

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PARMA

Dottorato di ricerca in Diritto penale
Ciclo XXVII

**TEORIA DELLA LEGITTIMAZIONE
E DIRITTO PENALE**

IL RUOLO DEL CONSENSO SOCIALE NELLE DINAMICHE DELLA LEGALITÀ

Coordinatore:

Chiar.mo Prof. Alberto Cadoppi

Tutor:

Chiar.mo Prof. Alberto Cadoppi

Dottorando:

Ernesto D'Ippolito

TEORIA DELLA LEGITTIMAZIONE E DIRITTO PENALE

IL RUOLO DEL CONSENSO SOCIALE NELLE DINAMICHE DELLA LEGALITÀ

INDICE

Parte Prima
Dalla legalità formale...

CAPITOLO I

LEGITTIMAZIONE E LEGALITÀ

- | | |
|------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1. <i>Legittimazione e legalità: i fondamenti democratici del potere</i> | 5 |
| 2. <i>Legittimazione e legalità come fondamenti democratici del diritto penale</i> | 11 |
| 3. <i>Legittimazione democratica ed esercizio in pubblico del potere</i> | 14 |
| 4. <i>Legittimazione e scopo della pena</i> | 18 |

CAPITOLO II

RISERVA DI LEGGE E TEORIA DEL REATO: TRA LEGALITÀ E LEGITTIMAZIONE

- | | |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1. Principio di legalità e definizione di "reato" | 27 |
| 2. Il principio di legalità <i>formale</i> come limite della potestà punitiva | 38 |
| 3. Il principio di riserva di legge: dalla <i>certezza del diritto</i> alla <i>garanzia di libertà</i> | 47 |
| 4. Principio di riserva di legge e sindacato di legittimità costituzionale: tra legalità <i>in the books</i> e democrazia <i>in action</i> | 58 |

Parte Seconda
...alla legalità sostanziale

CAPITOLO III
CONSENSO SOCIALE E TEORIA DEL REATO

- | | |
|-------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. Legittimazione democratica e consenso sociale | 82 |
| 2. <i>Norme di cultura</i> e diritto penale: il modello costituzionale di illecito penale | 91 |
| 3. Informazione, percezione della realtà e diritto penale | 105 |

CAPITOLO IV
DEMOCRAZIA E TEORIA DEL REATO:
DISTORSIONI FISILOGICHE E PATOLOGICHE
DELLA LEGALITÀ

- | | |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. Il modello democratico di illecito penale: il problema delle minoranze | 114 |
| 2. Il consenso sociale come fattore "patologico" di crisi: tra legittimazione democratica e processo cognitivo del giudice | 122 |
| 3. Le fonti sovranazionali come fattore "esterno" di crisi della legittimazione democratica | 133 |
| 4. Legittimazione e legalità: riflessioni conclusive intorno alla democrazia penale | 142 |

BIBLIOGRAFIA

Parte Prima
*Dalla legalità **formale**...*

CAPITOLO I

LEGITTIMAZIONE E LEGALITÀ

SOMMARIO: **1.** *Legittimazione e legalità*: i fondamenti democratici del potere. – **2.** *Legittimazione e legalità* come fondamenti democratici del diritto penale. – **3.** *Legittimazione democratica ed esercizio in pubblico* del potere. – **4.** *Legittimazione e scopo* della pena.

*«Giustizia e politica non nacquero sorelle...
quando la politica entra dalla porta del tempio,
la giustizia se ne fugge impaurita dalla finestra
per tornarsene al cielo»
(FRANCESCO CARRARA)*

1. **LEGITTIMAZIONE E LEGALITÀ: I FONDAMENTI DEMOCRATICI DEL POTERE.**

«Ogni Stato è fondato sulla forza».

Questa celebre frase che TROCKIJ avrebbe pronunciato a Brest-Litovsk è stata oggetto di riflessione da parte di MAX WEBER, il quale afferma che «in realtà è giusto che sia così. Se vi fossero soltanto organismi sociali in cui fosse ignota la forza come mezzo, il concetto di “Stato” sarebbe scomparso e al suo posto sarebbe subentrato ciò che, in questo senso particolare della parola, potrebbe chiamarsi “anarchia”»¹.

E lo stesso HOBBS scriveva: «Quando parlo della legge, intendo parlare delle leggi vive e armate (...) Non è la parola della legge, ma il potere di colui il quale ha nelle mani la forza di una nazione, che rende efficaci le leggi»².

In questa prospettiva, il diritto è un prodotto del potere e l'ordinamento giuridico è costituito da quell'insieme di norme che vengono fatte rispettare con la *forza fisica*.

¹ WEBER, *Il lavoro intellettuale come professione*, Torino, Einaudi, 1977, p. 48.

² HOBBS, *Dialogo tra un filosofo e uno studioso del diritto comune d'Inghilterra*, in *Opere politiche*, I, a cura di BOBBIO, Torino, Utet, 1971, p. 397 ss.

Ma se diritto è ogni norma *posta* da un'autorità che ha il potere di farla rispettare, cosa distingue uno Stato da una banda di criminali?

Il riferimento è all'illuminante e noto passo di SANT'AGOSTINO, per il quale gli Stati senza giustizia sono molto simili a bande di ladri: «che cosa sono le bande di ladri se non piccoli regni? È pur sempre un gruppo di individui, nel quale c'è un capo che comanda, vincolato da un patto sociale e la divisione del bottino è regolata secondo convenzioni precedentemente accordate.

Se questa associazione di malfattori cresce sino al punto di occupare un paese, stabilisce in esso la propria sede, sottomette popoli e città, e si arroga apertamente il titolo di Stato, titolo che le è assicurato non dalla rinuncia alla cupidigia, ma dalla conquista dell'impunità»³.

È del tutto ovvia la necessità di individuare dei criteri in base ai quali poter distinguere le norme di uno Stato e da quelle di una banda di criminali.

Per SANT'AGOSTINO la differenza dipendeva dalla corrispondenza o non delle leggi all'ideale di giustizia, ma per chi considera il diritto come il prodotto della volontà dominante non c'è un'idea universale di giustizia in grado di tracciare una sicura linea di confine.

È quindi indispensabile trovare un fondamento di legittimità che giustifichi giuridicamente il *potere politico*, e lo distingua dalle varie forme di *potere di fatto*.

Nella nota definizione weberiana, infatti, lo Stato è «monopolio della forza *legittima*».

³ SANT'AGOSTINO, *De civitate dei*, IV, 4, trad. it. a cura di Alici, *La città di Dio*, Milano, Bompiani, 2001, il quale, citando CICERONE, *De re publica*, 3, 14, 24, racconta: «con finezza e verità a un tempo rispose in questo senso ad Alessandro il Grande un pirata catturato. Il re gli chiese che idea gli era venuta in testa per infestare il mare. E quegli con franca spavalderia: "La stessa che a te per infestare il mondo intero; ma io sono considerato un pirata perché lo faccio con un piccolo naviglio, tu un condottiero perché lo fai con una grande flotta"».

La “legittimazione” indica l’atto attraverso il quale si riconosce e dichiara legittimo qualcosa e va tenuta distinta dal concetto di “legalità”, che attiene invece alla conformità al diritto, alla legge e alle disposizioni dell’ordinamento giuridico.

Questa prima classificazione, abbastanza pacifica in teoria generale del diritto, non è però così familiare agli occhi del penalista, abituati a guardare la “legittimità” per vedere la conformità alla Costituzione e la “legalità” per vedere la conformità alla legge.

Il termine “legittimità” si viene a trovare in una situazione di sospensione, talvolta utilizzato come sinonimo di legittimazione, talaltra di conformità alla legge⁴.

La legittimazione ha per oggetto la *fonte* di produzione del diritto, mentre la legalità l’*atto* che viene emanato dalla fonte nell’esercizio del potere.

La legittimazione è il fondamento del *potere*, riguarda la sua titolarità, e giustifica l’obbedienza e l’uso della forza.

La legalità si riferisce all’esercizio del *potere*.

Nell’impostazione soggettiva di WEBER ⁵ , che muove considerando la posizione dei *governati* nei confronti dei *governanti*, si riconoscono tre forme di *potere legittimo*, differenziate in base al tipo di legittimazione ricevuta: il potere *tradizionale* (cioè la monarchia), il potere *carismatico* (cioè il cesarismo, il bonapartismo) e il potere *razionale o legale*.

Da questa classificazione se né può trarre una prima conclusione, forse scontata: la legittimazione è presente in tutte le forme di Stato, tanto in quelli autoritari, quanto in quelli democratici.

⁴ Al fine di evitare equivoci legati all’uso del termine “legittimità” in senso lato, si cercherà di utilizzarlo solo con riferimento alla conformità costituzionale.

⁵ WEBER, *Economia e società*, Milano, Edizioni di Comunità, 1999.

Ciò che invece distingue tra l'autoritarieria e la democraticità dello Stato è il *tipo di atto* attraverso il quale si manifesta la legittimazione del potere.

Il potere autoritario riceve la propria legittimazione attraverso un *atto di fede*, quello democratico con un *atto di fiducia*.

Gli atti di fede possono solo essere spezzati, rotti. Al contrario, l'atto di fiducia può essere rinnovato o revocato, e pertanto ha bisogno di norme che ne regolino il funzionamento.

Ecco, allora, emergere un secondo elemento differenziale tra modelli autoritari e democratici: nei primi, legittimato il potere, è legittimo tutto ciò che di esso è manifestazione; si può dire che ogni aspetto della legittimazione è assorbito nella legalità. Diversamente, nei modelli democratici, è necessario vi siano delle norme che disciplinano quell'atto di fiducia legittimante il potere, ma non solo, vi devono anche essere delle altre norme che regolino l'esercizio del potere stesso.

Queste norme generali e astratte sono leggi, per questa ragione WEBER parla di potere *legale*, perché esercitato e regolato in conformità a delle leggi *prestabilite*.

La legittimazione quindi attiene alla *fonte*, alla titolarità del potere; mentre gli *atti* saranno legittimi, non perché mera espressione di un potere legittimato, ma perché conformi alla legge, che lo stesso consenso sociale ha – seguendo la tesi contrattualistica alla ROUSSEAU⁶ – posto alla base del funzionamento dello Stato.

Lo Stato di diritto à *la* KELSEN⁷ è, infatti, caratterizzato dall'*impersonalità* del potere, si è cioè scissa la legalità dalla

⁶ Ma il discorso è valido anche se si pone alla base dell'ordinamento una *Grundnorm*, cfr. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 2000.

⁷ KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, trad. COTTA-TREVES, Milano, Etas, 1994; KELSEN, *La democrazia*, Bologna, il Mulino, 1984.

legittimazione, invertendosene il rapporto non più *lex sub rege* ma *rex sub lege*.

È “nato” il principio di legalità, «vale a dire il principio secondo cui è creduto legittimo, e come tale abitualmente ubbidito, soltanto il potere che viene esercitato in conformità di leggi stabilite»⁸.

In questo senso, «il potere personale per eccellenza è quello del tiranno»⁹, mentre il potere legale si contrappone nettamente al potere «senza leggi né freni», come avrebbe definito il dispotismo MONTESQUIEU, è l'abbandono del «diritto del più forte» che, come spiega ROUSSEAU nel *Contratto sociale*, non è diritto, perché alla forza non si ha il dovere di ubbidire e ciò significa che a monte non vi è un diritto di comandare.

Riassumendo: «quando si esige la legittimazione del potere, si chiede che colui che lo detiene abbia il diritto di averlo. Quando si invoca la legalità del potere, si domanda che chi lo detiene lo eserciti non secondo il proprio capriccio ma in conformità di regole stabilite ed entro i limiti di queste.

Il contrario del potere legittimo è il potere di fatto, il contrario del potere legale è il potere arbitrario»¹⁰.

La legittimità riguarda la *titolarità* del potere, la legalità il suo *esercizio*; «le due categorie sono tanto diverse che un principe può esercitare legalmente il potere senza essere legittimo, un altro può essere legittimo ed esercitare illegalmente il potere»¹¹.

Va altresì chiarito che la sola legalità non garantisce la democraticità del sistema, non può garantirla ogni qual volta essa si

⁸ BOBBIO, *Teoria generale della politica*, Torino, Einaudi, 2009, p. 89.

⁹ BOBBIO, *Teoria generale, cit.*, p. 90.

¹⁰ BOBBIO, *Teoria generale, cit.*, p. 182.

¹¹ BOBBIO, *Teoria generale, cit.*, p. 95.

riduce alla mera volontà di chi esercita il potere, restando assorbita interamente nella legittimazione.

La legalità attiene al *modo* di governare, non alla *forma* di governo, e segna il passaggio dal “governo degli uomini” al “governo delle leggi”.

Già ARISTOTELE, nel terzo libro della *Politica*, si chiedeva se fosse «più utile essere governati dal migliore degli uomini o dalle leggi migliori?», preferendo la seconda perché la legge non ha le «passioni che invece necessariamente si riscontrano in ogni uomo»¹².

Ancora più esplicito PLATONE quando scrive «dove la legge è sottomessa ai governanti ed è priva di autorità, io vedo pronta la rovina della città; dove invece è signora dei governanti e i governanti sono i suoi schiavi, io vedo la salvezza della città e accumularsi su di essa tutti i beni che gli dei sogliono largire alle città»¹³.

¹² ARISTOTELE, *Politica*, Roma-Bari, Laterza, 2000, f. 1286a.

¹³ PLATONE, *Leggi*, in *Opere complete*, Roma-Bari, Laterza, 1998, f. 715d.

2. LEGITTIMAZIONE E LEGALITÀ COME FONDAMENTI DEMOCRATICI DEL DIRITTO PENALE.

La legalità è *garanzia* di libertà quando *limita* l'esercizio del potere coattivo statale, di cui massima espressione è proprio la sanzione penale.

Chiarissimo MONTESQUIEU quando scrive: «è dunque dalla bontà della legge penale che dipende principalmente la libertà del cittadino»¹⁴.

L'idea tutta di matrice illuministica, che affonda le proprie radici nel contrattualismo, è che «la libertà è il diritto di fare tutto ciò che le leggi permettono»¹⁵.

Lo stesso ROUSSEAU nel *Contratto sociale* scrive: «L'obbedienza alla legge che ci siamo prescritti è libertà»¹⁶.

Anche BECCARIA afferma prima che «Le leggi sono le condizioni colle quali uomini indipendenti e isolati si unirono in società, stanchi di vivere in un continuo stato di guerra, e di godere una libertà resa inutile dall'incertezza di conservarla. Essi ne sacrificarono una parte per goderne in restante con sicurezza e tranquillità. (...)

Fu dunque la necessità che costrinse gli uomini a cedere parte della propria libertà: egli è dunque certo che ciascuno non ne vuol mettere nel pubblico deposito che la minima porzione possibile, quella sola che basti a indurre gli altri a difenderlo. L'aggregato di queste minime porzioni possibili forma il diritto di punire; tutto il di più è abuso, e non giustizia; è fatto, non già diritto»¹⁷.

¹⁴ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Vol. I, Paris, Garnier Frères, 1973, p. 202: «C'est donc de la bonté des lois criminelles que dépend principalement la liberté du citoyen».

¹⁵ MONTESQUIEU, *De l'esprit*, cit., p. 167: «La liberté est le droit de faire tout ce que les lois permettent», trad. it. p. 205.

¹⁶ ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, Torino, Einaudi, 1994, p. 30.

¹⁷ BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di PISAPIA, Milano, Giuffrè, 1973, p. 11 ss.

E conclude poi il ragionamento, osservando come «Le pene che oltrepassano la necessità di conservare il deposito della salute pubblica, sono ingiuste di lor natura; e tanto più giuste sono le pene, quanto più sacra ed inviolabile è la sicurezza, e maggiore la libertà, che il sovrano conserva ai sudditi»¹⁸.

BOBBIO spiega come nelle tesi illuministiche-contrattualistiche «la libertà coincide non con l'autodeterminazione individuale, ma con l'autodeterminazione collettiva»¹⁹.

Per cui la libertà *individuale* solo attraverso la legge è sacrificabile e solo nel limite di quanto *necessario* a garantire la libertà *collettiva*. Emerge così anche quello che sarà uno dei capisaldi della politica penale moderna: il canone dell'*extrema ratio*.

A questo punto si può introdurre davvero il diritto penale all'interno del discorso, e un perfetto punto di partenza può senz'altro essere rappresentato dal brillante interrogativo di ROXIN: «*Che cosa può lo Stato assoggettare a pena?*»²⁰.

La risposta alla domanda ci dovrebbe far conoscere cosa lo Stato può o non può fare, cosa può o non può punire.

La stessa risposta ci dirà anche in che tipo di Stato ci si trova, magari non ci dirà se uno Stato è democratico, ma certamente ci dovrebbe dire se non lo è; perché se uno Stato è libero di punire tutto ciò che vuole senza limiti, allora quello Stato è certamente autoritario.

È chiaro allora come un diritto penale democratico non possa che essere un diritto penale nel quale il potere dello Stato di assoggettare a pena sia limitato.

¹⁸ BECCARIA, *Dei delitti*, cit., p. 12 ss.

¹⁹ BOBBIO, *Teoria generale*, cit., p. 43.

²⁰ ROXIN, *Was darf der Staat unter Strafe stellen? Zur legitimation der Strafdrohungen*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di DOLCINI-PALIERO, I, Milano, Giuffrè, 2006, p. 715 ss.

Si è osservato come la legittimazione sia il fondamento della democrazia, laddove non v'è legittimazione non vi può essere neppure democrazia, distinguendo la legittimazione *formale*, che riguarda *chi* è legittimato ad agire, ad esercitare il potere, compiendo atti giuridici prescrittivi; dalla legittimazione *sostanziale*, che riguarda invece *che cosa non può e che cosa non può non* essere deciso, ossia i limiti e i vincoli imposti all'esercizio del potere²¹.

²¹ FERRAJOLI, *Principia Iuris, Teoria della democrazia*, vol. II, Roma-Bari, Laterza, 2007, p. 25.

3. LEGITTIMAZIONE *DEMOCRATICA* ED ESERCIZIO *IN PUBBLICO* DEL POTERE.

Limitare il potere punitivo statale, per quanto necessario, non è di per sé sufficiente per definire un sistema penale come “democratico”. Per comprendere il rapporto tra diritto penale e modello democratico è forse opportuno fare un passo indietro, e chiarire prima che cos’è la “democrazia”?

Trovare una definizione di “democrazia” – dal greco *δημος* “popolo” e *κράτος* “potere” – che vada oltre il significato etimologico di “governo del popolo” è piuttosto complicato.

BOBBIO, infatti, scrive che «le definizioni di democrazia, come tutti sanno, sono molte»²², poiché ognuna, per quanto corretta, è anche parziale: può mettere a fuoco un aspetto, ma non riesce a cogliere il fenomeno nel suo insieme.

Tuttavia, dovendo scegliersene una dalla quale partire, quella preferita da BOBBIO, per cui democrazia è «potere in pubblico»²³, è utile anche alla lettura del penalista.

Perché *potere in pubblico*? Perché la democrazia ha bisogno di un *pubblico*, di un consenso sociale, che dia legittimazione a quel *potere* attraverso *periodici* atti di fiducia.

Si è detto come la legittimazione del potere in democrazia si contrapponga nettamente alla legittimazione del potere non democratico.

Non perché il potere tradizionale o il potere carismatico non abbiano alcuna legittimazione da parte del consenso sociale, ma perché il tipo di legittimazione è differente: non è un atto di fiducia, ma un atto di fede e

²² BOBBIO, *Teoria generale, cit.*, p. 339.

²³ *Ibidem.*

in quanto tale può solo essere spezzato; mentre in democrazia, l'atto di fiducia legittimante può essere rinnovato o revocato, secondo quelle regole che lo stesso consenso sociale ha posto alla base del funzionamento dello Stato.

È importante questa precisazione sulla legittimazione: è frequente, infatti, leggere che una norma o, addirittura, una sentenza abbiano legittimazione sociale, come se ciò significasse anche che quelle norme o quelle decisioni siano democratiche e giuste.

La legittimazione, di per sé, non garantisce la democraticità dello Stato, né tantomeno del sistema penale.

In primo luogo, perché esiste anche negli stati autoritari e, in secondo luogo, perché essa si riferisce al potere e non agli atti espressione dell'esercizio del potere.

L'atto può essere legittimo o meno alla Costituzione.

La legittimazione attiene alla fonte della legge, all'attribuzione del potere.

L'atto di fiducia legittimante è il *consenso sociale* e questo consenso potrà essere reale solo se il potere è esercitato *in pubblico*.

È per questo che Kelsen afferma: «una democrazia senza opinione pubblica è una contraddizione in termini»²⁴.

D'altronde, nell'*ancien régime* il potere era esercitato in modo assolutamente *invisibile*, «uno dei temi principali della trattatistica politica dei secoli in cui prevalgono forme di governo autocratiche è quello degli *arcana imperii*»²⁵, i quali non erano altro che una trasposizione degli *arcana Dei*, di quel timor di Dio con cui per secoli si era giustificato il potere sovrano.

²⁴ Kelsen, *Teoria generale, cit.*, 293.

²⁵ Bobbio, *Teoria generale, cit.*, p. 340.

«La ragione principale» – scrive BOBBIO – «dell’asserita necessità del potere di sottrarsi agli sguardi del pubblico sta nel disprezzo del popolo, considerato incapace di capire i supremi interessi dello Stato (che sarebbero, a giudizio dei potenti, i suoi stessi interessi) e facile preda dei demagoghi. Uno dei temi ricorrenti nella critica alla democrazia, che percorre tutta la storia del pensiero politico, dalle famose pagine della *Repubblica* di PLATONE sino a NIETZSCHE, è l’incapacità del volgo di mantenere i segreti che sono necessari alla miglior conduzione della cosa pubblica»²⁶.

Sono molte le immagini utilizzate per descrivere questo disprezzo del popolo: da PLATONE che si chiede cosa accade quando i marinai vogliono sostituirsi al loro comandante, ad HOBBS che mette in guardia il sovrano contro la sfrenatezza del popolo, suggerendogli il miglior modo per mettergli la briglia al collo.

Ma, probabilmente, la miglior espressione su quello che si suole chiamare *ragion di stato* l’ha resa HEGEL nelle sue lezioni di filosofia del diritto all’Università di Berlino definendo “popolo” quella parte dei componenti di uno Stato «che non sa quel che vuole»: il sapere ciò che si vuole «è il frutto di profonda conoscenza e intellesione, che appunto non son cose da popolo»²⁷.

Sempre BOBBIO avverte che, tuttavia, «c’è pubblico e pubblico. Riprendendo l’affermazione sprezzante di Hegel secondo cui il popolo non sa quello che vuole, si potrebbe dire che il pubblico di cui ha bisogno la democrazia è quello composto da coloro che sanno quel che vogliono»²⁸.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto. Diritto naturale e scienza dello stato in compendio*, trad. it. a cura di G. MARINI, Roma-Bari, Laterza, 2001, § 301.

²⁸ BOBBIO, *Teoria generale, cit.*, p. 352.

Ma perché possa esistere una democrazia è necessario che vi sia un pubblico che dia legittimazione col proprio consenso attraverso atti di fiducia al potere, e il pubblico al quale si riferisce BOBBIO è un pubblico attivo, informato, consapevole dei suoi diritti, il pubblico insomma nato con la rivoluzione francese e l'illuminismo, e che si è sviluppato fino ad oggi; il pubblico la cui storia è stata ricostruita nell'opera di JÜRGEN HABERMAS²⁹.

JOHN STUART MILL ha scritto che la democrazia può sopravvivere solo se può contare su un numero sempre maggiore di cittadini attivi, mentre l'autocrazia ha bisogno di cittadini passivi.

Infatti, anche nello Stato autoritario «il monarca assoluto, l'autocrate, il dittatore moderno, si presenta in pubblico, perché ha bisogno di mostrare i segni visibili della propria potenza. Ma il pubblico cui si presenta è una folla anonima, indistinta, chiamata ad ascoltare e ad acclamare, non a esprimere un'opinione ma a compiere un atto di fede. A questa visibilità puramente esteriore del signore della vita e della morte dei propri sudditi deve far riscontro l'opacità delle decisioni dalle quali la loro vita e morte dipendono»³⁰.

²⁹ HABERMAS, *Storia e critica dell'opinione pubblica*, Roma-Bari, Laterza, 2001.

³⁰ BOBBIO, *Teoria generale*, cit., p. 341.

4. LEGITTIMAZIONE E SCOPO DELLA PENA.

Durante *l'ancien régime*, mentre il potere veniva esercitato in segreto, i suoi effetti dovevano manifestarsi in pubblico; si pensi all'efficace espressione di MICHAEL FOUCAULT: lo "splendore dei supplizi", condotti con un rituale destinato a ostentare la sua forza in pubblico e a celebrare così, agli occhi della collettività, "il trionfo della legge", provocando un effetto di terrore con lo spettacolo del potere scatenato sul colpevole.

In un sistema penale democratico, l'esercizio del potere punitivo è sottratto allo spettacolo pubblico, dovrebbero essere i governanti a "temere" i governati e non più il contrario. Non ha quindi più senso mostrare la forza del potere, al contrario è necessario mostrarne il suo esercizio per far sì che chi lo sta esercitando possa continuare a essere legittimato a farlo.

Tra la fine del secolo XVIII e l'inizio del XIX, «la lugubre festa punitiva si va spegnendo» si assiste alla «scomparsa dello spettacolo della punizione: il cerimoniale della pena tende ad entrare nell'ombra, per non essere altro che un nuovo atto procedurale o amministrativo»³¹.

La punizione cessa di essere uno spettacolo di corpi suppliziati, squartati, arrotati, amputati, pinzati, marchiati, impalati, bruciati, esposti al pubblico ludibrio nelle piazze. Anzi, «l'esecuzione pubblica viene percepita come un torbido focolaio, dove la violenza si riaccende. La punizione tenderà dunque a divenire la parte più nascosta del processo penale»³².

³¹ FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino, Einaudi, 1975, p. 10.

³² FOUCAULT, *Sorvegliare, cit.*, p. 11.

La pena, o più precisamente la sua funzione, il suo scopo³³, si attegga in modo nettamente differente in Stati autoritari e in Stati democratici, nei quali «la sofferenza fisica, il dolore del corpo, non sono più elementi costitutivi della pena»³⁴.

È proprio l'applicazione di una *pena* a caratterizzare l'illecito penale e distinguerlo da altri tipi di illecito come quello civile o amministrativo: «la pena – la più dura e distruttiva sanzione utilizzabile dal legislatore – è ciò che caratterizza il diritto penale rispetto agli altri settori dell'ordinamento»³⁵.

Se si osserva un *fatto illecito* non è dato sapere che tipo di illecito si sta commettendo, è necessario conoscere la natura delle sanzioni per qualificarne il tipo di responsabilità.

La funzione esercitata dalla sanzione determina la sua natura giuridica e possono essere molto diverse; basti considerare quella *risarcitoria* della responsabilità aquiliana che ha lo scopo di riparare l'offesa subita dal danneggiato e quella *punitiva* del diritto penale che colpisce l'autore dell'illecito, ma senza che questa sanzione ristabilisca lo *status quo antea*, né tantomeno risarcisca sul piano patrimoniale la vittima, per la quale la sanzione penale non può fare altro che appagare la sua sete di *vendetta*.

La pena è caratterizzata dal fatto di essere afflittiva, almeno potenzialmente, di un diritto fondamentale: la libertà personale.

È proprio un primordiale bisogno di giustizia diffuso tra la gente a far desiderare l'inflizione di un male per *compensare* il male cagionato: «è chiaro, come tutti sanno, che non è castigando il delinquente, che si

³³ Sulla *teoria dello scopo della pena* la letteratura è sterminata, la bibliografia pertanto non potrà che risultare incompleta, cfr., nella manualistica,

³⁴ FOUCAULT, *Sorvegliare, cit.*, p. 13.

³⁵ È indicativo sia proprio questo *incipit* con cui hanno scelto di aprire, MANINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, III ed., Milano, Giuffrè, 2001, p. 5.

riparano i danni della vittima. Ma le stesse vittime, quasi per desiderio istintuale, desiderano generalmente il male dei loro assalitori»³⁶.

È proprio questa primordiale natura vendicativa la prima funzione che la pena ha esercitato – nota come *legge del taglione*: «vita per vita, occhio per occhio, dente per dente, mano per mano, piede per piede»³⁷– e ha costituito la base ideologica per sostituire la vendetta privata (da quella gentilizia romana alla faida germanica) con la pena *pubblica* nell'esercizio di una potestà punitiva *monopolizzata*.

In questo senso, i privati rinunciano a farsi giustizia da sé, accettando e *legittimando* che sia lo Stato a reprimere l'offesa subita, punendo il colpevole.

In forme di Stato in cui l'esercizio del potere è arbitrario, le pene per essere *legittimate* non possono che dover essere eseguite *pubblicamente*, è il “pubblico ludibrio” a garantire che sia appagata la sete di vendetta della vittima e che la pena sia *effettiva*.

Tuttavia, vi è un postulato che non è mai stato completamente abbandonato: «è giusto che un condannato soffra fisicamente più degli altri uomini»³⁸.

E così, anche, «nei meccanismi moderni della giustizia penale, permane quindi un fondo “supplizante”, un sottofondo di sofferenza non ancora completamente dominato, ma avvolto, in maniera sempre più ampia, da una penalità dell'incorporeo»³⁹.

³⁶ CADOPPI-VENEZIANI, *Elementi di diritto penale, Parte generale*, V ed., Padova, Cedam, 2012, p. 481.

³⁷ *Esodo* 21,24.

³⁸ FOUCAULT, *Sorvegliare, cit.*, p. 18 ss., il quale ricorda come la principale critica rivolta, nella prima metà del XIX secolo, al sistema carcerario è che la prigione non sia sufficientemente punitiva: «i detenuti hanno meno freddo, meno fame, minori privazioni, nel complesso di molti poveri e perfino di molti operai».

³⁹ FOUCAULT, *Sorvegliare, cit.*, p. 19.

Pur se «i vecchi protagonisti del fasto punitivo, il corpo e il sangue, cedono il posto. Un nuovo personaggio entra in scena, mascherato. Finita una certa tragedia, inizia una commedia con figure d'ombra, voci senza volto, entità impalpabili. L'apparato della giustizia punitiva deve ora mordere su questa realtà senza corpo»⁴⁰.

La teoria retributiva dello scopo della pena è una teoria *assoluta*, concepisce la pena come *fine* a se stessa; essa non persegue altro scopo che la *giusta* retribuzione dei delitti.

La funzione *retributiva* è espressione al contempo di «un'esigenza etico-sociale primigenia di giustizia distributiva» e di «riaffermazione simbolica del precetto violato»⁴¹.

La teoria retributiva⁴² può trovare un proprio fondamento *morale*, nella concezione kantiana di un bisogno connaturato all'animo umano, necessario ad appagare un superiore senso di giustizia: *punire* il male con il male e *premiare* il bene con il bene; il principio è che «un male sofferto è una giusta risposta a un male inferto»⁴³.

È noto e citato da tutti l'esempio che KANT fa nella *Dottrina del diritto*, per cui quand'anche la società si sciogliesse col consenso di tutti i suoi membri disperdendosi nel mondo, «l'ultimo assassino che si trovasse in carcere dovrebbe prima essere giustiziato, affinché ciascuno porti la pena della sua condotta e il sangue non ricada su coloro che non hanno preteso la punizione»⁴⁴.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ PADOVANI, *Diritto penale*, X ed., Milano, Giuffrè, 2012, p. 315.

⁴² Per un'analisi del passaggio dalla concezione *teocratica* alla concezione *laica* della pena, cfr. MOCCIA, *Capzov e Grozio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, Napoli, Esi, 1979, *passim*, spec. p. 25 ss. e 49 ss.

⁴³ BOBBIO, voce *Sanzione*, in *Nss. dig. It.*, XVI, Torino, Utet, 1969, p. 534.

⁴⁴ KANT, *Dottrina del diritto*, in *La metafisica dei costumi*, Roma-Bari, Laterza, 2001, p. 166.

Tuttavia, alla teoria retributiva si è dato un diverso fondamento *giuridico*, nella concezione dialettica di HEGEL, infatti, la pena “onora” il reo quale essere razionale: il delitto è negazione del diritto, la pena è negazione del delitto e, dunque, come negazione della negazione, la pena ristabilisce il diritto⁴⁵.

Per la teoria retributiva, la pena è «necessariamente caratterizzata da determinatezza e proporzionalità, proprio perché la “compensazione” non è cieca vendetta, ma implica una reazione non arbitraria e proporzionata, secondo predeterminati criteri di giustizia»⁴⁶.

Pertanto, ne deriva una pena: *personale*, in quanto il corrispettivo del male non può che essere applicato al suo autore; *proporzionata*, in quanto il male subito costituisce il corrispettivo del male inflitto; e *certa*, in quanto corrispettivo del male, la pena deve essere inderogabilmente scontata⁴⁷.

Ma se la teoria retributiva può garantire una pena personale e proporzionata, il suo scopo difficilmente riesce a giustificare la sofferenza inflitta, per questo motivo sono state elaborate teorie *relative* o *utilitaristiche* dello scopo della pena: non più *fine*, ma *mezzo* attraverso il quale garantire i consociati dalla commissione di delitti.

Nel pensiero illuministico la pena trovava la propria *legittimazione* solo come strumento di tutela dei cittadini.

D'altronde, già HOBBS affermava che «nel comminare le pene non bisogna preoccuparsi del male ormai passato, ma del bene futuro: cioè non è lecito infliggere pene se non con lo scopo di correggere il

⁴⁵ HEGEL, *Lineamenti di filosofia, cit., passim*.

⁴⁶ VENEZIANI, *La punibilità, Le conseguenze giuridiche del reato*, II, Milano, Giuffrè, 2014, p. 6.

⁴⁷ Cfr. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, Padova, Cedam, 2011, p. 734.

peccatore o di migliorare gli altri con l'ammonimento della pena inflitta»⁴⁸.

E così SCHOPENHAUER ricordando come la legge non può che avere un fine: distogliere, con l'intimidazione, dalla violazione del diritto altrui, affermava: «la legge, il compimento della legge, la pena, hanno dunque di mira essenzialmente l'avvenire, non il passato. Il che distingue la pena dalla vendetta: la quale ultima trae motivo unicamente da certi fatti compiuti, dal passato come passato. Infliggere al reo un dolore, senza mirare ad un fine per l'avvenire, sarebbe vendetta; con la quale vogliamo soltanto consolarci di un dolore sofferto, con lo spettacolo di un dolore imposto da noi a chi ci fece soffrire»⁴⁹.

Pertanto, secondo la teoria della *prevenzione generale*, la pena è la minaccia con la quale lo Stato distoglie i consociati dalla commissione di atti criminosi; in tal senso, la pena assume una funzione *intimidatoria* utile però a garantire la *massima sicurezza* dei cittadini con la *minima afflizione* per il reo.

Secondo la teoria della *prevenzione speciale*, la pena ha la funzione di *neutralizzare* il reo dalla commissione di nuovi reati.

Le teorie della *prevenzione* sono anche state sviluppate in chiave *positiva*, così che se la teoria *general-preventiva* in *negativo* ha una funzione di *intimidazione*, in *positivo* ha uno scopo di *integrazione*, rafforzando la fedeltà dei consociati all'ordine costituito; se la teoria *special-preventiva* in *negativo* ha una funzione di *eliminazione* o

⁴⁸ HOBBS, De cive, *Elementi filosofici sul cittadino*, Roma, Editori riuniti, 2014, cap. III, par. 11, p. 118. (controllare)

⁴⁹ SCHOPENHAUER, *Il mondo come volontà e rappresentazione*, IX ed., Roma-Bari, Laterza, 2000, § 62.

neutralizzazione del reo, in *positivo* ha uno scopo di *rieducativo* del reo, volto al suo reinserimento nella società⁵⁰.

Tuttavia, tante le teorie *assolute* quanto quelle *relative* sono state oggetto, da parte dell'unanime dottrina contemporanea⁵¹, di una valutazione critica che muove principalmente dalla loro *unilateralità*. È stato osservato come le teorie assolute siano riconducibili a matrici religiose, in Occidente all'etica cristiana, ma «rivendicare una giustizia assoluta sulla base di norme create e applicate da uomini è atteggiamento che suona oggi culturalmente inaccettabile e di non credibile superbia. A parte la determinazione, non sempre agevole, di che cos'è il male, non si è in grado di punire tutto il male né tutti coloro che lo compiono. La giustizia assoluta è bene sia consapevolmente lasciata ad istanze diverse dallo Stato, poiché la giustizia umana non può non essere anche strumento politico di governo. Talvolta, insomma, può essere opportuno non punire e lo Stato deve essere libero di non farlo»⁵².

Anche le teorie *relative*, nate e sviluppate sulla base delle *filosofie utilitaristiche* dell'Illuminismo, non sono state, tuttavia, immuni da obiezioni. Infatti, con tali tesi, se svincolate completamente da ogni riferimento alla colpevolezza del fatto nella misura della pena, «vi è il rischio che la *prevenzione generale* degeneri in un *escalation* incontrollata di pene sempre più rigorose; e che la *prevenzione speciale*

⁵⁰ FERRAJOLI, *Diritto e ragione, Teoria del garantismo penale*, IX ed., Roma-Bari, Laterza, 2008, p. 232 ss.

⁵¹ Per ampi riferimenti alla posizione della Corte costituzionale sullo *scopo della pena*, cfr. FIANDACA, *Scopi della pena tra commisurazione edittale e commisurazione giudiziale*, in AA. VV., *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di VASSALLI, Napoli, Esi, 2006, p. 131 ss.

⁵² M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, Giuffrè, 2004, p. 15.

assuma le forme o di un'educazione coatta a ideologie predeterminate o di una neutralizzazione a sua volta disumana e senza limiti»⁵³.

Sul punto assai critica era la posizione di BETTIOL quando scriveva: «la prevenzione speciale ha dato tutto quello che poteva dare, cioè il nulla. Con la prevenzione generale si può finire nel terrorismo e al terrorismo non si risponde con il terrorismo ma con un diritto penale razionale e umano che comprenda i fenomeni delittuosi, e li contenga. Non c'è altro da sperare. Le garanzie formali di legittimità sono ormai superate e il *nullum crimen sine lege* non conta niente o poco»⁵⁴.

Pertanto, la dottrina contemporanea nella legittimazione della pena ha elaborato – seppur con sfumature differenti – delle teorie *miste* che combinano elementi delle teorie assolute con altri delle teorie relative: la pena è inflitta sia per retribuire la colpevolezza, sia per evitare che lo stesso autore o autori diversi ne commettano altri, nonché per rieducare e reinserire il reo nella società.

In conclusione, può dirsi che oggi la pena trovi la propria legittimazione nella colpevolezza, la quale non ha più solo una funzione limitativa, perché oltre a limitarla la fonda⁵⁵.

La Corte costituzionale nella celebre sentenza n. 364 del 1988⁵⁶ ha affermato chiaramente che il ricorso alla pena da parte del legislatore si *legittima* non in relazione ad ogni offesa a un bene giuridico, ma solo per quelle offese che sono recate *colposamente* rendendo l'autore *personalmente rimproverabile*.

I giudici delle leggi pongono in stretta correlazione la *colpevolezza* alle *funzioni della pena*: «a quella *generalpreventiva*, anzitutto, perché

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ BETTIOL, *Prefazione all'undicesima edizione*, in *Diritto penale*, XI ed., Padova, Cedam, 1982, p. VII.

⁵⁵ M. ROMANO, *Commentario, cit.*, p. 17.

⁵⁶ C. cost., 24 marzo 1988, n. 364, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 686 ss.

essendo il fine della comminatoria legale delle pene quello di orientare le scelte di comportamento dei consociati, gli effetti motivanti così perseguiti possono essere raggiunti solo se il fatto vietato è frutto di una libera scelta dell'agente o, almeno, è da lui evitabile con la dovuta diligenza: non avrebbe senso minacciare la pena per distogliere il destinatario da comportamenti che giacciono al di fuori della sua sfera di controllo. Alla funzione *specialpreventiva*, per altro verso, perché la rieducazione del condannato – scrivono gli Autori citando la Corte costituzionale – «postula almeno la colpa dell'agente in relazione agli elementi più significativi della fattispecie tipica. Non avrebbe senso la “rieducazione” di chi, non essendo “in colpa” (rispetto al fatto), non ha, certo, “bisogno” di essere “rieducato”»⁵⁷.

