prudente [per una sintesi del dibattito, GRANDI, *op. cit.*, 122 ss.]: di fronte all'ambiguità testuale dell'art. 86, il diverso grado di apertura o di prudenza sembra avere alla base atteggiamenti ermeneutici alimentati, ancora una volta, dal diverso livello di favore (o sfavore) con cui il singolo interprete guarda al traguardo di un diritto penale di diretta fonte europea, sia pure circoscritto in campi di materia specificamente predefiniti.

Sul versante più conservatore, invece, l'incombere di prospettive di accentuata regressione della riserva di legge statale sollecita sentimenti di doglianza e reazioni preoccupate. Suona, dunque, come musica più che gradita una presa di posizione critica come quella espressa nell'ormai celebre *Lissabon-Urteil* dal *Bundesverfassungsgericht*. Nella cui motivazione – com'è ormai noto – la Corte costituzionale tedesca sostiene, con particolare enfasi, che proprio le deliberazioni relative alla materia penale esemplificano emblematicamente decisioni politiche assai impegnative sotto il profilo dei presupposti intellettuali, culturali e assiologici coinvolti: per cui si tratterebbe di decisioni bisognose di una legittimazione democratica costruita “discorsivamente” in uno spazio pubblico strutturato in senso partitico e parlamentare e, allo stesso tempo, alimentato da un aperto confronto di idee a livello di pubblica opinione. Ciò premesso in linea di principio, dalla constatazione del persistente *deficit* democratico – connesso

anche alla mancanza, a tutt'oggi, di un *demos* o comunque di un'opinione pubblica europea – deriverebbe l'esigenza di interpretare in senso restrittivo la stessa competenza penale indiretta riconosciuta dalle vigenti norme convenzionali.

Senza poterci qui dilungare in un'analisi critica di questa (comunque) importante pronuncia costituzionale [per un commento critico in dettaglio cfr. BOESE, in questo *Annuario*, 2009, p. 267 ss.], l'impressione che si trae è che la Corte tedesca abbia (strumentalmente?) ecceduto nel finire col richiamare un modello idealtipico di democrazia *à la* Habermas che, in verità, sta più nel cielo della filosofia politica che nella concreta realtà delle democrazie di oggi (inclusa quella tedesca). A parte la crisi dei partiti politici e della funzione parlamentare, è il fenomeno di crescente personalizzazione, mediatizzazione e popolarizzazione della comunicazione politica (politica "pop"!) che produce l'effetto di modificare lo stesso concetto di opinione pubblica, trasformandola da luogo di dibattito e di controllo sul potere in un insieme anonimo di individui facilmente manipolabili dai *leaders* politici, dagli esperti di comunicazione e dai media [cfr. l'efficace sintesi di DIAMANTI, *Gramsci, Manzoni e mia suocera*, Bologna, 2012, 39 ss., il quale tuttavia sottolinea l'esigenza di non trascurare la perdurante influenza, sugli atteggiamenti politico-culturali del pubblico, dei "microclimi d'opinione" che improntano i mondi locali e i rapporti interpersonali]. E di questo progressivo venir meno di una reale partecipazione critica e propositiva della società civile alle decisioni di pubblico interesse si hanno riscontri vistosi – non a caso – se si considerano le modalità correnti della discussione, politica e giornalistica (specie televisiva), sui fatti criminali, sull'allarme-sicurezza, sul problema della certezza della pena, sul rischio del concedere permessi ai detenuti ecc. : luoghi comuni, *slogans*, pulsioni emotive, atteggiamenti irrazionali, contraddizioni e confusione tendono a prevalere rispetto al discorso razionale e all'attitudine al confronto critico. È tipica, d'altra parte, del populismo penale l'inclinazione a (ri-)politicizzare in chiave di tutela dell'ordine pubblico o della sicurezza pressoché tutte le questioni attinenti all'universo dei delitti e delle pene, con conseguente emarginazione degli esperti e disinteresse per gli aspetti scientifici o tecnici dei problemi sul tappeto. (Un parlamentare di mia conoscenza ha privatamente confessato che è comparativamente molto più facile per i politici di oggi occuparsi di riforme del processo, perché temi di grande impegno come quelli relativi ai presupposti della responsabilità penale o agli scopi della pena ben trascendono le capacità di elaborazione e di risposta della politica attuale, anche al di là degli schieramenti e della distinzione tra destra e sinistra).

Nel contempo, vi sarebbe da chiedersi – rimanendo nell'ottica del giudice costituzionale tedesco – se l'enfatizzata esigenza di una legittimazione demo-

cratico-discorsiva debba riguardare tutta la materia penalistica indistintamente considerata; ovvero, in particolare, quelle sue parti che risultano maggiormente influenzate da concezioni culturali e sistemi di valore legati a storie, tradizioni e identità nazionali specifiche. Distinguendo, se si trattasse di una differenziazione plausibile, tra (per dir così) un diritto penale *di giustizia*, ancora intriso di etica e di assiologia e un diritto penale *di governo*, politicamente funzionalizzato a obiettivi di lotta a fenomeni di criminalità transnazionale o di contrasto a tipologie di condotta lesive di interessi economico-finanziari rilevanti anche a livello comunitario.

È soprattutto rispetto a un diritto penale di giustizia (nel senso appena detto) che sembrerebbe in linea di principio giustificato preservare una riserva di legge concepita in una accezione forte, vale a dire come una sorta di *riserva di razionalità discorsiva*: si pensi in particolare a quelle forme di condotta che ricadono più da vicino nelle aree eticamente sensibili (aborto, fecondazione assistita, sfera sessuale e simili), e la cui valutazione in termini di liceità o illiceità risente di giudizi di valore culturalmente orientati, ma da filtrare criticamente oggi alla stregua dei principi costituzionali di laicità e pluralismo [più diffusamente, FIANDACA, *Quale diritto penale per l'Europa?*, in *Identità, diritti, ragione pubblica in Europa*, a cura di I. Trujillo e F. Viola, Bologna, 2007, 143 ss., e, più di recente, ID., *I temi eticamente sensibili tra ragione pubblica e ragione punitiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 1383 ss.]. Meno giustificato, invece, rispetto alla vasta area di quel diritto penale ideologicamente più neutro o annacquato che risponde a contingenti obiettivi utilitaristici di governo politico-amministrativo anche mediante la legge penale, e nel cui ambito sono diffuse tipologie sanzionatorie a carattere extradetentivo che finiscono col far apparire l'illecito penale sostanzialmente simile alla violazione amministrativa.

Ma, per altro verso, si potrebbe forse rilevare che una tale differenziazione di modelli penalistici è ancora troppo condizionata dalla tradizione statale-nazionale; mentre la prospettiva da privilegiare dovrebbe essere quella di una concezione della materia penale elaborata autonomamente sulla base di *standard* europei. Come da tempo, ad esempio, fa la giurisprudenza della Corte EDU che – com'è noto – prescinde dalle qualificazioni formali di fonte nazionale e considera decisiva, ai fini della attribuzione di una valenza penale alle norme, la valutazione sostanziale relativa al carattere concretamente punitivo e al livello di afflittività della sanzione prevista. Ne consegue pertanto una dilatazione dell'area del penalmente rilevante, che, se anche può apparire eccessiva e foriera di maggiori incertezze rispetto al più sicuro criterio positivistico-nominalistico di individuazione del penale, trae in realtà la sua *ratio* dal prevalente fine garanti-

stico che ispira l'attività della Corte di Strasburgo. Dovrebbe questa concezione ampia, in quanto giustificata dall'obiettivo di evitare surrettizi aggiramenti delle garanzie individuali, esser fatta valere in una prospettiva più generale a livello europeo, anche al di là cioè della sfera di competenza della Corte predetta? [in senso affermativo sembra orientarsi D'AMICO, *Il principio di legalità in materia penale fra Corte costituzionale e Corti europee*, in *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, a cura di Zanon, Napoli, 2006, p. 161 s.].