⁵⁷ MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, 4 ed., Milano, Giuffrè, 2012, p. 11.

CAPITOLO II

RISERVA DI LEGGE E TEORIA DEL REATO: TRA LEGALITÀ E LEGITTIMAZIONE

SOMMARIO: **1.** Principio di legalità e definizione di “reato”. – **2.** Il principio di legalità *formale* come limite della potestà punitiva. – **3.** Il principio di riserva di legge: dalla *certezza del diritto* alla *garanzia di libertà*. – **4.** Principio di riserva di legge e sindacato di legittimità costituzionale: tra legalità *in the books* e democrazia *in action*.

*«O dei e dee,
come va tutto a rovina per quanti
vivono fuori della legge!
Non fanno altro che aspettarsi
quello che sanno di meritarsi»
(PETRONIO)*

1. PRINCIPIO DI LEGALITÀ E DEFINIZIONE DI “REATO”.

Quali fatti possono o non possono essere reato e dunque puniti?

La storia del diritto penale è segnata dalla contrapposizione dialettica di due principi che riflettono due diversi modi di concepire il rapporto tra individuo e Stato: il principio di legalità *formale* orientato al *favor libertatis* e il principio di legalità *sostanziale* ispirato dal *favor societatis*. La risposta all’interrogativo – «perenne dilemma e dramma politico del diritto penale moderno» – è sempre «oscillante tra l’esigenza di certezza e l’esigenza di giustizia, tra la garanzia di libertà individuale e l’istanza della difesa sociale, nella continua ricerca di un punto di equilibrio tra due ordini di valori entrambi essenziali per una civile vita sociale»⁵⁸.

⁵⁸ MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, VII ed., Padova, Cedam, 2011, p. 3.

Il brocardo latino *nullum crimen, nulla poena sine lege*⁵⁹, col quale è spesso indicato il principio di legalità *formale*, non risale al diritto romano – che, anzi, «ammetteva l'applicazione analogica della legge penale, consentendo al giudice di punire *ad exemplum legis*»⁶⁰ –, ma è stato coniato dal grande illuminista e penalista tedesco VON FEUERBACH⁶¹.

In realtà, anche se solo in forma embrionale, cenni di un “principio di legalità” possono essere fatti risalire alla *Magna Charta* di Re Giovanni, emanata nel 1215, in cui era scritto: «*Nessun uomo libero sia arrestato o imprigionato o multato o messo fuori legge o esiliato o danneggiato in alcun modo, né ci volgeremo o manderemo alcuno contro di lui, eccetto che per legale giudizio di suo pari o secondo la legge del Regno*».

Mentre in HOBBS si comincia a delineare con più precisione quella che sarà poi la *legalità penale* “moderna”: «un delitto è una colpa che

⁵⁹ In Italia, sul *principio di legalità*, in ordine cronologico, si cfr. VASSALLI, *Nullum crimen sine lege*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, Utet, 1965, p. 493 ss.; NUVOLONE, *Le leggi penali e la Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1953; SPASARI, *Diritto penale e Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1966; PAGLIARO, voce *Legge penale: principi generali*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, Giuffrè, 1973, 1048 ss.; MARINI, *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, Giuffrè, 1978, 950 ss.; PEDRAZZI, voce *Diritto penale*, in *Dig. d. pen.*, IV, Torino, Utet, 1990, p. 64 ss.; PALAZZO, voce *Legge penale*, in *Dig. d. pen.*, VII, Torino, Utet, 1993, p. 338 ss.; VASSALLI, *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig. d. pen.*, VIII, Torino, Utet, 1994, p. 278 ss.; VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei “delitti di Stato” nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista*, Milano, Giuffrè, 2001; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, Giuffrè, 2004, p. 1 ss.; FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, IX ed., Roma-Bari, Laterza, 2008; CUPELLI, sub *Art. 1 c.p.*, in LATTANZI-LUPO, *Codice penale, Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 3 ss.; CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, II ed., Torino, Giappichelli, 2014.

⁶⁰ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, XVI ed., Milano, Giuffrè, 2003, p. 70 ss.

⁶¹ FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, XIV ed., 1847, rist. 1986, § 20, p. 41, citato in MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, III ed., Milano, Giuffrè, 2001, p. 19.

consiste nel fare – col fatto o con le parole – quello che la legge vieta, o nel non fare quello che ha comandato»⁶².

Tuttavia, l'idea di sottoporre il diritto penale al dominio della legge è una delle grandi aspirazioni dell'Illuminismo – da MONTESQUIEU a BECCARIA⁶³ – e una delle sue prime attuazioni si avrà proprio nella Francia durante la rivoluzione nel 1789, con la *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino*, i cui artt. 7 e 8 sancivano rispettivamente che «Nessun uomo può essere accusato, arrestato o detenuto se non nei casi determinati dalla legge e secondo le forme da essa prescritte» e che «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».

Nel pensiero illuministico, lo scopo di riservare al monopolio legislativo la scelta del *cosa* e del *quanto* punire era un riflesso del portante *principio di separazione dei poteri*.

I fatti, per i quali poteva legittimamente disporsi una pena, non potevano che essere frutto della volontà dell'organo che è diretta espressione della volontà popolare, solo il Parlamento avrebbe potuto garantire i cittadini dagli abusi non solo del potere esecutivo e ma anche da quello dei giudici.

Nel precedente *Capitolo*, ci si è riferiti al principio di legalità quale elemento essenziale dello Stato di diritto, in cui la legalità «designa la subordinazione dell'esercizio del potere alla legge; nel diritto penale, invece, il principio di legalità affida all'atto normativo del Parlamento

⁶² HOBBS, *Dialogo tra un filosofo e uno studioso del diritto comune d'Inghilterra*, in *Opere politiche*, I, a cura di BOBBIO, Torino, Utet, 1971, p. 429.

⁶³ Cfr., *retro*, Cap. I.

l'esclusività «nello stabilire fondamento, limiti e conseguenze della responsabilità penale»⁶⁴.

In questo senso può dirsi che «la legalità costituisce nel diritto penale il riverbero applicativo del principio di legalità inteso come uno dei tre fondamenti dello stato di diritto, accanto al principio della divisione dei poteri ed al principio di uguaglianza. Esso, com'è noto, esprime l'esigenza che l'esercizio di ogni potere pubblico sia previsto e regolato dalla legge; "legge" che negli ordinamenti di *civil law* coincide con l'atto normativo di fonte parlamentare»⁶⁵.

Emerge, dunque, la *funzione* o la *ratio* del principio: *garantire la libertà dell'individuo* nell'applicazione delle norme penali. Ecco perché nei modelli di Stato autoritari tale principio è sostanzialmente eliminato, anche se non sempre formalmente.

Al contrario, la ricerca della *massima protezione della collettività* dalla commissione di reati, che in linea generale potrebbe anche apparire come un valore condivisibile, conduce inevitabilmente lungo la strada che porta al dispotismo.

Il principio di legalità *sostanziale* si declina, infatti, nel punire come reato tutti i *fatti socialmente pericolosi*, siano o meno espressamente previsti dalla legge.

Ne deriva una nozione sostanziale di reato, che, in funzione dogmatica-descrittiva, trae origine dall'elaborazione tardo settecentesca della riforma penale illuministica, proseguita poi nell'Ottocento nella ricerca dei «limiti alla potestà punitiva del sovrano, che, per esercitarsi razionalmente (ed essere quindi "giusta" in rapporto alla funzione di garante del patto sociale che il sovrano assumeva), doveva rivolgersi

⁶⁴ PADOVANI, *Diritto penale*, X ed., Milano, Giuffrè, 2012, p. 18.

⁶⁵ PADOVANI, *Jus non scriptum e crisi della legalità*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, p. 8.

soltanto alle azioni che esprimessero un *danno socialmente rilevante*; e tale danno si identificava nella *lesione dei diritti naturali* preesistenti alla costituzione del patto sociale (diritti che ciascuno accettava di veder limitati dai corrispondenti diritti di tutti gli altri, in cambio di una tutela corrispettiva contro ogni aggressione da parte dei terzi)»⁶⁶.

Dalla legalità sostanziale discendono due corollari: «sono punibili le azioni socialmente pericolose anche se non espressamente incriminate dalla legge e, viceversa, sono non punibili le azioni espressamente incriminate dalla legge se socialmente non pericolose. Ciò che imprime al fatto il carattere della criminalità è la sua pericolosità sociale»⁶⁷.

È reato tutto ciò che offende *l'ordine costituito* di quel determinato tipo di Stato.

«L'esigenza» – scrive PADOVANI – «di stabilire *limiti contenutistici* all'esercizio della potestà punitiva si affievolì allorché si affermarono i regimi costituzionali e lo Stato di diritto, e trovò attuazione il *principio di legalità formale*, con l'attribuzione al legislatore parlamentare del monopolio della normazione penale. Poiché il Parlamento rappresenta l'intera comunità civile, le prescrizioni penali dovevano finire col rappresentare “naturalmente” un esercizio della potestà punitiva razionalmente fondato sulle esigenze sociali primarie ed essenziali. Si trattava in realtà di una pia illusione, poiché l'area penale si espanse e si dilatò oltre misura, sotto la spinta delle sollecitazioni più varie»⁶⁸.

⁶⁶ PADOVANI, *Diritto penale, cit.*, p. 80.

⁶⁷ MANTOVANI, *Diritto penale, cit.*, p. 6.

⁶⁸ PADOVANI, *Diritto penale, cit.* p. 80.

Gli esempi più emblematici di rottura della legalità formale, per costruire una *concezione sostanziale o materiale del reato*⁶⁹, si ebbero nell'Unione Sovietica e nella Germania nazista, dove venne introdotta l'estensione analogica delle norme incriminatrici⁷⁰.

Nella Russia post Rivoluzione d'Ottobre⁷¹ si assiste all'attuazione della critica marxista antilluministica del «feticismo borghese della legalità», con l'abrogazione del principio di legalità e la creazione giurisprudenziale del diritto, che trovava la propria fonte nella «*coscienza socialista della giustizia*».

⁶⁹ Con la locuzione «*concezione sostanziale di reato*», s'intendono cose diverse: vi è chi ritiene si tratti del *minimo comune denominatore* di tutti gli illeciti penali, da alcuni ravvisato nell'*alterazione delle condizioni fondamentali della vita sociale*; da altri, nella *violazione delle regole minime di una convivenza civile*. Tuttavia, osserva giustamente PADOVANI, *Diritto penale, cit.* p. 78 ss., che «se si sostiene che tutti i reati, per il solo fatto di essere tali, possiedono indefettibilmente questo seppur minimo comune denominatore, la nozione sostanziale si sottrae al criterio di falsificabilità. In altri termini, essa non può mai trovare smentita, ma solo perché si appiattisce in definitiva, sulla nozione formale di reato, traendo il proprio fondamento non già da un'analisi critica, ma dal principio d'autorità: il reato attiene a ciò che è essenziale per l'ordinato svolgersi dei rapporti sociali semplicemente perché è posto come tale (cioè come illecito penale) da legislatore.

Se si sostiene invece che in realtà non tutti i reati corrispondono al modello proposto, la nozione sostanziale *cessa automaticamente di essere descrittiva*, per il solo fatto che non si attaglia a tutte le ipotesi considerate. Essa diviene surrettiziamente una nozione sostanziale di carattere *deontologico (o normativo)*: prospetta non più ciò che il reato è, ma ciò che il reato *deve o dovrebbe essere* (ma non sempre e non necessariamente è, secondo l'esperienza legislativa concreta)».

In questo modo la concezione sostanziale del reato si sposta dal piano dogmatico al piano politico-criminale, scrive ancora PADOVANI, *Diritto penale, cit.* p. 80: «le moderne nozioni sostanziali di reato riflettono questo stato di cose: mentre muovono dal presupposto (che è piuttosto un mito) di un legislatore razionale, attento a circoscrivere l'uso della sanzione penale secondo criteri di assoluta necessità e per la tutela delle condizioni "essenziali" del vivere civile, si scontrano poi con la realtà di un nugolo di reati ben lontani da questo modello di base. Nate per "descrivere" l'esistente, finiscono col "prescrivere" i suoi confini».

⁷⁰ Cfr. VASSALLI, *Nullum crimen, nulla poena, cit.*, p. 291 ss.; BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Nss. dig. it.*, Torino, Utet, 1973, p. 7 ss., ora in *Scritti di diritto penale*, I, t. I, Milano, Giuffrè, 1997, p. 598 ss.; nella manualistica, MANTOVANI, *Diritto penale, cit.*, p. 7 ss.

⁷¹ Cfr. COSSUTTA, *Fra giustizia ed arbitrio. Il principio di legalità nell'esperienza giuridica sovietica*, in *Quad. fiorentini*, 2007, II, p. 1083 ss.

Anche con l'avvento del nazionalsocialismo in Germania il principio del *nullum crimen, nulla poena sine lege* viene stravolto dalla riformulazione in chiave *materiale*, per la quale va punito chiunque merita punizione secondo il pensiero fondamentale di una legge penale e secondo il «*sano sentimento del popolo*» (*gesundes Volksempfinden*)⁷².

Nelle grandi dittature, sorte dalla crisi dello Stato liberale ottocentesco, la magistrale lezione di BECCARIA non trovava alcun riscontro: «non vi è cosa più pericolosa di quell'assioma comune, che bisogna consultare lo *spirito della legge*. Questo è un argine rotto al torrente delle opinioni. Questa verità che sembra un paradosso alle menti volgari, più percossa da un piccolo disordine presente, che dalle funeste ma remote conseguenze che nascono da un falso principio radicato in una nazione, mi sembra dimostrata»⁷³.

Ciò non può destare certamente sorpresa. In modelli di Stato autoritari, lo scopo della pena è diverso: basti pensare per esempio a ciò che scrivono nel 1933 – in quello che possiamo considerare un manifesto della politica criminale del nascente regime nazista – DAHM e SCHAFFSTEIN sulla necessità che la pena assolva una funzione simbolica, che consiste nel manifestare la potenza dello Stato⁷⁴.

In realtà, essi si riferivano fondamentalmente alla pena di morte, e, benché osservassero che la repressione del delitto non deve superare certi limiti di proporzionalità, perché altrimenti scadrebbe nell'insensata barbarie e non verrebbe compresa, ritenevano che attraverso il diritto penale, la cui forza coattiva veicola l'inflessibilità del

⁷² Cfr. DE CRISTOFARO, *Legalità e pericolosità. La penalistica nazifascista e la dialettica tra retribuzione e difesa dello Stato*, in *Quad. fiorentini*, 2007, II, p. 1031 ss.

⁷³ BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di PISAPIA, Milano, Giuffrè, 1973, p. 18, il corsivo è nostro.

⁷⁴ DAHM-SCHAFFSTEIN, *Liberales oder autoritäres Strafrecht?*, Hamburg, Hanseatische Verlagsanstalt, 1933, p. 41.

comando politico, lo Stato nazionalsocialista dovesse ricondurre ad unità, ciò che la mentalità liberale aveva dissolto⁷⁵.

È il *nullum crimen, nulla poena sine lege* di FEUERBACH, su cui si fonda il Codice penale, che spinge VON LISZT a definirlo come la «*Magna Charta del delinquente*».

Mentre per DAHM e SCHAFFSTEIN dal *nullum crimen sine lege*, bisognerebbe passare al *nullum crimen sine poena*: il Codice dovrebbe tramutarsi nella «*Magna Charta degli interessi dello Stato*»⁷⁶, segnando il passaggio dal *favor libertatis* al *favor societatis*, dalla *legalità formale* alla *legalità sostanziale*, dalla *concezione formale* alla *concezione materiale* del reato.

Ma il principio di legalità può essere «un principio liberale e democratico soltanto a condizione che sia tale, evidentemente, l'ordinamento generale dello Stato cui esso appartiene, e soltanto nella misura in cui il processo di formazione della legge, a sua volta, sia disciplinato in modo tale da assicurare il rispetto dei valori democratici e l'osservanza dei principi essenziali dello Stato di diritto.

Se, invece, il principio di legalità è riconosciuto – e formalmente introdotto – nella legislazione di uno Stato a regime politico autoritario o dittatoriale in cui, dunque, non v'è garanzia che la legge rappresenti realmente la migliore sintesi o la più obiettiva mediazione fra le varie posizioni di tutte le forze popolari effettivamente presenti e socialmente rilevanti, è chiaro che esso perde la sua valenza e il suo significato politicamente garantista: anzi sotto le sue spoglie, e sfruttandone la tradizione storica, lo Stato non democratico finisce con l'asservirne la funzione al perseguimento dei propri scopi e al consolidamento del proprio potere, ammantando cioè con la forma

⁷⁵ DAHM-SCHAFFSTEIN, *Liberales, cit.*, p. 42.

⁷⁶ DAHM-SCHAFFSTEIN, *Liberales, cit.*, p. 32.

della legge qualunque prescrizione che, nell'interesse del regime, esso intende imporre ai cittadini. Non è un caso, né deve destare alcuna meraviglia, il fatto che il principio di legalità in materia penale sia stato conservato non solo dal fascismo (che se ne è valso, fra l'altro, per produrre *legalmente* una serie di *reati d'opinione*), ma anche in Germania, nel periodo nazista, e nella Russia Sovietica, durante il periodo dello stalinismo»⁷⁷.

Per esempio, il codice Rocco del 1930, pur essendo stato emanato durante il regime fascista, «ha mantenuto il principio di legalità (art. 1), attribuendogli tuttavia un significato riduttivo, come garanzia di una norma scritta in funzione di certezza. Nessuno dubita che la legalità in materia penale assicuri anche un tale valore strumentale alla più alta esigenza che, attraverso la certezza (nella delimitazione dei reati e nella determinazione delle pene), sia protetta la libertà delle persone. E, da questo punto di vista, la certezza è condizione senza dubbio necessaria per garantire la libertà (un'incriminazione di tenore indeterminato, non consentendo la definizione *a priori* dei confini tra lecito e illecito, espone evidentemente al rischio che la punibilità si fondi su di un incontrollabile apprezzamento *a posteriori*, da parte del giudice); ma non è peraltro condizione sufficiente per fornire una tale garanzia»⁷⁸.

Deve infatti essere chiaro come un'incriminazione "certa" possa in realtà «risultare del tutto arbitraria e vessatoria; ed è per l'appunto contro un tale pericolo che si afferma la necessità di un atto normativo – la legge – qualificato per la sua derivazione da un organo dotato della massima rappresentatività»⁷⁹.

⁷⁷ CONTENUTO, *Corso di diritto penale*, I, II ed., Roma-Bari, Laterza, 1992, p. 30 ss.

⁷⁸ PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 18.

⁷⁹ PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 19.

Durante il regime fascista, il principio di legalità fu altro che garanzia della libertà individuale o limite contenutistico della potestà punitiva, ma al contrario fu l'alibi su cui si adagiò, salvo rare lodevoli eccezioni, la magistratura ordinaria nella «servile e zelante applicazione delle leggi razziali e antiebraiche del 1937 e del 1938»⁸⁰.

Il principio di legalità può essere sapientemente utilizzato da un regime per ottenere acquiescenza alle più vergognose e “illegali” scelte legislative, proprio come avvenne in Italia durante il regime fascista⁸¹.

In verità, legalità sostanziale e legalità formale attengono al piano di legittimazione della fonte ⁸², per cui giuristi d'impostazione *giuspositivistica* non possono che considerare *reato* solo ciò che è previsto da una *legge* valida; al contrario coloro che ricercano in un fondamento *meta-* o *pre-giuridico* la definizione reale di *reato*, si distinguono al loro interno in una miriade di filoni, a seconda del carattere etico, sociologico, politico o antropologico del fondamento prescelto.

La legittimazione, alla quale abbiamo fatto riferimento nel precedente *Capitolo*, incide eccome sulla legalità. Anzi, è proprio la legittimazione propria dello Stato di diritto ad escludere ogni velleità *sostanzialistica* da un sistema penale liberal-democratico.

Nel modello di *legalità penale formale o positivo* si definisce reato tutto ciò che è *previsto* dalla legge come tale: *ius quia iussum*. La legittimazione della norma positiva resta quindi tutta assorbita all'interno del sistema, che prevede tanti diversi “*reati*”.

⁸⁰ NEPPI MODONA, *Principio di legalità e giustizia penale nel periodo fascista*, in *Quad. fiorentini*, 2007, II, p. 1004.

⁸¹ NEPPI MODONA, *Principio di legalità*, cit., p. 1005.

⁸² Sul punto rinviamo, anche per i relativi richiami bibliografici, a FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, IX ed., Roma-Bari, Laterza, 2008, p. 366 ss.

Nel modello di *legalità penale sostanziale o naturale* si definisce reato tutto ciò che è *ingiusto* secondo un dato parametro: *ius quia iustum*. La legittimazione della norma è esterna al sistema e ha lo scopo di giustificare la definizione del “reato”.

In altre parole, nel modello formale giuspositivistico il reato è legittimato in quanto previsto dalla legge; nel modello sostanziale giusnaturalistico, il reato è legittimato se offensivo del bene, sociale, etico, religioso, antropologico, politico, prescelto.

La laicizzazione, il superamento della ricerca di una giustificazione esterna per il diritto penale, deriva dalla separazione illuministica tra diritto e morale.

«L’idea che non esiste una connessione necessaria tra diritto e morale, o tra diritto “qual è” e diritto “quale deve essere” è considerata comunemente un postulato del positivismo giuridico: il diritto non riproduce né ha il compito di riprodurre i dettami della morale o di qualsivoglia altro sistema metagiuridico – divino, o naturale, o razionale – di valori etico-politici, ma è solo il prodotto di convenzioni legali non predeterminate ontologicamente e neppure assiologicamente»⁸³.

Ma lo Stato di diritto non può che avere alla sua base una legalità formale, e anche la contrapposizione tra *delitti* e *contravvenzioni* in cui i primi sarebbero *mala in se* o *quia peccata* e le seconde *mala quia prohibita*, è rigettata da Kelsen il quale osserva che per il diritto positivo «non ci sono *mala in se* ma solo *mala quia prohibita*»⁸⁴.

Il punto è che il *principio di legalità in sé e per sé* non riesce a essere garanzia né della *certezza del diritto* perché, come non di rado accade, la legge non è chiara, né soprattutto della *libertà individuale* –

⁸³ Sul punto rinviamo, anche per i richiami bibliografici, a FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 203.

⁸⁴ Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1999, p. 134.

che, come vedremo ora, è lo scopo perseguito negli Stati democratici contemporanei – se non vi è un assetto costituzionale che *limiti realmente la potestà punitiva statale*.

2. IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ *FORMALE* COME LIMITE DELLA POTESTÀ PUNITIVA.

La funzione di garanzia della libertà individuale, tutelata dal solo principio di legalità *formale*, è come un arco che ha la sua “chiave di volta” nella *legge* e i suoi “pilastri *portanti*” nei corollari che la sostengono: il principio di *irretroattività*, il principio di *determinatezza* e il divieto di *analogia*.

La legalità penale quindi «opera su tre piani: fonti, interpretazione e formulazione tecnica delle norme e validità della legge penale nel tempo. Essa fissa, corrispondentemente a tali piani, tre principi: riserva assoluta di legge, tassatività o determinatezza della legge penale e irretroattività della norma penale»⁸⁵.

Tanto la *chiave di volta* quanto i *pilastri* sostengono il peso dell'*arco* e né l'uno né gli altri possono cedere senza che l'intera struttura si sbilanci e ceda.

Il principio di *riserva di legge*⁸⁶ tutela dagli abusi del *potere esecutivo*, garantendo che le scelte punitive non siano espressione della sola maggioranza.

⁸⁵ BRICOLA, *Art. 25, II e III comma, Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di BRANCA, Bologna, Zanichelli, 1981, p. 230.

⁸⁶ Sul principio di *riserva di legge*, in ordine cronologico, si cfr. NUVOLONE, *Le leggi penali*, cit.; VASSALLI, *Nullum crimen*, cit., p. 504 ss.; SPASARI, *Diritto penale*, cit.; PAGLIARO, voce *Legge penale*, cit.; AA. VV., *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, a cura di INSOLERA, Bologna, Monduzzi, 2005; GAMBERINI, *Riserva di legge*, in AA. VV., *Introduzione al sistema penale*, I, IV ed., Torino, Giappichelli, 2012, p. 133 ss.; FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia*, 2011, p. 79 ss.; CUPELLI, *La legalità delegata: crisi e attualità della riserva di legge in materia penale*, Napoli, Esi, 2012; nella manualistica, per tutti, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VII ed., Bologna, Zanichelli, 2014, p. 50 ss.; per un'analisi del principio rispetto alla giurisprudenza costituzionale, cfr. M. ROMANO, *Corte costituzionale e riserva di legge*, in AA. VV., *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di VASSALLI, Napoli, Esi, 2006, p. 29 ss.

Il principio di *irretroattività*⁸⁷ garantisce contro gli arbitri dello stesso *potere legislativo*, escludendo che si possa comminare una pena “ora per allora”; nessuno potrebbe altrimenti essere certo che quel fatto, pienamente legittimo al momento in cui è realizzato, non sia in seguito punito come illecito penale.

Il principio di *determinatezza* o *tassatività*⁸⁸ è invece posto a tutela degli arbitri del *potere giudiziario*, occorre però una precisazione.

Larga parte della dottrina ritiene che i termini “tassatività” o “determinatezza” siano equivalenti, stando a indicare la medesima cosa, ovvero che l’uno postuli l’altro e pertanto possano essere utilizzati «nel semplificante significato omnicomprensivo e unitario»⁸⁹: il fatto è tassativo in quanto determinato, è determinato in quanto intellegibile ed è intellegibile in quanto appartenente al mondo del reale.

⁸⁷ Sul principio di *irretroattività*, in ordine cronologico, si cfr. PAGLIARO, *La legge penale nel tempo*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, Giuffrè, 1973, p. 1063 ss.; PADOVANI, *Tipicità e successione di leggi penali. La modificazione legislativa degli elementi della fattispecie incriminatrice o della sua sfera di applicazione, nell'ambito dell' art. 2 commi 2 e 3 c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, p. 1354 ss.; CAMAIONI, *Successione di leggi penali*, Padova, Cedam, 2003; VALENTINI, *Diritto penale intertemporale*, Milano, Giuffrè, 2012; GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, Torino, Giappichelli, 2013; GAMBARDELLA, voce *Legge penale nel tempo*, in *Enc. Dir., Annali*, VII, Giuffrè, Milano, 2014, 648 ss.; nella manualistica, per tutti, CADOPPI, *Il principio di irretroattività*, in AA. Vv., *Introduzione al sistema penale*, I, IV ed., Torino, Giappichelli, 2012, p. 243 ss.; per un’analisi del principio rispetto alla giurisprudenza costituzionale, cfr. MARINUCCI, *Irretroattività e retroattività nella materia penale: gli orientamenti della Corte costituzionale*, in AA.Vv., *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di VASSALLI, Napoli, Jovene, 2006, p. 77 ss.;

⁸⁸ Sul principio di *tassatività*, in ordine cronologico, si cfr. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale: la fattispecie*, Padova, Cedam, 1979; RONCO, *Il principio di tipicità della fattispecie nell'ordinamento vigente*, Torino, Giappichelli, 1979; AA. Vv., *Omnis definitio in iure periculosa? Il problema delle definizioni legali nel diritto penale*, a cura di CADOPPI, Padova, Cedam, 1996; nella manualistica, per tutti, MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale, cit.*, p. 119 ss.; per un’analisi del principio rispetto alla giurisprudenza costituzionale, cfr. PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regula iuris*, in AA. Vv., *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di VASSALLI, Napoli, Esi, 2006, p. 49 ss.

⁸⁹ Per tutti, cfr. MANTOVANI, *Diritto penale, cit.*, p. 60.

Altra parte della dottrina⁹⁰ distingue, ritenendo che la “determinatezza” si riferisca alla *tecnica legislativa*, mentre la “tassatività” al *divieto* per il giudice di applicare la norma penale oltre i casi espressamente previsti. In tal senso, la determinatezza «si proietta all’*interno* della fattispecie, vincolandone il modo di formulazione legislativa»; la tassatività «costituisce lo sbarramento *esterno* della fattispecie stessa, impedendo che essa possa essere riferita ad ipotesi non ricomprese nella sua dimensione normativa astratta»⁹¹.

Autorevole dottrina⁹² sostiene che sia ancor più opportuno distinguere un triplice ordine di obblighi, volti tutti alla tutela diretta o indiretta dal potere giudiziario: *a)* il principio di *precisione*, che vincola il legislatore a formulare norme penali nella forma più chiara possibile; *b)* il principio di *determinatezza*, che circoscrive le possibili incriminazioni ai soli fatti suscettibili di essere provati nel processo; *c)* il principio di *tassatività*, che impone al giudice il divieto di estensione analogica⁹³ delle norme incriminatrici e al legislatore il divieto di formulare tali norme con *clausole generali* che comportano inevitabilmente una forma di «*analogia anticipata*», di cui le più palesi sono le *fattispecie ad analogia esplicita*⁹⁴.

⁹⁰ PALAZZO, *Il principio di determinatezza*, cit., 3 ss.; cfr., anche, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 87 ss.; VASSALLI, *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig. d. pen.*, VIII, Torino, Utet, 1994, p. 307.

⁹¹ PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 28.

⁹² MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, 4 ed., Milano, Giuffrè, 2012, p. 57 ss.

⁹³ Sul *divieto di analogia* in materia penale, in ordine cronologico, si cfr. BOScarelli, *Analogia e interpretazione estensiva nel diritto penale*, Palermo, Priulla, 1955; VASSALLI, voce *Analogia nel diritto penale*, in *Noviss. dig. it.*, I, Torino, Utet, 1957, p. 607 ss.; VASSALLI, voce *Analogia nel diritto penale*, in *Dig. d. pen.*, I, Torino, Utet, 1987, p. 158 ss.

⁹⁴ Esempi di clausole *elastiche* o di *chiusura* ovvero *fattispecie ad analogia esplicita* sono: «È punito chi commette il fatto X, Y, Z «e altri simili” “e altri analoghi” ecc.», cfr. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1965, p. 299 ss.; cfr. anche VASSALLI, *Nullum crimen, nulla poena*, cit., p. 324.

Per quanto fin qui sinteticamente esposto, dovrebbe apparire chiaro come, seppur essenziale, la sola *chiave di volta* della legge non è in grado di sostenere il peso della *libertà* dell'individuo dagli abusi dei poteri dello Stato qualora dovesse venir meno anche solo uno dei pilastri che concorrono a sostenerla.

Il principio di legalità in ambito penale, infatti, esprime «non solo e non tanto un'esigenza di certezza della punizione e di determinatezza dei suoi contenuti, ma anche e soprattutto di tutela della libertà»⁹⁵.

In particolare, «se la riserva di legge è garanzia del cittadino nei confronti degli arbitrii dell'esecutivo, almeno tendenzialmente, la tassatività lo garantisce nei confronti degli arbitrii del potere giudiziario»⁹⁶.

La legalità "penale", dunque, «non si limita a postulare la necessità della legge nella disciplina del potere punitivo, ma congiunge tale necessità al principio della divisione dei poteri (la *tassatività* impedisce al potere giurisdizionale di dilatare la sfera dell'illecito; l'*irretroattività* vincola il legislatore stesso a una previsione incriminatrice verso il futuro) e corona, poi, il principio di uguaglianza (perché la disciplina deve rifarsi a "fatti", non a qualità personali; rapportarsi alla tutela di interessi obiettivi e comuni, non ad atteggiamenti interiori, né a vincoli soggettivi)»⁹⁷.

L'idea illuministica della legalità come «prima autolimitazione della potestà punitiva statale»⁹⁸, era concepita con il preciso scopo di circoscrivere l'arbitrio e i soprusi di giudici e sovrani.

⁹⁵ PADOVANI, *Jus non scriptum, cit.*, p. 9.

⁹⁶ BRICOLA, *Legalità e crisi: l'art. 25, commi 2° e 3°, della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70*, in *Quest. crim.*, 1980, p. 179 ss., ora in *Scritti di diritto penale*, I, t. II, Milano, Giuffrè, 1997, p. 1281.

⁹⁷ PADOVANI, *Jus non scriptum, cit.*, p. 10.

⁹⁸ VON LISZT, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1962, p. 30.

La riserva di legge non era altro che una proiezione del principio di separazione dei poteri⁹⁹. Nello Stato di diritto, la legalità «si riallaccia alla tripartizione dei poteri, alla convinzione illuministica della non pericolosità del potere legislativo e alla conseguente idea della legge per definizione giusta. Cosicché attraverso il divieto per il potere esecutivo di emanare norme penali e per il potere giudiziario di ricorrere ad altre fonti extralegali si riteneva che la libertà fosse garantita contro ogni possibile limitazione arbitraria»¹⁰⁰.

Il «sacro codice fisso di leggi», di cui parla BECCARIA, doveva infatti essere lo strumento per porre fine che «Alcuni avanzi di leggi di un antico popolo conquistatore, fatte compilare da un principe che dodici secoli fa regnava in Costantinopoli, frammischiate poscia co' riti longobardi, ed involte in farruginosi volumi di privati e oscuri interpreti, formano quella tradizione di opinioni che da gran parte dell'Europa ha tuttavia il nome di leggi»¹⁰¹.

Il Marchese milanese, nel suo «*A chi legge*», descrive così lo *jus commune*: «cosa funesta quanto comune al dì d'oggi, che una opinione di Carpsio, un uso antico accennato da Claro, un tormento con iracunda compiacenza suggerito da Farinaccio, sieno le leggi a cui con sicurezza ubbidiscono coloro che tremando dovrebbero reggere le vite e le fortune degli uomini»¹⁰².

Quel groviglio di norme che costituiva il *caos* “legislativo” del *diritto intermedio*, rappresentava una “materia oscura” nella quale era

⁹⁹ Cfr. MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale, cit.*, p. 9; PADOVANI, *Jus non scriptum, cit.*, p. 8; DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, Cedam, 1996, p. 39.

¹⁰⁰ MANTOVANI, *Diritto penale, cit.*, p. 42.

¹⁰¹ È questo l'*incipit* con cui BECCARIA, *Dei delitti, cit.*, p. 3, si rivolge nel prologo della sua famosissima Opera «*A chi legge*».

¹⁰² BECCARIA, *Dei delitti, cit.*, p. 3.

impossibile aver certezza, non tanto *astrattamente* del diritto, quanto soprattutto *concretamente* del confine tra lecito e illecito¹⁰³.

La legalità nasce per limitare l'arbitrio punitivo¹⁰⁴: non può garantirsi la libertà del singolo, senza che questi abbia cognizione di ciò che può e di ciò che non può. Il limite non riguarda solo il potere del legislatore, ma anche e soprattutto quello del giudice, dopo gli abusi durante l'*Ancien Régime* «non può un magistrato, sotto qualunque pretesa di zelo o ben pubblico, accrescere la pena stabilita ad un delinquente cittadino»¹⁰⁵.

L'idea è che, nell'applicazione della legge generale e astratta, il giudice deve essere *bocca della legge*. MONTESQUIEU lapidariamente scriveva: «se i giudizi fossero il fatto delle opinioni particolari di giudici si vivrebbe in una società senza sapere con precisione quali impegni vi si contraggono». Da ciò BECCARIA trae la conclusione che «in ogni delitto si deve fare dal giudice un sillogismo perfetto: la maggiore dev'essere la legge generale; la minore, l'azione conforme, o no, alla legge; la conseguenza, la libertà o la pena. Quando il giudice sia costretto, o voglia fare anche soli due sillogismi, si apre la porta all'incertezza»¹⁰⁶.

Nella prospettiva illuministica, la *certezza del diritto* non costituisce un valore in sé e per sé, ma lo diventa poiché strumentale e necessaria a garantire la *libertà dell'uomo*, il quale per essere davvero libero deve poter condurre la propria vita in tranquillità e sicurezza. La libertà, la tranquillità e la sicurezza del cittadino presuppongono la certezza del diritto: «la *libertà*, perché nell'incertezza del diritto il

¹⁰³ Cfr. BETTIOL, *Diritto penale*, XI ed., Padova, Cedam, 1982, p. 120.

¹⁰⁴ Cfr. *retro* § 1.1, il potere legale è il contrario del potere arbitrario: quando s'invoca la *legalità* del potere, si domanda che chi lo detiene lo eserciti non secondo il proprio capriccio, ma in conformità di regole stabilite ed entro i limiti di queste.

¹⁰⁵ BECCARIA, *Dei delitti*, *cit.*, p. 15.

¹⁰⁶ BECCARIA, *Dei delitti*, *cit.*, p. 18.

cittadino si potrà veder inflitta una pena senza poter preventivamente avere una chiara percezione della differenza tra il lecito e l'illecito; la *tranquillità*, perché la sua stessa pace interiore sarebbe messa a repentaglio dalla incertezza delle conseguenze (penali) delle proprie azioni; la *sicurezza*, perché il cittadino non potrebbe che sentirsi insicuro ed incerto, nell'operare scelte d'azione, di fronte a leggi insicure ed incerte»¹⁰⁷.

La *ratio* del principio di legalità è stata anche messa in relazione alle teorie dello scopo della pena¹⁰⁸.

Come potrebbe *retribuirsi* un soggetto per ciò che ha commesso, se questi non poteva conoscere la criminalità del fatto nel momento in cui agiva?

Come potrebbe realizzarsi la *prevenzione generale*, volta a prevenire un'azione criminosa, se non si dà al soggetto la possibilità di conoscere previamente la norma incriminatrice?

Come potrebbe attuarsi la *prevenzione speciale* nella rieducazione di un soggetto, che nel momento in cui ha commesso il fatto non poteva sapere di agire contro la legge?

E ancora, «se pensiamo alle teorie imperativistiche del diritto, ne dovremo dedurre che non potrebbe darsi un "comando" laddove tale comando non sia conoscibile prima della commissione del fatto. Se pensiamo alla giustificazione contrattualistica della pena, non possiamo non assegnare allo Stato il compito di informare i cittadini, previamente, della illiceità dei fatti che essi potrebbero commettere»¹⁰⁹.

La rinuncia dei cittadini, con l'adesione al patto sociale, a porzioni della loro libertà individuale in favore della società e della libertà collettiva,

¹⁰⁷ CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., p. 51.

¹⁰⁸ Cfr. CADOPPI, *Il principio di irretroattività*, cit., p. 253.

¹⁰⁹ CADOPPI, *Il principio di irretroattività*, cit., p. 253.

presuppone il diritto a essere informati su ciò a cui si sta rinunciando e, di conseguenza, sapere anche ciò che invece può continuare liberamente a farsi.

Anche rispetto alle teorie utilitaristico-razionalistiche, il cittadino per poter scegliere se compiere o meno certe azioni, sulla base di un calcolo sui costi-benefici collegati a tali azioni, deve sapere con certezza non solo se esse siano lecite o illecite, ma anche con quali pene siano punite¹¹⁰.

DELITALA ha riconosciuto come «il genio di Beccaria, o se si vuole, il genio del suo tempo e della sua cerchia culturale, si avvide che non basta una consacrazione farasaica del *nullum crimen sine lege*, proclamato a parole, ma poi aggirato sottobanco con l'introduzione di clausole onnicomprensive, di formule vaghe, di espressioni elastiche, inserite nel corpo delle proposizioni legislative. *Nullum crimen sine lege stricta*, dunque: nessun reato se la legge che lo prevede non ne descrive gli elementi essenziali con parole chiare e precise»¹¹¹.

In questo senso, si dovrebbe comprendere come la certezza del diritto è un presupposto *necessario* ma non *sufficiente* a garantire la libertà.

BRICOLA sul punto è illuminante: «tassatività della fattispecie significa determinazione del fatto punibile tale che, sebbene traducesi in un'astratta figura, sia idonea a stabilirne i caratteri generali, di guisa che il cittadino tenuto all'osservanza del precetto e l'interprete possano agevolmente ricavarne la condotta vietata; che, inoltre, tale espressa previsione deve essere compiuta ad opera della legge; ne consegue l'assoluto monopolio di quest'ultima nella determinazione dell'illecito punibile»¹¹².

¹¹⁰ Cfr. CADOPPI, *Il principio di irretroattività*, cit., p. 254.

¹¹¹ DELITALA, *Cesare Beccaria e il problema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964, p. 969.

¹¹² BRICOLA, *La discrezionalità*, cit., p. 233 ss.