In effetti, oggi si assiste a un crescente pluralismo di modelli di diritto penale [in proposito rinvio al mio recente scritto *Appunti sul 'pluralismo' dei modelli e delle categorie del diritto penale contemporaneo*, ne *La corte d'assise*, 2011, n. 1, p. 59 ss.]; il che rende sempre più opinabile l'identificazione di una 'essenza' ontologica del penale, che dovrebbe valere a distinguerlo con certezza da altri settori dell'ordinamento pur sempre a carattere sanzionatorio. Certo, esiste ancora un penale *hard*, facilmente riconoscibile anche da parte della gente comune, che è ovviamente quello simboleggiato dai delitti gravi sanzionabili (almeno potenzialmente) con una pena detentiva di lunga durata. Ed è senza dubbio rispetto a questo diritto penale della prigione che continuiamo ad avvertire come insufficiente una genesi tecnocratico-efficientistica a livello di "*gubernative Rechtssetzung*", ed insistiamo pertanto nel pretendere una legittimazione democratica scaturente dalla *lex parlamentaria* [cfr. LUEDERSSEN, in *GA*, 2003, n. 2, p. 71 ss.]. L'immaginario democratico è infatti a tutt'oggi suggestionato da miraggi: là dove si esprime la volontà popolare per bocca del parlamento, ciascun cittadino si sente idealmente padrone delle scelte politiche, incluse quelle che riguardano il contenuto dei reati e il tipo o l'entità delle pene. Ma si tratta, più che di realtà, di illusione. Per un insieme di ragioni legate alla crisi della rappresentanza parlamentare e della partecipazione democratica, cui abbiamo in precedenza accennato. E per ulteriori ragioni che esplicitiamo adesso, e che attengono ai rapporti tra democrazia e tecnocrazia nel mondo moderno. Come ha messo lucidamente in evidenza Norberto Bobbio già parecchi anni orsono, la sovranità del cittadino comune è espropriata o insidiata dal peso crescente assunto nelle pubbliche decisioni dalla tecnocrazia e dagli esperti, e ciò a causa della sempre maggiore complessità delle questioni da decidere: la politica si tecnicizza, e la tecnica si politicizza. Ciò emerge in maniera particolarmente chiara nella fase di grave crisi economica che stiamo vivendo, contrassegnata da un pressoché necessitato passaggio di competenze da un governo politico a un governo cosiddetto di tecnici. Ma ciò vale – *mutatis mutandis* – anche nel campo della giustizia penale, che per la sua peculiare dimensione tecnica non può fare a meno del contributo di elaborazione proveniente dagli esperti di diritto. Lo dimostra del

resto il fatto che – se si prescinde dagli anni più recenti di accentuato populismo penale – la maggior parte delle più significative riforme della giustizia sono state solitamente preparate ed elaborate con l' indispensabile apporto ideativo dei giuristi (mentre il contributo è provenuto – non a caso – soprattutto dai giuristi pratici, e in particolare dai magistrati requirenti nelle diverse stagioni della legislazione d'emergenza, sul duplice versante della criminalità politico-terroristica e di quella mafiosa).

Si potrebbe obiettare che i politici hanno, rispetto ai tecnici, una maggiore sensibilità e attitudine per cogliere e interpretare (per dir così) la cultura penale di volta in volta corrispondente allo *Zeitgeist*. Ma si potrebbe pur sempre replicare che, specie nelle attuali società pluralistiche e frammentate, non esiste un modo sufficientemente condiviso di concepire il senso del reato e il senso della punizione; e che dal canto loro i politici, più che farsi fedeli interpreti di preesistenti orientamenti sociali accertabili con chiarezza, strumentalizzano e manipolano le stesse risorse penali nei circuiti della comunicazione politico-mediatica finalizzata al consenso.

Perché dovrebbe allora rimanere preferibile – nonostante tutto – una deliberazione di tipo democratico-parlamentare rispetto a una procedura di co-decisione europea di norme penali? A ben guardare, il vero problema concerne, ancor prima che l'individuazione dell'organo o degli organi politico-istituzionali idealmente più adatti a deliberare, la qualità (della cultura politica e) della cultura penale in atto prevalente nel ceto politico e, a un tempo, nelle opinioni pubbliche dei paesi europei. È il modo con cui le società contemporanee si pongono rispetto alla questione penale il nodo cruciale da affrontare criticamente, e prioritariamente, quale preconditione di una rinnovata e più matura cultura politica della penalità (sia consentito rinviare, in proposito, al mio scritto *La riforma codicistica tra mito accademico e realtà politico-culturale*, in corso di pubblicazione).

5. *Riserva di legge ed espansione del potere giudiziario*

Assumendo consapevolmente il rischio di una estremizzazione eccessiva, ho di recente scritto che può apparire plausibile persino rispetto al settore penale affermare che oggi viviamo nell' *età della giurisdizione* o – detto altrimenti – nell' *epoca del giudice*. E il prenderne atto non è soltanto un dato imposto dalla constatazione della crescente, e difficilmente contenibile, espansione del potere giudiziario e del diritto penale giurisprudenziale nel mondo contemporaneo.