In sintesi, il principio di legalità per svolgere la sua funzione di garanzia come baluardo della libertà individuale, presuppone necessariamente la *conoscibilità* della legge penale da parte del cittadino, ma l'esigenza di certezza – in tal senso intesa, ossia come prevedibilità delle conseguenze della propria condotta – potrebbe essere garantita anche da una fonte secondaria, come un regolamento¹¹³.

Vediamo ora per quale ragione è indispensabile che tale fonte, tra tutte le fonti del diritto, sia proprio la *legge parlamentare*.

¹¹³ Cfr. BRICOLA, *La discrezionalità*, cit., p. 184; GALLO, *Diritto penale italiano, Appunti di parte generale*, I, Torino, Giappichelli, 2014, p. 35; CONTENTO, *Corso di diritto penale*, I, II ed., Roma-Bari, Laterza, 1992, p. 30; PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 18.

3. IL PRINCIPIO DI RISERVA DI LEGGE: DALLA CERTEZZA DEL DIRITTO ALLA GARANZIA DI LIBERTÀ

Nello Stato di diritto retto dal principio democratico-rappresentativo, è il principio di riserva di legge in materia penale a garantire la democraticità, riservando l'esercizio del potere di scegliere cosa punire all'organo elettivo, che riceve da parte col consenso elettorale quell'atto di fiducia legittimante.

Ma perché, tra tutte le fonti che il diritto può avere, è proprio la legge a garantire maggiormente la libertà? Perché la Costituzione riserva alla sola legge che la materia penale?

Storicamente, si rispondeva a questo interrogativo ritenendo che la legge fosse l'atto che più potesse garantire la *certezza del diritto* e quest'ultima la *ratio* del principio costituzionale¹¹⁴, addirittura FROSALI scrive: «è – questo enunciato dal secondo comma dell'art. 25 – il principio detto di “legalità”, o di “certezza del diritto”»¹¹⁵.

Lo abbiamo già anticipato in chiusura del paragrafo precedente, «è chiaro infatti che nel diritto penale la *ratio* di certezza non può essere letta se non sullo sfondo della garanzia del cittadino dagli arbitri del potere statale»¹¹⁶.

Condividiamo chi osserva come «sotto il profilo della mera certezza, non solo la legge non appare l'unica fonte de diritto in grado di assicurarla, ma neppure si può dire che sia la fonte che vi riesca nel modo migliore. Intesa la certezza, infatti, come chiarezza, conoscibilità,

¹¹⁴ Cfr., NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Padova, Cedam, 1975, p. 42; BETTIOL, *Diritto penale, cit.*, p. 123; mentre, già, ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, cit.*, p. 69 ss., parte dalla *garanzia di libertà* individuale per arrivare alla *certezza del diritto*.

¹¹⁵ FROSALI, *La giustizia penale*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, diretto da CALAMANDREI-LEVI, Firenze, Barbera, 1950, p. 220.

¹¹⁶ CADOPPI-VENEZIANI, *Elementi di diritto penale, Parte generale*, V ed., Padova, Cedam, 2012, p. 72.

intelleggibilità del dettato normativo e, quindi, come cognizione sicura dei diritti o dei doveri che da esso promanano con la consequenziale acquisizione della consapevolezza dei limiti posti all'agire dei singoli cittadini, non potrebbe dubitarsi – se non con grave malafede – che anche gli atti amministrativi, specie quelli c.d. di tipo regolamentare generali, siano forniti di analoga ed anzi ancor più evidente certezza, in quanto individuano, e in modo ancor più dettagliato della legge, i limiti entro i quali, in date materie, è consentito al cittadino di agire liberamente»¹¹⁷.

Si sono da poco concluse le celebrazioni per il 250° anniversario dalla pubblicazione “*Dei delitti e delle pene*”, ed esattamente cinquanta anni fa, in occasione delle celebrazioni per il loro 2° centenario, GIACOMO DELITALA – prendendo spunto dal passaggio in cui BECCARIA scrive: «Le sole leggi possono decretare le pene sui delitti, e questa autorità non può non risiedere che presso il legislatore, che rappresenta tutta la società unita per il contratto sociale»¹¹⁸ – osservava – e non possiamo che condividere e citare integralmente – a proposito della *ratio* del monopolio legislativo in materia penale: «quando la dottrina penalistica contemporanea, e non solo quella italiana, si domanda che estensione abbia il principio costituzionale della riserva di legge – riserva assoluta o riserva relativa? – in buona parte risponde, sulle lontane orme del Montesquieu, che il monopolio deve essere assoluto se si vuol salvaguardare un valore fondamentale nella vita della comunità: la certezza del diritto. A tanto mira infatti la subordinazione dei giudici alla legge; a far sì che il cittadino sappia con certezza se il proprio comportamento è o no conforme alla legge. «Se i giudizi fossero il fatto delle opinioni particolari dei giudici – scriveva lapidariamente

¹¹⁷ CONTENTO, *Corso di diritto penale*, I, II ed., Roma-Bari, Laterza, 1992, p. 30.

¹¹⁸ BECCARIA, *Dei delitti, cit.*, p. 15.

Montesquieu – si vivrebbe in una società senza sapere con precisione quali impegni vi si contraggono».

E tuttavia, se l'esigenza che sta a fondamento della riserva legale dovesse farsi coincidere unicamente e senza residui, con quella della certezza del diritto, resterebbe ancora aperto l'adito al più pericoloso degli interventi arbitrari nella materia penale: quello del potere esecutivo. Ed invero, *l'esigenza della certezza del diritto non sarebbe meno energicamente assicurata da una normazione regolamentare, di quanto non lo sia da una disciplina complementare riservata alle leggi in senso proprio.*

Ecco perché i più acuti sostenitori della tesi dell'assolutezza pongono a fondamento della riserva un principio, squisitamente politico, che collima in tutto e per tutto con quello avanzato dal BECCARIA, agli albori del pensiero liberale. *La 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, si attende che l'esercizio del potere avvenga non già arbitrariamente, ma per il suo bene e nel suo interesse»¹¹⁹.*

Anche riferendosi al principio d'irretroattività della legge penale, si è giustamente messo il rilievo come parte della dottrina sottolinei «la *ratio* di certezza del principio in esame, evidenziando che ove fosse concesso al legislatore di far retroagire le proprie leggi penali nel momento del fatto, la legge in vigore sarebbe "incerta", poiché potrebbe sempre essere mutata successivamente con effetto *ex tunc*»; altra parte della dottrina ritenga, invece, preponderante «il profilo della garanzia, in ossequio al superiore principio del *favor libertatis*», osservandosi

¹¹⁹ DELITALA, *Cesare Beccaria, cit.*, p. 967 ss., i corsivi sono nostri.

come la lettura in un senso o nell'altro determini effetti completamente diversi nell'applicazione della *lex mitior*, infatti «laddove si desse spazio alla sola dimensione di certezza, si potrebbe ritenere incostituzionale ex art. 25, comma 2, la retroattività della legge penale più favorevole: le regole contenute nel comma 2 e comma 3 dell'art. 2 c.p. sarebbero dunque contrarie alla Costituzione. Infatti, la retroattività della legge più favorevole rende più incerta la legge, poiché il cittadino non può sapere se la sua condotta, illecita nel momento in cui egli vuole agire, lo porterà all'applicazione della legge così come essa è vigente in quel momento. Viceversa, se si enfatizzasse la *ratio* di garanzia, nel nome di un supremo principio del *favor rei*, si avrebbe il risultato opposto. Dovrebbe ritenersi addirittura costituzionalizzato, ex art. 25, comma 2, Cost., il principio della *retroattività della legge più favorevole* al reo: infatti, in nome del *favor rei*, ogni mutamento successivo della legge in favore del reo dovrebbe trovare applicazione anche retroattiva»¹²⁰.

Non è neppure mancato chi ¹²¹ ha osservato come «negli ordinamenti democratici, in particolare, ponendosi la legge come la sintesi politica di un dibattito cui partecipano attivamente tutte le forze socialmente rilevanti del paese, questo aspetto di garanzia è ancor più evidente, per il controllo che sul procedimento di formazione della legge è esercitato dalle minoranze sia in Parlamento, sia in sede di opinione pubblica generale. Ed, allora, la *ratio* del principio di legalità, oggi, non può più ravvisarsi nell'esigenza di una migliore certezza del diritto, ma va posta nell'esigenza di una reale garanzia per la libertà del cittadino. Se ci si ferma a riflettere un istante, infatti, è questa e solo questa la garanzia che le altre fonti di produzione giuridica non sono in grado di fornire, e non già la certezza delle norme».

¹²⁰ CADOPPI-VENEZIANI, *Elementi di diritto penale*, cit., p. 72.

¹²¹ CONTENTO, *Corso*, cit., p. 30.

Anche FIANDACA scrive che «per assicurare la sola certezza giuridica in termini di prevedibilità e calcolabilità del rischio penale, non sarebbe indispensabile concepire il principio di legalità come *riserva di legge*: allo scopo di informare preventivamente i cittadini basterebbe la precostituzione della regola di condotta da parte di una fonte normativa qualsiasi, anche di rango inferiore alla legge in senso formale¹²².

La funzione esercitata dalla *riserva di legge* non consiste quindi nella salvaguardia della certezza giuridica, ma nel duplice scopo: «di evitare, respingendo le fonti sostanziali e subordinando il giudice alla legge, una prima possibilità di *arbitrio del potere giudiziario*; di evitare ancor prima, coll'escludere le fonti formali extralegislative, l'*arbitrio del potere esecutivo*: il "soggetto costituzionalmente più pericoloso"»¹²³.

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

¹²² FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, in *Quad. fiorentini*, 2007, II, p. 1250 ss.

¹²³ MANTOVANI, *Diritto penale, cit.*, p. 41 ss.

consentire alle minoranze di esercitare un sindacato sulle scelte di criminalizzazione»¹²⁴.

La *ratio* del principio di legalità è – scrive PALAZZO – «di garanzia e non di certezza. Il monopolio della produzione normativa penale nelle mani dell’organo legislativo serve non tanto ad assicurare chiarezza e precisione dei precetti, così da consentire al cittadino-destinatario la calcolabilità delle conseguenze delle sue azioni (“certezza”). Piuttosto, negli Stati liberal-democratici, il monopolio legislativo realizza la *garanzia* contro possibili abusi del potere punitivo in quanto concentra la fonte di produzione penale nell’organo dotato di più piena legittimazione democratica, sottraendola al potere esecutivo, che storicamente è da sempre considerato il più “pericoloso”»¹²⁵.

Si è così anche delineato un duplice profilo di garanzia che «il canone della riserva di legge è chiamato tradizionalmente a presidiare: la *democraticità*, in termini di monopolio del legislatore sulle scelte di criminalizzazione, da un lato, e il significato di limite all’arbitrio del legislatore e del giudice, in funzione di tutela della *libertà*, dall’altro»¹²⁶.

Nel moderno Stato di diritto, la riserva della potestà normativa in materia penale alla competenza esclusiva del legislatore ordinario¹²⁷, si giustifica «non con esigenze di certezza, ma con esigenze di garanzia, sia formali che sostanziali»¹²⁸.

¹²⁴ FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, cit., p. 1251.

¹²⁵ PALAZZO, *Corso di diritto penale, Parte generale*, IV ed., Torino, Giappichelli, 2011, p. 114.

¹²⁶ GARGANI, *Verso una “democrazia giudiziaria”? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, in *Criminalia*, 2011, p. 102.

¹²⁷ Sull’esclusione sulla base del principio di eguaglianza dalle fonti del diritto penale delle *leggi regionali*, cfr., per tutti, VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano*, I, II ed., Padova, Cedam, 2009, p. 139 ss.; con riferimento alla giurisprudenza costituzionale, cfr. anche, VINCIGUERRA, *La tutela penale dei precetti regionali cinquant’anni dopo*, in AA. VV., *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di VASSALLI, Napoli, Esi, 2006, p. 111 ss.

¹²⁸ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 51.

Anche nell'attuale momento politico-costituzionale, il procedimento legislativo resta «lo strumento più idoneo a garantire la libertà personale, sia per le sue modalità che consentono alla minoranze ed alle opposizioni di controllare e condizionare la volontà della maggioranza, sia per la composizione rappresentativa dell'autorità (quella parlamentare) dinanzi a cui si svolge.

La riserva di legge è, dunque, inscindibilmente connessa con la garanzia insita nel procedimento legislativo parlamentare»¹²⁹.

Con l'entrata in vigore della Costituzione nel 1948, l'Italia supera il ventennio fascista, non solo riconfermando i principi dello *Statuto albertino* propri dello *Stato liberale di diritto*, ma progredendo verso una forma di *Stato democratico*, in cui il Parlamento non è più solo l'espressione di una minoranza di cittadini, ma esso è ora eletto a suffragio universale ed è «l'istituzione che rispecchia la volontà dell'intero popolo e le cui scelte sono il risultato della dialettica fra maggioranza e minoranza»¹³⁰.

Si sostiene, infatti, che «la garanzia che ci attendiamo da essa è soddisfatta, perché, quando decide, il Parlamento esprime sempre e per definizione il punto di equilibrio fra tutte le istanze presenti nella società. La rappresentatività è la ragione che, paradossalmente, ci fa preferire una cattiva decisione del Parlamento ad una buona decisione del Governo»¹³¹.

Non senza qualche perplessità e fornendo stimolanti spunti critici, si è scritto che «pur nella attuale realtà politico-costituzionale la riserva di legge conserva la sua validità garantista, benché siano venute meno certe illusioni illuministiche sulla reale tripartizione dei poteri,

¹²⁹ VINCIGUERRA, *Diritto penale, cit.*, 2009, p. 86.

¹³⁰ MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale, cit.*, p. 24.

¹³¹ VINCIGUERRA, *Diritto penale, cit.*, p. 87.

sulla non pericolosità del potere legislativo (identificantesi con la maggioranza e con le forze di governo), sul garantismo e supremazia della legge (espressione della maggioranza, partitica, e da limite al potere esecutivo diventa strumento anche di governo): con la sua possibile illegalità sostanziale (anche se varata secondo le procedure costituzionali). Più che sull'ideale del potere legislativo, rappresentativo della "unione" dell'intero popolo, la funzione di garanzia della riserva di legge viene, oggi, individuata nella realtà del potere legislativo come centro dialettico della maggioranza e della minoranza. Sicché si tende a ravvisare in essa un istituto diretto più specificatamente a tutelare i diritti delle minoranze che ad assicurare, immediatamente, una qualche forma di garanzia individuale. Comunque la rappresentatività del Parlamento, che coinvolge nelle sue decisioni maggioranza e minoranza, e lo stesso procedimento legislativo, fondato sul dibattito parlamentare e snodatesi attraverso plurimi vagli critici, fanno ancora oggi del potere legislativo, nonostante la crisi di rappresentanza dei cittadini e il *deficit* di democraticità, quello più idoneo a garantire il cittadino contro arbitrarie limitazioni della propria libertà o, comunque, il "costituzionalmente" meno pericoloso. Tale funzione garantista viene, altresì, individuata nel controllo di costituzionalità della legge ad opera della Corte cost. e nel controllo nel merito mediante *referendum abrogativo*»¹³².

Non solo le qualità dell'organo che emana l'atto sono garanzia di libertà, ma lo stesso *iter* legislativo con «la lentezza e la complessità della procedura dovrebbero imporre una accurata riflessione sul contenuto della disciplina e, attraverso i vari correttivi, sottrarre questa materia al conflitto politico, cui è fisiologicamente esposta l'attività di

¹³² MANTOVANI, *Diritto penale, cit.*, p. 42.

governo, per farne oggetto di un consenso più ampio, adeguato al significato del diritto penale, volto alla tutela di beni fondamentali per la civile e pacifica convivenza»¹³³.

Insomma, anche nel contesto attuale «soltanto il procedimento legislativo, pur con le sue inevitabili imperfezioni e incertezze, appare lo strumento più adeguato a salvaguardare il bene della libertà personale: esso consente, tra l'altro, di tutelare i diritti delle minoranze e delle forze politiche dell'opposizione, le quali sono così poste in condizione di esercitare un sindacato sulle scelte di criminalizzazione adottate dalla maggioranza»¹³⁴.

Si «assicura, così, il valore della democraticità nelle scelte punitive, in quanto queste ultime divengono il risultato del confronto dialettico tra le diverse forze politiche che animano l'organo parlamentare, direttamente rappresentative della sovranità popolare. L'iter legislativo, inoltre, è fonte di garanzia in quanto il suo approdo finale, ovvero la legge penale, è suscettibile di controllo sia da parte dell'opinione pubblica che della Corte Costituzionale, così da tutelare le minoranze, consentendo loro di limitare e controllare la volontà della maggioranza in sede di determinazione del contenuto delle materie sottoposte a riserva»¹³⁵.

Nel modello di Stato di diritto liberaldemocratico, «la salvaguardia dagli abusi del parlamentari è, poi, offerta dai mezzi di controllo democratico (*mass-media*, petizioni, suffragio universale, *referendum* abrogativo, ecc.) e dal controllo di legittimità costituzionale, mentre l'argine agli abusi del potere giudiziario è apprestato dal

¹³³ GAMBERINI, *La riserva di legge nel sistema costituzionale*, in *Introduzione al sistema penale*, I, IV ed., Torino, Giappichelli, 2012, p. 135.

¹³⁴ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, cit.*, p. 51.

¹³⁵ CUPELLI, sub *Art. 1 c.p., cit.*, p. 13 ss.

principio di soggezione dei giudici alla legge (art. 101 co. 2° Cost.), che per poter spiegare la propria efficacia deve stabilire in modo certo il confine tra lecito e illecito penale: cioè dev'essere tassativa»¹³⁶.

Sebbene, oggi la fiducia nel potere legislativo è senz'altro ben diversa e disincantata rispetto a quella che ne riponevano i filosofi illuministi – che, a loro “discolpa”, avevano però conosciuto solo l'assolutismo dell'antico regime –, la riserva di legge per le norme penali resta – ci sentiamo di dire senza timore di cadere in alcun *paradigma di Pangloss* – il migliore dei mondi possibili, se lo scopo è garantire la libertà.

«Perché se è vero che le tradizionali ragioni dell'illuminismo giuridico penale sono ormai, almeno per alcune istanze, fuori dal nostro tempo, si converrà da tutti che ben radicate devono rimanere, invece, le fondamenta democratiche dell'ordinamento giuridico penale»¹³⁷.

In effetti – l'abbiamo detto – il principio di legalità non garantisce la democraticità di un sistema penale, tuttavia, almeno nei paesi di *civil law*¹³⁸, senza legalità non può esistere alcun diritto penale democratico; perché, «se usato al di fuori del principio di legalità, si

¹³⁶ VINCIGUERRA, *Diritto penale, cit.*, p. 87.

¹³⁷ CARMONA, *Oltre la libertà personale per un diritto più “giusto”. Frammenti critici sui poteri in malam partem della Corte costituzionale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, I, Napoli, Jovene, 2011, p. 167.

¹³⁸ Per quanto riguarda il rapporto «certamente non facile» fra sistemi di *common law* e principio di legalità, non possiamo che rinviare a CADOPPI, *Common law e principio di legalità*, in *Quad. fiorentini*, 2007, f. 36, p. 1161 ss., il quale dimostra come l'immagine, per la quale nei paesi d'oltremania non trovi applicazione il *nullum crime sine lege*, sia più un luogo comune che non la realtà delle cose, poiché attraverso l'apertura alla codificazione che si è avuta in questi paesi, soffermandosi nell'analisi dei rapporti tra *statutory law* e *common law* (in senso stretto) e sul ruolo dei giudici nel diritto penale anglosassone, si mostra come *common law* e *ius commune* – relativamente al problema della legalità penale – devono considerarsi *false friends*; cfr. anche CADOPPI, *Introduzione allo studio del diritto penale comparato*, Padova, Cedam, 2004, p. 437 ss.; CADOPPI, *Il valore del precedente, cit.*, p. 67 ss.; CADOPPI, *La genesi delle fattispecie penali. Una comparazione tra civil law e common law*, in *Sistema penale in transizione*, a cura di FIANDACA, Padova, Cedam, 1997, p. 147 ss.

trasformerebbe *ipso facto* in puro uso della violenza o della forza da parte dello Stato nei confronti dei cittadini»¹³⁹.

Il *nullum crimen sine lege*, definito da NUVOLONE come una «categoria logica» del diritto penale, è un'acquisizione «irrinunciabile da qualsiasi sistema penale che voglia rispettare il principio democratico, o comunque assicurare ai cittadini un presidio di garanzia dal potere dello Stato e dei suoi organi»¹⁴⁰.

La riserva di legge mirerebbe ad assicurare il più alto livello di democraticità della legalità penale, dal momento che un diritto penale democratico non è tale solo per i suoi contenuti, ma prima ancora per la legittimazione democratica delle sue fonti¹⁴¹.

¹³⁹ CADOPPI-VENEZIANI, *Elementi di diritto penale*, cit., p. 62.

¹⁴⁰ CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., p. 40.

¹⁴¹ GIUNTA, voce *Riserva di legge*, in *Dizionario sistematico di diritto penale*, a cura di GIUNTA, Milano, Il Sole 24 ore, 2008, p. 40.

4. PRINCIPIO DI RISERVA DI LEGGE E SINDACATO DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE: TRA LEGALITÀ *IN THE BOOKS* E DEMOCRAZIA *IN ACTION*.

Si è visto come il principio di legalità formale sia il solo in grado di garantire la libertà individuale e che la ricerca di qualsiasi definizione sostanziale di reato implica necessariamente un giudizio di valore, che – aldilà del parametro di riferimento – non può non essere politico, perché non ancorato appunto alla legge, ma a una valutazione sulla base del paradigma “*giusto-ingiusto*” rispetto ai valori prescelti.

Pertanto, un diritto penale laico è, prima di tutto, un diritto penale fondato sulla legge. Un diritto penale nel quale è reato, non tutto ciò che è *ingiusto* rispetto all’ordine costituito, ma solo ciò che sia previsto come tale dalla legge.

La riserva di legge poi, in uno Stato di diritto liberal-democratico con Costituzione *rigida* come l’Italia, ha lo scopo principale di garantire la libertà dell’individuo dall’arbitrio dello Stato, regolando e limitando l’esercizio della potestà punitiva¹⁴².

¹⁴² Cfr., per esempio, DELITALA, *Cesare Beccaria*, cit., p. 967; BRICOLA, *La discrezionalità*, cit., p. 232; GALLO, *Diritto penale*, cit., p. 35; PAGLIARO, *Principi di diritto penale, Parte generale*, VIII ed., Milano, Giuffrè, 2003, p. 36; PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 18; FIANDACA, *Legalità penale*, cit., p. 1250; CONTENTO, *Corso di diritto*, cit., p. 30; MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 37 ss.; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 41 ss.; PALAZZO, *Corso di diritto*, cit., p. 114; MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 31; GARGANI, *Verso una “democrazia giudiziaria”?*, cit., p. 102; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 51; VINCIGUERRA, *Diritto penale*, cit., p. 86; GAMBERINI, *La riserva di legge*, cit., p. 135; CUPELLI, sub *Art. 1 c.p.*, cit., p. 14; CANESTRARI-CORNACCHIA-DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, Bologna, il Mulino, 2007, p. 103; DE FRANCESCO, *Diritto penale. I fondamenti*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 76; MANNA, *Corso di diritto penale*, II ed., Padova, Cedam, 2012, p. 40; C.FIORE-S.FIORE, *Diritto penale, Parte generale*, IV ed., Torino, Utet, 2013, p. 56.

Solo una Costituzione *rigida*, attraverso il controllo di costituzionalità della legge, garantisce la prevalenza dei principi costituzionali su ogni altra regola¹⁴³.

La Corte costituzionale assolve la propria funzione, storica e istituzionale, nell'evitare che i limiti all'esercizio del potere e a tutela della libertà contenuti nella Carta siano travalicati.

In un sistema giuridico a Costituzione *rigida*, questa dovrebbe escludere la necessità di ricorrere alla *formula di Radbruch*¹⁴⁴ in caso di conflitto tra "diritto ingiusto" e "giustizia", poiché sarà proprio la Corte a dichiarare l'illegittimità della norma *legale ma ingiusta*, perché confliggente coi parametri di costituzionalità sanciti dal patto costituzionale a garanzia appunto della Giustizia.

La rigidità costituzionale quindi «corrisponde alla piena affermazione del principio di sovranità popolare»¹⁴⁵.

Il contrario della legalità è l'arbitrio: «quando si invoca la legalità del potere, si domanda che chi lo detiene lo eserciti non secondo il proprio capriccio ma in conformità di regole stabilite ed entro i limiti di queste»¹⁴⁶.

La Costituzione italiana all'art. 25, comma 2, sancisce: «Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso».

¹⁴³ Cfr., per tutti, CARLASSARRE, voce *Riserva di legge*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, p. 1 ss.

¹⁴⁴ Cfr., VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei "delitti di Stato" nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista*, Milano, Giuffrè, 2001.

¹⁴⁵ RIDOLA, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo* in *I diritti costituzionali*, I, a cura di NANIA-RIDOLA, Torino, Giappichelli, 2006, p. 116.

¹⁴⁶ BOBBIO, *Teoria generale della politica*, Torino, Einaudi, 2009, p. 182.

È ormai unanime¹⁴⁷ la considerazione che, riservando la materia penale al Parlamento – organo elettivo, rappresentativo della maggioranza e delle minoranze –, si garantirebbe la democraticità del sistema penale, in quanto le norme così emanate sono il frutto del confronto dialettico tra tutte le diverse forze politiche direttamente rappresentative della sovranità popolare: «la riserva di legge assicura (nella sede parlamentare) il controllo sulle leggi da parte della minoranza e all'esterno (attraverso la pubblicità della procedura) quello dell'opinione pubblica; così tendendo ad evitare che il principio democratico si risolva nel principio di maggioranza»¹⁴⁸.

Se così fosse, però, la democrazia sarebbe garantita dal solo fatto che una norma penale sia stata emanata dal Parlamento.

L'argomento è sviluppato in modo certamente più convincente quando si sostiene che «il diritto penale deve rispecchiare il più possibile le norme di cultura (*Kulturnormen*) diffuse nella coscienza sociale. Ciò proprio per il fatto che la libertà dei cittadini può essere compressa, ma solo se in sintonia con quanto è compatibile con la stessa coscienza sociale. Dunque, nessun organo statale meglio del Parlamento appare in grado di poter rappresentare i cittadini, e la stessa *public opinion*, nel coniare le norme rilevanti per il diritto penale»¹⁴⁹.

Tuttavia, crediamo che, così come nello Stato di diritto, la democraticità non è garantita dalla sola *legalità del potere*, ma anche dal *tipo di atto* col quale chi esercita il potere riceve la propria

¹⁴⁷ Sul punto da tutti ormai condiviso, cfr., tra gli altri, gli Autori richiamati nella nota n. 133.

¹⁴⁸ CARMONA, *Oltre la libertà personale per un diritto più "giusto". Frammenti critici sui poteri in malam partem della Corte costituzionale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, I, Napoli, Jovene, 2011, p. 164.

¹⁴⁹ CADOPPI-VENEZIANI, *Elementi di diritto penale*, cit., p. 65.

legittimazione (l'*atto di fiducia*, in contrapposizione all'atto di fede tipico dei sistemi autarchici), anche nel sistema penale, la democraticità non è garantita solo dal rispetto della legalità nell'esercizio della potestà punitiva, ma anche dal tipo di atto con cui si legittima l'organo che esercita il potere normativo penale.

In tal senso, a garantire la democraticità nel sistema penale è soprattutto la circostanza che quella maggioranza, che oggi emana una certa legge penale, domani potrà essere minoranza e quella che oggi è minoranza, domani potrà essere maggioranza e potrà modificare o abrogare quella stessa legge.

La democrazia penale non va tanto ricercata nella *legge* come *atto sincronico* figlio dell'*iter* legislativo bicamerale, quanto piuttosto valutata in prospettiva *diacronica*. È la possibilità dell'alternanza parlamentare, del succedersi di maggioranze e minoranze, che il *consenso sociale* determina attraverso il *rinnovamento* o la *revoca* di quell'*atto di fiducia legittimante*, a garantire la democraticità dell'ordinamento (anche penale).

Come abbiamo cercato di mettere in luce, la *democrazia* si fonda sia sulla *legalità*, come limite nell'esercizio del potere, sia sulla *legittimazione* della fonte che quel potere detiene¹⁵⁰.

Per questa ragione, non sarebbe corretto obiettare che quest'alternanza sia comune anche al potere esecutivo, anche se il Governo riceve un *atto di fiducia* e proprio dal Parlamento, esso non ha una responsabilità politica diretta, non gode di alcuna legittimazione popolare, riceve semmai una legittimazione indiretta attraverso la *fiducia* conferitagli da un organo elettivo come il Parlamento.

¹⁵⁰ Cfr., *retro*, *Capitolo I*, § 1.1, in cui si precisa che la legittimazione democratica presuppone un particolare tipo di atto legittimante l'*atto di fiducia*.

Poiché, però, nel diritto penale si cerca la massima garanzia possibile per la libertà individuale è imprescindibile che la fonte di tali norme abbia una legittimazione, e quindi anche una responsabilità politica, *diretta* da parte del consenso sociale del proprio potere.

La legittimazione del Parlamento, sulla quale si fonda la sua responsabilità politica, si manifesta attraverso periodi atti di fiducia espressi con il voto durante il confronto elettorale.

Con quanto fin qui affermato, sulla necessità di valutare la democraticità del sistema penale in una fase *dinamica*, non si vuole però negare che anche la fase *statica* di controllo esercitato durante l'*iter* parlamentare abbia in sé un valore fondamentale, poiché proprio il procedimento legislativo garantisce la partecipazione di quelle forze politiche, che non esercitano il potere perché minoranza, e la loro possibilità di manifestare il proprio dissenso pubblicamente, consentendo così all'opinione pubblica di essere informata e di orientare il proprio consenso nel rinnovamento o meno dell'atto di fiducia legittimante.

In un modello di Stato che ambisce ad essere democratico questo *esercizio in pubblico del potere* – lo abbiamo detto, rifacendoci proprio alla definizione che BOBBIO dà di “democrazia”¹⁵¹ – è assolutamente necessario, proprio perché essa ha bisogno di un pubblico, di un *consenso sociale*, che dia legittimazione al potere attraverso periodici atti di fiducia.

È inoltre chiaro che contribuiscono a garantire la libertà individuale, anche il controllo di costituzionalità cui è sottoposta

¹⁵¹ Cfr., *retro*, § 1.3, BOBBIO, *Teoria generale, cit.*, p. 339.

soltanto la legge e gli atti aventi forza di legge *ex art. 134 Cost.*, nonché la possibilità di ricorrere a un *referendum* abrogativo¹⁵².

In particolare, è stato autorevolmente sostenuto che «nell'attuale assetto politico-istituzionale il primato della legge, non debba essere ricondotto tanto alla *ratio* democratico-procedurale, alla sua provenienza dal legislatore, bensì alla *ratio* costituzionale-sostanziale, vale a dire al controllo di legittimità da parte della Corte costituzionale a cui la legge è sottoposta, e ciò per due ragioni fondamentali. Da un lato, con riferimento all'assetto delle fonti sul piano – per così dire – nazionale, si deve notare che lo stesso legislatore può costituire un pericolo per il cittadino e suoi diritti. Ed infatti, anzitutto la *ratio* democratica è destinata a svolgersi là dove il concetto di democrazia politico-parlamentare scivola verso il principio maggioritario a scapito di quello pluralista: in una logica escludente e – per così dire – monologante qual è quella maggioritaria, il controllo delle minoranze è destinato ad affievolirsi. In secondo luogo anche là dove la democrazia parlamentare si configurasse sulla base del principio pluralista e quindi si fondasse su una dialettica effettiva tra le forze politiche, non esisterebbe alcuna certezza che maggioranza e minoranza, pur divise, non possano comunque trovare un accordo su leggi liberticide»¹⁵³.

Tuttavia, tale tesi ci lascia perplessi.

Per quanto condivisibile la premessa – la *ratio* della riserva legislativa non è solo «*democratico-procedurale*», ma anche «*costituzionale-sostanziale*» –, il ragionamento sembra però deviare dal piano del *perché* della fonte dell'atto, a quello del *contenuto* dell'atto. Anzi, si

¹⁵² Sul punto, cfr. MANTOVANI, *Diritto penale, cit.*, p. 42; PALAZZO, *Corso di diritto, cit.*, p. 115.

¹⁵³ BARTOLI, *Incriminatione e giustificazione: una diversa legalità?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 601.

afferma esplicitamente: «spostando il nostro discorso sul piano politico-valoriale, si deve notare come la legge», sia essa più o meno condivisa dalle forze politiche, possa comunque assumere «connotati autoritari»¹⁵⁴.

In altre parole, si sostiene che, se scopo del principio di legalità è garantire la libertà dei cittadini dagli abusi del potere statale, non è sufficiente riferirlo unicamente all'atto legislativo e alla sua procedura, poiché una legge, per quanto condivisa anche dalla minoranza, potrebbe comunque essere liberticida, e pertanto occorre valutarne la complessiva ragionevolezza costituzionale del suo contenuto.

Il problema non è soltanto teorico, ma ha un'importante ricaduta pratica.

Se si sostenesse, fino in fondo, che lo scopo del principio di legalità sia quello di garantire una legge, il cui contenuto sia *sostanzialmente* conforme a Costituzione, dovrebbe ammettersi la possibilità per la Corte costituzionale di dichiarare l'illegittimità di norme penali anche con effetti *in malam partem*, estendendo l'area penalmente rilevante.

Questa conclusione è inevitabile se la riserva alla *legge* ha la funzione primaria di consentire il sindacato di costituzionalità alla Corte sulla ragionevolezza di quella norma penale e non quella di attribuirne la competenza all'unico potere dello Stato che ha responsabilità politica diretta attraverso la legittimazione sociale.

Per fare un esempio, è sufficiente pensare a un qualsiasi reato a forma vincolata o con dolo specifico, per il quale la Corte costituzionale decidesse che limitare l'incriminazione solo a quelle determinate condotte o solo alle condotte con quello specifico fine, contrasti col principio di uguaglianza e le dichiari parzialmente incostituzionali.

¹⁵⁴ *Ibidem*.

Si consideri l'effetto espansivo se la Corte costituzionale dichiarasse la parziale illegittimità dell'art. 609-bis c.p. nella parte in cui circoscrive le condotte incriminate unicamente a quelle poste in essere «con violenza o minaccia o mediante abuso dell'autorità», estendendo, per effetto della sentenza, la tutela penale a tutti gli atti sessuali compiuti in assenza del solo consenso.

Oppure, la questione di legittimità costituzionale che è stata realmente sollevata rispetto all'art. 727 c.p., che punisce l'uccisione di un animale da parte del proprietario solo se compiuta con crudeltà, strazio o sevizie, in cui si chiedeva – in forza dell'art. 3 Cost. – di ricomprendersi l'uccisione non accompagnata da alcuna modalità. La Corte ne ha dichiarato l'inammissibilità, poiché non rientra tra i suoi poteri «una pronuncia additiva, dalla quale consegue l'inserimento nell'impugnato art. 727 c.p. di una norma incriminatrice della condotta posta in essere da colui che provoca la morte di un animale (anche con modalità non crudeli o efferate) di sua proprietà»¹⁵⁵.

Ad onore del vero, i giudici delle leggi non si sono sempre astenuti da incursioni penalistiche *in malam partem*; basti ricordare l'intervento del 1995 con cui la Consulta¹⁵⁶, in tema di bestemmia¹⁵⁷,

¹⁵⁵ C. cost., 27 luglio 1995, n. 411, in *Giur. cost.*, 1995, p. 2946 ss.

¹⁵⁶ C. cost., 18 ottobre 1995, n. 440, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, p. 819 ss. con nota di DI GIOVINE, *La bestemmia al vaglio della Corte costituzionale: sui difficili rapporti tra Consulta e legge penale*; cfr. anche PALAZZO, *La tutela della religione tra eguaglianza e secolarizzazione (a proposito della dichiarazione di incostituzionalità della bestemmia)*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 47 ss.

¹⁵⁷ Non è stata quella la prima volta che i giudici delle leggi erano stati chiamati a pronunciarsi sul reato di bestemmia (depenalizzato in illecito amministrativo dalla legge, 25 giugno 1999, n. 205), già con la C. cost., 28 luglio 1988, n. 925, in *Cass. pen.*, 1989, p. 1153 ss., con nota di D'AMBROSIO, *La religione cattolica ancora religione dello Stato*, la Corte riteneva che nonostante la scomparsa dall'ordinamento giuridico italiano della nozione di «religione di Stato», l'art. 724 c.p. non poteva essere censurato per indeterminatezza della fattispecie ex art. 25, comma 2, Cost., giacché erano possibili due interpretazioni della norma entrambe determinate: o ritenere che l'eliminazione della nozione di «religione di Stato» abbia fatto venir meno la

dichiarò la parziale illegittimità costituzionale dell'art. 724, comma 1, c.p. nella parte in cui si prevedeva l'imprecazione blasfema rivolta contro «i Simboli o le Persone venerati nella religione di Stato», ma conservando il riferimento alla Divinità, non più agganciata alla religione ufficiale, «espandeva lo spettro di proiezione della fattispecie oltre il precedente confine normativo»¹⁵⁸.

La Corte costituzionale con una sentenza manipolativa «colmava una lacuna dell'ordinamento penale, consistente nella non punibilità delle bestemmie rivolte alle divinità delle religioni diverse da quelle cattolica, recuperando l'uguaglianza degli individui innanzi alla legge a scapito della *inelegante* e discriminatoria libertà di bestemmiare (le Divinità altrui) concessa dalla legge penale ad alcuni»¹⁵⁹.

Si è detto che «non vi è dubbio che la sentenza sovverta i fondamenti della legalità, attribuendo alla Corte una funzione normativa che non le appartiene»¹⁶⁰, definendo la pronuncia un «incidente di percorso»¹⁶¹.

In realtà, all'interno della stessa sentenza, si riesce ad affermare il principio per cui «deve escludersi ogni valenza additiva della pronuncia, di per sé preclusa dalla particolare riserva di legge in materia di reati e pene».

fattispecie, avendola privata di contenuto normativo in un'ipotesi di *abolitio sine abrogatione*; oppure, ritenere che quell'espressione sia semplicemente il tramite linguistico per mezzo del quale, ora come allora, viene indicata la religione cattolica. In altre parole, si trattava di interpretare la volontà legislativa espressa dall'enunciato dell'art. 724 c.p. e decidere se il legislatore intendesse tutelare la religione cattolica in quanto religione dello Stato oppure la religione dello Stato in quanto religione cattolica: nel primo caso il reato di bestemmia risultava *abrogato*, nel secondo – orientamento che prevalse, anche con l'avallo della stessa Corte costituzionale – la norma tutelava «la religione cattolica, in quanto *già* religione di Stato».

¹⁵⁸ Lo rammenta CARMONA, *Oltre la libertà personale*, cit., p. 172.

¹⁵⁹ CARMONA, *Oltre la libertà personale*, cit., p. 173.

¹⁶⁰ BELFIORE, *Giudice delle leggi e diritto penale. Il diverso contributo delle Corti costituzionali italiana e tedesca*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 113.

¹⁶¹ A. LANZI, *Considerazioni sull'eventualità di un sindacato di ragionevolezza sulle scelte politico-criminali*, in *Ind. pen.*, 2003, p. 900.

La Corte, ben consapevole degli effetti distorsivi che la propria *manipolazione* produce sul sistema delle fonti, tenta di mascherarli con un elegante ragionamento – ancorché di linearità prossima all’arabesco – sostenendo che la norma sanzionasse già penalmente la bestemmia contro qualsiasi Divinità, e la *restrizione* della «religione di Stato» non riguardasse l’intera norma, poiché «il termine “venerati”, impiegato dall’art. 724, è propriamente riferibile ai soli Simboli e Persone»¹⁶².

In altre parole, per i giudici della Consulta la sentenza non ha determinato alcun effetto *espansivo* dell’area penalmente rilevante, ma si è limitata a dichiarare l’illegittimità della sola parte relativa a Simboli e Persone, perché soltanto questa è circoscritta alla religione cattolica *già* di Stato e dunque in contrasto coi principi di uguaglianza, *ex art. 3*, e di uguale libertà di tutti i culti, *ex art. 8*.

La verità del *perché* si arriva a questa sentenza manipolativa *in malam partem*, il relatore della sentenza, ZAGREBELSKY – neppur troppo velatamente – la “confessa” e non ha tanto un fondamento giuridico legato all’art. 724 c.p., come se davvero in esso la ricostruzione delle nozioni di Divinità, Simboli e Persone non fosse unitaria, quanto piuttosto uno *politico*: «la perdurante inerzia del legislatore non consente – dopo sette anni dall’ultima sentenza, ribadita nei suoi contenuti dall’ord. n. 52 del 1989 – di protrarre ulteriormente l’accertata discriminazione, dovendosi affermare la preminenza del principio costituzionale di uguaglianza in materia di religione su altre esigenze – come quella del buon costume tutelato dall’art. 724 – pur apprezzabili ma di valore non comparabile» e pertanto «si impone ormai la pari protezione della coscienza di ciascuna persona che si

¹⁶² C. cost., 18 ottobre 1995, n. 440, *cit.*, p. 824.

riconosce in una fede, quale che sia la confessione religiosa di appartenenza»¹⁶³.

Peraltro, non è neppure mancato chi aveva applaudito la scelta fatta dalla Consulta, la quale di fronte alle «prolungate inerzie legislative, perlopiù dovute a una generalizzata impotenza a legiferare ma talvolta anche a furbesco e interessato rifiuto a mettere le mani in punti sensibili, politicamente scabrosi ed elettoralmente poco remunerativi. E allora, tanto meglio se qualcun altro – nella specie la Corte costituzionale – s’incarica alla fine di affrontare l’ingrato compito. E questa volta la Corte se l’assume finalmente, con una sentenza altamente pregevole sia per la sobria ma puntualissima ricostruzione preliminare del bene giuridico tutelato dall’art. 724, primo comma, c.p., sia per la *sagace soluzione “tecnica”* adottata al fine di ottenere l’ampliamento della portata applicativa della fattispecie, onde ripristinare l’eguaglianza di trattamento»¹⁶⁴.

Certo, parlando di «sagace soluzione tecnica», s’intuisce che la Corte per raggiungere il risultato *ragionevole* non più procrastinabile è dovuta ricorrere a un *escamotage* interpretativo, ma si è trattato comunque di sostituirsi al legislatore nelle scelte criminali a lui riservate dalla Carta fondamentale.

La grave inerzia legislativa «non (è) sopperibile, tuttavia, dalla Corte costituzionale, se non a costo di gravemente travalicare i limiti della sua funzione»¹⁶⁵.

I giudici delle leggi avevano anche un’altra opzione: l’integrale dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma. Se questa, per

¹⁶³ C. cost., 18 ottobre 1995, n. 440, *cit.*, p. 823, che si riferisce ai moniti al legislatore fatti dalla Corte costituzionale con le sent. n. 14 del 1973 e n. 925 del 1988.

¹⁶⁴ PALAZZO, *La tutela della religione, cit.*, p. 47, il corsivo è nostro.

¹⁶⁵ DI GIOVINE, *La bestemmia, cit.*, p. 827.

essere compatibile con la Costituzione, deve avere una portata più ampia, e tale facoltà è di competenza esclusiva del Parlamento – peraltro più volte già “invitato” a porre rimedio, estendendo il perimetro di una norma *in criminalibus* in modo conforme al principio di uguaglianza – la Corte poteva dichiararne la totale illegittimità costituzionale, conformemente a quel principio brillantemente espresso da quegli stessi giudici per cui una norma è incostituzionale ogni qual volta non è possibile darne un’interpretazione conforme, ma l’interpretazione conforme non può consistere però in un gioco di prestigio per eludere il principio di legalità.

Non ovunque è così: «mentre nell’ordinamento tedesco la Corte costituzionale ha il potere di dichiarare l’illegittimità e al contempo emanare una disciplina penale di carattere provvisorio in armonia con l’obbligo costituzionale di incriminazione, nell’ordinamento italiano la Corte costituzionale non può colmare i vuoti della legislazione penale ordinaria. Vi si oppongono i principi costituzionali dell’irretroattività e della riserva di legge in materia penale (art. 25 Cost.): l’espansione della norma incriminatrice comporterebbe nel giudizio *a quo* l’affermazione della responsabilità penale per un fatto che non era previsto come reato secondo la legge del tempo in cui era stato commesso; inoltre, quell’espansione sarebbe frutto di una potestà punitiva che la Costituzione riserva alla legge»¹⁶⁶.

Eppure, il testo dell’art. 28 della legge 11 marzo 1953, n. 87, è chiarissimo nel recitare: «Il controllo di legittimità della Corte Costituzionale su una legge o su un atto avente forza di legge *esclude*

¹⁶⁶ MARINUCCI-DOLCINI, *Costituzionale e politica dei beni giuridici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 354 ss.; cfr., sul rapporto tra diritto positivo e giudici delle leggi per una comparazione tra Italia e Germania, BELFIORE, *Giudice delle leggi, cit., passim*.

ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento».

E, infatti, autorevole dottrina ha scritto: «la Costituzione stessa, invero, nella sua struttura, lascia un largo ambito di operatività al legislatore ordinario, con due limiti: quello, *formale*, della *procedura di formulazione delle leggi*, e quello, *sostanziale*, del *contenuto non incompatibile coi principi costituzionali*»¹⁶⁷.

Va quindi distinta la funzione di garanzia, rappresentata dalla legge come fonte del diritto, dal sindacato sul suo contenuto: «il controllo di costituzionalità – diffusosi negli Stati liberal-democratici dell'Europa continentale dopo la seconda grande guerra – trascende la stessa garanzia democratica, ponendosi su un piano ancor più elevato, poiché tende a garantire la conformità dei contenuti della legge rispetto a parametri espressi col patto costituzionale nella Carta fondamentale, contro i pericoli di un'involuzione costituzionale ancorché provenienti dalle maggioranze parlamentari»¹⁶⁸.

Quello che riteniamo, dunque, non è che la garanzia sostanziale data dal sindacato della Corte costituzionale non sia importante al fine di assicurare la democrazia del sistema penale, ma solo che questa operi su un piano diverso rispetto a quello formale della legalità.

Si potrebbe dire che la legalità penale sia una riserva *politica*¹⁶⁹, la cui *ratio* sia quella di attribuire all'unico organo elettivo, che ha legittimazione sociale diretta, la responsabilità delle scelte che limitano la libertà dei cittadini: «il primato della legge non è fondato sulla stantia ripetizione della versione più banale del principio di separazione dei poteri, bensì sull'insopprimibile esigenza che in un ordinamento

¹⁶⁷ NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Padova, Cedam, 1975, p. 37.

¹⁶⁸ PALAZZO, *Corso di diritto*, cit., p. 115, i corsivi sono nostri.

¹⁶⁹ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 69 ss.

democratico ad ogni scelta politica si accompagni una responsabilità»¹⁷⁰.

Questa *natura* della riserva è stata riconosciuta espressamente già da ANTOLISEI, per il quale, «la massima *nullum crimen, nulla poena sine lege*, ha senza dubbio un contenuto eminentemente politico».

Semplicemente: si affida la libertà individuale al Parlamento, organo che ai cittadini deve direttamente rispondere, perché è da questi che è eletto.

È bene ricordare che se è discussa la definizione di *atto politico* come atto *libero nel fine*, è pacifica «la sottrazione al sindacato di *legittimità* dell'atto politico»¹⁷¹.

Il giudizio sul fine spetterà ai cittadini, che attraverso il loro *atto di fiducia* legittimeranno o delegittimeranno le scelte fatte, *rectius*: i fini perseguiti, dal potere legislativo. In questo senso si parla di *responsabilità politica del legislatore*.

«La riserva di legge è riserva, all'impersonale demiurgo democratico, dell'intero sistema punitivo nelle sue relazioni interne, affinché la matrice legislativa assicuri la democraticità del procedimento e leghi alla scelta politica la connessa responsabilità»¹⁷².

La riserva a favore del Parlamento quindi esclude che la Corte costituzionale, compiendo autonome scelte punitive, possa ampliare la gamma dei comportamenti penalmente rilevanti o inasprire la disciplina sanzionatoria dei reati.

¹⁷⁰ SILVESTRI, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1981, p. 1714.

¹⁷¹ La bibliografia sulla nozione di "atto politico" è sterminata costituendo un tema classico, cfr. BARILE, voce *Atto di governo*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, Giuffrè, 1959, p. 222; cfr., anche, GUCCIARDI, *Atto politico*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1937, p. 271 ss.

¹⁷² CARMONA, *Oltre la libertà personale*, cit., p. 174.

E la stessa Corte costituzionale ha, infatti, affermato che «al giudice costituzionale non è dato pronunciare una decisione dalla quale possa derivare la creazione – esclusivamente riservata al legislatore – di una nuova fattispecie penale: e ciò in forza del principio di legalità sancito dall’art. 25, 2° comma, Cost.»¹⁷³.

È chiaro che il controllo di costituzionalità rappresenta anch’esso una garanzia, ma diversa da quella prevista dall’art. 25, comma 2, della Cost.

Una cosa è garantire che le norme penali siano necessariamente frutto di una scelta legislativa, altra invece è garantire che il loro contenuto sia compatibile con la Costituzione.

Con una sintesi che brilla per efficacia e chiarezza s’è detto: «le scelte di incriminazione vanno riservate al solo Parlamento, in quanto organo che, in virtù della sua composizione direttamente rappresentativa delle forze politiche (maggioranza e minoranza), meglio esprime l’essenza della democrazia. Non potendo essere demandata ad altri, tali opzioni, in particolare, non possono competere alla Corte costituzionale, i cui membri non sono eletti dal popolo, se non indirettamente e per la sola parte (un terzo) designata dal Parlamento»¹⁷⁴.

Al legislatore spetta di «decidere non solo se un fatto debba essere incriminato, ma anche in che limiti debba esserlo e se vi siano situazioni particolari da sottrarre alla sfera penalmente rilevante»¹⁷⁵.

D’altronde, lo stesso BARTOLI poi – quando parla della *natura* assoluta o relativa – afferma che «una riserva di legge assoluta a ben vedere non è

¹⁷³ C. cost., 27 luglio 1995, n. 411, *cit.*, p. 2947.

¹⁷⁴ DI GIOVINE, *Norme penali di favore e controllo di legittimità costituzionale*, in *Criminalia*, 2007, p. 218.

¹⁷⁵ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, *cit.*, p. 115.

auspicabile (...), perché si irrigidirebbe troppo il sistema sotto il profilo dei rapporti tra legislatore e Corte costituzionale (...) con il risultato finale di assolutizzare anche la Costituzione, la quale diviene una sorta di superlegge destinata a vincolare lo stesso legislatore, riducendo così al massimo la discrezionalità», il rischio sarebbe quello di rendere «particolarmente problematici i rapporti tra il legislatore e la Corte costituzionale: mentre il primo sarebbe ridotto alla mera esecuzione» (del programma politico contenuto nella Costituzione), «la seconda assumerebbe un primato pressoché assoluto, pur trattandosi di un *potere del tutto privo di una legittimazione democratica*»¹⁷⁶.

Tuttavia, dire che la *ratio* democratica del principio di legalità «cede oggi il posto al principio costituzionale della sindacabilità della legge»¹⁷⁷, vuol dire proprio affidare alla Corte costituzionale *ex art. 25, comma 2, Cost.*, un sindacato *politico* sulle scelte del legislatore in contrasto con quanto invece – come si è visto – è previsto dalla legge, sostenuto dalla dottrina e riconosciuto dalla stessa Corte.

Il principio di legalità è riserva *politica* a favore di un organo democraticamente eletto, è la rappresentatività dell'organo che qualifica la *ratio* in questi termini.

Ciò non significa – lo ripetiamo – non riconoscere un ruolo di garanzia alla Corte costituzionale, la quale naturalmente svolgendo il proprio compito sindacherà il contenuto delle leggi penali rispetto ai principi della Carta fondamentale e ne dichiarerà l'illegittimità laddove la legge entri in contrasto con la Costituzione.

Tuttavia, tra questi principi, vi è anche quello che riserva le norme penali al Parlamento e dunque esula dai poteri di cui dispone il giudice della legge quello di fare scelte politiche.

¹⁷⁶ BARTOLI, *Incriminatione e giustificazione*, cit., p. 619 ss.

¹⁷⁷ BARTOLI, *Incriminatione e giustificazione*, cit., p. 602.

Con altre, più autorevoli, parole, s'è scritto: «non c'è dubbio, dunque, che la giustizia costituzionale si collochi a mezza via tra la giurisdizione e la politica, quasi come una meccanica di *frizione* che, se ben funzionante, permette che gli *attriti* di una forza sull'altra fluiscono in modo utile per l'intera macchina. Certo, perché il sistema complessivo mantenga la sua armonia, nella relazione tra legislazione politica e giurisdizione costituzionale, bisogna pur trovare il limite all'intervento di controllo sulla costituzionalità delle leggi che si trasforma in attività di *normazione*»¹⁷⁸.

La Corte costituzionale, attraverso i propri interventi *manipolativi*, incide – sulla norma illegittima “nella parte in cui *non prevede*” con sentenze *additive* o “nella parte in cui *prevede*” con sentenze *riduttive* – *ridisegnando* le norme stesse e con esse i confini dell'area penalmente rilevante.

Con questo tipo di sentenze innovative non può non riconoscersi anche l'effetto *normativo* che si produce, poiché indirettamente si *creano* fattispecie “nuove”¹⁷⁹.

E così la Corte potrà pronunciarsi con effetti *in bonam partem*, con l'unico limite rappresentato dal “giustificare” la violazione della ragionevolezza dell'ordinamento giuridico¹⁸⁰, mentre molto discusso¹⁸¹

¹⁷⁸ CARMONA, *Oltre la libertà personale*, cit., p. 163.

¹⁷⁹ Cfr. CARMONA, *Oltre la libertà personale*, cit., p. 160 ss.; M. ROMANO, *Complessità delle fonti e sistema penale. Leggi regionali, ordinamento comunitario, Corte Costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 552 ss.

¹⁸⁰ Si pensi, per esempio, se il legislatore abrogasse una causa di giustificazione o una causa di non punibilità, la Corte non potrebbe sindacare la meritevolezza della scelta politica, ma potrebbe dichiarare l'illegittimità della legge abrogatrice solo ove fosse violato il principio di uguaglianza, ragionevolezza o proporzionalità della pena.

¹⁸¹ Cfr., M. ROMANO, *Complessità delle fonti*, cit., p. 557; CARMONA, *Oltre la libertà personale*, cit., p. 159 ss.; DI GIOVINE, *Il sindacato di ragionevolezza della Corte costituzionale in un caso facile*. A proposito della sentenza n. 390 del 2006, sui “falsi elettorali”, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 100 ss.; DI GIOVINE, *Norme penali di favore*, cit., p. 217 ss.; VENEZIANI, *Norme penali di favore e controllo di costituzionalità*, in *Criminalia*, 2007, p. 233 ss.; DOLCINI, *Leggi “ad personam”, riserva di legge e principio*

è se possa farlo con effetti *in malam partem*, anche solo limitatamente alle *norme speciali di favore*, giacché in questi casi si *riespanderebbe* semplicemente la *norma generale*.

Tuttavia, sottile e labile è il confine che separa il *ragionevole* giudizio di legittimità costituzionale della legge, dall'*irragionevole* – perché incoerente con gli stessi principi e valori costituzionali – giudizio sulla scelta politica fatta dal legislatore.

La fragilità concettuale della distinzione è dovuta alla difficoltà di questo tipo di sindacato: «giudicare irragionevole una norma di favore, per definizione derogatoria del principio di uguaglianza, equivale a sindacare l'uso legislativo della disuguaglianza»¹⁸².

Si è evidenziato che «il rischio, ma anche la “tentazione”, è evidentemente quella di prescindere, di volta in volta, da sicuri parametri di riferimento che siano direttamente ed effettivamente rinvenibili nella normativa costituzionale»¹⁸³, soppiantando il controllo di “ragionevolezza secondo la Costituzione” e sostituendolo col controllo di “ragionevolezza secondo l'opinione dei giudici costituzionali”.

Se il sindacato di legittimità inglobasse anche il giudizio, in base a valutazioni ed argomentazioni *metacostituzionali* ed *extragiuridiche*, sulle scelte politiche del legislatore, «il rischio (sarebbe) quello di

costituzionale di eguaglianza, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 50 ss.; DONINI-INSOLERA, *Considerazioni introduttive*, in *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, a cura di INSOLERA, Bologna, Monduzzi, 2005, p. 11 ss.; PULITANÒ, *Giudizio di fatto nel controllo di costituzionalità di norme penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1004 ss.; MANES, *Illegittime le “norme penali di favore” in materia di falsità nelle competizioni elettorali*, in www.forumcostituzionale.it; MANES, *Norme penali di favore, no della Consulta*, in *Dir. e giust.*, 2006, n. 46, p. 30 ss.; MANES, *Il giudice nel labirinto: profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, Dike, 2012, p. 102 ss.; CUPELLI, *La legalità delegata*, cit., p. 38 ss.

¹⁸² GIUNTA, *La Corte costituzionale respinge le questioni di illegittimità del “falso in bilancio”*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 1509.

¹⁸³ A. LANZI, *Considerazioni sull'eventualità di un sindacato*, cit., p. 898 ss.

avviarsi verso un vero e proprio *Stato giurisdizionale della Consulta* (concettualmente antagonista allo Stato di diritto) nell'ambito del quale verrebbe enfatizzato il ruolo di quest'ultima fino a giungere ad una sorta di *ordinamento penale* neppure semplicemente *costituzionale* ma addirittura *della Corte costituzionale* e, dunque, dei suoi stessi componenti: un "diritto penale dei giudici costituzionali"¹⁸⁴.

È chiaro che laddove la Corte si pronunci al fine di contenere o restringere l'area dell'incriminazione, essa agisce in sintonia con lo spirito di garanzia sotteso a tutte le disposizioni costituzionali in materia penale¹⁸⁵. In tal senso, «il Giudice delle leggi può annullare le incriminazioni, ma non può toccare il perimetro dell'area penalmente rilevante: può eliminare cioè norme che diversificano il trattamento sanzionatorio, sempre restando però all'interno del perimetro dell'illiceità penale, mai determinare un'espansione di esso»¹⁸⁶.

In realtà, è stata anche autorevolmente sostenuta l'inammissibilità delle sentenze *manipolative* in materia penale *tout court*, perché contrastante con la riserva costituzionale di legge; aldilà quindi degli effetti di espansione o contrazione dell'area penalmente rilevante: «si potrebbe obiettare che, nel nostro caso, l'operazione "additiva" della Corte, aggiungendo un requisito ulteriore alla fattispecie delittuosa, agisce in senso riduttivo sulla sua sfera di applicazione, e quindi *in bonam partem*.

Ma non è questa una giustificazione sufficiente, se è vero che la *ratio* della riserva non va individuata in una generica garanzia di certezza e conoscibilità della norma incriminatrice, ma nell'esigenza di affidare la

¹⁸⁴ A. LANZI, *Considerazioni sull'eventualità di un sindacato*, cit., p. 898.

¹⁸⁵ Cfr., per tutti, MANES, *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 739 ss. e spec. 748 ss.

¹⁸⁶ GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 117.

delimitazione tra lecito e illecito all'Organo costituzionale che più direttamente esprime la sovranità popolare»¹⁸⁷.

Tuttavia, tale tesi è rimasta minoritaria, la stessa giurisprudenza della Corte costituzionale¹⁸⁸, ritiene che le sentenze *manipolative* della Consulta possano incidere sul tessuto normativo anche penale, purché restino all'interno del perimetro tracciato dal legislatore.

La Corte – allo scopo di scongiurare il rischio di creare nell'ordinamento penale «zone franche del tutto imprevedute dalla Costituzione», sottratte al sindacato di costituzionalità – opera la distinzione tra «norme penali favorevoli» e «norme penali di favore», ritenendo: le prime *escluse* dal loro sindacato, perché *delimitando* l'area della norma incriminatrice, concorrono alla definizione della fattispecie; le seconde *sottoposte* al loro sindacato, perché *sottraendo* una categoria di soggetti o di condotte all'applicazione di un'altra norma penale più ampia, potrebbero preservare odiose forme di privilegio introdotte *legalmente* dal legislatore¹⁸⁹.

In dottrina le posizioni sono piuttosto differenti.

Da un lato, possiamo considerare chi – non senza qualche riserva e con diverse ragioni – conviene con la Corte sulla sindacabilità delle *norme*

¹⁸⁷ PEDRAZZI, *Sentenze "manipolative" in materia penale?*, nota a C. cost., 23 aprile 1974, n. 108, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974, p. 446; cfr., anche, GALLO, *La "disapplicazione" per invalidità costituzionale della legge penale incriminatrice*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1956, p. 723 ss.

¹⁸⁸ Cfr., C. cost., 1 giugno 2004, n. 161, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 1497 ss. con nota di GIUNTA, *La Corte costituzionale*, cit.; e C. cost., 23 novembre 2006, n. 394, in *Cass. pen.*, 2007, con nota di GAMBARDELLA, *Specialità sincronica e specialità diacronica nel controllo di legittimità costituzionale delle norme penali di favore*, p. 467 ss.

¹⁸⁹ Cfr., VENEZIANI, *Norme penali di favore e controllo di costituzionalità*, in *Criminalia*, 2007, p. 233 ss.; DODARO, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 329 ss.

penali di favore, purché l'illegittimità non riguardi la ragionevolezza della scelta politica criminale¹⁹⁰.

Dall'altro, invece, vi è chi – considerando il carattere *frammentario*¹⁹¹ proprio del diritto penale – ritiene che anche per le *norme penali di favore* il sindacato di legittimità vada escluso, poiché esso non può non avere per oggetto l'apprezzamento politico dell'uso fatto dal legislatore della disuguaglianza¹⁹².

Tutti sono però concordi nell'escludere ogni intervento giurisprudenziale *normativo* che si risolva in un sindacato sulla ragionevolezza delle scelte politiche del legislatore, perché «unicamente il Parlamento manifesta la volontà del Popolo, in quanto ne è rappresentante diretto; ed in quel preciso momento storico la maggioranza parlamentare rappresenta la maggioranza dei cittadini; e dunque legittimamente – anche se *incolta* ed in controtendenza rispetto agli auspici delle *élite* culturali (o presunte tali) – esprime *correttamente* la volontà dello Stato.

Può non piacere, si chiama *Democrazia*.

¹⁹⁰ Cfr., M. ROMANO, *Complessità delle fonti*, cit., p. 554 ss.; MARINUCCI, *Il controllo di legittimità costituzionale delle norme penali: diminuiscono (ma non abbastanza) le "zone franche"*, in *Giur. cost.*, 2006, p. 4160 ss.; DOLCINI, *Leggi "ad personam"*, cit., p. 50 ss.; DI GIOVINE, *Il sindacato di ragionevolezza*, cit., p. 100 ss.; PECORELLA, *Pronunce in malam partem e riserva di legge in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 343 ss.; GAMBARDELLA, *Specialità sincronica*, cit., p. 467 ss.

¹⁹¹ Il diritto penale è per sua natura *eccezionale* e *frammentario*, nel senso che esso prevede tutto ciò che non è consentito: l'assenza di una norma non è una *lacuna*, ma la *regola* ossia la *libertà*, cfr. nella manualistica, per tutti, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 32 ss.; cfr. anche PULITANÒ, voce *Politica criminale*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, Giuffrè, 1985, p. 73 ss.

¹⁹² Cfr., CARMONA, *Oltre la libertà personale*, cit., p. 187 ss.; GIUNTA e INSOLERA, *Il controllo di costituzionalità delle norme di favore. Verso un sindacato di legittimità sulle scelte politico-criminali?*, a cura di ZILLETTI-OLIVA, Pisa, Ets, 2007, p. 13 ss. e p. 39 ss.

La Corte costituzionale, invece, per sua stessa natura, è priva di una legittimazione popolare ed è così caratterizzata da una carenza di rappresentatività nei confronti della collettività»¹⁹³.

In conclusione, sarebbe difficile dirlo con più chiarezza di come è stato detto: «l'idea che istituzionalmente la Consulta partecipi all'opera di rifinitura delle norme create da legislatore, mutandone il contenuto *in malam partem*, mette francamente qualche brivido: così come spesso, a onor del vero, è ben poco rassicurante il cattivo uso che il Parlamento fa del proprio monopolio, così innescando il dibattito su questi temi»¹⁹⁴.

Tuttavia, non bisogna dimenticare, se si vuole difendere il sistema democratico – anche quando è in crisi, per il “cattivo” uso che ne è fatto da chi esercita il potere – che è di fondamentale importanza che la potestà punitiva sia l'espressione di un chi abbia legittimazione diretta da parte del consenso sociale e che tale potere sia regolato *solo* dalla legge.

Si tratta di continuare a domandarsi con ARISTOTELE cosa sia preferibile tra il governo degli uomini migliori e quello delle leggi¹⁹⁵. Crediamo che la risposta sia sempre quella del grande filosofo: “la legge”, perché non soggetta alle passioni che invece necessariamente si riscontrano in ogni uomo.

Pertanto, condividiamo quando si afferma che «mi sembra ancora preferibile assestarsi, in materia penale *in malam partem*, su vecchie trincee come quella della riserva assoluta, piuttosto che smantellarla per bilanciare dall'esterno l'opera maldestra di un legislatore che, al momento, dà cattiva prova di sé. Diffido dall'idea di ricercare soluzioni razionali affidandoci stabilmente alla giurisdizione

¹⁹³ A. LANZI, *Considerazioni sull'eventualità di un sindacato*, cit., p. 902.

¹⁹⁴ VENEZIANI, *Norme penali di favore*, cit., p. 248.

¹⁹⁵ ARISTOTELE, *Politica*, Roma-Bari, Laterza, 2000, f. 1286a.

costituzionale, un passo (forse) buono per l'oggi, ma rischioso per il domani; per limitare la libertà personale preferisco, ancora, ad un giudice delle leggi colto e *giusto*, ma irresponsabile, un legislatore, talora perfino *rozzo*, ma responsabile secondo le regole della democrazia rappresentativa. Anche perché non leggo, nelle recenti pagine penalistiche di alcuno, percorsi che siano più rassicuranti della vecchia riserva di legge assoluta, quale garanzia per la scelta di punizione»¹⁹⁶.

¹⁹⁶ CARMONA, *Oltre la libertà personale, cit.*, p. 189.

Parte Seconda
*...alla legalità **sostanziale***

CAPITOLO III

CONSENSO SOCIALE E TEORIA DEL REATO

SOMMARIO: **1.** Legittimazione democratica e consenso sociale. – **2.** *Norme di cultura* e diritto penale: il modello costituzionale di illecito penale. – **3.** Informazione, percezione della realtà e diritto penale.

*«Certo bisogna farne di strada
da una ginnastica d'obbedienza
fino ad un gesto molto più umano
che ti dia il senso della violenza,
però bisogna farne altrettanta
per diventare così coglioni
da non riuscire più a capire
che non ci sono poteri buoni».*
(FABRIZIO DE ANDRÉ)

1. LEGITTIMAZIONE DEMOCRATICA E CONSENSO SOCIALE

Il principio di legalità *in the books* è il presupposto necessario perché possa aversi *in action* un diritto penale democratico.

Fino a questo momento abbiamo descritto i requisiti minimi necessari affinché un sistema possa essere considerato democratico, sostenendo che la democrazia sia l'insieme di *legittimazione* del potere, attraverso atti di fiducia, e *legalità* nell'esercizio del potere.

In tal senso, «la rilevanza costituzionale della riserva di legge in materia penale è fuori discussione (art. 25, secondo comma, Cost.). Come è condivisa l'opinione che collega in tale requisito ai contenuti del tutto unici degli illeciti e delle sanzioni penali. Il "reato" è illecito di tale gravità, la "pena" è sanzione di tale afflittività, che unico organo ritenuto idoneo a definire e a prevedere sia il primo che la seconda è il Parlamento. Solo il Parlamento è dotato della rappresentatività democratica sufficiente per decidere quali siano le azioni che in un certo ordinamento debbono considerarsi "criminose" e quali sanzioni

riconnettere alla commissione di azioni consimili. Ciò anche al fine di assicurare la tutela delle minoranze, e al fine di rendere il diritto penale, il più “terribile” di tutti i diritti, il più possibile vicino alle “norme di cultura” (*Kulturnormen*) condivise dalla coscienza sociale di una data nazione in un determinato momento storico»¹⁹⁷.

In particolare, rispetto al sistema penale, la democraticità ruota intorno al principio di riserva di legge, non solo perché così, l’esercizio della potestà punitiva è rimesso solo al Parlamento per la sua *rappresentatività*, ma soprattutto perché attraverso la Costituzione è regolato quell’*atto di fiducia* periodico alla base della legittimazione democratica.

Abbiamo quindi sostenuto che la riserva di legge contenuta in Costituzione garantisce la democraticità, non nella *statica del sistema (in the books)*, non cioè *sincronicamente* in virtù dell’atto – la *legge* – emanato dalla fonte che rappresenta tanto la maggioranza quanto la minoranza, ma nella *dinamica del sistema (in action)*, ossia *diacronicamente*, attraverso la possibile *alternanza* di maggioranza e minoranza.

È la *responsabilità politica diretta* del Parlamento nei confronti dei cittadini, che attraverso il loro consenso elettorale *rinnovano o revocano* la *fiducia* con cui *legittimano* la fonte, a garantirne il principio democratico, che presuppone necessariamente l’esercizio in pubblico, e quindi dove se non in Parlamento, del potere.

Recentemente è stato scritto – e non è certamente una voce isolata nel coro della dottrina penalistica di questi ultimi anni – che è giunto il momento «di squarciare quel velo pesante che ancora oggi impedisce di rendersi conto che le formulazioni illuministiche della

¹⁹⁷ CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, II ed., Torino, Giappichelli, 2014, p. 46.

legalità penale non reggono più il confronto con la preponderante realtà dei fatti»¹⁹⁸, eppure già DELITALA – sempre cinquant’anni fa, in occasione dell’anniversario dalla pubblicazione dell’opera di BECCARIA – affermava con grandiosa anticipazione sui tempi: «certo, da 200 anni a questa parte troppi e troppo sconvolgenti avvenimenti si sono dunque verificati, perché ci sia consentito di conservare ancora intatta la fede di BECCARIA e MONTESQUIEU nella separazione dei poteri, e, soprattutto, nella rappresentatività dei Parlamenti. Da TOCQUEVILLE in poi si è detto e ridetto che in un governo democratico il potere esecutivo è l’espressione della maggioranza parlamentare, che ciò che fa il potere legislativo può essere fatto anche dall’esecutivo, che è la stessa maggioranza che legifera e governa.

Sarà verissimo, ma 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 stato escogitato altro di più valido espediente costituzionale, la garanzia delle libertà individuali dovrà, dunque, rimanere affidata al principio di stretta, assoluta riserva di legge»¹⁹⁹.

L’atto di fiducia con il quale viene legittimato il Parlamento, come fonte che esercita il potere, è il voto col quale il consenso sociale esprime le proprie scelte e determina quelle che saranno la maggioranza e le minoranze dei propri rappresentanti.

Per comprendere i rapporti tra legittimazione sociale e diritto penale²⁰⁰ è necessario soffermarsi sul ruolo del consenso sociale nella

¹⁹⁸ PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio “fondamentale”*, in *Quad. fiorentini*, 2007, II, p. 1280.

¹⁹⁹ DELITALA, *Cesare Beccaria e il problema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964, p. 968 ss.

²⁰⁰ Sul rapporto tra *consenso sociale* e diritto penale, cfr. ROMANO, *Legislazione penale e consenso sociale*, in *Jus*, 1981, p. 413 ss.; SGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, Bologna, il

teoria del reato, distinguendo però tra due modelli esplicativi fondamentali: le cd. *teorie del consenso* e le cd. *teorie del conflitto*²⁰¹.

In estrema sintesi, le teorie *consensualistiche* ritengono che le strutture del potere conformino il diritto adeguandolo alle rappresentazioni sociali dell'ordine costituito²⁰².

Si viene quindi a creare un'interazione reciproca tra le due forze: il potere statale conforma il diritto, cercando di modellarlo sulla coscienza sociale; la coscienza sociale si conforma al diritto, legittimando il potere statale.

Dal punto di vista del diritto penale, la pena assume una *funzione stabilizzatrice* per la società, essa è una dimostrazione di validità della norma a spese di chi l'ha violata e serve a confermare le aspettative di comportamento dei consociati, dimostrando al contempo l'inadeguatezza di chi trasgredisce e, implicitamente, l'adeguatezza del comportamento conforme.

In relazione a questo modello, si è osservato che «consenso sociale e normazione penale sono due circuiti che non solo si alimentano vicendevolmente, con una reazione di *feed-back* perpetua, ma addirittura si integrano sino all'identificazione»²⁰³.

Le teorie *conflittualistiche* enfatizzano il ruolo del conflitto fra classi sociali o gruppi di interessi (maggioranza e minoranza), ritenendo che la legislazione penale sia figlia delle decisioni di *soggetti*

Mulino, 1990; PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 849 ss.; MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e volere. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, Esi, 1992; MUSCO, *Consenso sociale e legislazione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 80 ss.; DONINI, *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto fra diritto penale e politica*, *ivi*, 2001, p. 27 ss.; DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, Giuffrè, 2004.

²⁰¹ Per un'analisi dettagliata dei due modelli, cfr. il fondamentale studio di PALIERO, *Consenso*, *cit.*, p. 851 ss.

²⁰² Cfr. DURKHEIM, *La divisione del lavoro sociale*, Milano, Edizioni di Comunità, 1999.

²⁰³ PALIERO, *Consenso*, *cit.*, p. 856.

socialmente egemoni, i quali hanno il potere di scegliere: «si ottiene così un “consenso coatto”, offrendo la sicurezza *di tutti* in cambio del potere decisionale *di pochi*: e oggetto del baratto è il potere di scegliere *quali* conflitti riconoscere e *in favore di chi* orientarli nel processo di formalizzazione che definiamo “legislazione penale”»²⁰⁴.

L'ordine sociale è, perciò, visto come un modello essenzialmente conflittuale e non come espressione di consenso o di una superiore intelligenza o volontà²⁰⁵.

Le norme penali diventano lo strumento attraverso il quale soggetti *egemoni* conservano e incrementano le loro posizioni di privilegio, sfruttando il potere statale per controllare l'universalità dei consociati²⁰⁶.

Dalle teorie del conflitto viene fuori che il processo di criminalizzazione avviene con la *cattura del consenso*. In altre parole, che i soggetti che detengono il potere sono coloro i quali hanno la capacità di imporre la loro *soluzione del conflitto*, facendo apparire la loro soluzione *particolare*, come *generale*, cosicché la collettività la accetterà come *soluzione propria*.

È evidente come emerga un'esigenza *manipolativa* del consenso da parte dei gruppi egemoni, «che attraverso la generalizzazione dell'interesse al protezionismo, o, rispettivamente, al *laissez faire* (proibizionismo *versus* permissivismo) tenderebbero, da un lato, a *criminalizzare* i conflitti nei quali gli appartenenti al gruppo assumono statisticamente il ruolo di *vittima*, e dall'altro a *depenalizzare* i conflitti

²⁰⁴ PALIERO, *Consenso, cit.*, p. 858.

²⁰⁵ Cfr. DAHRENDORF, *Classi e conflitti di classi nella società industriale*, V ed., Roma-Bari, Laterza, 1977.

²⁰⁶ Cfr. CHAMBLISS, *Criminal Law in Action*, New York, Wiley & Sons, 1984, p. 8.

nei quali gli appartenenti al gruppo assumono statisticamente il ruolo di *autore*»²⁰⁷.

Tuttavia, queste teorie rappresentano un modello ideale, un prototipo, piuttosto che esprimere realmente dei rapporti tra *consenso sociale* e *diritto penale*.

Vi è anche chi ha osservato che tutti i modelli in prospettiva diacronica evolverebbero da *conflittuali* a *consensuali*: la norma penale sarebbe in origine il risultato cristallizzato di un *conflitto*, rispetto al quale il consenso dei cittadini evolverebbe da mero riconoscimento della forza, cioè dell'efficacia vincolante, a riconoscimento della legittimità, ossia come valore etico sociale²⁰⁸.

Sarebbe, dunque, soltanto una *questione di tempo*, affinché ciò che inizialmente è imposto, successivamente venga legittimato col consenso: «la legislazione di una generazione potrebbe diventare la morale della generazione successiva»²⁰⁹.

Senza volersi allontanare troppo dagli ambiti tradizionali della scienza penalistica, tuttavia, da un noto esperimento degli anni Sessanta, si può avere un interessante riscontro sulla capacità di una regola di condotta di passare da una generazione all'altra.

Nel 1967 il Dott. STEPHENSON ha condotto un esperimento in cui erano coinvolte dieci scimmie, una gabbia, una banana, una scala e uno spruzzatore di acqua gelata.

STEPHENSON rinchiude cinque scimmie in una grande gabbia. All'interno della gabbia mette una scala e in cima a questa un casco di banane.

²⁰⁷ PALIERO, *Consenso, cit.*, p. 860; cfr., anche, PALIERO, "Minima non curat praetor": *ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, Cedam, 1985, p. 521 ss.

²⁰⁸ PALIERO, *Consenso, cit.*, p. 864 ss.

²⁰⁹ WALKER, *Morality and Criminal Law*, in *Horward Journall*, 1964, II, p. 214, citato in PALIERO, *Consenso, cit.*, p. 865.

Le scimmie si accorgono immediatamente delle banane e una di loro si arrampica sulla scala.

A questo punto, lo sperimentatore la spruzza con dell'acqua gelida, riservando il medesimo trattamento alle altre quattro scimmie "incolpevoli".

La scimmia che era salita torna a terra e tutte restano sul pavimento, bagnate, al freddo e disorientate.

Presto però la tentazione delle banane è troppo forte e conduce un'altra scimmia ad arrampicarsi sulla scala. Di nuovo lo sperimentatore spruzza l'ambiziosa scimmia e l'intero gruppo con l'acqua gelata.

Quando una terza scimmia prova ad arrampicarsi per arrivare alle banane le altre scimmie, volendo evitare di essere spruzzate, la tirano via dalla scala malmenandola.

Da questo momento le scimmie non proveranno più a raggiungere le banane.

La seconda parte dell'esperimento prevede l'introduzione di una nuova scimmia nella gabbia ignara del trattamento subito dalle altre. Appena questa si accorge delle banane prova naturalmente a raggiungerle, ma le altre, conoscendo l'esito, la obbligano a scendere e la colpiscono.

Alla fine anche lei, come le altre quattro, rinuncia alle banane senza mai però essere stata spruzzata con l'acqua gelata, quindi senza sapere perché non potesse tenere quel comportamento.

A questo punto un'altra scimmia, scelta tra le quattro originarie rimaste, viene sostituita con una nuova.

Il nuovo gruppo era quindi composto da tre delle scimmie iniziali, le quali sapevano perché non dovevano tentare di prendere le banane,

una scimmia che aveva imparato a rinunciare alle banane a causa della reazione violenta delle altre e una scimmia nuova.

Qui la storia si fa interessante. La scimmia nuova, come previsto, tenta di raggiungere le banane. Com'era avvenuto con la precedente, le altre le impediscono di raggiungere il frutto senza che il ricercatore dovesse spruzzare dell'acqua.

La cosa curiosa è che anche la prima scimmia sostituita, quella che non era mai stata spruzzata, ma era stata dissuasa dalle altre, si è attivata per impedire che l'ultima arrivata afferrasse le banane.

Concludendo l'esperimento, la procedura della sostituzione delle scimmie viene ripetuta finché nella gabbia sono presenti solo scimmie "nuove", che non sono mai state spruzzate con l'acqua gelida. L'ultima arrivata tenta naturalmente di avvicinarsi alle banane, ma tutte le altre glielo impediscono: nessuna di esse però conosce ormai il motivo del divieto.

STEPHENSON descrive l'atteggiamento inquisitore dell'ultima scimmia arrivata, come se cercasse di capire il perché del divieto di mangiare quella banana così invitante. Nel suo racconto le altre scimmie si sono guardate tra loro, quasi a cercare questa risposta. Il problema è che nessuna delle scimmie presenti la conosceva, perché nessuna era stata punita dallo sperimentatore per averci provato, era stato il gruppo ad opporsi.

Una nuova regola era stata tramandata alla generazione successiva, ma le sue motivazioni erano scomparse con la scomparsa del gruppo che l'aveva appresa. Se fosse stato possibile chiedere alle scimmie perché picchiavano le compagne che provavano a salire sulla

scala, la risposta sarebbe dovuta essere più o meno questa: “Non lo so, è così che si fa da queste parti!”²¹⁰.