Dal mio personale punto di vista, è non meno importante registrare come oggi cominci finalmente, tra gli stessi penalisti, a far breccia (ancorché tra persistenti resistenze, dovute in parte a ritardo culturale, in parte a comprensibili preoccupazioni garantiste) la *scoperta* – divenuta, nel frattempo, una verità quasi banale fuori dal recinto penalistico – che il giudice in qualche modo e misura *crea* (ancorché rimanga impreciso il significato di questo ‘creare’), e crea persino quando interpreta e applica le norme penali: e come a tale scoperta inizi ad accompagnarsi, ad un tempo, la presa di consapevolezza o (almeno) il dubbio che non possa accadere altrimenti. Nel senso di cominciare a riconoscere che l’interprete/applicatore finisce con l’essere ‘creativo’ non per voluta infedeltà al suo ruolo, non perché animato da una perversa intenzione di manipolare o eludere la legge scritta: ma perché – come dimostrano le teorie contemporanee dell’interpretazione giuridica, le quali, se hanno un fondamento, non possono certamente perderlo non appena osino avvicinarsi al recinto spinato della materia penalistica! – la visione (cara soprattutto al penalista tradizionale) dell’interprete fedele e passivo servitore del legislatore-padrone assoluto del diritto non è altro che pura ideologia; e il vecchio formalismo interpretativo (che sosteneva che ogni disposizione normativa presenta un solo significato corretto che spetterebbe all’interprete cogliere) ormai “è una sorta di cane morto” della teoria dell’interpretazione, e appunto mantiene tutt’al più una valenza ideologica priva di rilievo conoscitivo [BARBERIS, *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell’interpretazione*, in *Annuario 2004* dell’Ass. it. dei costituzionalisti, Padova, 2008, p. 20 e nota 25].

Ma vi è di più. Al di là del piano speculativo, e cioè dei possibili riflessi delle più aggiornate teorie dell’interpretazione sulla teoria dell’interpretazione penale [cfr., nella letteratura penalistica più recente, DI GIOVINE, *L’interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006], è la stessa conoscenza non preconcepita della prassi giudiziale – quale emerge dagli studi critico-ricostruttivi che da qualche tempo, e con interesse crescente, come studiosi dedichiamo ai materiali giurisprudenziali – che ci rende ben edotti di quello che i giudici effettivamente fanno nell’applicare le norme generali ai casi concreti (a prescindere dal fatto che essi ne abbiano o non ne abbiano piena consapevolezza, e anche a prescindere dal fatto che esplicitino o non esplicitino di averla!). Sono sufficienti alcune esemplificazioni emblematiche che parlano, per dir così, con la forza delle cose. Se fosse plausibile rivendicare il principio della legalità legislativa in quella accezione forte (mitologica) enfatizzata da non pochi penalisti, si dovrebbero coerentemente bollare come manifestazione di abusivo diritto penale giurisprudenziale ad esempio tutti i meritori tentativi

giudiziali di riempimento ermeneutico, concretizzazione e implementazione applicativa di categorie e istituti quali la causalità, la colpa nelle sue diverse forme tipologiche, il dolo eventuale, il concorso esterno nel reato associativo, ovvero di principi fondamentali come quelli di offensività e di colpevolezza. In tutti questi casi, infatti, il vero artefice dei principi e delle regole, nel determinare i presupposti dell'illecito punibile e i limiti della responsabilità, è il l'interprete/applicatore: mentre le disposizioni legislative che vengono in gioco – a volerlo riconoscere senza ipocrisia – sono simili a generiche e flessibili 'linee-guida', che non possono fare a meno di una ampia e decisiva attività di specificazione e concretizzazione giudiziale. Né si obietti, con distinzione formalistica, che le esemplificazioni di cui sopra pongono problemi di determinatezza o tassatività, piuttosto che di riserva di legge. La sostanza della questione non muta, tanto più se a rimanere sul tappeto è anche l'esigenza di stabilire se vi sia e chi sia il signore delle norme penali, unitamente alla preconcepita preoccupazione di escludere che i giudici possano in ogni caso contribuire a produrre diritto.