Con questa digressione è chiaro che non si dimostra nulla, ma è utile per riflettere su come una regola di condotta, nata dal *conflitto*, possa storicizzarsi fino ad essere accettata dalla generazione successiva e apre anche la strada a un interrogativo: l'accettazione e il tendenziale rispetto delle regole *positivizzate*, implicano necessariamente il *consenso* della collettività?

BETTIOL, oltre mezzo secolo fa, scriveva: «un diritto penale che sia veramente democratico deve innanzitutto rispettare le esigenze della natura morale e quindi razionale dell'individuo (...). Il diritto penale è limite all'interesse statale nel campo della penalità e quindi è negazione del terrore. Va da sé, quindi, che nell'ambito di un diritto penale democratico il principio di legalità non abbisogna di particolari giustificazioni: esso serve a garantire la libertà individuale anche se la sussunzione del fatto sotto la norma non va intesa in senso puramente meccanico, eliminando ogni possibilità di apprezzamento da parte del giudice»²¹¹.

²¹⁰ STEPHENSON, *Cultural acquisition of a specific learned response among rhesus monkeys*, in STAREK-SCHNEIDER-KUHN, *Progress in Primatology*, Stuttgart, Fischer, 1967, p. 279 ss.

²¹¹ BETTIOL, *Il problema penale*, Palermo, Priulla, 1948, p. 49.

2. *NORME DI CULTURA* E DIRITTO PENALE: IL MODELLO COSTITUZIONALE DI ILLECITO PENALE

Che rilevanza ha la coscienza sociale all'interno del diritto penale?

Se un sistema punitivo per essere democratico ha bisogno di legalità e legittimazione periodica, è evidente che la coscienza sociale assuma un ruolo cardine nell'ordinamento, concedendo e revocando la propria fiducia al legislatore che è la fonte di produzione delle regole.

Un problema da sempre correlato al principio di legalità è quello che attiene ai limiti alla discrezionalità legislativa.

Riservare la materia penale al Parlamento non implica necessariamente un limite alla potestà punitiva.

Eppure un limite deve sussistere; non potrebbe, infatti, considerarsi democratico un sistema penale nel quale il legislatore ha una potestà punitiva illimitata.

Il pensiero illuministico si è sviluppato proprio dalla necessità di limitare il potere – soprattutto punitivo – del sovrano, elaborando il principio di legalità.

È semplice il richiamo a BECCARIA quando scriveva: «le sole leggi possono decretare le pene sui delitti, e quest'autorità non può che risiedere presso il legislatore che rappresenta tutta la società unita per un contratto sociale»²¹².

Se il richiamo alla legalità coi riferimenti alle “sole leggi” e al “legislatore” appare chiarissimo, va notato come l'esercizio del potere punitivo a cui si rifà è inteso «in un'accezione, per così dire, “limitata”, circoscritta cioè alla potestà di determinare le conseguenze sanzionatorie di illeciti – i delitti, appunto – che, apparentemente, si

²¹² BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di PISAPIA, Milano, Giuffrè, 1973, p. 13.

suppongono “dati”. In effetti, le origini del diritto penale moderno sono fortemente condizionate da prospettive giusnaturalistiche, da uno *jus non scriptum* che in qualche modo sovrasta e “limita” l’ambito della legalità. Non si tratta peraltro di una contraddizione, né della persistenza di una deriva premoderna. Al contrario, si tratta della consapevolezza originaria circa i limiti che la legalità implica e comporta»²¹³.

Nello Stato di diritto fondato su una Costituzione rigida che tutela i diritti fondamentali delle persone e i diritti di libertà, il Parlamento è già in partenza *limitato* nell’esercizio della potestà punitiva, giacché la legge non può contrastare – per via della rigidità o principio di gerarchia delle fonti – coi principi costituzionali.

Tuttavia, questa prima circoscrizione della discrezionalità legislativa non è ancora sufficiente a tutelare adeguatamente la libertà dei cittadini, se il diritto penale deve sempre essere *l’extrema ratio* di un sistema giuridico liberale e democratico, poiché tra tutti i mezzi di cui uno Stato sociale di diritto può servirsi, esso «come strumento di controllo sociale, vale assai poco: è il più rozzo, il più doloroso, il più costoso, il meno efficace degli strumenti che una comunità civile può mettere in campo per orientare le condotte; proprio per questo la sua utilizzazione si uniforma (o dovrebbe uniformarsi) al canone dell’*extrema ratio*»²¹⁴.

Nel 1973, FRANCO BRICOLA nella sua *Teoria generale*²¹⁵ elaborò la celebre *teoria costituzionale del bene giuridico*, proprio allo scopo di limitare le facoltà del legislatore *in criminalibus*.

²¹³ PADOVANI, *Jus non scriptum e crisi della legalità*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, p. 11.

²¹⁴ PADOVANI, *Il problema tangentopoli tra normalità dell’emergenza ed emergenza della normalità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1996, p. 461

²¹⁵ BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Nss. dig. it.*, Torino, Utet, 1973, p. 7 ss.

In estrema sintesi, si osservava come il diritto penale è un insieme di regole di condotta, divieti e obblighi, qualificato dalla sanzione che ne deriva in caso di trasgressione: la pena.

La pena, direttamente o indirettamente, comprime la libertà individuale che proprio la Costituzione però eleva all'art. 13 a *diritto inviolabile dell'uomo*.

Affinché il Parlamento possa, dunque, ricorrere ad essa per sanzionare la violazione di un determinato precetto, è necessario che quell'illecito tuteli un bene «di rango analogo» a quello della libertà personale, altrimenti non vi sarebbe proporzione tra il danno arrecato allo Stato e la pena irrogata dallo Stato per la commissione di quel fatto.

Poiché la libertà personale ha rilievo costituzionale, beni «di rango analogo» potrebbero essere soltanto quelli, appunto, di rilievo costituzionale.

Appare quindi evidente come grazie a questa teoria, il bene giuridico *limiti* la potestà punitiva del Parlamento, escludendo la possibilità che si possa ricorrere al diritto penale per sanzionare fatti che non tutelino beni di rango costituzionale.

Tuttavia, un problema serio è rappresentato dal fatto che la Costituzione è del 1948 e non è pensabile che nel corso del tempo non possano emergere altri beni meritevoli di tutela. Un esempio classico è *l'ambiente*, «come bene giuridico a sé stante, non è contemplato dalla Costituzione, per il semplice motivo che negli anni Quaranta – con le macerie della Guerra ancora nelle strade – non si pensava all'ambiente come ad un bene di rilievo costituzionale»²¹⁶.

²¹⁶ CADOPPI-VENEZIANI, *Elementi di diritto penale, Parte generale*, V ed., Padova, Cedam, 2012, p. 95

Così lo stesso BRICOLA osservava, per superare le maglie troppo strette che il “catalogo chiuso” della Costituzione determinerebbe, che la tutela poteva estendersi ai beni di rilevanza anche “implicita”²¹⁷.

In particolare, si argomentava che i soli beni di significativa rilevanza costituzionale, anche “implicita” per un rapporto di presupposizione necessaria rispetto alla tutela di beni di diretta ed esplicita rilevanza costituzionale, sarebbero oggetto – non mero “scopo” – di una tutela penale *giuridicamente* legittima. Il criterio logico-formale – per il riferimento anche ai beni “presupposto necessario” – sarebbe giuridico, e non *meramente politico*, e come tale strumento per il controllo delle scelte legislative da parte della Corte costituzionale²¹⁸.

Vi «è chi²¹⁹ ha giustamente obiettato che il richiamo ai beni non costituzionali ma “necessario presupposto” per la tutela di quelli di “significativa” rilevanza costituzionale, non rappresenta affatto una griglia capace di operare la promessa selezione, ma un’apertura amplissima sulla “costituzione materiale”, evidenziando la necessaria storicità e mutevolezza dei beni e della stessa Costituzione»²²⁰.

²¹⁷ Cfr., anche, BRICOLA, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in *Funzioni e limiti del diritto penale*, Padova, Cedam, 1984, p. 3 ss.

²¹⁸ BRICOLA, *Legalità e crisi: l’art. 25, commi 2° e 3°, della Costituzione rivisitato alla fine degli anni ’70*, in *Quest. crim.*, 1980, p. 228, ora in *Scritti di diritto penale*, I, t. II, Milano, Giuffrè, 1997.

²¹⁹ FIANDACA, *Il “bene giuridico” come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, p. 57 ss.; PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 497 ss.; ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, Giuffrè, 1983, p. 202; PALAZZO, *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 459; MARINUCCI-DOLCINI, *Costituzione e politica dei beni giuridici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 348; DONINI, *Illecito e colpevolezza nell’imputazione del reato*, Milano, Giuffrè, 1991, p. 164 ss.; PAGLIARO, *Principi di diritto penale, Parte generale*, VIII ed., Milano, Giuffrè, 2003, p. 235 ss.; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, Giuffrè, 2004, p. 303; NUVOLONE, *L’opzione penale*, in *Ultimi scritti (1981-1985)*, Padova, Cedam, 1987, p. 37, il quale osserva che non vi è alcuna norma costituzionale che pone un divieto per il legislatore di tutelare beni di rilevanza non costituzionale, norma che peraltro dovrebbe essere necessariamente espressa.

²²⁰ DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, Cedam, 1996, p. 133.

In questo modo però la capacità di circoscrivere la libertà del legislatore finiva o con l'essere svilita o col limitarla eccessivamente; «se non si ammetteva l'intervento di "riserva" dei beni impliciti, la Costituzione era troppo stretta; ammessi i beni impliciti, le maglie della Costituzione divenivano immediatamente troppo larghe per fungere da chiara guida al legislatore»²²¹.

Partendo dalla tesi bricoliana, CADOPPI ha elaborato una teoria costituzionale-culturale del bene giuridico che dovrebbe consentire una maggiore capacità nel restringere le maglie della Costituzione senza, tuttavia, farle perdere la sufficiente elasticità per adeguarsi alle necessità del tempo²²².

Più esattamente si tratta di un'integrazione, a scopo limitativo, della concezione *costituzionale* del bene giuridico con quella *culturale*.

Il legislatore, nell'esercizio della propria discrezionalità nella tutela dei beni giuridici di rilevanza costituzionale, dovrebbe conformarsi il più possibile alle *norme di cultura* diffuse nella collettività in un dato momento storico, poiché i beni giuridici tutelabili sarebbero solo quelli che la coscienza sociale stessa ritenga degni di tutela.

Le *Kulturnormen* dipendono direttamente dal grado di omogeneità del tipo di società, cioè dall'insieme di persone che vivono all'interno di un determinato territorio²²³.

²²¹ CADOPPI-VENEZIANI, *Elementi, cit.*, p. 95.

²²² Cfr. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, vol. I, Padova, Cedam, 1988, p. 672 ss.; CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, II ed., Torino, Giappichelli, 2014, p. 54 ss.; nella manualistica, CADOPPI-VENEZIANI, *Elementi, cit.*, p. 96 ss.

²²³ Cfr., D'IPPOLITO, *Kulturnormen ed evitabilità dell'errore sul divieto: la Corte di cassazione riconosce l'errore determinato da "fattori culturali" come causa di esclusione della colpevolezza*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 3711 ss.

A questo punto è necessario precisare però che le *norme di cultura* – per il nostro punto di vista – sono l'insieme delle regole di condotta che sono sentite in una data società, coincidono pertanto sia con le *norme di civiltà*, sia con le *norme etiche*, le utilizziamo quindi in un significato assolutamente laico e antropologico²²⁴.

La cultura alla quale ci riferiamo è quella di «gruppi socio-politici caratterizzati da un rilevante numero di individui, dalla condivisione di una lingua comune e dal legame con un territorio geografico di ampie dimensioni»²²⁵.

Occorre, però, specificare che non tutti i gruppi socio-politici sono portatori di una *cultura* che assume rilevanza dal punto di vista penalistico, ma il novero andrebbe limitato a quella che «conferisce ai propri membri modi di vivere dotati di senso in un ampio spettro di attività umane»²²⁶.

In questo senso, anche gli omosessuali, gli atei, i comunisti, gli ambientalisti, i movimenti femministi, la classe operaia o i tifosi del *Crotone* possono considerarsi come gruppi che possiedono una “propria” cultura, tuttavia a questa nozione “localizzata” potrebbe contrapporsene una “ampia”: in tutte le democrazie occidentali vi sono civiltà industrializzate, laiche e urbanizzate²²⁷. Tuttavia, questi “tipi” di culture «non interessano qui, perché sono prive di un’accezione etnica»²²⁸.

²²⁴ Sulla coincidenza delle *norme di cultura*, con le norme sociali, morali, intese come morale storica, contingente, cfr. CADOPPI, *Il reato*, cit., p. 597.

²²⁵ Cfr. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 40.

²²⁶ KYMLICKA, *La cittadinanza multiculturale*, Bologna, Il Mulino, 1999, p. 134.

²²⁷ D’IPPOLITO, *Kulturnormen ed evitabilità dell’errore sul divieto*, cit., p. 3713 ss.

²²⁸ DE MAGLIE, *Culture e diritto penale. Premesse metodologiche*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, p. 1111.

Nell'accezione che qui accogliamo, «*cultura* è sinonimo di *nazione* o *popolo* cioè una comunità intergenerazionale, più o meno compiuta dal punto di vista istituzionale, che occupa un determinato territorio che condivide una lingua e una storia distinte»²²⁹.

Delimitato in questo senso il concetto di “cultura”, può dirsi che le *Kulturnormen* rappresentino un dato modello di civiltà.

Se è del tutto evidente che il legislatore nel ricorrere al diritto penale per sanzionare determinati comportamenti, impone delle regole di condotta; in base alla teoria costituzionale-culturale del bene giuridico, il Parlamento dovrebbe cercare di uniformarsi il più possibile alle *Kulturnormen* nelle proprie scelte di criminalizzazione.

È chiaro che nella teoria costituzionale-culturale del bene giuridico le *Kulturnormen* assumano un maggior rilievo, poiché sarebbe ipotizzabile una pronuncia della Corte costituzionale d'illegittimità di una norma penale approvata dal Parlamento, in conformità al principio di riserva di legge, ma in palese contrasto con la *coscienza sociale*.

Si consideri che la stessa Corte costituzionale ha legittimato la ricostruzione costituzionale-culturale del diritto penale, nella storica sentenza ha affermato la necessità che il diritto penale sia costituito da norme «dirette alla tutela di valori almeno di “*rilevanza costituzionale*” e tali da essere percepite anche in funzione di norme *extrapenali* di civiltà, effettivamente vigenti nell'ambiente sociale nel quale le norme penali sono destinate ad operare»²³⁰.

Tuttavia, per quanto la stessa Corte costituzionale si sia mostrata aperta nell'accogliere la teoria del bene giuridico costituzionale, anche con un

²²⁹ KYMLICKA, *La cittadinanza*, cit., p. 34.

²³⁰ C. cost., 24 marzo 1988, n. 364, in *Foro it.*, II, 1988, c. 1385 ss., con nota di FIANDACA, *Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale: “prima lettura” della sentenza n. 364/88*; in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 686 ss., con nota di PULITANÒ, *Una sentenza storica*.

riferimento alle «norme *extrapenali* di civiltà», non risulta che fino ad oggi essa abbia mai dichiarato costituzionalmente illegittime delle norme solo per il fatto che il bene giuridico protetto non era contemplato, né esplicitamente né implicitamente, nella Costituzione.

Il ruolo della *coscienza sociale* – anche non aderendo alla tesi del bene giuridico di rilevanza costituzionale-culturale – resta indirettamente comunque determinante, poiché le “norme di cultura” svolgerebbero in ogni caso la funzione di parametro orientativo sul quale il legislatore dovrebbe modellare le proprie scelte di politica criminale, evitando di criminalizzare ciò che la pubblica opinione non ritenga vada sanzionato penalmente, ma, qualora ciò si verificasse, la norma sarebbe assolutamente legittima e non censurabile sul piano della costituzionalità, resterebbe quindi soltanto la responsabilità politica, premiata o meno dal consenso elettorale.

In virtù del rifiuto della *concezione promozionale del diritto penale*, il legislatore sarebbe autorizzato a reprimere penalmente solo fatti considerati “criminosi” da parte preponderante della coscienza sociale²³¹.

Le “norme di cultura” assumono inoltre rilievo sotto il profilo della colpevolezza, nella citata sentenza n. 364 del 1988 si legge: «va qui, subito, precisato che le garanzie di cui agli artt. 73, terzo comma e 25, secondo comma, Cost., per la loro natura formali, vanno svelate nelle loro implicazioni: queste comportano il contemporaneo adempimento da parte dello Stato di altri doveri costituzionali: ed in prima, di quelli attinenti alla formulazione, struttura e contenuti delle norme penali.

²³¹ CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., p. 57.

Queste ultime possono essere conosciute solo allorché si rendano “riconoscibili”»²³².

La Corte parla di un «principio di riconoscibilità» dei contenuti delle norme penali, poiché solo norme non numerose, eccessive rispetto ai fini di tutela, chiaramente formulate, dirette alla tutela di valori condivisi dalla coscienza sociale, possono giustificare la “rimproverabilità” di chi le trasgredisce che è necessaria affinché l'autore possa essere considerato personalmente *colpevole*, pertanto *rieducabile* in conformità all'art. 27, comma 1 e 3, Cost.

È stato, al riguardo, osservato come «la Corte (voglia) dire che la possibilità di conoscenza delle leggi penali sarebbe frustrata non solo da un legislatore che non adempisse all'obbligo formale di rispettare il principio di legalità; ma anche da un legislatore che, pur subordinando la punibilità alla *praevia lex scripta*, criminalizzasse condotte di cui la coscienza sociale non avverte il disvalore. Il cittadino conosce le leggi, non (sol)tanto attraverso la Gazzetta Ufficiale, o il codice, ma anche (e soprattutto) attraverso la consonanza delle norme penali con le *Kulturnormen* diffuse nell'ambiente in cui egli vive. In difetto di tale sintonia, infatti, il cittadino non potrebbe, verosimilmente, conoscere la legge, nonostante il rispetto formale del *nullum crimen* da parte del legislatore»²³³.

La chiarezza di norme che rispecchiano i valori condivisi dalla maggioranza dei cittadini fa sì che questi possano, senza difficoltà, distinguere il confine tra lecito e illecito e avere piena consapevolezza delle conseguenze delle proprie *libere azioni*.

Mentre, «laddove un fatto etichettato come penalmente rilevante dal legislatore è lontano dalle *Kulturnormen*, esso stenterà a configurarsi

²³² C. cost., 24 marzo 1988, n. 364, cit., § 17.

²³³ CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., p. 57.

come illecito penale nella coscienza dei singoli, e questi difficilmente si potranno, al momento dell'azione, rendere conto di violare la legge penale. Anzi: proporzionalmente alla lontananza dalle norme di cultura, sarà via via più difficile che i cittadini, al momento di agire, abbiano anche solo il *dubbio* di violare un precetto penale. Cosicché neppure saranno spinti ad informarsi dagli esperti del settore sulla eventuale illiceità penale del fatto»²³⁴.

Pertanto, «il principio di riconoscibilità, così come delineato dalla sentenza della Corte Costituzionale, sembra implicare più ancora di altre esigenze sottostanti il principio di legalità, in quanto più specificamente *riserva di legge*. Ciò per un motivo molto semplice. Il rispetto delle norme di civiltà diffuse nella società presuppone che chi fa le leggi rappresenti il più possibile i cittadini ed i loro interessi. Il legislatore, in quanto *Parlamento*, in questo senso appare il potere più idoneo a rappresentare e a dar vita a questi valori ed interessi diffusi nella coscienza sociale. Nella dialettica di maggioranze e minoranze, il Parlamento dovrebbe essere in grado, democraticamente, di dar voce al popolo ed alle sue *Kulturnormen*, pur filtrandole e depurandole da certe emotività e dalla naturale irrazionalità degli affetti umani più spontanei»²³⁵.

In effetti, le “norme di cultura” sono espressione della coscienza sociale – almeno tendenzialmente – *prevalente*, ma non bisogna dimenticare come la *maggioranza* – scriveva ALEXIS DE TOCQUEVILLE – abbia «spesso i gusti e gli istinti di un despota»²³⁶.

Per questa ragione, il legislatore dovrebbe considerare le *Kulturnormen* o quando siano davvero *uniformi* nella società,

²³⁴ CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., p. 128.

²³⁵ CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., p. 61.

²³⁶ DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, Torino, Einaudi, 2006, p. 264.

prospettiva questa più utopica che realistica, o soltanto *in negativo*, ossia non sanzionando penalmente quei fatti che in base alle norme di civiltà non sono recepiti come illeciti meritevoli di tutela penale.

Quindi, «se le norme di civiltà supportassero la incriminazione di un certo fatto, cionondimeno il legislatore potrebbe, per vari motivi, optare comunque per non assoggettare a sanzione penale un tale fatto; se le norme di civiltà non supportassero l'incriminazione di un certo fatto, viceversa, il legislatore non potrebbe in nessun caso assoggettare a sanzione penale il fatto stesso»²³⁷.

Emerge in questo modo la funzione limitativa attraverso le *Kulturnormen* della potestà punitiva del Parlamento.

Al contrario, invece, assecondare i “bisogni di punizione” della “piazza” può essere molto pericoloso sul piano delle garanzie individuali, si arriva molto rapidamente a invocare addirittura la pena di morte.

Un esempio universale di quanto appena detto può essere offerto dalle considerazioni, fatte proprio da CADOPPI, relative al processo a GESÙ.

Scrive: «valutando i rapporti tra la coscienza sociale e il diritto penale, tra *vox populi* e il diritto, si pongono diversi problemi. Uno è il rapporto tra il diritto penale e la coscienza popolare. L'altro è posto da rapporto tra le vere e proprie decisioni giudiziarie e la coscienza popolare. Prendiamo in esame il primo punto, cioè il rapporto tra legislatore e coscienza sociale. Credo che si possa considerare questo rapporto da due prospettive. In primo luogo, si potrebbe osservare la questione dal punto di vista negativo. Possiamo punire un certo comportamento? Può

²³⁷ CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., p. 131; cfr., per ulteriori approfondimenti, CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, vol. I, Cedam, 1988, p. 586 ss.

il legislatore punire, se un comportamento non è ritenuto degno di sanzione dalla coscienza sociale?

A questa domanda bisogna dare risposta negativa. Non credo sia giusto che la legislazione penale si permetta di punire e proibire condotte che la coscienza sociale non avverte come sbagliate, ingiuste, avverse alla morale sociale e via discorrendo.

Se la legislazione penale punisse comportamenti che la gente non avverte come degni di essere puniti, il diritto penale si trasformerebbe in uno strumento di oppressione. Diventerebbe tendenzialmente uno strumento autoritario o, tutt'al più, cercherebbe di perseguire istanze e fini di promozione sociale. La funzione di promozione del diritto penale non è negata dalla dottrina contemporanea più autorevole. Cito Fiandaca per tutti. Ma potrei citare numerosi altri autori. Il diritto penale, con le sue armi rozze, non è però adatto a svolgere funzioni di fine ingegneria sociale.

Il problema può essere considerato da un altro punto di vista. Quando la coscienza sociale ritiene che un certo comportamento debba essere punito, il legislatore è obbligato a farlo? È obbligato a perseguire tutte le condotte che la gente vorrebbe veder punite? È obbligato a infliggere tutte le pene che la gente desidererebbe?

Qui ritengo che il ruolo di una democrazia critica, nella visione di Zagrebelsky, sia particolarmente importante. Tra le istanze di punizione, il legislatore deve saper scegliere e dire che non tutte le azioni che il popolo chiede siano puniti. Non tutte le sanzioni che i cittadini chiedono, devono essere necessariamente applicate. Se si accogliessero l'emotività e le reazioni d'impulso, gli istinti verrebbero tradotti immediatamente in legislazione penale, senza quel filtro della democrazia critica di cui parla Zagrebelsky.

Sembra che, da questo punto di vista, sia opportuno che il legislatore agisca con grande prudenza, valutando attentamente le istanze emotive che provengono dalla folla.

Non dimentichiamo che, ascoltando la folla acriticamente, si potrebbe arrivare alla pena di morte senza colpo ferire, come avviene in alcuni Stati. Si potrebbe anche arrivare a violare principi costituzionali che, invece, devono essere salvaguardati più che mai, anche dallo stesso Parlamento quando emana una legge.

Un secondo problema di natura generale riguarda la decisione giudiziaria. Fino a che punto un giudice, dal momento in cui si trova a giudicare, deve osservare l'ambiente sociale e tener conto delle istanze della voce del popolo? Nelle decisioni giudiziarie, mi pare che il giudice debba tener conto, in qualche modo, dell'*humus*, della coscienza sociale, ove le decisioni maturano, e dell'ambiente su cui esse vanno a ripercuotersi.

Sarebbe sbagliato che il giudice si rinchiudesse in una torre d'avorio e fingesse di essere come il giudice che preconizzava Cesare Beccaria: un automa che applica la legge senza interpretarne lo spirito. Egli deve necessariamente tenerne conto.

Anche qui bisogna essere prudenti. C'è infatti un pericolo: se non teniamo conto del concetto di democrazia critica, corriamo il rischio di vedere giudici che travalicano la legge per dar retta al sentimento popolare, "forcaiolo", o, a volte, troppo benevolo o di altra natura. Non dimentichiamo l'esperienza di chi, proprio sulla base di una democraticità eletta a fondamento della giustizia sociale, ha creato il sistema della giuria popolare, ove si dà voce alla gente, perché deve essere il popolo a proferire la sentenza e a emettere il verdetto.

Sappiamo che nei paesi retti dal *Common law*, ove il popolo è chiamato a esprimere il suo parere nelle giurie popolari, si fanno usi distorti delle giurie e sappiamo quali gravi aberrazioni ciò abbia provocato. (...)

Certamente, dal punto di vista dell'esercizio della democrazia, cui il *topos* del "crucifige" ci può portare, credo che sia veramente una questione molto importante su cui è bene discutere, per indagare sui limiti della democrazia, sul rapporto tra democrazia e il diritto, in particolare tra la democrazia e il diritto penale»²³⁸.

²³⁸ CADOPPI, *Cohn, Zagrebelsky e il processo*, in AA.Vv., *Il processo a Gesù e il giudice C. Cohn*, a cura di MORDECHAI RABELLO-ROSSETTI, Parma, MUP, 2004, p. 30 ss.

3. INFORMAZIONE, PERCEZIONE DELLA REALTÀ E DIRITTO PENALE

Un ruolo fondamentale nel rapporto tra diritto penale e coscienza sociale lo riveste l'*informazione*, poiché è il mezzo attraverso il quale le notizie arrivano all'*opinione pubblica* e dal quale si genera il *consenso-dissenso*.

NOAM CHOMSKY parla dell'utilizzo strumentale dei mezzi d'informazione di massa da parte dei governi, anche democratici, come di una «fabbrica del consenso»²³⁹.

D'altronde, anche nella letteratura penalistica si è messo in luce il ruolo che l'informazione assume rispetto al diritto penale²⁴⁰, così come sono stati oggetto di studio i rapporti tra televisione e crimine²⁴¹, la spettacolarizzazione del processo²⁴² o l'incidenza dei *media* nella percezione sociale del "*nemico*"²⁴³.

E non potrebbe essere diversamente, «ciò che sappiamo della nostra società e in generale del mondo in cui viviamo, lo sappiamo dai *media*»²⁴⁴, tuttavia a partire dall'affermazione di JACQUES DERRIDA: «i giornali informano i fatti» – cioè li creano, non informano sui fatti – si è sviluppato e articolato un pensiero critico sul loro reale scopo di "intrattenimento", piuttosto che di "informazione" o "divulgazione"²⁴⁵.

²³⁹ CHOMSKY-HERMAN, *La fabbrica del consenso*, il Saggiatore, Milano, 2014, *passim*.

²⁴⁰ Cfr. PADOVANI, *Informazione e giustizia penale: dolenti note*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 689 ss.

²⁴¹ Cfr. FORTI-BERTOLINO (a cura di), *La televisione del crimine*, Milano, Vita e pensiero, 2005.

²⁴² Cfr. R. CANESTRARI, *Reazioni psicologiche differenziali e spettacolarizzazione del processo*, in *Quaderni dell'avvocatura*, 1995, p. 52 ss.

²⁴³ Cfr. DINO, *I media e i "nemici" della democrazia*, in *Questione giustizia*, 2006, p. 824 ss.

²⁴⁴ Cfr. LUHMANN, *La realtà dei mass-media*, Roma, Franco Angeli, 2002, p. 15.

²⁴⁵ Cfr. PALIERO, *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed "effetti penali" dei media)*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2001, p. 467 ss.

Proprio per queste ragioni, si è dubitato della *reale* capacità da parte dell'opinione pubblica di poter percepire esattamente qual è la "verità", inevitabilmente condizionata dagli organi di informazione (*rectius*: intrattenimento)²⁴⁶.

In pratica, «la finalità sociale dei *media* è piuttosto di inculcare e difendere i progetti economici, sociali e politici dei gruppi privilegiati che dominano la società e lo stato. I *media* servono al conseguimento di questo scopo in molti modi: selezionando i temi, distribuendoli secondo una scala di priorità e di importanza, inquadrando le questioni, filtrando le informazioni, scegliendo enfasi e toni, e mantenendo il dibattito entro i confini di premesse accettabili»²⁴⁷.

In altre parole, si fa percepire la certezza di un pericolo allo scopo di aver le "mani sciolte" dal diritto penale *d'eccezione* nel reprimerlo: «in Italia, negli ultimi trent'anni, il diritto penale del nemico è stato chiamato *diritto penale dell'emergenza*»²⁴⁸.

In termini radicali, è stato autorevolmente osservato²⁴⁹ come il ricorso al modello dello *Stato d'eccezione* sia oggi normalmente utilizzato da governi, tanto nazionali quanto internazionali, rendendo ormai quasi impossibile la stessa distinzione tra *regola* ed *eccezione*; per il diritto penale, tra *diritto* e *illecito*.

Il diritto penale è sempre più figlio dell'*emergenza*, non a caso definita «perenne»²⁵⁰; l'emergenza contro il terrorismo politico,

²⁴⁶ Cfr. HABERMAS, *Storia e critica dell'opinione pubblica*, Roma-Bari, Laterza, 2008; cfr., anche, WOLF, *Gli effetti sociali dei media*, Milano, Bompiani, 2003; CHOMSKY-HERMAN, *La fabbrica*, cit., *passim*.

²⁴⁷ CHOMSKY-HERMAN, *La fabbrica*, cit., p. 363.

²⁴⁸ DONINI, *Il volto attuale*, cit., p. 55.

²⁴⁹ Cfr. AGAMBEN, *Stato d'eccezione*, Torino, Bollati Boringhieri, 2003, *passim*.

²⁵⁰ Cfr. MOCCIA, *La perenne emergenza: tendenze autoritarie del sistema penale*, Napoli, Esi, 1995, *passim*.

l'emergenza contro la mafia, l'emergenza ("stabilizzata")²⁵¹ contro la corruzione, e ora nuovamente contro il terrorismo islamico.

L'emergenza è la costante del sistema, la materia che ne costituisce il suo oggetto, la variabile.

Il diritto penale sostanziale muta le sue caratteristiche, perde di vista il fatto e, nell'urgenza determinata appunto dall'emergenza, si concentra sull'*autore*, il *nemico* da cui difendersi con ogni mezzo, per il quale i principi costituzionali e le garanzie democratiche possono *eccezionalmente* affievolirsi per il "bene comune".

Il codice penale, da *Magna Charta del reo*, torna ad essere il grimaldello nelle mani del potere costituito; da "scudo" torna ad essere la "spada" con la quale combattere e difendersi²⁵².

In questo scenario, il ruolo dell'*opinione pubblica* rientra propriamente nel paradigma *conflittuale*, in cui la classe egemone impone le proprie norme andando alla ricerca, attraverso la prospettazione di un'emergenza, di quel consenso sociale necessario a legittimarle.

Il passaggio critico ruota attorno alla percezione della realtà. Per giustificare scelte politico criminali *elitarie*, occorre che la coscienza sociale le percepisca come proprie, anzi – ancor di più – come volte alla tutela dei loro primari interessi.

E quindi, enfatizzato il pericolo intorno a un *Tätertyp*, è più semplice *legittimare* la sospensione di determinati diritti con lo scopo di

²⁵¹ PADOVANI, *Il problema "Tangentopoli" tra normalità dell'emergenza ed emergenza della normalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, p. 448 ss.

²⁵² Esempi emblematici sono offerti dai delitti contro la personalità dello Stato nel Codice Rocco, cfr. PADOVANI, *La tipicità inafferrabile. Problemi di struttura obiettiva delle fattispecie di attentato contro la personalità dello Stato*, in AA. VV., *Il delitto politico dalla fine dell'Ottocento ai nostri giorni*, Roma, Sapere 2000, 1984, p. 169 ss.; FERRAJOLI, *Delitto politico, ragion di stato e Stato di diritto*, in AA. VV., *Il delitto politico dalla fine dell'Ottocento ai nostri giorni*, Roma, Sapere 2000, 1984, p.49 ss.

garantire l'ordine e la sicurezza; si presenteranno «le persone perseguitate dai propri nemici come “meritevoli” di considerazione e quelle trattate con crudeltà uguale o superiore dal proprio governo o dai suoi alleati come vittime “non meritevoli” di considerazione. Se le vittime in questione siano meritevoli oppure no, emergerà con chiarezza dal rilievo e dalla natura dell'attenzione e dell'indignazione»²⁵³.

Il diritto penale del nemico²⁵⁴ è strutturato quindi su un consenso viziato da un errore di rappresentazione: la paura.

Tuttavia, i rischi nel creare o sfruttare strumentalmente una percezione distorta della realtà nell'opinione pubblica sono molto pericolosi, poiché «il modello della propaganda ingenera aspettative diverse»²⁵⁵ e non sempre controllabili²⁵⁶.

²⁵³ CHOMSKY-HERMAN, *La fabbrica*, cit., p. 59.

²⁵⁴ Sul diritto penale del nemico, cfr., AA. VV., *Delitto politico e diritto penale del nemico*, a cura di GAMBERINI-ORLANDI, Bologna, Monduzzi, 2007; AA. VV., *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, a cura di DONINI-PAPA, Milano, Giuffrè, 2007; CAVALIERE, *Diritto penale “del nemico” e “di lotta”: due insostenibili legittimazioni per una per una differenziazione, secondo tipi d'autore, della valenza dei principi costituzionali*, in *Crit. dir.*, 2006, p. 295 ss.; DONINI, *Il diritto penale di fronte al “nemico”*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 735 ss., anche in *Studi per Federico Stella*, I, Napoli, Jovene, 2007, p. 79 ss.; FLORA, *Profili penali del terrorismo internazionale: tra delirio di onnipotenza e sindrome di autocastrazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 62 ss.; JAKOBS, *Diritto penale del nemico*, in AA. VV., *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, a cura di DONINI-PAPA, Milano, Giuffrè, 2007, p. 5 ss.; F. MANTOVANI, *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell'amico, il nemico del diritto penale, l'amico del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 470 ss.; PADOVANI, *Diritto penale del nemico*, Pisa, Pisa University Press, 2014, *passim*; PAGLIARO, *“Diritto penale del nemico”: costruzione illogica e pericolosa*, in *Studi in onore di Mario Romano*, I, Napoli, Jovene, 2011, p. 435 ss.; PRITTWITZ, *“Diritto penale del nemico” e potere punitivo*, in AA. VV., *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, a cura di DONINI-PAPA, Milano, Giuffrè, 2007, p. 139 ss.; VIGANÒ, *Terrorismo, guerra e sistema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 648 ss.

²⁵⁵ CHOMSKY-HERMAN, *La fabbrica*, cit., p. 211.

²⁵⁶ Cfr., D'IPPOLITO, *La sentenza “Diaz” tra pulsioni in malam partem e tipi d'autore “simpatici” e “antipatici”: qualche riflessione sulla percezione mediatica del reato*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 2240 ss.

In primo luogo, dal punto di vista sociale poiché l'illusione potrebbe svanire, come è avvenuto per esempio per il G8 di Genova, «dove con l'allarme delle devastazioni dei pericolosissimi *black bloc* si è spianata la strada a una repressione "forte", che però è apparsa nei video diffusi dai *media* come un'*escalation* di violenze, soprattutto da parte di chi doveva prevenirle e impedirle, tale da ribaltare, nello spazio di pochissimo tempo, il consenso sociale sulle scelte di ordine pubblico»²⁵⁷.

A tal proposito appaiono interessanti le riflessioni di CADOPPI in merito al rapporto tra *simpatia*, *antipatia* e diritto penale, le quali traggono spunto dall'opera di ADAM SMITH *Theory of Moral Sentiments*²⁵⁸.

In effetti, il filosofo scozzese osservava – nella seconda metà del '700 – come il comportamento violento di un uomo adirato susciterà più sdegno verso di lui che verso i suoi nemici, e questo senza che si conoscano le ragioni di tal comportamento. Poiché si simpatizza subito con chi appare visibilmente in pericolo.

Se poi si è a conoscenza anche dei motivi che orientano le condotte, allora avviene un'immedesimazione diretta dell'osservatore con gli agenti. Pertanto, rispetto a delle condotte violente, se queste venissero valutate come inappropriate, si proverà un'antipatia diretta per chi le commette e una simpatia indiretta per chi le subisce.

Non diversamente, quando è commesso un crimine si prova un'indignazione se questo resta impunito, poiché la simpatia per la

²⁵⁷ D'IPPOLITO, *La sentenza "Diaz"*, cit., p. 2253.

²⁵⁸ A. SMITH, *Teoria dei sentimenti morali*, Roma, Istituto della enciclopedia italiana, 1991; citato in CADOPPI, *Simpatia, antipatia e diritto penale*, in AA. VV., *Diritto penale e neuroetica*, a cura di DI GIOVINE, Padova, Cedam, 2013, p. 241 ss.

vittima fa desiderare una vendetta, un giusto contrappasso, e la punizione del colpevole dà il compiacimento sperato.

In secondo luogo, dal punto di vista penalistico i rischi, tanto per il legislatore quanto per il giudice, di un diritto penale influenzato dai sentimenti morali – come simpatia e antipatia –, sono quelli di incorrere soventi in un difetto: «individuare “tipi d’autore” e di richiedere l’impunità o la repressione per tipologie di soggetti e non per categorie di fatti»²⁵⁹.

Questa legislazione penale “simbolica” prende «in considerazione, più che delle ipotesi criminose, dei veri e propri “tipi d’autore”, assurti a modello di “antipatici” o addirittura di veri e propri “nemici”»²⁶⁰.

Con ciò non vogliamo escludere *a priori* un qualsiasi ambito di rilevanza alla *coscienza sociale*, anzi, al contrario, riteniamo²⁶¹ le *Kulturnormen*, direttamente o, almeno, indirettamente, decisive nella teoria della legittimazione penale²⁶².

Certamente, la “coscienza sociale” è costituita anche dai “sentimenti morali” della gente, dalla “simpatia” e dalla “antipatia” che si prova rispetto, però, a determinate categorie di fatti e non di autori: allora sì che questa deve orientare la politica criminale.

In tal senso, condividiamo pienamente come «un diritto penale che trascurasse troppo questi sentimenti, specie se ampiamente condivisi nella collettività, finirebbe per diventare autoritario, e alla lunga per

²⁵⁹ CADOPPI, *Simpatia, antipatia, cit.*, p. 255.

²⁶⁰ CADOPPI, *Simpatia, antipatia, cit.*, p. 251.

²⁶¹ Cfr., *retro*, § 2; anche, D’IPPOLITO, *Kulturnormen ed inevitabilità dell’errore sul divieto: la Corte di cassazione riconosce l’errore determinato da “fattori culturali” come causa di esclusione della colpevolezza*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 3711 ss.

²⁶² Sul rapporto tra *Kulturnormen* e diritto penale, cfr., M. E. Mayer, *Rechtsnormen und Kulturnormen*, Breslau, Schletter, 1903, *passim.*; CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, vol. I, Cedam, 1988, p. 586 ss.; CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, II ed., Torino, Giappichelli, 2014, p. 54 ss.; nella manualistica, CADOPPI-VENEZIANI, *Elementi di diritto penale*, Padova, Cedam, 2012, p. 157 ss.

perdere in effettività. Un diritto penale che punisse gravemente i fatti “simpatichi” alla gente rischierebbe di subire disapplicazioni più o meno palesi. (...). Dall’altra parte un diritto penale che non sanzionasse (o non sanzionasse adeguatamente) i fatti ritenuti più “antipatici”, rischierebbe di innescare forzature interpretative *in malam partem*»²⁶³.