In realtà sarebbe irrealistico, illusorio continuare a confidare che, per contenere l'ampio spazio della concretizzazione giudiziale delle fattispecie penali e, quindi, il potere creativo dei giudici, il rimedio risolutore consista in una più precisa tipizzazione legislativa dei fatti punibili. Si tratta di una ricetta vecchia, nella cui efficacia miracolistica si potrebbe seguitare a credere soltanto rimanendo ingenuamente affezionati a mitologie del passato. Anche la legislazione più scrupolosa, sotto il profilo di una descrizione puntuale e accurata dei presupposti della responsabilità penale, mai potrebbe avere l'effetto di annullare l'autonomia e l'inevitabile 'creatività' della funzione interpretativo/applicativa. Pur immaginando che un giorno o l'altro un qualche legislatore riesca ad esempio a riscrivere la disciplina generale del reato colposo, regalandoci un nuovo art. 43 meno generico dell'attuale, saranno sempre gli interpreti a dirci come la colpa penale diversamente si atteggi e moduli in rapporto alle esigenze dei vari contesti di riferimento, per cui anche in futuro la colpa medica non sarebbe mai la copia perfetta della colpa sportiva e la colpa del datore di lavoro non sarebbe mai la stessa cosa della colpa stradale, ecc.

D'altra parte, una caratteristica culturalmente rilevante del tempo presente consiste proprio nel fatto che la più evoluta giurisprudenza penale contemporanea mostri una crescente consapevolezza del proprio ruolo di co-produttrice del diritto [ben lo riconosce, assai di recente, DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011, 92 ss.], e ciò in modi diversi e concorrenti. In estrema sintesi: nel far propria la distinzione tra "disposizione" e "norma" (nella previa consapevolezza, dunque,

che è l'interprete a ricavare la norma attribuendo significato alla disposizione scritta mediante il lavoro interpretativo); nello scegliere tra più interpretazioni possibili sulla base di valutazioni teleologiche, di opzioni politico-criminali, di considerazioni orientate alle conseguenze o comunque di giudizi di valore, peraltro sempre più spesso esplicitati in sede motivazionale; nel valorizzare la mediazione ermeneutica tra norma generale e caso concreto; nell'elaborare casi tipologici per (tentare di) tassativizzare per via giudiziale istituti che a livello di previsione legislativa rimangono assai indeterminati [si consideri, ad esempio, la meritoria costruzione ad opera della giurisprudenza di legittimità dei due casi tipologici del "patto di scambio politico-mafioso" e dell' "aggiustamento di processi" per precisare, nei due diversi contesti, i presupposti della punibilità del concorso esterno nell'associazione mafiosa: cfr., più in dettaglio, FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2005, 1734 ss.; ID., *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, Napoli, 2008].

Il discorso diventa sotto alcuni aspetti più complesso se si passa a considerare l'interpretazione costituzionalmente orientata in diritto penale, nel cui ambito il livello di autonomia o discostamento dal tenore letterale della legge ordinaria può risultare ancora maggiore. Si pensi, per limitarci ad esempi macroscopici, ai problemi di implementazione applicativa di principi (frutto, a loro volta, di elaborazione teorica a partire da disposizioni costituzionali in proposito non esplicite o non del tutto esplicite) quali quelli di lesività e colpevolezza; o si pensi anche ai procedimenti di riconversione interpretativa di vecchi beni giuridici ereditati dal passato e divenuti, successivamente, non più compatibili con l'impianto assiologico della Costituzione repubblicana. Ora, tutta quest'opera di lettura o rilettura costituzionalmente orientata di testi normativi vecchi o nuovi, bisognosi di correttivi ortopedici per renderli legittimi a cospetto della Costituzione, si avvale di tecniche e stili argomentativi (argomentazioni per principi dallo spettro generale e indeterminato, giudizi di valore, bilanciamenti tra valori o principi ecc.) che non potrebbero essere più lontani da quella scienza o dogmatica di stampo strettamente concettualistico-legalistico che appariva, fino ad alcuni anni addietro, la più congeniale a un principio di riserva di legge concepito alla vecchia maniera giuspositivistica (altro discorso è se, e in che misura questo tipo di dogmatica, additato in astratto come modello da seguire, abbia poi di fatto ricevuto reale riscontro nelle concrete operazioni interpretativo-ricostruttive del diritto vigente, essendo una verità scontata che la stessa dottrina penalistica di orientamento pre-costituzionale ha sempre lavorato effettuando anche valutazioni a carattere sostanziale, sia pure non esplicitate e dissimulate

sotto la veste di argomentazioni logico-formali).