Ecco come lo sdegno dell’opinione pubblica, il desiderio che sorge «dall’indignazione simpatetica che naturalmente ribolle nell’animo dello spettatore ogniqualvolta si immedesima nella vittima»²⁶⁴, si traduce nel bisogno di veder puniti i responsabili di quel crimine. E quando questo non può avvenire, si può cedere alla tentazione di invocare forzature interpretative *in malam partem*.

È il paradigma classico della supplenza giudiziaria.

D’altronde, anche i giudici non sono per nulla immuni al rischio che la loro valutazione sia condizionata da sentimenti di adesione o disapprovazione morale.

Si pensi alla giurisprudenza di legittimità, addirittura delle Sezioni Unite, in tema di configurazione del dolo nel tentato omicidio – si è fatto acutamente notare – come spesso il processo motivazionale dell’autore influisca nella qualificazione del fatto. In particolare, incide «con effetti sostanzialmente *favorevoli* al soggetto agente quando questi agisca in un *contesto lecito di base*, ovvero punti alla realizzazione di un *obiettivo guardato con favore* dall’ordinamento. (...). Laddove, invece, l’autore realizzi il fatto in un *contesto di illiceità* (penale), la giurisprudenza è portata a ravvisare la presenza del dolo (eventuale, o addirittura diretto) non tanto considerando l’effettivo grado di adesione psichica (in termini sia di rappresentazione che di volontà) al fatto stesso, bensì

²⁶³ CADOPPI, *Simpatia, antipatia, cit.*, p. 254.

²⁶⁴ SMITH, *Teoria dei sentimenti*, cit., p. 97 ss. citato in CADOPPI, *Simpatia e antipatia, cit.*, p. 245 ss.

incentrando l'attenzione sul *motivo a delinquere* propriamente inteso, ovvero sullo scopo perseguito dal reo, qui oggetto di *riprovazione* da parte dell'ordinamento»²⁶⁵.

Così, «anche a proposito della distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente, riemerge nella prassi la considerazione del contesto (lecito o illecito) in cui si colloca la realizzazione del fatto, e dello scopo (approvato o disapprovato) perseguito dall'autore: nella prospettiva della qualificazione del coefficiente subiettivo nell'uno o nell'altro senso, pertanto, il "diritto vivente" risulta ampiamente condizionato dalla constatazione preliminare, e talora anche assorbente rispetto ad un ulteriore approfondimento dell'atteggiamento psichico reale dell'agente in rapporto al fatto realizzato, di fini tipici (e proprio in quanto atipici, riconducibili al concetto di motivo direttamente pertinente all'autore) ovvero alla sussistenza o meno di un *versari in re illicita*»²⁶⁶.

Il rischio sempre in agguato è che con l'atteggiamento di questa giurisprudenza vi possano essere involuzioni verso forme di responsabilità d'autore, con la "resurrezione" del *qui in re illicita versatur tenetur etiam pro casu*, dedotto «dalla sfera delle motivazioni tramite ambigue intuizioni eticizzanti oppure attraverso il ricorso a paradigmi semplificati di tipo d'autore»²⁶⁷.

L'emergenza – come detto "perenne" – genera tipi d'autore, "simpatici" e "antipatici", "amici" e "nemici", inquina la logica punitiva del diritto penale istillandole un carattere *personalistico* e *diseguagliante*, pertanto è bene resistere contro queste tendenze autoritarie e «per opporsi al diritto penale del nemico bisogna sconfiggere la paura, o quanto meno

²⁶⁵ VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 130.

²⁶⁶ VENEZIANI, *Motivi, cit.*, p. 133.

²⁶⁷ CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 3.

provarne una più forte dinanzi alla disumanità potenziale che questo tipo di intervento reca con sé»²⁶⁸.

²⁶⁸ DONINI, *Il volto attuale, cit.*, p. 55.

CAPITOLO IV
DEMOCRAZIA E TEORIA DEL REATO:
DISTORSIONI FISIOLGICHE E PATOLOGICHE
DELLA LEGALITÀ

SOMMARIO: **1.** Il modello democratico di illecito penale: il problema delle minoranze – **2.** Il consenso sociale come fattore “patologico” di crisi: tra legittimazione democratica e processo cognitivo del giudice – **3.** Le fonti sovranazionali come fattore “esterno” di crisi della legittimazione democratica. – **4.** Legittimazione e legalità: riflessioni conclusive intorno alla democrazia penale.

*«Ma la causa vera di tutti i nostri mali,
di questa tristezza nostra, sai qual è?
La democrazia, mio caro, la democrazia,
cioè il governo della maggioranza.
Perché, quando il potere è in mano d'uno solo,
quest'uno sa d'esser uno e di dover contentare molti;
ma quando i molti governano, pensano
soltanto a contentar se stessi,
e si ha allora la tirannia più balorda e più odiosa;
la tirannia mascherata da libertà».*
(LUIGI PIRANDELLO)

1. IL MODELLO DEMOCRATICO DI ILLECITO PENALE: IL PROBLEMA DELLE MINORANZE.

Fino a questo momento ci si è soffermati sul *dover essere* di un diritto penale *democratico*, osservando come attraverso la riserva di legge parlamentare si garantisca al contempo la legalità, nell'esercizio del potere punitivo, e la periodica legittimazione, di chi quel potere è chiamato ad esercitarlo.

Si è anche detto che la democraticità del sistema penale non può prescindere da una limitazione della potestà punitiva statale. Questa limitazione è rappresentata dalla Costituzione rigida, che rende giustiziabili le leggi che contrastano con i principi in essa sanciti.

Sempre con riferimento alla limitazione del potere e al ruolo svolto dalla coscienza sociale, si è evidenziata l'importanza che rivestono le *norme di cultura*, direttamente – se si aderisse alla teoria costituzionale-culturale del bene giuridico –, ma in ogni caso indirettamente attraverso il conferimento o la revoca dell'atto di fiducia col quale si concede la periodica legittimazione al Parlamento.

Tuttavia, non è possibile escludere dallo studio sulla legittimazione democratica del diritto penale il piano dell'*essere*.

Non può non considerarsi che, se è vero che la democrazia *formale* è l'insieme di legalità e legittimazione del potere, la democrazia *sostanziale* è tutela delle minoranze.

In questo senso, un sistema democratico non può non diffidare dal *principio maggioritario*. Per quanto questo sia alla base di ogni Stato di diritto, gli Stati liberal-democratici hanno una Costituzione rigida che circoscrive i poteri della maggioranza.

È proprio per questa ragione che abbiamo osservato come la *riserva di legge* garantisca la democraticità, non tanto nella fase *statica* dell'approvazione della legge da parte di un organo rappresentativo anche della minoranza – giacché la legge è comunque approvata in forza del principio maggioritario –, ma in quella *dinamica*, per cui la maggioranza di oggi potrebbe essere la minoranza di domani e viceversa, in virtù proprio della responsabilità per le scelte fatte da *chi* esercita il potere.

Infatti, se la *legalità* garantisce soltanto che l'esercizio del potere avvenga in modo non arbitrario, è la *legittimazione* a garantire che *chi* esercita il potere abbia il diritto di farlo.

Anche la teoria delle *Kulturnormen*, come abbiamo visto, per quanto possano servire a circoscrivere la potestà punitiva del

legislatore, non riesce però a proteggere adeguatamente le minoranze, giacché è inevitabile che queste norme sociali, siano espressione della cultura dominante, appunto, della maggioranza.

Molto più autorevolmente, è stato scritto che «i detentori del potere politico dimenticano fin troppo facilmente, al di là dei loro più prossimi interessi di conservazione e rafforzamento, della loro situazione di dominio che anche la potestà dello Stato, come ogni altra, ha di per sé la tendenza al male e che necessitano pertanto particolari sforzi morali affinché l'impiego del potere statale venga guidato alla giustizia e venga, in tal modo, rivolto al bene e al servizio, nel vero senso della parola, del bene comune»²⁶⁹.

Proprio a proposito del rapporto tra *diritto vivente* o della *law in action* e legalità, CADOPPI ha osservato come «il *codice penale* avrebbe dovuto peraltro rappresentare lo strumento ideale per superare questi problemi di incomunicabilità tra il cittadino e la legge. Le risposte che il cittadino non trovava nella propria coscienza, le avrebbe potute reperire nel codice penale. “Il sacro codice delle leggi” avrebbe dovuto essere “fralle mani” dei cittadini, e – secondo Beccaria – fornire ad essi ogni informazione sulla materia dei delitti e delle pene. In questa prospettiva di utopia illuministica, il codice doveva essere lo strumento per compendiare *tutte le leggi penali*, e doveva *dirigersi ai cittadini*, ancor prima che ai magistrati o agli altri operatori del diritto. I *destinatari* delle leggi penali, concentrate nel codice, dovevano essere i *cittadini*.

Ma il tempo ha dato torto, su questo punto, a Beccaria e ai suoi seguaci. Il codice non solo rappresenta oggi una piccola fetta dell'enorme torta della legislazione penale, ma più in generale non si

²⁶⁹ E. SCHMIDT, *Iustitia fundamentum regnorum*, in *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, 1947, p. 48, citato in MAIWALD, *Diritto e potere*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 16.

può oggi dire, se non con sciocca ingenuità, che le leggi penali abbiano come destinatari i cittadini. Oggi, la complessità della materia, e la stessa sofisticatezza delle acquisizioni dottrinali e legislative, implica che i *destinatari* delle leggi debbano essere i *giudici*, e gli altri operatori del diritto»²⁷⁰.

Di questo problema occorre tener conto, soprattutto, se si vuole passare ad analizzare il sistema penale democratico dal piano *statico* a quello *dinamico*: «la legge non può essere considerata oggi alla stregua di come la consideravano gli illuministi meno disincantati. Essa non può contenere ogni soluzione per ogni problema. (...) la stessa riserva di legge va rivisitata alla luce della *law in action*. In questa prospettiva, è illusorio pensare che il Parlamento sia davvero l'unico artefice della legislazione penale, dal momento che anche il giudice, inevitabilmente, partecipa all'opera di rifinitura delle norme coniate dal legislatore, precisandone e dunque almeno in parte mutandone il contenuto»²⁷¹.

Dalla difficoltà d'interpretare la legge deriva l'incertezza sulle conseguenze giuridiche – addirittura *penali* – dell'attività economica, ludica, ecc. che il cittadino vorrebbe compiere; egli è costretto quindi o a intraprenderla, accettando il rischio dell'illiceità della stessa, o a rinunciarvi.

«In entrambi i casi, il diritto e la giustizia penale, e più in generale l'ordinamento, hanno indubbiamente fallito nel loro compito di informare i cittadini sul discrimine tra lecito ed illecito»²⁷².

²⁷⁰ CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, II ed., Torino, Giappichelli, 2014, p. 340 ss.

²⁷¹ CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., p. 117.

²⁷² CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., p. 342.

La «legge oscura»²⁷³ fallisce nello scopo – indicato da BECCARIA – di dirigere le azioni tanto del cittadino ignorante quanto del cittadino filosofo.

Il reato diventa così, più che un grave fatto minacciato con la pena dall'ordinamento e sancito chiaramente come tale da leggi rese note ai cittadini, un «rischio sociale»²⁷⁴.

Più in generale si pone il problema dell'interpretazione: «è ampiamente diffusa l'idea che il diritto non è interamente appannaggio della legge, e che il giudice gioca un importante ruolo in proposito. Si ritiene che il giudice non si limiti ad un'applicazione meccanica della legge, non essendo egli solo l'automa, la bocca della legge dell'utopia illuministica, ma ben di più, un interprete che nell'interpretare svolge immancabilmente un ruolo almeno in parte creativo, andando a rifinire il quadro normativo predisposto in linea generale dal legislatore»²⁷⁵.

È bene tener conto che, «se nella prospettiva della *law in the books* si può anche considerare l'attività interpretativa del giudice come un'applicazione di ciò che è già contenuto nelle norme penali scritte, dal punto di vista più realistico della *law in action* non si può non riconoscere che, a seguito dell'interpretazione del giudice, la norma diviene una nuova norma più dettagliata e più precisa rispetto a come era stata scritta»²⁷⁶.

È stato, al riguardo, osservato come il vero codice penale dovrebbe essere in realtà rappresentato dal commentario, non dottrinale, ma giurisprudenziale dello stesso codice²⁷⁷. «Una tale

²⁷³ AINIS, *La legge oscura*, II ed., Roma-Bari, Laterza, 2007, *passim*.

²⁷⁴ SGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, Bologna, il Mulino, 1990, *passim*.

²⁷⁵ CADOPPI, *Il valore del precedente*, *cit.*, p. 68.

²⁷⁶ CADOPPI, *Il valore del precedente*, *cit.*, p. 117.

²⁷⁷ DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, Giuffrè, 1991, p. 120.

asserzione pare indiscutibile, quantomeno nella prospettiva “in azione”: invero, nei confronti del cittadino, la norma effettivamente operante non è quella scritta nel codice o in un’altra legge, ma quella (spesso diversa) emergente dall’interpretazione della predetta norma scritta da parte dei giudici.

Allora, la stessa riserva di legge va rivisitata alla luce della *law in action*. In questa prospettiva, è illusorio pensare che il Parlamento sia davvero l’unico artefice della legislazione penale, dal momento che anche il giudice, inevitabilmente, partecipa all’opera di rifinitura delle norme coniate dal legislatore, precisandone e dunque almeno in parte mutandone il contenuto»²⁷⁸.

D’altronde, sarebbe del tutto al di fuori dalla realtà delle cose continuare a negare, ancora oggi, la possibilità per la giurisprudenza di interpretare evolutivamente le norme di legge²⁷⁹.

A conferma di quanto appena sostenuto, possiamo fare un esempio particolarmente significativo di una chiarissima interpretazione giurisprudenziale evolutiva del medesimo testo normativo, accolta – anche dalla dottrina con favore – quasi all’unanimità: «la Costituzione come *fonte a priori* della teoria del reato impone uno stile deduttivo. Senonché, dedurre nel 1996 dal medesimo testo del 1948 può facilmente riservare esiti alquanto diversi, fors’anche antitetici.

È per questo, e solo per questo, che la “migliore” dottrina e la Corte costituzionale, nel 1956, identificavano la responsabilità penale personale (art. 27, comma 1, Cost.) con la responsabilità oggettiva per fatto proprio, mentre incostituzionale restava soltanto la responsabilità oggettiva per fatto altrui; laddove trent’anni più tardi, sostenuta ormai

²⁷⁸ CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., p. 117.

²⁷⁹ Cfr., in materia penale per tutti, DI GIOVINE, *L’interpretazione nel diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2006, *passim*.

da un indirizzo dottrinale del tutto maggioritario – pur nell'identità della Carta fondamentale e, allora, anche del sistema ordinario del codice – la Corte costituzionale ha chiaramente affermato, nella sentenza 23-24 marzo 1988 n. 364²⁸⁰, la necessità che per aversi il rispetto dell'art. 27, commi 1 e 3, Cost., la *colpa* investa gli «elementi più significativi della fattispecie tipica», ribadendo poco più tardi l'illegittimità costituzionale di ogni forma di *versari in re illicita*»²⁸¹.

Un altro esempio d'interpretazione evolutiva che potrebbe farsi non sui principi, ma su una norma concreta, si è avuto intorno al concetto di “osceno” e alla repressione penale dell'immoralità.

Basti «pensare alle oscillazioni della giurisprudenza penale italiana in relazione, ad esempio, al problema dell'uso del bikini o del nudismo nelle spiagge, per convincersi dell'importanza dell'intervento della giurisprudenza in questi settori.

In definitiva, si può dire che anche nel nostro paese, in relazione alle tematiche scottanti della repressione penale dell'immoralità, o dell'oscenità, e più in generale della tutela del buon costume, la giurisprudenza assuma un ruolo particolarmente creativo. E non potrebbe essere che così, vista la connaturata mancanza di tassatività delle fattispecie rilevanti in materia»²⁸² e della necessità di adeguare i concetti di legge al variare delle *norme di cultura* nel tempo.

È chiaro che questi esempi rappresentano dei casi ampiamente condivisi per una ragione fondamentale, essi infatti incidono sulla materia penale *in bonam partem*: o perché restringono l'area di

²⁸⁰ C. cost., 24 marzo 1988, n. 364, in *Foro it.*, II, 1988, c. 1385 ss., con nota di FIANDACA, *Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale: “prima lettura” della sentenza n. 364/88*; in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 686 ss., con nota di PULITANÒ, *Una sentenza storica*.

²⁸¹ DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, Cedam, 1996, p. 20 ss.

²⁸² CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., p. 104.

rilevanza penale della fattispecie, o perché estendono le garanzie individuali.

Al contrario, se l'interpretazione evolutiva fosse *in malam partem*, riducendo le garanzie o ampliando l'area penalmente rilevante, il discorso muterebbe radicalmente prospettiva.

Esempi emblematici al riguardo sono rappresentati dai casi di "supplenza giudiziaria". Si considerino, per tutti, le ipotesi di chiara creazione giurisprudenziale della *concussione ambientale*²⁸³ e del *concorso esterno* nel reato associativo²⁸⁴.

In questo senso, l'interpretazione evolutiva potrebbe scontrarsi col principio di legalità, che riserva alla legge, al Parlamento, le scelte *in criminalibus*; si porrebbe quindi il problema di distinguere l'interpretazione estensiva (ammessa) da quella analogica (vietata).

Tuttavia, ciò che accomuna le due ipotesi, è che in entrambi i casi la giurisprudenza tende a conformare il diritto alle *norme di cultura* dominanti.

²⁸³ Sulla *concussione ambientale*, cfr., per tutti, PADOVANI, *Il confine conteso. Metamorfosi dei rapporti tra concussione e corruzione ed esigenze "improcrastinabili" di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 1302 ss.

²⁸⁴ Sul *concorso esterno*, cfr., per tutti, PADOVANI, *Il concorso esterno: alla ricerca del "bandolo" di un'intricata questione*, in *Leg. Pen.*, 2012, p. 729 ss.

2. IL CONSENSO SOCIALE COME FATTORE “PATOLOGICO” DI CRISI: TRA LEGITTIMAZIONE DEMOCRATICA E PROCESSO COGNITIVO DEL GIUDICE

La crisi della legalità e della democrazia rappresentativa costituisce un tema che senza esagerazioni potrebbe definirsi “classico”²⁸⁵.

Sarebbe difficile indicare in modo esaustivo tutti i fattori che hanno determinato questa crisi ed esulerebbe dalla portata di questo studio, che invece vuole essere focalizzato intorno alla *legittimazione sociale*.

In questo senso, ci chiediamo *se e come* il *consenso sociale* influisca nella crisi della legalità, assodato che gioca un ruolo imprescindibile all’interno degli Stati liberal-democratici.

In particolare, in questa prima parte guardiamo ai fattori “interni” per distinguerli da quelli sovranazionali, che abbiamo definito “esterni” e di cui ci occupiamo nel paragrafo seguente.

I soggetti che subiscono la pressione del consenso sociale sono legislatore e giudici.

Le due categorie sono ben diverse.

Il Parlamento, da un lato, è costituzionalmente sottoposto al vaglio della collettività, essendo composto da membri direttamente eletti dal popolo. Non è neppure questa la sede nella quale si può affrontare la complessa tematica legata ai rapporti tra *democrazia e legge elettorale*; per quel che qui interessa, è sufficiente considerare che

²⁸⁵ Sulla crisi della democrazia, cfr., tra gli altri, BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, Torino, Einaudi, 2014; URBINATI, *Democrazia sfigurata. Il popolo tra opinioni e verità*, Milano, Università Bocconi, 2014; CANFORA, *La democrazia. Storia di un’ideologia*, III ed., Roma-Bari, Laterza, 2010; CILIBERTO, *La democrazia dispotica*, III ed., Roma-Bari, Laterza, 2011; SALVADORI, *Democrazie senza democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2011; GALLI, *Il disagio della democrazia*, Torino, Einaudi, 2011; SARTORI, *Mala Costituzione e altri malanni*, III ed., Roma-Bari, Laterza, 2006; GINSBORG, *La democrazia che non c’è*, Torino, Einaudi, 2006.

l'istituzione ha una responsabilità politica *diretta* nei confronti dei cittadini²⁸⁶.

I giudici, dall'altro, sono invece «soggetti *soltanto* alla legge» e amministrano la giustizia «*in nome* del popolo» (*ex art. 101 Cost.*), sicché andrebbe esclusa ogni tipo d'influenza diversa dalla legge stessa. I giudici, dunque, amministrano *in nome*, e non *per conto*, del popolo, al quale non devono rispondere e dal quale nemmeno dovrebbero essere influenzati.

L'assenza di responsabilità diretta dei giudici nei confronti della collettività e la sua precostituzione naturale (*ex art. 25, comma 1, Cost.*) sono condizioni necessarie per garantire l'*imparzialità* del giudizio²⁸⁷.

La legge, alla quale essi sono sottoposti, è invece frutto dell'attività legislativa – questa sì, posta in essere non *in nome*, ma *per conto* dei cittadini, ai quali i membri del Parlamento, diretti responsabili, sono tenuti quindi a *dar conto*.

Tuttavia, tra il *dover essere* – appena descritto – che viene fuori dalla Costituzione *in the books* e l'*essere* che si rivela *in action*, può sussistere una notevole divergenza.

Per quanto riguarda la distorsione del sistema penale e il ruolo del consenso sociale è necessario distinguere, tra attività legislativa e attività giudiziaria.

Rispetto alla prima, il *consenso sociale* è il “malato”: la *legittimazione* sociale è distorta per mezzo dell'informazione dal potere politico, che cerca di catturarne il consenso.

²⁸⁶ Sul fatto che i singoli membri del Parlamento siano, o meno, eletti con preferenza nominale espressa; in un sistema tendenzialmente proporzionale e non maggioritario; che il premier non goda (ufficialmente) di legittimazione popolare, ecc. ecc., sono tutti elementi che incidono sull'assetto democratico di base, cfr., per tutti, SARTORI, *Democrazia: cos'è*, Milano, Bur, 2011, *passim*.

²⁸⁷ Per tutti, cfr. NOBILI, *Art. 25, I comma, Cost.* in *Commentario della Costituzione*, a cura di BRANCA, Bologna, Zanichelli, 1981, p. 135 ss.

Con riferimento alla seconda, invece, il *consenso sociale* è la “malattia”: è il processo cognitivo del giudice ad essere distorto dal condizionamento dell’opinione pubblica.

Il diritto penale si presta, per sua natura, ad essere trasformato in uno strumento *demagogico di propaganda politica*.

Sarebbe oltremodo lunga e contorta l’elencazione di tutte le volte in cui, anche solo recentemente²⁸⁸, si è assistiti a casi di *legislazione penale simbolica*²⁸⁹, basti pensare che già FRANCESCO CARRARA parlava di «nomorrea penale».

L’uso del diritto penale, quale strumento propagandistico da parte della politica, rappresenta in realtà un vero e proprio abuso compiuto per catturare il *consenso* dell’elettore e – non di rado – privo di ogni fondamento di politica criminale idoneo a legittimarlo.

Si consideri, tra i tanti esempi possibili, la legislazione penale dell’*immigrazione* oppure l’introduzione periodica dei cd. *Pacchetti sicurezza*.

Questa potenzialità del diritto penale e della giustizia penale non si può comprendere non considerando il rapporto che intercorre tra sistema penale e *informazione*²⁹⁰.

Occorre premettere che quando si attribuisce al diritto penale una funzione di prevenzione generale, si postula per ciò stesso una trasmissione di contenuti attraverso un’adeguata informazione. Questo vale sia per la *prevenzione generale negativa* (o dissuasiva), che esige

²⁸⁸ Cfr., per alcuni esempi, AA. VV., *La legislazione penale compulsiva*, a cura di INSOLERA, Padova, Cedam, 2006, *passim*.

²⁸⁹ L’espressione “legislazione simbolica” – traduzione del tedesco *Symbolische Gesetzgebung* – utilizzata in senso aspramente critico, fa riferimento a quel tipo di disposizioni incuranti dei principi di effettività, frammentarietà e sussidiarietà del diritto penale, finalizzate ad esigenze di carattere esclusivamente politico, cfr. PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale: profili politico-criminali*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, Giuffrè, 1991, p. 395 ss.

²⁹⁰ Sul punto, cfr. *retro* Capitolo III, § 3.

una qualche conoscenza di ciò che è vietato od imposto, di quel che accade in seguito ad una violazione, di quale sia la sorte dell'inosservante; sia, a maggior ragione, per la *prevenzione generale positiva* che — come scrive HASSEMER — presuppone necessariamente un *medium*, funziona, cioè, soltanto in virtù di processi di trasmissione e di comunicazione.

Se così non fosse, non potrebbe farsi interprete del diritto e del giusto, né riaffermarli ove essi venissero violati, né, in definitiva, rafforzare la fiducia nelle norme²⁹¹.

Tanto indissolubile è il legame tra sistema penale e informazione, da esprimersi in ogni tempo e in ogni epoca, anche se ogni tempo e ogni epoca variano — com'è ovvio — nelle modalità di trasmissione.

Durante *l'ancien régime* essa era affidata, secondo un'efficace espressione di Michael Foucault, allo "splendore dei supplizi", condotti con un rituale destinato a «ostentare il suo fasto in pubblico» e a celebrare così, agli occhi della comunità, "il trionfo della legge", «provocando un effetto di terrore con lo spettacolo del potere scatenato sul colpevole.

Dopo l'età delle riforme, è la pena a divenire segreta e invisibile (prima, era tale il giudizio), ed il lume si sposta sulla commissione del reato e sulla sua persecuzione giudiziaria. Il veicolo di conoscenza è la stampa, ed in seguito i mezzi di comunicazione di massa, chiamati ad esercitare una funzione coesistente ai valori di libertà e di democrazia, in termini di controllo sull'esercizio del potere punitivo e di conoscenza dei meccanismi che in quel potere si attuano»²⁹².

²⁹¹ Cfr. PADOVANI, *Informazione e giustizia penale: dolenti note*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 689 ss.

²⁹² PADOVANI, *Informazione e giustizia*, cit., p. 689.

Dunque, tra informazione e sistema penale, comprensivo di diritto e giudizio, esiste una fondamentale sinergia, ciò non toglie, tuttavia, che vi siano anche numerose tensioni. Queste tensioni sono dovute ai criteri utilizzati dai *media* nel raccontare la realtà, i quali non necessariamente coincidono con quelli del sistema penale.

Queste divergenze o distorsioni informative possono essere di carattere tanto quantitativo, quanto qualitativo o contenutistico: «quantitativo, perché la frequenza dei resoconti incentrati sul crimine e sulla prevenzione/repressione non dipende dalla frequenza del reato oggetto della notizia, ma si uniforma a criteri selettivi che finiscono col deformare la rappresentazione della realtà: ciò che è raro appare comune; ciò che è straordinario risulta normale, e così via.

Qualitativo, perché la descrizione degli accadimenti privilegia le modalità inconsuete, ma sensazionalistiche ed emotigene: i tratti eccezionali vengono così stereotipizzati come caratteristici; gli aspetti singolari, avulsi dal contesto, evidenziati come tipici, deformano il quadro ricomponendolo in una “verosimiglianza” parodistica e, alla fin fine, grottesca. Contenutistico, per la rappresentazione discorsiva dei rapporti di ruolo, che assume come sbocco per lo più la creazione del “mostro”, o del “nemico”, o del “diverso”, ma talvolta anche la superfetazione vittimistica del protagonista in varia guisa “positivo”: l’investimento assiologico fa comunque aggio sulla realtà.

Lungo ciascuna di queste distorsioni serpeggia come una faglia la selettività della comunicazione mediatica; essa si esprime non soltanto sul versante dello scarto rappresentativo rispetto all’oggetto rappresentato, ma trova il suo contrappunto negativo nella “spirale del silenzio”, e cioè nell’ignorare vicende che per le ragioni più diverse (non

tutte confessabili) risultano — come si dice con pessimo neologismo — non “notiziabili”»²⁹³.

Il risalto mediatico dell’evento si presta ad essere sfruttato in vari modi: uno dei più dannosi è quello della *legislazione penale simbolica*, classico esempio di quella «tecnologia del potere che è stata denominata “la politica dello spettacolo”.

In essa il rapporto tra politica e cittadini assume la forma della relazione teatrale tra attori e pubblico; invece di essere il consenso (sui valori costituzionali) la base di legittimità delle decisioni legislative, il sostegno elettorale è il prodotto cui esse vengono finalizzate, in un processo artificiale di legittimazione, in cui viene realizzato lo scambio tra illusioni di sicurezza e voti»²⁹⁴.

Da una parte, dunque, vi è il diritto penale con le sue regole e con i suoi criteri; dall’altra, la stampa con le sue altre regole e con i suoi altri criteri, a fare da *trait d’union* un fatto, un avvenimento intorno al quale si genera un «circo mediatico-giudiziario»²⁹⁵, nel quale un ruolo principale lo rivestono coloro i quali hanno rimedi pronti, sicuri e immediati per la soluzione dell’emergenza contro il pericolo del momento.

Arriviamo così alla “politica spettacolare”, che nell’elaborare soluzioni alle «perenni emergenze»²⁹⁶ va alla ricerca, in realtà, del *consenso* e non della *soluzione* al problema; che non si fonderà più su principi di politica criminale, ma sulle aspettative dell’opinione pubblica.

²⁹³ PADOVANI, *Informazione*, cit., p. 690.

²⁹⁴ BARATTA, *Prefazione* in MOCCIA, *La perenne emergenza: tendenze autoritarie del sistema penale*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1995, p. VI ss.

²⁹⁵ Cfr. SOULEZ LARIVIERE, *Il circo mediatico-giudiziario*, Macerata, Liberilibri, 1994, *passim*.

²⁹⁶ MOCCIA, *La perenne emergenza*, *passim*.

Dunque emerge che «la finalità sociale dei *media* è piuttosto di inculcare e difendere i progetti economici, sociali e politici dei gruppi privilegiati che dominano la società e lo stato. I *media* servono al conseguimento di questo scopo in molti modi: selezionando i temi, distribuendoli secondo una scala di priorità e di importanza, inquadrando le questioni, filtrando le informazioni, scegliendo enfasi e toni, e mantenendo il dibattito entro i confini di premesse accettabili»²⁹⁷.

Si fa così percepire la certezza di un pericolo allo scopo di aver le “mani sciolte” dal diritto penale *d’eccezione* nel reprimerlo: «in Italia, negli ultimi trent’anni, il diritto penale del nemico è stato chiamato *diritto penale dell’emergenza*»²⁹⁸.

In termini radicali, è stato autorevolmente osservato²⁹⁹ come il ricorso al modello dello *Stato d’eccezione* sia oggi normalmente utilizzato da governi, tanto nazionali quanto internazionali, rendendo ormai quasi impossibile la stessa distinzione tra *regola* ed *eccezione*; per il diritto penale, tra *diritto* e *illecito*.

Una “soluzione” dell’emergenza, insomma, deve *apparire* efficace pur non avendo alcuna importanza che lo sia realmente, anche perché tendenzialmente non vi è alcuna “emergenza” alla quale porre rimedio se non quella di una crisi di consenso elettorale.

In conclusione, nel momento in cui si piega il diritto penale ai fini della propaganda politica, il ruolo del consenso sociale perde la sua funzione di controllo *legittimante* di *chi esercita il potere* presupposto fondante di ogni modello democratico, per diventare uno strumento attraverso il quale chi esercita il potere lo consolida attraverso una legittimazione viziata da un errore rappresentativo: la realtà distorta.

²⁹⁷ CHOMSKY-HERMAN, *La fabbrica del consenso*, il Saggiatore, Milano, 2014, p. 363.

²⁹⁸ DONINI, *Il volto attuale*, cit., p. 55.

²⁹⁹ Cfr. AGAMBEN, *Stato d’eccezione*, Torino, Bollati Bolinghieri, 2003, *passim*.

Per quanto riguarda il giudizio, come in parte anticipato³⁰⁰, ADAM SMITH nella sua *Theory of Moral Sentiments*³⁰¹, osservava – nella seconda metà del ‘700 – come il comportamento violento di un uomo adirato susciterà più sdegno verso di lui che verso i suoi nemici, e questo senza che si conoscano le ragioni di tal comportamento. Poiché si simpatizza subito con chi appare visibilmente in pericolo.

Se poi si è a conoscenza anche dei motivi che orientano le condotte, allora avviene un’immedesimazione diretta dell’osservatore con gli agenti. Pertanto, rispetto a delle condotte violente, se queste venissero valutate come inappropriate, si proverà un’antipatia diretta per chi le commette e una simpatia indiretta per chi le subisce.

Non diversamente, quando è commesso un crimine si prova un’indignazione se questo resta impunito, poiché la simpatia per la vittima fa desiderare una vendetta, un giusto contrappasso, e la punizione del colpevole dà il compiacimento sperato.

La concreta conseguenza della percezione di un crimine da parte dell’opinione pubblica, accresce la curiosità e la “fame” d’informazioni, e allo stesso tempo la “sete” di giustizia, alla quale però un sistema penale ineffettivo come il nostro, non riesce a fornire risposte soddisfacenti.

Si cede allora alla tentazione di chiedere ai giudici ciò che non dovrebbe essere mai loro chiesto di fare: svolgere una *funzione suppletiva* di quanto le leggi non riescono a fare.

Il giudice, nel dover giudicare un fatto, si ritrova così tra legge (alla quale *dovrebbe essere* soltanto sottoposto) e il consenso sociale (al quale è esposto).

³⁰⁰ Cfr., su informazione e percezione della realtà, *retro*, Capitolo III, § 3.

³⁰¹ A. SMITH, *Teoria dei sentimenti morali*, Roma, Istituto della enciclopedia italiana, 1991; citato in CADOPPI, *Simpatia, antipatia e diritto penale*, in AA. VV., *Diritto penale e neuroetica*, a cura di DI GIOVINE, Padova, Cedam, 2013, p. 241 ss.

I rischi di un giudice influenzato dalla *piazza* e di un diritto penale dominato da *sentimenti morali* – come “simpatia” e “antipatia” –, sono quelli di incorrere, soventi, in un difetto: di «individuare “tipi d’autore” e di richiedere l’impunità o la repressione per tipologie di soggetti e non per categorie di fatti»³⁰².

Vengono in tal modo presi «in considerazione, più che delle ipotesi criminose, dei veri e propri “tipi d’autore”, assurti a modello di “antipatici” o addirittura di veri e propri “nemici”»³⁰³.

In tal senso, condividiamo pienamente come «un diritto penale che trascurasse troppo questi sentimenti, specie se ampiamente condivisi nella collettività, finirebbe per diventare autoritario, e alla lunga per perdere in effettività. Un diritto penale che punisse gravemente i fatti “simpatici” alla gente rischierebbe di subire disapplicazioni più o meno palesi. (...). Dall’altra parte un diritto penale che non sanzionasse (o non sanzionasse adeguatamente) i fatti ritenuti più “antipatici”, rischierebbe di innescare forzature interpretative *in malam partem*»³⁰⁴.

Ecco come lo sdegno dell’opinione pubblica, il desiderio che sorge «dall’indignazione simpatetica che naturalmente ribolle nell’animo dello spettatore ogniqualvolta si immedesima nella vittima»³⁰⁵, si traduce nel bisogno di veder puniti i responsabili di quel crimine. E quando questo non può avvenire, si può cedere alla tentazione di invocare forzature interpretative *in malam partem*.

È il paradigma classico della supplenza giudiziaria.

³⁰² CADOPPI, *Simpatia, antipatia, cit.*, p. 255.

³⁰³ CADOPPI, *Simpatia, antipatia, cit.*, p. 251.

³⁰⁴ CADOPPI, *Simpatia, antipatia, cit.*, p. 254.

³⁰⁵ SMITH, *Teoria dei sentimenti*, cit., p. 97 ss. citato in CADOPPI, *Simpatia e antipatia, cit.*, p. 245 ss.

D'altronde, anche i giudici non sono per nulla immuni al rischio che la loro valutazione sia condizionata da sentimenti di adesione o disapprovazione morale.

Si pensi alla giurisprudenza di legittimità, addirittura delle Sezioni Unite, in tema di configurazione del dolo nel tentato omicidio – si è fatto acutamente notare – come spesso il processo motivazionale dell'autore influisca nella qualificazione del fatto. In particolare, incide «con effetti sostanzialmente *favorevoli* al soggetto agente quando questi agisca in un *contesto lecito di base*, ovvero punti alla realizzazione di un *obiettivo guardato con favore* dall'ordinamento. (...). Laddove, invece, l'autore realizzi il fatto in un *contesto di illiceità* (penale), la giurisprudenza è portata a ravvisare la presenza del dolo (eventuale, o addirittura diretto) non tanto considerando l'effettivo grado di adesione psichica (in termini sia di rappresentazione che di volontà) al fatto stesso, bensì incentrando l'attenzione sul *motivo a delinquere* propriamente inteso, ovvero sullo scopo perseguito dal reo, qui oggetto di *riprovazione* da parte dell'ordinamento»³⁰⁶.

Così, «anche a proposito della distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente, riemerge nella prassi la considerazione del contesto (lecito o illecito) in cui si colloca la realizzazione del fatto, e dello scopo (approvato o disapprovato) perseguito dall'autore: nella prospettiva della qualificazione del coefficiente subiettivo nell'uno o nell'altro senso, pertanto, il "diritto vivente" risulta ampiamente condizionato dalla constatazione preliminare, e talora anche assorbente rispetto ad un ulteriore approfondimento dell'atteggiamento psichico reale dell'agente in rapporto al fatto realizzato, di fini tipici (e proprio in quanto atipici, riconducibili al concetto di motivo direttamente

³⁰⁶ VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 130.

pertinente all'autore) ovvero alla sussistenza o meno di un *versari in re illicita*»³⁰⁷.

Il rischio sempre in agguato è che con l'atteggiamento di questa giurisprudenza vi possano essere involuzioni verso forme di responsabilità d'autore, con la "resurrezione" del *qui in re illicita versatur tenetur etiam pro casu*, dedotto «dalla sfera delle motivazioni tramite ambigue intuizioni eticizzanti oppure attraverso il ricorso a paradigmi semplificati di tipo d'autore»³⁰⁸.

L'emergenza – come detto "perenne" – genera tipi d'autore, "simpatici" e "antipatici", "amici" e "nemici", inquina la logica punitiva del diritto penale istillandole un carattere *personalistico* e *diseguagliante*, pertanto è bene resistere contro queste tendenze autoritarie e «per opporsi al diritto penale del nemico bisogna sconfiggere la paura, o quanto meno provarne una più forte dinanzi alla disumanità potenziale che questo tipo di intervento reca con sé»³⁰⁹.

³⁰⁷ VENEZIANI, *Motivi, cit.*, p. 133.

³⁰⁸ CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 3.

³⁰⁹ DONINI, *Il volto attuale, cit.*, p. 55.

3. LE FONTI SOVRANAZIONALI COME FATTORE “GENETICO” DI CRISI DELLA LEGITTIMAZIONE DEMOCRATICA.

Uno dei fattori di crisi della legalità che si potrebbe, invece, definire *fisiologico* è quello legato alle fonti sovranazionali³¹⁰, poiché esse trasformano il sistema penale, storicamente “legicentrico” e *statico*, in un sistema *dinamico*, in cui diverse fonti tendono a sovrapporsi.

Il diritto penale, tra tutte le branche del diritto, è stata una delle ultime a cedere alle istanze comunitarie. Infatti, la potestà punitiva è il potere più connesso con la sovranità nazionale.

Ciò cui si è assistito in questi ultimi anni, è stata una costante erosione, anche in ambito penale, della sovranità interna, essendo sempre maggiore l’impatto sia delle fonti comunitarie e della Corte di Giustizia, sia della *Convenzione europea dei diritti dell’uomo* (CEDU) e della Corte di Strasburgo.

In altre parole, «la progressiva incidenza del diritto dell’Unione europea in materia penale, secondo le cadenze volta a volta imposte dal principio di leale collaborazione e dal principio di prevalenza sulla normativa interna, sino all’emersione di un vero e proprio “diritto penale comunitario” maturato alla luce di lente e delicate transizioni istituzionali, che con l’evolversi dei Trattati hanno visto l’Unione europea acquisire sempre più “porzioni di sovranità” e, parallelamente, guadagnare competenze sempre più intrusive, giunte appunto ad abbracciare – dopo Lisbona – anche l’ambito delle sanzioni penali, pur con la necessaria mediazione del legislatore nazionale»³¹¹.

³¹⁰ Cfr. DI GIOVINE, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, IV, Napoli, Jovene, 2011, p. 2265 ss.; cfr., anche, GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, Giuffrè, 2010, *passim*.

³¹¹ MANES, *Diritto penale e fonti sovranazionali*, in *Introduzione al sistema penale*, I, IV ed., Torino, Giappichelli, 2012, p. 158.

Pertanto, in ambito penale, il legislatore nazionale ha un obbligo di conformarsi al diritto comunitario, il quale non è direttamente efficace. Al contrario, è stata giustamente segnalata «la dirompente centralità acquisita dalla *Convenzione europea dei diritti dell'uomo* (CEDU), per molto tempo rimasta fonte periferica o pressoché silente nel contesto penale, e finalmente riconosciuta come testo immediatamente vincolante per il giudice e per il legislatore, secondo quanto stabilito dalla Corte costituzionale che – come si vedrà – le ha riconosciuto il rango di fonte in certo senso “superlegislativa” e “subcostituzionale”»³¹².

Ciò che in questa sede maggiormente preme evidenziare, è l'effetto espansivo della materia penale che le fonti sovranazionali stanno avendo sul diritto dei singoli Stati, infatti «da un lato le normative di armonizzazione europea e gli obblighi discendenti dal diritto UE in capo al legislatore penale nazionale sembrano percorrere una linea di progressiva espansione dell'intervento punitivo, peraltro non sempre rispettosa dei tradizionali principi giuridici liberali (e non sempre ispirata ad un disegno politico-criminale in sé coerente); dall'altro, la crescente attenzione e la nuova vincolatività riconosciuta ai diritti ed alle libertà fondamentali sanciti dalla Convenzione europea (e soprattutto dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo) sembrano opporre nuovi vincoli al “diritto di punire” dei singoli Stati.

Ma anche su quest'ultimo fronte, tuttavia, si è ormai preso atto di come la potestà punitiva statale non incontri solo *limiti*, come nella prospettiva consueta, giacché acquista vigore crescente l'idea-forza che vede nei “diritti dell'uomo” iscritti nella CEDU la vocazione a trasformarsi in precisi *obblighi di protezione penale* a carico degli Stati,

³¹² MANES, *Diritto penale e fonti sovranazionali*, cit., p. 158.

quando appunto la tutela penale sia ritenuta – come non di rado accade – l’unico strumento adeguato a garantire una protezione “effettiva e non illusoria” dei diritti in gioco»³¹³.

Dal quadro fin qui sinteticamente descritto – dove domina ormai la dimensione giudiziale del diritto – non stupisce che autorevoli studiosi abbiano rievocato persino un nuovo «*ius commune*»³¹⁴, ossia un sistema giuridico «policentrico» frutto di un diritto «nella sua essenza, scardinato dal potere politico e dalla sua proiezione storica più ingombrante, lo Stato»³¹⁵.

Un sistema complesso di fonti, di ordini, di regole, in quello che sembra un «nuovo Medioevo»³¹⁶, nel quale «nessuna (è) in grado di misurare sull’altra il proprio grado di giuridicità; contesto dove contavano molto più le affermazioni giurisprudenziali, le glosse dei *prudentes* o le “cautele” dei pratici, rispetto al testo della *lex scripta*.

Ciò che appare chiaro è che, in campo penale, l’accentuazione della dimensione giudiziale lascia emergere peculiari criticità che dischiudono una autentica sfida per la certezza del diritto e per i tradizionali principi posti a tutela del singolo»³¹⁷.

Si è assistita a una vera e propria “rivoluzione” dei concetti tradizionali intorno ai quali il penalista era chiamato a confrontarsi: normalmente abituato a pensare alla legalità come irretroattività, tassatività e determinatezza del comando legale; tuttavia oggi la “legalità” europea trova sintesi nelle garanzie della “conoscibilità” della legge e nella “prevedibilità” della decisione giudiziale. La riserva di

³¹³ MANES, *Diritto penale e fonti sovranazionali*, cit., p. 158.

³¹⁴ DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 141 ss.

³¹⁵ GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2004, p. 29 ss.

³¹⁶ DONINI, *Un nuovo Medioevo penale? Vecchio e nuovo nell’espansione del diritto penale economico*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 1808 ss.

³¹⁷ MANES, *Diritto penale e fonti sovranazionali*, cit., p. 160.

legge è diventata qualcosa di evanescente, etereo, retaggio di un lontano passato che sembra ormai superato.

Si parla tranquillamente di «diritto senza codice»³¹⁸ e di «giurisprudenza fonte»³¹⁹ e non può certo ritenersi un fenomeno, l'europizzazione del diritto penale, in esaurimento; anzi, al contrario, va considerato sempre più – come detto – in espansione³²⁰.

I fattori esterni che pongono in crisi la riserva di legge e, attraverso questa, anche la democrazia penale, incidono sia sul legislatore sia sul giudice.

Il Parlamento, quando è vincolato costituzionalmente *ex artt.* 11 o 117 da un obbligo d'incriminazione a livello sovranazionale – tanto comunitario³²¹ quanto convenzionale³²² –, è di fatto deresponsabilizzato politicamente, poiché la sua discrezionalità nelle scelte di politica criminale risulta essere limitata o, in alcuni casi, addirittura esclusa.

Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona si è fatto rientrare nelle competenze dell'Unione, il potere di emanare *direttive*, volte

³¹⁸ SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, Giuffrè, 2007, *passim*.

³¹⁹ DONINI, *Il volto attuale*, *cit.*, p. 159 ss.

³²⁰ Cfr., per tutti, BERNARDI, *L'europizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino, Giappichelli, 2004, *passim*.

³²¹ Cfr., tra gli altri, VIGANÒ, *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1434 ss.; SOTIS, *Obblighi comunitari di tutela e opzione penale: una dialettica perpetua?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 171 ss.; SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2005, *passim*.

³²² Cfr., tra gli altri, VIGANÒ, *Diritto penale e convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 60 ss.; VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, IV, Napoli, Jovene, 2011, p. 2645 ss.; VIGANÒ, *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, in AA.VV., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di MANES-ZAGREBELSKY, Milano, Giuffrè, 2011, p. 243 ss.; SOTIS, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto comunitario*, *ivi*, p. 109 ss.; F. MAZZACUVA, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e i suoi riflessi sul sistema penale*, in CADOPPI-CANESTRARI-MANNA-PAPA, *Trattato di diritto penale, Parte generale*, I, Torino, Utet, 2012, p. 426 ss.

all'armonizzazione del diritto penale sostanziale degli Stati membri, contenenti norme relative alla definizione di reati e sanzioni³²³.

In particolare, l'art. 83.1 TFUE fa riferimento ad un catalogo di reati – specifico, ma ampliabile – di gravità tale da assumere dimensioni transnazionali, che comprende: terrorismo, tratta degli esseri umani e sfruttamento sessuale delle donne e dei minori, traffico illecito di stupefacenti, traffico illecito di armi, riciclaggio di denaro, corruzione, contraffazione dei mezzi di pagamento, criminalità informatica e criminalità organizzata.

L'art. 83.2 TFUE, invece, consente l'introduzione – sempre mediante direttive – di norme minime relative alla definizione di reati e sanzioni, nei settori che sono stati oggetto di misure di armonizzazione, quando il ravvicinamento delle disposizioni normative degli Stati membri in materia penale si riveli «*indispensabile* per garantire l'attuazione efficace» della politica dell'Unione.

Dunque, «al di là della discussione su scopi e criteri che guideranno l'esercizio delle competenze dell'Unione in materia penale, è bene tuttavia sottolineare che in entrambi i casi previsti nell'art. 83 TFUE si tratta comunque di una competenza penale (*autonoma o accessoria*, ma) pur sempre *indiretta*: anche a fronte del nuovo assetto istituzionale, infatti, è indiscusso che il riconoscimento di una competenza penale accessoria in capo all'Unione europea *non elimina*, in ogni caso, *la necessità di passare attraverso la mediazione di una legge di attuazione interna*, ossia di un atto di trasposizione (e di puntualizzazione) interno che dia attuazione all'obbligo di tutela penale»³²⁴.

³²³ BERNARDI, *Sui rapporti tra diritto penale e "soft law"*, in *Studi in onore di Mario Romano*, I, Napoli, Jovene, 2011, p. 3 ss.

³²⁴ MANES, *Diritto penale e fonti sovranazionali*, cit., p. 181.

I giudici, dal canto loro, – per utilizzare la quanto mai incisiva immagine di MANES – si vengono a trovare al centro di un vero e proprio labirinto normativo, un intricato reticolo nel quale «si può restare imprigionati, come Dedalo nel Palazzo di Cnosso, irretito dalle architetture concettuali che egli stesso aveva progettato; o come il Minotauro, fiaccato dalla propria natura ibrida come oggi il giudice, che è soggetto al diritto nazionale, ma è anche custode del diritto comunitario e garante degli ulteriori obblighi sovranazionali; si può essere tentati di uscirne alla maniera di Icaro – appigliandosi ad una qualche *Grundnorm*, ad un principio supremo o comunque all'*ethos* rassicurante di una norma sovraordinata – rischiando tuttavia un volo che a taluni può apparire troppo audace per un organo “soggetto alla legge”, che amministra la giustizia “in nome del popolo italiano” (ai sensi dell’art. 101, secondo comma, Cost.)»³²⁵.

In breve per gli effetti sul giudice, «sia sufficiente ricordare come sia stata la stessa Corte costituzionale a stabilire (nelle c.d. “sentenze gemelle” n. 348 e 349 del 2007) che i giudici comuni sono tenuti a ricorrere all’interpretazione “conforme” al fine di armonizzare la giurisprudenza nazionale alla CEDU, per cui in caso di potenziale contrasto tra una norma di diritto interno e una norma della Convenzione il giudice deve tentare di risolverlo in via interpretativa adottando un significato della norma interna conforme al significato della norma CEDU (quale si ricava dalla giurisprudenza della Corte Europea); mentre, nel caso di insanabilità del contrasto, quando esso non sia già risolvibile attraverso un’interpretazione ermeneutica, il giudice è tenuto a sollevare la questione di legittimità costituzionale in quanto essa, irrimediabilmente contrastante con la CEDU, contraddice

³²⁵ MANES, *Il giudice del labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, Dike, 2012, p. 4.

l'art. 117, comma primo, Cost. (c.d. incostituzionalità per violazione di norma interposta). E rammentare come sia stata, di nuovo, la Corte costituzionale a stabilire, nell'ancora più incisiva sentenza n. 80/2011, che il giudice ordinario può applicare direttamente la Carta sui diritti fondamentali, e disapplicare la norma interna che la contraddica, sia pure limitatamente alle materie di competenza dell'Unione Europea e previo eventuale coinvolgimento della Corte europea, senza dover passare attraverso il controllo di legittimità della Corte costituzionale»³²⁶.

La questione non desta particolari problemi nei casi in cui la Corte di Strasburgo estenda le garanzie individuali: da un lato, «si può pensare alla decisione *Sud Fondi c. Italia*³²⁷, nella quale per la prima volta si è affermato – pur quasi in maniera sommessamente – il *principio di colpevolezza* quale contraltare del principio di legalità previsto dall'art. 7 CEDU; dall'altro, alla recentissima decisione *Scoppola c. Italia*³²⁸, nella quale per la prima volta si è riconosciuto il *principio dell'applicazione retroattiva della pena più mite* quale ulteriore protezione del *nullum crimen sine lege*, recependo così un orientamento già affermato in seno alla giurisprudenza della Corte di giustizia della Comunità europea»³²⁹.

³²⁶ GROSSO, *Verso un equivalente funzionale della riserva di legge?*, in *Criminalia*, 2001, p. 135.

³²⁷ Corte EDU, 20 gennaio 2009, *Sud Fondi c. Italia*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, con nota di F. MAZZACUVA, *Un "hard case" davanti alla Corte europea: argomenti e principi sulla sentenza su Punta Perotti*, p. 1540 ss.

³²⁸ Corte EDU, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 356 ss., con nota di BUZZELLI-PECORELLA, *Il caso Scoppola davanti alla Corte di Strasburgo*; Cfr., anche, GAMBARDELLA, *Il "caso Scoppola": per la Corte europea l'art. 7 CEDU garantisce anche il principio di retroattività della legge penale più favorevole*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 2020 ss.; GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, Torino, Giappichelli, 2013.

³²⁹ MANES, *La lunga marcia della Convenzione europea*, in *Studi in onore di Mario Romano*, IV, Napoli, Jovene, 2011, p. 2437 ss.

Un altro prezioso contributo di novità nell'estensione delle garanzie penalistiche ad opera della Corte di Strasburgo, deriva dalla visione *sostanzialistica* del concetto di "materia penale", ritenendo che esso comprenda anche illeciti *formalmente* diversi dal reato, ma *contenutisticamente* ad esso assimilabili.

Si è osservato come «in questa prospettiva, secondo un orientamento consolidato della Corte EDU, si afferma che le garanzie ricavabili sia dall'art. 7 che dall'art. 6 CEDU – rispettivamente, «principio di legalità» e «diritto ad un processo equo» – debbano trovare applicazione a fronte di tutti gli illeciti e sanzioni che abbiano determinate note contenutistiche di afflittività, andando dunque "oltre le apparenze" ("*behind the appearances*") e le "etichette" volta a volta presenti nei singoli ordinamenti.

Anche in questo caso, è facilmente comprensibile, del resto, la ragione dell'approccio "pragmatico" dei giudici di Strasburgo: avendo a che fare con 47 Paesi di tradizioni culturali, giuridiche e lessicali diverse, la Corte invita a superare il dato formale per dare preferenza ai contenuti, verificando se una certa "*infractio*" o una certa sanzione (magari qualificata come "amministrativa", "disciplinare", ecc., nell'ordinamento di riferimento), al di là della nomenclatura formale, abbia caratteristiche tali da risultare *sostanzialmente o intrinsecamente punitiva*, e risulti quindi assimilabile alla sanzione (e/o all'illecito) *penale*»³³⁰.

GARGANI ha giustamente messo in guardia dal rischio che «sotto l'effetto inebriante del "nuovo che avanza", il solo fatto di chiedersi se il sacrificio delle garanzie correlate alla componente democratico-rappresentativa sull'altare dell'art. 11 (e 117) Cost. possa legittimare gli

³³⁰ MANES, *Diritto penale e fonti sovranazionali*, cit., p. 198 ss.

innumerevoli effetti deformativi e performativi che il processo di integrazione europea comporta sullo statuto costituzionale della legalità penale, (venga) considerato come uno scrupolo “vetero-illuminista”»³³¹, rischio che però riteniamo assolutamente necessario tentare di scongiurare.

³³¹ GARGANI, *Verso una “democrazia giudiziaria”? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, in *Criminalia*, 2011, p. 107.

4. *LEGITTIMAZIONE E LEGALITÀ*: RIFLESSIONI CONCLUSIVE INTORNO ALLA DEMOCRAZIA PENALE

Nel *Capitolo I* abbiamo osservato come la legittimazione abbia per oggetto la *fonte* di produzione del diritto, mentre la legalità l'*atto* emanato dalla fonte nell'esercizio del potere.

La legittimazione è fondamento del *potere*, attiene alla sua titolarità e giustifica l'obbedienza e l'uso della forza.

La legalità si riferisce all'esercizio del *potere*, regolandolo.

Si è visto come «quando si esige la legittimazione del potere, si chiede che colui che lo detiene abbia il diritto di averlo. Quando si invoca la legalità del potere, si domanda che chi lo detiene lo eserciti non secondo il proprio capriccio ma in conformità di regole stabilite ed entro i limiti di queste.

Il contrario del potere legittimo è il potere di fatto, il contrario del potere legale è il potere arbitrario»³³².

Si è poi precisato che *legittimazione* e *legalità* sono i fondamenti alla base dello Stato democratico: laddove non v'è legittimazione non vi può essere neppure democrazia, distinguendo la legittimazione *formale*, che riguarda *chi* è legittimato ad agire, ad esercitare il potere, compiendo atti giuridici prescrittivi; dalla legittimazione *sostanziale*, che riguarda invece *che cosa non può e che cosa non può non essere* deciso, ossia i limiti e i vincoli imposti all'esercizio del potere³³³.

La legittimazione è però presente in tutte le forme di Stato, tanto in quelli autoritari, quanto in quelli democratici.

³³² BOBBIO, *Teoria generale della politica*, Torino, Einaudi, 2009, p. 182.

³³³ FERRAJOLI, *Principia Iuris, Teoria della democrazia*, vol. II, Roma-Bari, Laterza, 2007, p. 25.

Ciò che distingue tra autoritarità e democraticità dello Stato è il *tipo di atto* attraverso il quale si manifesta la legittimazione del potere.

Il potere autoritario riceve la propria legittimazione attraverso *atti di fede*, quello democratico con *atti di fiducia*.

Gli atti di fede possono solo essere spezzati, rotti.

Al contrario, gli atti di fiducia possono essere rinnovati o revocati, e pertanto hanno bisogno di norme *legali* che ne regolino il funzionamento.

In tal senso, modelli autoritari e democratici differiscono ulteriormente: nei primi, legittimato il potere, è legittimo tutto ciò che di esso è manifestazione; si può dire che la legittimazione resta tutta assorbita nella legalità. Diversamente, nei modelli democratici, è necessario vi siano norme che disciplinano quell'atto di fiducia legittimante il potere, ma non solo, ve ne devono anche essere altre che regolino l'esercizio del potere stesso.

Non solo, ma la legittimazione per essere democratica deve avvenire periodicamente e ha bisogno di un *pubblico* attivo, informato, consapevole dei suoi diritti, perché è la democrazia ad aver bisogno di un *pubblico*, di un consenso sociale, che attraverso la propria legittimazione del *potere* controlli *chi* quel potere è chiamato ad esercitarlo.

Si comprende, allora, perché il *principio di legalità* in sé e per sé non può garantire la democrazia. Esso garantisce la *conformità alla legge*, la *non arbitrarietà* nell'esercizio del potere, ma nulla dice su *chi* quella legge ha il potere di emanarla, e infatti l'art. 1 del Codice Rocco, durante il fascismo, non garantiva certo le libertà democratiche.

Allo stesso modo, la *legittimazione sociale* in sé e per sé non garantisce la democrazia, perché anche forme di Stato autoritarie, plebiscitarie,

hanno un consenso sociale che le sorregge e legittima tutto ciò che *chi* esercita il potere decide di fare, almeno fino a quando continuano ad avervi *fede*.

Nel *Capitolo II* abbiamo mostrato come, attraverso la *riserva di legge*, la Costituzione garantisca entrambi i fondamenti democratici: quello della legalità nell'esercizio della potestà punitiva e quello della legittimazione del Parlamento che la esercita.

Dunque, legalità e legittimazione periodica sono un binomio indissolubile, perché possa aversi uno Stato democratico; inoltre è necessario che l'esercizio del potere avvenga "in pubblico" e che l'opinione pubblica abbia una coscienza critica che le consenta di valutare e orientare le proprie scelte.

È stato poi sostenuto nel *Capitolo III* come lo stesso Parlamento non possa – in democrazia – essere libero di sanzionare con *pena* tutto ciò che vuole, ma sia vincolato direttamente dalla Costituzione *rigida* e almeno indirettamente dal consenso sociale, che dovrebbe impedire che sia trasformato in illecito penale tutto ciò per la collettività non dovrebbe essere sanzionato come tale.

In questo *l'informazione*, attraverso i mezzi di comunicazione, rappresenta un postulato necessario per ogni modello democratico in grado di influenzare i cittadini nella percezione della realtà.

In quest'ultimo *Capitolo IV*, infine, abbiamo messo in luce come una distorta percezione della realtà, da parte del consenso sociale, alteri "patologicamente" la *legittimazione democratica*, facendole perdere ogni sua funzione di garanzia nel delimitare il potere politico.

Si è inoltre rilevato come lo stesso consenso sociale possa "patologicamente" influenzare il processo cognitivo di chi è chiamato a giudicare se chi giudica sostituisce la soggezione alla legge con la

soggezione al *pubblico*, trasformando il proprio giudizio in *pregiudizio* etico o emotivo.

Da ultimo, si è cercato di mettere in evidenza la carenza “fisiologica” di legittimazione democratica derivante dall’efficacia interna delle fonti sovranazionali, tanto normative quanto giurisdizionali.

Fattori “patologici” e fattori “fisiologici” di crisi della legittimazione democratica hanno un’importante ricaduta, naturalmente, anche sulla legalità, spingendola sempre più da garanzia *formale* verso derive *sostanziali*.

In particolare, crediamo che i fattori “patologici” e *interni* di crisi della legalità e della democrazia siano *ineliminabili*, perché frutto della *natura* stessa del potere democratico.

La ricerca del consenso sociale da parte della politica è un elemento necessario, poiché alla base della *rappresentazione democratica*.

Qualora il legislatore cedesse alla tentazione per ricorrere a scorciatoie, inducendo in errore la collettività al fine di catturarne un consenso viziato, portando il livello verso derive populistiche e plebiscitarie, l’unica speranza sarebbe che gli organi d’informazione riuscissero nel loro compito di fornire all’opinione pubblica gli strumenti necessari a mostrare il vero volto del potere e questa avesse gli occhi e la capacità per vedere l’inganno e reagire.

Che la democrazia sia un sistema *imperfetto* è del tutto evidente, talmente evidente, che essa si fonda sulla sua stessa imperfezione.

Che cosa sono il principio della separazione dei poteri e lo stesso principio di legalità in materia penale, se non proprio la dimostrazione di come i poteri dello Stato tendano a prevaricare gli uni sugli altri e

vadano tenuti separati, in modo da potersi controllare e limitare a vicenda?

Infatti, uno dei temi ricorrenti nella critica alla democrazia, che percorre tutta la storia del pensiero politico, dalle famose pagine della *Repubblica* di PLATONE sino a NIETZSCHE, è l'incapacità del popolo di mantenere i segreti che sono necessari alla miglior conduzione della cosa pubblica. HEGEL addirittura definiva "popolo" quella parte dei componenti di uno Stato «che non sa quel che vuole»: il sapere ciò che si vuole «è il frutto di profonda conoscenza e intelligenza, che appunto non son cose da popolo»³³⁴.

Tuttavia, con BOBBIO possiamo replicare che «c'è pubblico e pubblico. Riprendendo l'affermazione sprezzante di Hegel secondo cui il popolo non sa quello che vuole, si potrebbe dire che il pubblico di cui ha bisogno la democrazia è quello composto da coloro che sanno quel che vogliono»³³⁵.

La democrazia è imperfetta, ma con tutti i suoi difetti è il *miglior sistema possibile*, perché è consapevole delle proprie fragilità e tende a prevenirle e contenerle.

Ciò non significa che questi difetti non esistono o non possono verificarsi. Anzi, al contrario, essi ci sono e accadono continuamente ed è proprio in questi casi che il sistema deve avere la forza di reagire per ristabilire l'equilibrio necessario.

I giudici possono farsi suggestionare dal consenso sociale, come uomini provano emozioni, hanno etiche e culture che li influenzano, ma sono necessari per valutare se il caso concreto rientri nella fattispecie astratta e sia stato commesso o meno un reato. Nel far ciò, essi

³³⁴ HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto. Diritto naturale e scienza dello stato in compendio*, trad. it. a cura di G. MARINI, Roma-Bari, Laterza, 2001, § 301.

³³⁵ BOBBIO, *Teoria generale*, cit., p. 352.

interpretano e fanno scelte, le quali restano fatte da un uomo e non da un organo meccanico – *la bocca della legge* – che non è mai esistito e mai esisterà.

Questa influenza – dalla quale, come uomini, non possono essere immuni – cui sono sottoposti, può pregiudicare la loro capacità di giudizio, e proprio per questa ragione sono state previste delle garanzie processuali nell'assunzione delle prove, nell'obbligo della motivazione, nei giudici popolari in Corte d'Assise, ma soprattutto nella possibilità di appellare le sentenze di primo grado, ed eventualmente ricorrere in Cassazione per vizi di legittimità.

È vero che tutto questo non può escludere che nonostante i rimedi previsti, essi siano influenzati, ma a tale influenza l'unico vaccino possibile è la consapevolezza di essere umani, di poter sbagliare e la speranza che nel dubbio prevalga la libertà alla pena.

Quanto alla legge, *legislazione penale simbolica* e *diritto penale del nemico* potranno essere dichiarati illegittimi dalla Corte costituzionale, perché contrastanti coi principi di uguaglianza e ragionevolezza e la *decretazione d'emergenza* potrà essere dichiarata illegittima in mancanza dei presupposti di necessità e urgenza.

E se anche la Corte costituzionale non dovesse assolvere il proprio compito, ci saranno comunque i cittadini, i quali dovrebbero riuscire ad essere informati da quella parte minoritaria di Parlamento, che cercherà di convincerli a farsi votare per *cambiare le cose*.

E se tutto questo non dovesse bastare, perché il potere tende naturalmente al dispotismo e le minoranze non riescono a conquistare il consenso per diventare maggioranza e gli organi di informazioni sono complici del potere, anziché essere loro stessi *quarto* potere, la speranza che resta, oggi, è quella di guardare oltre i confini nazionali,

verso l'Europa, ma non certo quella di abbandonare il sistema democratico che, per quanto imperfetto, non ha concorrenti più rassicuranti.

Ma – come detto – anche l'Europa non può essere certamente la *panacea* di tutti i mali della democrazia, nonostante abbia avuto finora un notevole impatto nell'estensione delle garanzie democratiche di libertà, non è immune da fattori di crisi. Anzi, tali fattori li abbiamo definiti “fisiologici” proprio per evidenziare la differenza strutturale da quelli interni.

Mentre, questi ultimi sono frutto della distorsione del sistema, le fonti sovranazionali hanno un “genetico” *deficit* di legittimazione democratica.

È però necessario distinguere: da un lato, fonti normative comunitarie e Corte di giustizia; dall'altro, CEDU e Corte di Strasburgo. È stato osservato al riguardo come «a livello di “democraticità”, il Parlamento europeo non può essere equiparato ai Parlamenti nazionali, a causa della mancanza sia di un “popolo europeo” in senso proprio, sia di liste transnazionali per l'attribuzione dei “seggi europei”»³³⁶.

Tuttavia, si è al contempo sostenuto che «nell'ambito dell'Unione si assiste ad un (sia pure non del tutto completo) potenziamento del ruolo

³³⁶ BERNARDI, *All'indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale*, in *Quad. cost.*, 1/2009, p. 64; cfr., anche, GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 117 ss., il quale ritiene che il *deficit* democratico sia compensato dalla tendenziale omogeneità «dell'organo rappresentativo dell'Unione finisce per favorire il raggiungimento di accordi trasversali tra i gruppi parlamentari, facilitando il raggiungimento del *quorum* della maggioranza assoluta dei componenti necessario per emendare o respingere i testi approvati dal Consiglio nelle letture successive alla prima».

Non vediamo, tuttavia, in che modo la carenza di legittimazione possa essere colmata dalla «tenuità delle contrapposizioni ideologiche» in seno all'organo legislativo, se è proprio *chi* compone il Parlamento ad aver una scarsa o pressoché inesistente legittimazione da parte del consenso sociale.

del Parlamento europeo proprio in un momento in cui, non di rado, i Parlamenti nazionali vedono progressivamente erose le loro prerogative in materia penale. Si tratterebbe allora di capire se certe forme di intransigenza verso il riconoscimento di una competenza penale europea realizzata attraverso direttive siano frutto di un “deficit democratico” dell’Unione o non piuttosto di una apodittica avversione verso forme di competenza penale a carattere sovrastatuale»³³⁷.

Vi è chi ha recentemente sostenuto, che «le direttive di armonizzazione penale varate a seguito del Trattato di Lisbona vantano senz'altro una più solida legittimazione democratica rispetto alle precedenti fonti europee in materia penale, ovvero le decisioni quadro di terzo pilastro. Questo risultato è in larga parte dovuto al ruolo svolto in concreto dal Parlamento europeo nelle relative procedure di approvazione. Seppure privo del potere di iniziativa, tutt'ora accentrato in capo alla Commissione, il Parlamento ha infatti inciso assai significativamente sulla veste finale delle fonti in questione, modificando le proposte della Commissione medesima attraverso un uso penetrante del potere di emendamento. Le modifiche apportate, sempre rifluite nei testi definitivi, hanno sovente contribuito a riallineare il contenuto degli obblighi di incriminazione con i fondamentali principi penalistici, a conferma della sensibilità dell'organo rappresentativo dell'Unione rispetto all'esigenza che lo sviluppo del "diritto penale europeo" non avvenga a scapito di questi ultimi»³³⁸.

³³⁷ BERNARDI, *All'indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale*, in *Quad. cost.*, 1/2009, p. 64.

³³⁸ GRANDI, *Il ruolo del Parlamento europeo nell'approvazione delle direttive di armonizzazione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 678.

Tuttavia, riteniamo che il rafforzamento delle procedure legislative e la maggiore partecipazione del Parlamento possano rafforzare, al più, la “legalità” nelle scelte di politica criminale europea, ma non possano incidere sulla *legittimazione democratica*, poiché *chi* esercita quel potere non ne è investito attraverso un atto di fiducia periodico da parte del consenso sociale.

Va inoltre osservato come, rispetto a organismi sovranazionali, ci sia ancor più un allontanamento dal flusso di informazioni da parte della coscienza sociale, che non fa che aggravare la crisi di *legittimazione democratica*.

In estrema sintesi, dunque, il lungo processo di attribuzione di competenze penali di armonizzazione da parte dell’Unione europea a scapito delle sovranità nazionali non permette comunque di *bypassare* la necessaria mediazione dei Parlamenti nazionali, e richiede pur sempre una legge nazionale di attuazione: come si è detto, l’Unione europea potrà solo «criminalizzare senza punire»³³⁹.

Sotto il profilo dell’efficacia, «più in particolare, *l’obbligo di tutela penale europeo* (prendendo forma in una direttiva) non potrà di per sé sostituire una omissione del legislatore interno (eventualmente) inadempiente, né l’eventuale inadempimento del Parlamento nazionale appare «colmabile» da parte della Corte costituzionale: in questi casi sembra infatti impercorribile – in particolare – un intervento additivo *in malam partem* da parte della Corte costituzionale.

Diverso il caso di una lacuna di tutela sopravvenuta, ovvero – secondo la terminologia ormai in uso – di un c.d. «inadempimento statale sopravvenuto»: se a fronte di un obbligo di tutela penale europeo prima attuato (e “soddisfatto”) con una legge penale di attuazione il

³³⁹ SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali dell’Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1150 ss.

Parlamento decida poi – per le ragioni più disparate – di fare un passo indietro, ad esempio depenalizzando la condotta per la quale in sede europea si reclama una precisa risposta penale (dettando una precisa tipizzazione del precetto e del comportamento da punire, e stabilendo una precisa soglia della sanzione da comminare), la Corte costituzionale potrebbe (forse) riconoscersi uno spazio di intervento nella possibilità di ritenere la seconda legge (quella di depenalizzazione) illegittima per contrasto con gli artt. 11 e 117 Cost., e così di ripristinare la legge precedente rispettosa dell’obbligo imposto in sede comunitaria.

In questo caso – e solo in questo caso – l’intervento della Corte potrebbe non risultare precluso dal rispetto del principio di riserva di legge, perché la Corte si limiterebbe – nei termini della sent. n. 394/2006 – «a rimuovere la disposizione giudicata lesiva dei parametri costituzionali», cosicché *la scelta di incriminazione* (e la conseguenza peggiorativa per il singolo) *non deriverebbe dalla decisione della Corte ma* – una volta rimossa la legge comunitariamente illegittima e, come deve ritenersi, la clausola abrogativa – *dalla (reviviscenza) della legge precedente*, in realtà l’unica legge costituzionalmente conforme perché rispettosa dell’obbligo eurounitario»³⁴⁰.

Con riguardo all’efficacia della CEDU e della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, può ulteriormente osservarsi che «l’impianto delle cc.dd. sentenze gemelle, e la (radicale) diversità in termini di cogenza (e di effetti) tra diritto UE e Convenzione EDU sono stati sostanzialmente confermati nella giurisprudenza successiva, ed in particolare nella sent. n. 80/2011, con la quale la Corte costituzionale ha ribadito l’impossibilità di applicare *direttamente* le disposizioni della CEDU anche dopo l’entrata in vigore delle modifiche varate con il Trattato di

³⁴⁰ MANES, *Diritto penale e fonti sovranazionali*, in *Introduzione al sistema penale*, I, IV ed., Torino, Giappichelli, 2012, p. 182.

Lisbona: modifiche che sembravano aver comportato una «incorporazione» della Convenzione EDU nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea, e conseguentemente, una efficacia in seno agli ordinamenti nazionali assimilabile a quella delle disposizioni comunitarie (oggi: «eurounitarie») *self executing*.

In effetti, la riformulazione dell'art. 6 TUE sembrava offrire appiglio alla tesi della c.d. «comunitarizzazione» della CEDU, ossia della sua «inclusione» nell'ordinamento comunitario, con conseguente parificazione degli effetti nell'ordinamento interno»³⁴¹.

La posizione della Consulta, tuttavia, appare più conservativa: «in definitiva, l'orientamento attuale della Corte costituzionale italiana si assesta su una posizione secondo la quale le disposizioni (non solo penali) interne contrastanti con la Convenzione EDU non potranno essere disapplicate (dal giudice comune, in sede di “sindacato diffuso”), potendo solo essere soggette al controllo di costituzionalità (dalla Corte costituzionale, nella sede del consueto controllo “accentrato” di legittimità)»³⁴².

Tuttavia, nonostante la giurisprudenza costituzionale appena ripercorsa, vi è chi propone un'ulteriore distinzione, ritenendo comunque possibile una *diretta applicabilità* della norma convenzionale «allorché quest'ultima riempia una lacuna del dato normativo interno, senza determinare la disapplicazione di alcuna norma interna incompatibile». Quest'ultima operazione, essendo possibile anche con riguardo a norme – come la CEDU e i suoi protocolli – «comunque

³⁴¹ MANES, *Diritto penale e fonti sovranazionali*, cit., p. 192.

³⁴² MANES, *Diritto penale e fonti sovranazionali*, cit., p. 193; cfr., anche, MANES, *Il giudice nel labirinto: profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, Dike, 2012, p. 119 ss.

incorporate nel diritto interno in forza della clausola di «piena ed intera esecuzione» contenuta nelle leggi di autorizzazione alla ratifica»³⁴³.

Tuttavia, proprio sul piano della legittimazione democratica della stessa Corte costituzionale³⁴⁴, condividiamo quanto affermato da MANES: «allo stato, tuttavia, non può trascurarsi il fatto che ammettere un indiscriminato potere di intervento promozionale o propulsivo della Corte costituzionale – o persino dello stesso giudice comune, in sede di interpretazione – in tale contesto rischia di legittimare una avocazione della potestà punitiva in *molti ulteriori ambiti*, peraltro “centrifugandola”, a livelli diversi, su organi estranei al circuito della legittimazione democratica (*in primis*, la Corte EDU), e così alterando un “equilibrio costituzionale” che – unitamente alla riserva di legge in materia penale – riconosce espressamente la soggezione del giudice (soltanto) alla legge (art. 101, secondo comma, Cost.), quale precipua proiezione – lo ha ribadito con forza la Corte costituzionale – del principio di separazione dei poteri»³⁴⁵.

Dalle considerazioni appena svolte tanto dalla dottrina, quanto dalla giurisprudenza della stessa Corte costituzionale, emerge con chiarezza come il sistema abbia trovato, proprio nel sindacato di costituzionalità, un argine a difesa della *riserva di legge* alle espansioni *in malam partem* derivanti dagli obblighi convenzionali di tutela e dalla giurisprudenza della stessa Corte di Strasburgo.

Resta quindi un unico ambito nel quale il *deficit* di legittimazione democratica non pare trovare alcun correttivo adeguato ed è quello

³⁴³ VIGANÒ, in VIGANÒ-MAZZA, *Europa e giustizia penale, Quaderno speciale* allegato a *Diritto penale e processo*, 2011, p. 18.

³⁴⁴ Cfr., *retro*, *Capitolo II*, § 4.

³⁴⁵ MANES, *Il giudice nel labirinto*, *cit.*, p. 129 ss.

legato agli obblighi di criminalizzazione derivanti dalle direttive di armonizzazione.

Limitatamente a questo profilo, *de iure condendo*, crediamo che potrebbe restituire un coefficiente parziale di *responsabilità politica* al legislatore nazionale, l'introduzione di un'ipotesi *facoltativa* di controllo di legittimità costituzionale prima della promulgazione o dell'entrata in vigore della legge, che sarebbe emanata in attuazione dell'obbligo sovranazionale.

In questo modo, il Parlamento avrebbe la possibilità di scegliere tra adempiere l'obbligo di criminalizzazione, assumendosene la responsabilità, ovvero deferire la legge alla Corte costituzionale, affinché valuti se essa sia o meno compatibile con il nostro assetto costituzionale. Qualora non lo fosse, la Corte potrebbe esercitare i *controlimiti*, impedendone l'entrata in vigore.

Poiché il ricorso alla Consulta sarebbe solo *eventuale*, nella scelta del Parlamento risiede l'assunzione o meno della *responsabilità politica* di quella legge.

Legge, alla quale il legislatore è tecnicamente – anche se non in modo coercitivo, ma sanzionabile per l'inadempimento (*ex art. 258 TFUE*) mediante di procedura d'infrazione – obbligato ad adempiere.

Restituendo così – almeno in parte – responsabilità politica per la scelta di adire o meno la Corte costituzionale, il Parlamento potrà rispondere ai cittadini e questi valutarne la scelta compiuta.

In Francia, il Consiglio costituzionale controlla sempre le leggi organiche e i regolamenti parlamentari, rispettivamente prima della promulgazione e dell'entrata in vigore.

Le altre leggi possono deferirsi, prima della promulgazione, da parte del Presidente della Repubblica, del Primo Ministro, del Presidente

dell'Assemblea Nazionale, del Presidente del Senato, o da 60 deputati o 60 senatori³⁴⁶.

Il riferimento alla Francia, è volto soltanto a mostrare come l'ipotesi di un sindacato di legittimità preventivo sia sostanzialmente percorribile anche da noi, dato che il tipo di sindacato *accentrato* è praticamente identico, ma differisce unicamente rispetto al momento cronologico, nel quale questo controllo di legittimità viene effettuato³⁴⁷.

Consentire al Parlamento e addirittura anche a una minoranza – in Francia³⁴⁸ è sufficiente circa il 20% per il *Senato* e il 10 % per l'*Assemblée nationale* – la rimessione di una legge al sindacato della Corte costituzionale, perché si ritiene che l'obbligo di criminalizzazione sia incompatibile col nostro assetto costituzionale, potrebbe davvero rappresentare un meccanismo utile per restituire legittimazione democratica – seppur *indiretta* – alle fonti normative sovranazionali, colmando al contempo, attraverso il Parlamento nazionale, anche quel *deficit* di informazione rispetto all'opinione pubblica, che per le istituzioni europee è tendenzialmente strutturale.

Attraverso la possibilità di rimettere una legge di attuazione al vaglio preliminare della Corte costituzionale, infine, si restituirebbe altresì un minimo di *sovranità* parlamentare sulle scelte di criminalizzazione comunitarie, consentendo una più diretta opposizione in caso di dissenso.

³⁴⁶ Cfr. art. 56-63 Cost. francese.

³⁴⁷ Peraltro, la riforma costituzionale del primo luglio 2008 ha esteso la possibilità di ricorso successivo al Consiglio costituzionale, introducendo un sistema simile all'accesso incidentale in Italia. Il nuovo sistema, con la cd. "questione prioritaria di costituzionalità", è entrato in vigore dal primo marzo 2010, come stabilito dall'art. 5 della «*LOI organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*».

³⁴⁸ Anche in Francia vige un sistema bicamerale in cui l'*Assemblée nationale* è composta da 577 e il *Senato*, eletto a suffragio indiretto (come potrebbe essere a breve anche in Italia, a seguito della riforma costituzionale in atto) da 346 membri.