Ma il ruolo dei giudici e il costituzionalismo giurisdizionale, come sappiamo, è andato vieppiù espandendosi anche a livello internazionale e sovranazionale, e questo fenomeno espansivo si manifesta ancora una volta a scapito del momento politico-legislativo. Ciò è particolarmente evidente nel processo di costruzione europea: senza il lavoro delle Corti non avremmo avuto un diritto europeo, e ciò vale anche per il settore penale. Anzi, è proprio dal versante sovranazionale che sono di recente scaturite le sollecitazioni più forti a prendere esplicitamente atto dell'apporto del formante giurisprudenziale alla produzione del diritto, sino al punto di giungere a riconoscere alla giurisprudenza il ruolo di fonte normativa accanto al diritto legislativo. Emblematica, da questo punto di vista, l'ormai nota sentenza a sezioni unite Beschi del 21 gennaio-13 maggio 2010: dove, a proposito di un caso di riproposizione di una richiesta di indulto a seguito di un intervenuto mutamento giurisprudenziale e con riferimento all'art. 7 Cedu, si riconosce alla giurisprudenza di Strasburgo il ruolo di fonte concorrenziale, rispetto al potere legislativo, nel determinare significato e portata del principio europeo di legalità [sul punto cfr., più diffusamente, DONINI, *op. cit.*, 97 ss.].

Il discorso meriterebbe svolgimenti ben più ampi di quanto è consentito in questa sede. Certo, che la stessa Cassazione potesse spingersi sino al punto di riconoscere apertamente al formante giurisprudenziale il ruolo di fonte del diritto, fino a poco tempo addietro non era pensabile. Ma, a ben vedere, quel che una simile evoluzione induce a rimettere sul tappeto, sollecitando rivisitazioni e ripensamenti, è lo stesso concetto di 'fonte' del diritto. Con ogni probabilità, vede giusto chi di recente pone in evidenza, guardando da un versante teorico-generale, il complesso intreccio esistente tra 'fonte' e 'interpretazione', pervenendo a questa conclusione a prima vista sconcertante: lungi dal trovare le fonti come dati preesistenti alla loro attività interpretativa, sono gli stessi interpreti a stabilire attraverso l'interpretazione cosa sia fonte e a determinarne di volta in volta il grado di precettività [PINO, *La gerarchia delle fonti del diritto. Costruzione, decostruzione, ricostruzione*, in *Ars interpretandi*, XVI-2011, 19 ss., 53].

Ciò ripropone, e a un tempo drammatizza il problema dei limiti, dei vincoli alla discrezionalità ermeneutica dell'interprete e, in particolare, del giudice. Quali difese, quali antidoti garantistici opporre di fronte al rischio di una discrezionalità giudiziale esercitata con troppa disinvoltura? È possibile confidare nella fissazione di nuovi limiti, di nuovi vincoli nascenti da una più chiara definizione di funzioni, di competenze e di rapporti di coordinamento tra le varie Corti oggi operanti a livello sia nazionale che sovranazionale, in modo tale che il 'dialogo' costruttivo e virtuoso alla fine prevalga rispetto a forme di

concorrenza conflittuale se non proprio anarchica ovvero rispetto a spiacevoli tentazioni di “colonialismo giurisdizionale”? [Cfr., più diffusamente, CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in *I diritti in azione*, a cura di M. cartabia, Bologna, 2007, 57 ss.].

Ci troviamo in realtà all'interno di un orizzonte complessivo ancora troppo incerto e mutevole, e condizionato da troppi fattori eterogenei incidenti sulle complesse dinamiche tra politica e diritto, per potere pronosticare quali saranno gli sbocchi finali nell'alternativa possibile tra una prospettiva 'irenica' o armonizzante e una prospettiva invece di tipo conflittuale o confusivo.

6. *Quale certezza del diritto, oggi?*

A dispetto delle ragioni di incertezza desumibili dal pur approssimativo quadro fin qui tracciato, un punto sembra nondimeno plausibile, ed è questo: a livello sia nazionale che sovranazionale, il diritto penale (e, prima ancora, il diritto più in generale) non potrà neppure nell'immediato futuro fare a meno della complessa interazione tra la legittimazione politico-democratica, la elaborazione dottrinale e la concretizzazione giurisprudenziale: all'interno di un circuito collettivo di produzione normativa, caratterizzato da spazi di diversa 'creatività' connaturati alle differenti funzioni del deliberare, del sistematizzare e dell'applicare norme generali ai casi concreti. In effetti la nostra è un'epoca storica, in cui il diritto torna ad assumere con particolare evidenza le sembianze di un'ardua impresa collettiva, alla cui realizzazione ciascuno dei poteri istituzionali (e dei saperi) coinvolti prende parte attiva secondo dinamiche ora cooperative, ora conflittuali. Il pluralismo culturale e assiologico, d'altra parte, oggi attraversa tutti i diversi ambiti, da quello politico a quello scientifico-dottrinale a quello giurisprudenziale. È pertanto fisiologico che pluralità e conflittualità di punti di vista si registrino, oltre che a livello governativo e politico-parlamentare, tra gli stessi studiosi e giudici.

In un quadro così complesso e articolato, inevitabilmente dinamico e instabile, a risentirne – e non potrebbe essere altrimenti – è quel fondamentale aspetto della legalità che va tradizionalmente sotto il nome di 'certezza' giuridica o certezza del diritto. Come sappiamo, è questo – non a caso – il profilo sinora privilegiato sia dalla Corte di giustizia del Lussemburgo, sia dalla Corte dei diritti dell'uomo di Strasburgo. Secondo un orientamento pragmatico di mediazione tra i rispettivi ordinamenti di *civil law* e di *common law*, entrambe le Corti tendono a privilegiare una concezione della legalità penale che pone soprattutto

l'accento sulla accessibilità e conoscibilità delle norme e che, dunque, enfatizza l'esigenza che il cittadino sia messo anticipatamente in condizione di percepire il discrimine tra lecito e illecito (mentre non si considera necessario che la fonte della norma penale sia una legge in senso stretto, quale atto normativo tipico di una assemblea parlamentare).

Ma una certezza giuridica così concepita fino a che punto regge a un vaglio critico che tenga conto della molteplicità e della complessità delle dinamiche che stanno oggi alla base, per un verso, dei processi di costituzionalizzazione, europeizzazione e internazionalizzazione degli ordinamenti giuridici e, per altro verso, dell'applicazione delle norme nei casi concreti? Come è stato rilevato da Juergen Habermas, il concetto di certezza andrebbe ormai problematizzato: un ordinamento giuridico non più costituito da sole regole, ma sempre più arricchito di principi enucleati in laboratori giudiziari multilivello non può, infatti, assicurare alle decisioni giudiziarie lo stesso grado di prevedibilità reso possibile dai sistemi legali di matrice ottocentesca [HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, trad. it., Milano, 1996, 262]. Se ciò è vero, ne deriverebbe che la certezza giuridica, ormai irrealizzabile come certezza della legge o della norma in senso giuspositivistico, sposta le sue aspettative al livello dei principi e della loro concretizzazione applicativa; ma assumendo a punto di riferimento, più che la conoscibilità delle singole norme o delle singole decisioni in sé considerate, la chiarezza e stabilità dei fondamenti assiologici e dell'insieme dei principi sottesi al diritto vivente.

Questa prospettiva può valere anche per il diritto penale, cioè il settore giuridico per sua natura più legato al concetto tradizionale di certezza? Il discorso meriterebbe, forse, ulteriori sviluppi e approfondimenti. Ma, sin da ora, di una cosa si può essere abbastanza sicuri: e cioè che la certezza del diritto penale, ammesso che sia realistico continuare ad auspicarla, appare oggi come una variabile dipendente da un gioco sempre più complesso di interazioni tra poteri e saperi collocati, a loro volta, a più livelli. Ci troviamo ormai, dunque, in un orizzonte di riferimento in cui il potenziale beneficiario della certezza non potrà a maggior ragione mai essere quel generico cittadino comune, in grado di conoscere un numero ridotto di leggi penali semplici e chiare, vagheggiato con ideologica ingenuità dai filosofi dell'età dei lumi.

Edizioni ETS
Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa
info@edizioniets.com - www.edizioniets.com
Finito di stampare nel mese di maggio 2012