È stato autorevolmente affermato che «la cultura della legalità non è l'adorazione di un feticcio, ma l'azione consapevole rivolta, in un drammatico processo dialettico che si svolge all'interno stesso della "legalità", per l'attuazione di un valore: un'opera, in Italia, più che colossale, e, probabilmente, disperata»³⁴⁹.

Per queste ragioni, crediamo fortemente che la democrazia, anche penale, sia come un complesso ingranaggio di un vecchio e delicato orologio, ogni tanto vi è qualche frizione dovuta alla ruggine che tende a formarsi col passare del tempo; perché continui a funzionare, è necessario prendersene cura, e ciò va fatto, non tanto per affetto, quanto perché non c'è niente che garantisca con più precisione lo scandire del tempo.

³⁴⁹ PADOVANI, *Jus non scriptum e crisi della legalità*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, p. 47.

BIBLIOGRAFIA

A

AA. VV., *Commentario sistematico alla Costituzione*, I-II, diretto da CALAMANDREI-LEVI, Firenze, Barbera, 1950

AA. VV., *Delitto politico e diritto penale del nemico*, a cura di GAMBERINI-ORLANDI, Bologna, Monduzzi, 2007

AA. VV., *Democrazia e autoritarismo nel diritto penale*, a cura di STILE, Napoli, Esi, 2011

AA. VV., *Diritto penale in trasformazione*, a cura di MARINUCCI-DOLCINI, Milano, Giuffrè, 1985

AA. VV., *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, a cura di DONINI-PAPA, Milano, Giuffrè, 2007

AA. VV., *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di VASSALLI, Napoli, Esi, 2006

AA. VV., *Diritto penale minimo*, a cura di CURI-PALOMBARINI, Roma, Donzelli, 2002

AA. VV., *Europa e diritto penale*, a cura di PALIERO-VIGANÒ, Milano, Giuffrè, 2013

AA. VV., *Francesco Carrara nel primo centenario della morte*, Milano, Giuffrè, 1991

AA. VV., *Il codice Rocco cinquant'anni dopo*, in *La questione criminale*, 1981, p. 3 ss.

AA. VV., *Il controllo di costituzionalità delle norme di favore. Verso un sindacato di legittimità sulle scelte politico-criminali?*, a cura di ZILLETTI-OLIVA, Pisa, Ets, 2007

AA. VV., *Il diritto penale alla svolta di fine millennio. Atti del Convegno in ricordo di Franco Bricola (Bologna, 18-20 maggio 1995)*, a cura di CANESTRARI, Torino, Giappichelli, 1998

AA. VV., *Il diritto penale giurisprudenziale*, a cura di STORTONI, in *Dei delitti e delle pene*, 1991, 3, p. 3 ss.

AA. VV., *Il mito della pena*, a cura CASTELLI, Padova, Cedam, 1967

AA. VV., *Il problema delle definizioni legali nel diritto penale. Omnis definitio in iure periculosa?*, a cura di CADOPPI, Padova, Cedam, 1996

AA. VV., *Interpretazione e precedente giurisprudenziale in diritto penale*, a cura di COCCO, Padova, Cedam, 2005

- AA. VV., *Introduzione al sistema penale*, I, IV ed., Torino, Giappichelli, 2012
- AA. VV., *Laicità, valori e diritto penale. The Moral Limits of the Criminal Law. In ricordo di Joel Feinberg*, a cura di CADOPPI, Milano, Giuffrè, 2010
- AA. VV., *La legislazione penale compulsiva*, a cura di INSOLERA, Padova, Cedam, 2006
- AA. VV., *La televisione del crimine*, a cura di FORTI-BERTOLINO, Milano, V&P, 2005
- AA. VV., *La sovranità mediatica*, a cura di ZAFFARONI-CATERINI, Padova, Cedam, 2014
- AA. VV., *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, a cura di STILE, Napoli, Jovene, 1991
- AA. VV., *Omnis definitio in iure periculosa? Il problema delle definizioni legali nel diritto penale*, a cura di CADOPPI, Padova, Cedam, 1996
- AA. VV., *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, a cura di INSOLERA, Bologna, Monduzzi, 2005
- AA. VV., *Sicurezza e diritto penale*, a cura di DONINI-PAVARINI, Bologna, BUP, 2011
- AA. VV., *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, Padova, Cedam, 1997
- AA. VV., *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, a cura di FIANDACA-FRANCOLINI, Torino, Giappichelli, 2008
- AA. VV., *Trattato di diritto penale. Parte generale*, I-II, a cura di CADOPPI-CANESTRARI-MANNA-PAPA, Torino, Utet, 2012-2013
- AA. VV., *Valori e secolarizzazione nel diritto penale*, a cura di CANESTRARI-STORTONI, Bologna, BUP, 2009
- AA. VV., *Verso un nuovo codice penale*, a cura di ..., Milano, Giuffrè, 1993
- SANT'AGOSTINO, *De civitate dei*, trad. it. a cura di ALICI, *La città di Dio*, Milano, Bompiani, 2001
- AGAMBEN, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino, Einaudi, 1995
- AGAMBEN, *Stato d'eccezione*, Torino, Bollati Boringhieri, 2003
- AINIS, *La legge oscura*, II ed., Roma-Bari, Laterza, 2007
- ALPA, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Napoli, Editoriale scientifica, 2006
- ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, Giuffrè, 1983
- ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, XVI ed., Milano, Giuffrè, 2003

ARISTOTELE, *Politica*, Roma-Bari, Laterza, 2000

B

BALBI, *Società paranoiche e diritto penale*, in *Crit. dir.*, 2012, p. 435 ss.

BARATTA, *Funzioni strumentali e funzioni simboliche del diritto penale. Lineamenti di una teoria del bene giuridico*, in *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, II, Milano, Giuffrè, 1990, p. 19 ss.

BARATTA, *La politica criminale e il diritto penale della Costituzione. Nuove riflessioni sul modello integrato delle scienze penali*, in *Dei del. delle pene*, 1998, 3, p. 5 ss.

BARATTA, *Ricerche su "essere" e "dover essere". Nell'esperienza normativa e nella scienza del diritto*, Milano, Giuffrè, 1968

BARILE, voce *Atto di governo*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, Giuffrè, 1959, p. 220 ss.

BARILE, voce *Potere costituente*, in *Nss. dig. it.*, XIII, Torino, Utet, 1968, p. 443 ss.

BARTOLI, *Incriminatione e giustificazione: una diversa legalità?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 597 ss.

BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, Giuffrè, 2010

BAUMAN, *Modernità liquida*, XIII ed., Roma-Bari, Laterza, 2008

BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di PISAPIA, Milano, Giuffrè, 1973

BELFIORE, *Giudice delle leggi e diritto penale. Il diverso contributo delle Corti costituzionali italiana e tedesca*, Milano, Giuffrè, 2005

BELFIORE, *Giurisprudenze costituzionali e "diritto penale europeo"*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, Milano, Giuffrè, 2006, p. 23 ss.

BERNARDI, *All'indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale*, in *Quad. cost.*, 1/2009, p. 37 ss.

BERNARDI, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino, Giappichelli, 2004

BERNARDI, *Sui rapporti tra diritto penale e "soft law"*, in *Studi in onore di Mario Romano*, I, Napoli, Jovene, 2011, p. 3 ss.

BERTOLINO, *Dalla mera interpretazione alla manipolazione: creatività e tecniche decisorie della Corte costituzionale tra diritto penale vigente e diritto vivente*, in *Studi in onore di Mario Romano*, I, Napoli, Jovene, 2011, p. 57 ss.

BETTIOL, *Diritto penale*, XI ed., Padova, Cedam, 1982

- BETTIOL, *Il problema penale*, Palermo, Priulla, 1948
- BOBBIO, *Teoria generale della politica*, II ed., Torino, Einaudi, 2009
- BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, Torino, Einaudi, 2014
- BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 1996
- BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, Edizioni di Comunità, 1965
- BOBBIO, voce *Sanzione*, in *Nss. dig. It.*, XVI, Torino, Utet, 1969
- BÖCKENFÖRDE, *Il potere costituente del popolo. Un concetto limite del diritto costituzionale*, in *Il futuro della Costituzione*, a cura di ZAGREBELSKY-PORTINARO-LUTHER, Torino, Einaudi, 1996, p. 231 ss.
- BÖCKENFÖRDE, *Stato, costituzione, democrazia: studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*, a cura di NICOLETTI-BRINO, Milano, Giuffrè, 2006
- BONDI, *Philosophieverbot. L'agonia del diritto penale moderno*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, Milano, Giuffrè, 2006, p. 99 ss.
- BONINI, *Quali spazi per una funzione simbolica del diritto penale?*, in *Ind. Pen.*, 2003, p. 491 ss.
- BOSCARELLI, *Analogia e interpretazione estensiva nel diritto penale*, Palermo, Priulla, 1955
- BRICCHETTI, *Lo stato della legalità penale nella giurisprudenza*, in *Criminalia*, 2012, p. 261 ss.
- BRICOLA, *Art. 25, II e III comma, Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di BRANCA, Bologna, Zanichelli, 1981, p. 227 ss.
- BRICOLA, *Carattere "sussidiario" del diritto penale e oggetto della tutela*, in *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, I, Milano, Giuffrè, 1984, p. 99 ss.
- BRICOLA, *Dolus in re ipsa*, ora in *Scritti di Franco Bricola*, Milano, Giuffrè, 2000
- BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1965
- BRICOLA, *Legalità e crisi: l'art. 25, commi 2° e 3°, della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70*, in *Quest. crim.*, 1980, p. 179 ss.
- BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Nss. dig. it.*, Torino, Utet, 1973, p. 7 ss.
- BRICOLA, *Politica criminale e scienza del diritto penale*, Bologna, il Mulino, 1997
- BRICOLA, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in *Funzioni e limiti del diritto penale*, Padova, Cedam, 1984

C

CACCIARI, *Due passi all'inferno. Brevi note sul mito della pena*, in *Diritto penale minimo*, a cura di CURI-PALOMBARINI, Roma, Donzelli, 2002, p. 243 ss.

CAGLI, *Il paternalismo legislativo*, in *Criminalia*, 2011, p. 313 ss.

CADOPPI, *Common law e principio di legalità*, in *Quad. fiorentini*, 2007, f. 36, p. 1161 ss.

CADOPPI, *Cohn, Zagrebelsky e il processo*, in AA. VV., *Il processo a Gesù e il giudice C. Cohn*, a cura di MORDECHAI RABELLO-ROSSETTI, Parma, MUP, p. 29 ss.

CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, I-II, Padova, Cedam, 1988

CADOPPI, *Il ruolo delle Kulturnormen nella "opzione penale" con particolare riferimento agli illeciti economici*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1989, p. 289 ss.

CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, II ed., Torino, Giappichelli, 2014

CADOPPI, *Introduzione allo studio del diritto penale comparato*, Padova, Cedam, 2004

CADOPPI, *Introduzione*, in *Lineamenti di pratica legislativa penale*, Bologna, il Mulino, 2007

CADOPPI, *La disciplina della corruzione nelle legislazioni italiane dell'Ottocento*, in *La corruzione: profili storici, attuali, europei e sovranazionali*, a cura di FORNASARI-LUSI, Padova, Cedam, 2003

CADOPPI, *La genesi delle fattispecie penali. Una comparazione tra civil law e common law*, in *Sistema penale in transizione*, a cura di FIANDACA, Padova, Cedam, 1997, p. 147 ss.

CADOPPI, *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, in AA.VV., *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, a cura di FIANDACA-FRANCOLINI, Torino, Giappichelli, 2008, p. 83 ss.

CADOPPI, voce *Mens rea*, in *Dig. d. pen.*, VII, Torino, Utet, 1993, p. 618 ss.

CADOPPI, *Omissioni, liberalismo e paternalismo. Il "caso" dell'omissione di soccorso*, in *Studi in onore di Mario Romano*, III, Napoli, Jovene, 2011, p. 1311 ss.

CADOPPI, *Paternalismo e diritto penale: cenni introduttivi*, in *Criminalia, annuario di scienze penalistiche*, 2011, p. 223 ss.

CADOPPI, *Simpatia, antipatia e diritto penale*, in AA. VV., *Diritto penale e neuroetica*, a cura di DI GIOVINE, Padova, Cedam, 2013, p. 241 ss.

- CADOPPI-VENEZIANI, *Elementi di diritto penale, Parte generale*, V ed., Padova, Cedam, 2012
- CAMAIONI, *Successione di leggi penali*, Padova, Cedam, 2003
- R. CANESTRARI, *Reazioni psicologiche differenziali e spettacolarizzazione del processo*, in *Quaderni dell'avvocatura*, 1995, p. 52 ss.
- S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, Milano, Giuffrè, 1999
- S. CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, Milano, Giuffrè, 2006, p. 139 ss.
- S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, Bologna, il Mulino, 2015
- CANESTRARI-CORNACCHIA-DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, Bologna, il Mulino, 2007
- CANFORA, *Critica della retorica democratica*, III ed., Roma-Bari, Laterza, 2007
- CANFORA, *La democrazia. Storia di un'ideologia*, III ed., Roma-Bari, Laterza, 2010
- CANFORA, *La natura del potere*, II ed., Roma-Bari, Laterza, 2009
- CARLASSARRE, voce *Riserva di legge*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, p. 1 ss.
- CARMONA, *Il versari in re illicita "colposo". Un breve percorso tra pratiche giurisprudenziali e suggestioni dogmatiche, pensando alla riforma del codice penale*, in *Ind. pen.*, 2001, p. 226 ss.
- CARMONA, *La repressione penale dei fatti "ambientali": spunti dalla cultura giudiziaria d'oggi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 227 ss.
- CARMONA, *Oltre la libertà personale per un diritto più "giusto". Frammenti critici sui poteri "in malam partem" della Corte costituzionale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, I, Napoli, Jovene, 2011, p. 159 ss.
- CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale, Parte generale*, I-II, XI ed., Firenze, Casa editrice libraria "Fratelli Cammelli", 1924
- CARRARA, *Lineamenti di pratica legislativa penale*, Bologna, il Mulino, 2007
- CASSANO, *Negazionismo ed opportunità di una risposta penale*, in *Criminalia*, 2013, p. 271 ss.
- CATERINI, *La legalità penal-mediatica. La mercificazione del "prodotto" politico-criminale tra vecchi e nuovi mezzi di comunicazione*, in AA. Vv., *La sovranità mediatica*, a cura di ZAFFARONI-CATERINI, Padova, Cedam, 2014, p. 152 ss.
- CAVALIERE, *Diritto penale "del nemico" e "di lotta": due insostenibili legittimazioni per una per una differenziazione, secondo tipi d'autore, della valenza dei principi costituzionali*, in *Crit. dir.*, 2006, p. 295 ss.

- CAVALIERE, *Riflessione intorno ad oggettivismo e soggettivismo nella teoria del reato*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, Milano, Giuffrè, 2006, p. 1443 ss.
- CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa, vol. 2*, Giuffrè, Milano, 2005
- CHAMBLISS, *Criminal Law in Action*, New York, Wiley & Sons, 1984
- CHOMSKY-HERMAN, *La fabbrica del consenso*, il Saggiatore, Milano, 2014
- CILIBERTO, *La democrazia dispotica*, III ed., Roma-Bari, Laterza, 2011
- COCCO, *Beni giuridici funzionali versus bene giuridico personalistico*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, Milano, Giuffrè, 2006, p. 167 ss.
- CONTENTO, *Corso di diritto penale*, I, II ed., Roma-Bari, Laterza, 1992
- COPPI, *Riflessioni sulla crisi della legalità nella realtà processuale*, in AA. VV., *Il diritto penale alla svolta di fine millennio. Atti del Convegno in ricordo di Franco Bricola (Bologna, 18-20 maggio 1995)*, a cura di CANESTRARI, Torino, Giappichelli, 1998, p. 320 ss.
- CORDERO, *Criminalia. Nascita dei sistemi penali*, Roma-Bari, Laterza, 1985
- COSTA, *Democrazia politica e stato costituzionale*, Napoli, Editoriale scientifica, 2006
- COSSUTTA, *Fra giustizia ed arbitrio. Il principio di legalità nell'esperienza giuridica sovietica*, in *Quad. fiorentini*, 2007, II, p. 1083 ss.
- COTTA, *Il pensiero di Francesco Carrara nell'incontro di filosofia e scienza*, in *Francesco Carrara nel primo centenario della morte. Atti del convegno internazionale di Lucca-Pisa, 2-5 giugno 1998*, Milano, Giuffrè, 1991, p. 183 ss.
- CUPELLI, sub *Art. 1 c.p.*, in LATTANZI-LUPO, *Codice penale, Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 3 ss.
- CUPELLI, *Hobbes europeista? Diritto penale europeo, auctoritas, e controlimiti*, in *Criminalia*, 2013, p. 339 ss.
- CUPELLI, *Il Parlamento europeo e i limiti di una codecisione in materia penale. Tra modelli di democrazia e crisi della riserva di legge*, in *Criminalia*, 2012, p. 535 ss.
- CUPELLI, *Il legislatore gioca col fuoco: gli incendi boschivi (art. 423-bis c.p.) fra emergenza e valore simbolico del diritto penale*, in *Ind. pen.*, 2002, p. 181 ss.
- CUPELLI, *La legalità delegata: crisi e attualità della riserva di legge in materia penale*, Napoli, Esi, 2012
- CURI, *Il paradosso della pena*, in *Diritto penale minimo*, a cura di CURI-PALOMBARINI, Roma, Donzelli, 2002, p. 401 ss.

D

DAHMSCHAFFSTEIN, *Liberales oder autoritäres Strafrecht?*, Hamburg, Hanseatische Verlagsanstalt, 1933

DAHRENDORF, *Classi e conflitti di classi nella società industriale*, V ed., Roma-Bari, Laterza, 1977

DE CRISTOFARO, *Legalità e pericolosità. La penalistica nazifascista e la dialettica tra retribuzione e difesa dello Stato*, in *Quad. fiorentini*, 2007, II, p. 1031 ss.

DE FRANCESCO, *Autonomia individuale, condizionamenti culturali, responsabilità penale: metamorfosi e crisi di un paradigma*, in *Pol. dir.*, 2003, p. 393 ss.

DE FRANCESCO, *Diritto penale. I fondamenti*, Torino, Giappichelli, 2008

DE FRANCESCO, *Funzione della pena e limiti della coercizione: caratteri ed eredità del classicismo penale*, in *Quad. fiorentini*, 2007, f. 35, p. 611 ss.

DE FRANCESCO, *Interessi collettivi e tutela penale. "Funzioni" e programmi di disciplina dell'attuale complessità sociale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, Milano, Giuffrè, 2006, p. 929 ss.

DE FRANCESCO, *L'imputazione del reato e i tormenti del penalista*, in *Scritti per Federico Stella*, I, Napoli, Jovene, 2007, p. 513 ss.

DEL BÒ, *Menzogne che non si possono perdonare ma nemmeno punire. Alcune osservazioni filosofiche sul reato di negazionismo*, in *Criminalia*, 2013, p. 285 ss.

DELITALA, *Il "fatto" nella teoria generale del reato*, 1930, ora in *Diritto penale, Raccolta degli scritti*, I, Milano, Giuffrè, 1976

DELITALA, *Cesare Beccaria e il problema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964, p. 965 ss.

DELOGU, *"Vivo e morto" nell'opera di Francesco Carrara*, in *Francesco Carrara nel primo centenario della morte. Atti del convegno internazionale di Lucca-Pisa, 2-5 giugno 1998*, Milano, Giuffrè, 1991, p. 59 ss.

DE MAGLIE, *Culture e diritto penale. Premesse metodologiche*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, p. 1111 ss.

DE TOQUEVILLE, *La democrazia in America*, Torino, Einaudi, 2006

DI GIOVINE, *Dal costruttivismo al naturalismo interpretativo? Spunti di riflessione in materia penale*, in *Criminalia*, 2012, p. 267 ss.

DI GIOVINE, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, IV, Napoli, Jovene, 2011, p. 2265 ss.

DI GIOVINE, *Il sindacato di ragionevolezza della Corte costituzionale in un caso facile*. A proposito della sentenza n. 390 del 2006, sui "falsi elettorali", in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 100 ss.

DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2006

DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico?: diritto penale, bioetica e neuroetica*, Torino, Giappichelli, 2009

DI GIOVINE, *La bestemmia al vaglio della Corte costituzionale: sui difficili rapporti tra Consulta e legge penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, p. 819 ss.

DI GIOVINE, *Norme penali di favore e controllo di legittimità costituzionale*, in *Criminalia*, 2007, p. 217 ss.

DI MARTINO, *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, Milano, Giuffrè, 1999

DINO, *I media e i "nemici" della democrazia*, in *Questione giustizia*, 2006, p. 824 ss.

D'IPPOLITO, *Kulturnormen ed inevitabilità dell'errore sul divieto: la Corte di cassazione riconosce l'errore determinato da "fattori culturali" come causa di esclusione della colpevolezza*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 3711 ss.

D'IPPOLITO, *La sentenza "Diaz" tra pulsioni in malam partem e tipi d'autore "simpatici" e "antipatici": qualche riflessione sulla percezione mediatica del reato*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 2240 ss.

DODARO, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2012

DOGLIANI, voce *Costituente (potere)*, in *Dig. d. pubbl.*, IV, Torino, Utet, 1997, p. 170 ss.

DOLCINI, voce *Codice penale*, in *Dig. d. pen.*, II, Torino, Utet, 1988, p. 286 ss.

DOLCINI, *La pena in Italia, oggi, tra diritto scritto e prassi applicativa*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, Milano, Giuffrè, 2006, p. 1073 ss.

DOLCINI, *Leggi "ad personam", riserva di legge e principio costituzionale di eguaglianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 50 ss.

DONINI, *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova, Cedam, 2003

DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza fonte*, Milano, Giuffrè, 2011

DONINI, *"Fatto" e "autore" nel diritto penale contemporaneo. Dialogo immaginario tra Giacomo Delitala e Franz von Liszt redivivi*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, Milano, Giuffrè, 2006, p. 1525 ss.

DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, Giuffrè, 1991

DONINI, *Il diritto penale di fronte al "nemico"*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 735 ss., anche in *Studi per Federico Stella*, I, Napoli, Jovene, 2007, p. 79 ss.

DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, Giuffrè, 2004

DONINI, *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto fra diritto penale e politica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 27 ss.

DONINI, voce *Teoria del reato*, in *Dig. d. pen.*, XIV, Torino, Utet, 1999, p. 221 ss.

DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, Cedam, 1996

DONINI, *Un nuovo Medioevo penale? Vecchio e nuovo nell'espansione del diritto penale economico*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 1808 ss.

DURKHEIM, *La divisione del lavoro sociale*, Milano, Edizioni di Comunità, 1999

E

EUSEBI, *Laicità e dignità umana nel diritto penale (pena, elementi del reato, biogiuridica)*, in *Scritti per Federico Stella*, I, Napoli, Jovene, 2007, p. 163 ss.

F

FERRAJOLI, *Crisi della legalità e diritto penale minimo*, in *Diritto penale minimo*, a cura di CURI-PALOMBARINI, Roma, Donzelli, 2002, p. 9 ss.

FERRAJOLI, *Delitto politico, ragion di stato e Stato di diritto*, in AA. Vv., *Il delitto politico dalla fine dell'Ottocento ai nostri giorni*, Roma, Sapere 2000, 1984, p.49 ss.

FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, IX ed., Roma-Bari, Laterza, 2008

FERRAJOLI, *La democrazia attraverso i diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2013

FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, v. 2, II ed., Roma-Bari, Laterza, 2009

VON FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, XIV ed., 1847, rist. 1986

FLETCHER, *Grammatica del diritto penale*, trad. a cura di PAPA, Bologna, il Mulino, 2004

FLETCHER, *I fondamenti filosofici-giuridici della repressione del terrorismo*, in AA. Vv., *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, a cura di DONINI-PAPA, Milano, Giuffrè, 2007, p. 363 ss.

FIANDACA, *Aspetti problematici del rapporto tra diritto penale e democrazia*, in *Foro it.*, 2011, c. 1 ss.

FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia*, 2011, p. 79 ss.

FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, Milano, Giuffrè, 2006, p. 239 ss.

FIANDACA, *Diritto penale, tipi di morale e tipi di democrazia*, in AA.VV., *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, a cura di FIANDACA-FRANCOLINI, Torino, Giappichelli, 2008, p. 153 ss.

FIANDACA, voce *Fatto nel diritto penale*, in *Dig. d. pen.*, V, Torino, Utet, 1991, p. 152 ss.

FIANDACA, *Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, p. 42 ss.

FIANDACA, *Il diritto penale tra legge e giudice: raccolta di scritti*, Padova, Cedam, 2002

FIANDACA, *Il sistema penale tra utopia e disincanto*, in AA. VV., *Il diritto penale alla svolta di fine millennio. Atti del Convegno in ricordo di Franco Bricola (Bologna, 18-20 maggio 1995)*, a cura di CANESTRARI, Torino, Giappichelli, 1998, p. 50 ss.

FIANDACA, *I temi eticamente sensibili tra ragione pubblica e ragione punitiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 1383 ss.

FIANDACA, *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, Napolit, Editoriale Scientifica, 2008

FIANDACA, *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, I, Milano, Giuffrè, 1991, p. 165 ss.

FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, in *Quad. fiorentini*, 2007, II, p. 1247 ss.

FIANDACA, *La trattativa Stato-mafia tra processo politico e processo penale*, in *Criminalia*, 2012, p. 67 ss.

FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, p. 95 ss.

FIANDACA, *Scopi della pena tra commisurazione edittale e commisurazione giudiziale*, in AA. VV., *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di VASSALLI, Napoli, Esi, 2006, p. 131 ss.

FIANDACA, *Sui "giudizi di fatto" nel sindacato di costituzionalità in materia penale, tra limiti ai poteri e limiti ai saperi*, in *Studi in onore di Mario Romano*, I, Napoli, Jovene, 2011, p. 265 ss.

- FIANDACA, *Sul ruolo delle emozioni e dei sentimenti nella genesi e nell'applicazione delle leggi penali*, in *Diritto penale e neuroetica*, a cura di DI GIOVINE, Assago, Cedam, 2013, p. 215 ss.
- FIANDACA-DI CHIARA, *Una introduzione al sistema. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, Jovene, 2003
- FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VII ed., Bologna, Zanichelli, 2014
- FIANDACA-MUSCO, *Perdita di legittimazione del diritto penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 23 ss.
- C. FIORE, *Il reato impossibile*, Napoli, Jovene, 1959
- C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, IV ed., Torino, Utet, 2013
- FIGLIOLA, *Le cause di giustificazione nel pensiero carrariano, Francesco Carrara nel primo centenario della morte. Atti del convegno internazionale di Lucca-Pisa, 2-5 giugno 1998*, Milano, Giuffrè, 1991, p. 327 ss.
- FIGLIOLA, voce *Reato in generale*, in *Enc dir.*, XXXVIII Milano, Giuffrè, 1988, p. 1289 ss.
- FIGLIOLA, voce *Responsabilità penale*, in *Enc dir.*, XXXIX, Milano, Giuffrè, 1987, p. 770 ss.
- FIGLIOLA, *Valori costituzionali, "diritto penale dei professori" e "diritto penale dei giudici"*, in AA. VV., *Il diritto penale alla svolta di fine millennio. Atti del Convegno in ricordo di Franco Bricola (Bologna, 18-20 maggio 1995)*, a cura di CANESTRARI, Torino, Giappichelli, 1998, p. 330 ss.
- FORTI, *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale, tra visioni "liberali" e paternalismi giuridici*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, Milano, Giuffrè, 2006, p. 283 ss.
- FORTI-BERTOLINO (a cura di), *La televisione del crimine*, Milano, Vita e pensiero, 2005
- FIGLIOLA, *Verso un diritto penale del tipo d'autore?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 558 ss.
- FIGLIOLA, *Profili penali del terrorismo internazionale: tra delirio di onnipotenza e sindrome di autocastrazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 62 ss.
- FIGLIOLA, *Rinvio, recezione e riserva di legge*, in *Giust. cost.*, 1966, p. 574 ss.
- FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, Cedam, 1990
- FORNASARI, *Giustizia di transizione e diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2013
- FORTI, *Principio del danno e legittimazione "paternalistica" della tutela penale*, in AA.VV., *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, a cura di FIANDACA-FRANCOLINI, Torino, Giappichelli, 2008, p. 43 ss.
- FORZA, *Razionalità ed emozioni nel giudicante*, in *Criminalia*, 2012, p. 341 ss.

FROSALI, *La giustizia penale*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, diretto da CALAMANDREI-LEVI, Firenze, Barbera, 1950, p. 217 ss.

G

GALLI, *Il disagio della democrazia*, Torino, Einaudi, 2011

GALLO, *Diritto penale italiano, Appunti di parte generale*, I, Torino, Giappichelli, 2014

GALLO, *La "disapplicazione" per invalidità costituzionale della legge penale incriminatrice*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1956, p. 723 ss.

GAMBARDELLA, *Il "caso Scoppola": per la Corte europea l'art. 7 CEDU garantisce anche il principio di retroattività della legge penale più favorevole*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 2020 ss.

GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2002

GAMBARDELLA, *L'abrogazione della norma incriminatrice*, Napoli, Jovene, 2008

GAMBARDELLA, voce *Legge penale nel tempo*, in *Enc. Dir., Annali*, VII, Giuffrè, Milano, 2014, 648 ss.

GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, Torino, Giappichelli, 2013

GAMBARDELLA, *Specialità sincronica e specialità diacronica nel controllo di legittimità costituzionale delle norme penali di favore*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 467 ss.

GARGANI, *Il sistema penale tra tradizione liberale e positivismo*, in *Quad. fiorentini*, 2003, f. 32, p. 551 ss.

GARGANI, *La "flessibilizzazione" giurisprudenziale delle categorie classiche del reato di fronte alle esigenze di controllo penale delle nuove fenomenologie di rischio*, in *Leg. pen.*, 2011, p. 397 ss.

GARGANI, *Verso una "democrazia giudiziaria"? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, in *Criminalia*, 2011, p. 99 ss.

GIBBONS, *Teoria dei giochi*, Bologna, il Mulino, 2013

GIOSTRA, *Processo penale e mass media*, in *Criminalia*, 2007, p. 57 ss.

GINSBORG, *La democrazia che non c'è*, Torino, Einaudi, 2006

GIUNTA, *Il giudice e la legge penale. Valore e crisi della legalità, oggi*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, I, Milano, Giuffrè, 2000, p. 63 ss.

GIUNTA, *La Corte costituzionale respinge le questioni di illegittimità del "falso in bilancio"*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 1497 ss.

GIUNTA, *Verso un equivalente funzionale della riserva di legge?*, in *Criminalia*, 2011, p. 77 ss.

GRANDI, *Il ruolo del Parlamento europeo nell'approvazione delle direttive di armonizzazione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 678 ss.

GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, Giuffrè, 2010

P. G. GRASSO, *Potere costituente*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, Giuffrè, 1984, p. 643 ss.

GROSSI, *Il diritto tra potere e ordinamento*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2005

GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2004

GROSSO, *Il fascino discreto della conservazione (considerazioni in margine all'asserita crisi del principio di riserva di legge in materia penale)*, in *Criminalia*, 2011, p. 125 ss.

GROSSO, *I principi di personalità e legalità nella responsabilità penale e la causalità omissiva*, in *Scritti per Federico Stella*, I, Napoli, Jovene, 2007, p. 729 ss.

GUASTINI, voce *Legge (riserva di)*, in *Dig. d. pubbl.*, IX, Torino, Utet, 1994, p. 171 ss.

GUCCIARDI, *Atto politico*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1937, p. 271 ss.

H

HÄBERLE, voce *Potere costituente (teoria generale)*, in *Enc. giur. Treccani*, Agg., IX, 2001

HABERMAS, *Storia e critica dell'opinione pubblica*, Roma-Bari, Laterza, 2001

HASSEMER, *Perché punire è necessario*, Bologna, il Mulino, 2009

HASSEMER, *Metodologia giuridica e pragmatica giudiziaria*, in *Criminalia*, 2007, p. 73 ss.

HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto. Diritto naturale e scienza dello stato in compendio*, trad. it. a cura di G. MARINI, Roma-Bari, Laterza, 2001

G. HIRSCH, *Verso uno stato di giudici? A proposito del rapporto tra giudice e legislatore nell'attuale momento storico*, in *Criminalia*, 2007, p. 107 ss.

H.J. HIRSCH, *Necessità, approcci e limiti di una scienza penale universale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, Milano, Giuffrè, 2006, p. 387 ss.

HOBBS, *Dialogo tra un filosofo e uno studioso del diritto comune d'Inghilterra*, in *Opere politiche*, I, a cura di BOBBIO, Torino, Utet, 1971

I

IACOVIELLO, *La Cassazione penale*, Milano, Giuffrè, 2013

INSOLERA, *Democrazia, ragione e prevaricazione*, Milano, Giuffrè, 2003

INSOLERA, *Luci e ombre del diritto penale vivente. Tra legge e diritto delle Corti*, in *Studi in onore di Mario Romano*, IV, Napoli, Jovene, 2011, p. 2351 ss.

INSOLERA, *Qualche riflessione e una domanda sulla legalità penale nell'“epoca dei giudici”*, in *Criminalia*, 2012, p. 285 ss.

INSOLERA, *Terrorismo internazionale tra delitto politico e diritto penale del nemico*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 895 ss.

IRTI, *Nichilismo giuridico*, III ed., Roma-Bari, Laterza, 2005

J

JAKOBS, *Diritto penale del nemico*, in AA. Vv., *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, a cura di DONINI-PAPA, Milano, Giuffrè, 2007, p. 5 ss.

JESCHECK, *La crisi della politica criminale*, in *Metodologia e problemi fondamentali della riforma del codice penale*, Napoli, Jovene, 1981, p. 107 ss.

JHERING, *Lo scopo nel diritto*, trad. a cura di LOSANO, Torino, Einaudi, 1972

K

KANT, *Dottrina del diritto*, in *La metafisica dei costumi*, Roma-Bari, Laterza, 2001

KATOLO, *Gli “otto miti” dei mass-media*, in AA. Vv., *La sovranità mediatica*, a cura di ZAFFARONI-CATERINI, Padova, Cedam, 2014, p. 1 ss.

KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, trad. COTTA-TREVES, Milano, Etas, 1994

KELSEN, *La democrazia*, Bologna, il Mulino, 1984

KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1999

KYMLICKA, *La cittadinanza multiculturale*, Bologna, Il Mulino, 1999

L

LANZA, *Emozioni e libero convincimento nella decisione del giudice penale*, in *Criminalia*, 2012, p. 365 ss.

A. LANZI, *Considerazioni sull'eventualità di un sindacato di ragionevolezza sulle scelte politico-criminali*, in *Ind. pen.*, 2003, p. 895 ss.

VON LISZT, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1962

LUHMANN, *La realtà dei mass-media*, Roma, Franco Angeli, 2002

M

MAIWALD, *Diritto e potere*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 3 ss.

MANACORDA, *Carta dei diritti fondamentali e CEDU: una nuova tipografia delle garanzie penalistiche in Europa?*, in *Studi in onore di Mario Romano*, IV, Napoli, Jovene, 2011, p. 2373 ss.

MANACORDA, *"Dovere di punire"? Gli obblighi di tutela penale nell'era della internazionalizzazione del diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 1364 ss.

MANES, *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 739 ss.

MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, Dike, 2012

MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, Giappichelli, 2005

MANES, *I rapporti tra diritto comunitario e diritto penale nello specchio della giurisprudenza della Corte di Giustizia: approdi recenti e nuovi orizzonti*, in AA. VV., *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, a cura di SGUBBI-MANES, Bologna, BUP, 2007, p. 9 ss.

MANES, *La lunga marcia dell'Convenzione europea ed i "nuovi" vincoli per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno*, in *Studi in onore di Mario Romano*, IV, Napoli, Jovene, 2011, p. 2413 ss.

MANES, *L'incidenza del diritto comunitario sul diritto penale, tra primauté e controlimiti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 780 ss.

MANES, *Norme penali di favore, no della Consulta*, in *Dir. e giust.*, 2006, n. 46, p. 29 ss.

MANNA, *Corso di diritto penale*, II ed., Padova, Cedam, 2012

MANNA, *La dottrina tra legislazione e giurisprudenza nel sistema penale*, in *Criminalia*, 2013, p. 389 ss.

MANNA, *La "nuova" legislazione penale in tema di tutela dell'ambiente tra illegittimità comunitaria ed illegittimità costituzionale*, in *Arch. Pen.*, 2011, p. 759 ss.

- MANNA, *La vittima del reato: "à la recherche" di un difficile modello dialogico nel sistema penale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, Milano, Giuffrè, 2006, p. 957 ss.
- F. MANTOVANI, *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell'amico, il nemico del diritto penale, l'amico del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 470 ss.
- F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, VIII ed., Padova, Cedam, 2013
- F. MANTOVANI, *Francesco Carrara e la funzione della pena*, in *Francesco Carrara nel primo centenario della morte. Atti del convegno internazionale di Lucca-Pisa, 2-5 giugno 1998*, Milano, Giuffrè, 1991, p. 299 ss.
- F. MANTOVANI, *La "perenne crisi" e la "perenne vitalità" della pena. E la "crisi di solitudine" del diritto penale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, Milano, Giuffrè, 2006, p. 1171 ss.
- MARINI, *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, Giuffrè, 1978, 950 ss.
- MARINUCCI, *Agire lecito in base a un giudizio "ex ante"*, in *Studi in onore di Mario Romano*, II, Napoli, Jovene, 2011, p. 1097 ss.
- MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 1190 ss.
- MARINUCCI, *Il controllo di legittimità costituzionale delle norme penali: diminuiscono (ma non abbastanza) le "zone franche"*, in *Giur. cost.*, 2006, p. 4160 ss.
- MARINUCCI, *Irretroattività e retroattività nella materia penale: gli orientamenti della Corte costituzionale*, in *AA.VV., Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di VASSALLI, Napoli, Jovene, 2006, p. 77 ss.
- MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *Jus*, 1974, p. 463 ss.
- MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, 1, III ed., Milano, Giuffrè, 2001
- MARINUCCI-DOLCINI, *Diritto penale "minimo" e nuove forme di criminalità*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, I, Milano, Giuffrè, 2000, p. 211 ss.
- MARINUCCI-DOLCINI, *Costituzione e politica dei beni giuridici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 333 ss.
- MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, IV ed., Milano, Giuffrè, 2012
- F. MAZZACUVA, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e i suoi riflessi sul sistema penale*, in *CADOPPI-CANESTRARI-MANNA-PAPA, Trattato di diritto penale, Parte generale*, I, Torino, Utet, 2012, p. 426 ss.
- F. MAZZACUVA, *Un "hard case" davanti alla Corte europea: argomenti e principi sulla sentenza su Punta Perotti*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 1540 ss.

- M. E. MAYER, *Rechtsnormen und Kulturnormen*, Breslau, Schletter, 1903
- N. MAZZACUVA, *A proposito della "interpretazione creativa" in materia penale: nuova "garanzia" o rinnovata violazione di principi fondamentali?*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, Milano, Giuffrè, 2006, p. 437 ss.
- N. MAZZACUVA, *Il disvalore d'evento nell'illecito penale: il reato commissivo doloso e colposo*, Milano, Giuffrè, 1983
- MERLI, *Democrazia e diritto penale. Note a margine del dibattito sul cosiddetto negazionismo*, Napoli, Esi, 2008
- MICHELETTI, *Le fonti di cognizione del diritto vivente*, in *Criminalia*, 2012, p. 619 ss.
- MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra riflessioni postmoderne e riflessi illiberali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 343 ss.
- MOCCIA, *Capzov e Grozio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, Napoli, Esi, 1979
- MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e volere. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, Esi, 1992
- MOCCIA, *La perenne emergenza: tendenze autoritarie del sistema penale*, Napoli, Esi, 1995
- MOCCIA, *Sulle precondizioni dell'ermeneutica giudiziale nello stato di diritto*, in *Criminalia*, 2013, p. 299 ss.
- MODUGNO, *L'invalidità delle leggi*, I-II, Milano, Giuffrè, 1970
- MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Vol. I, Paris, Garnier Frères, 1973
- MORSELLI, *Disvalore dell'evento e disvalore della condotta nella teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 796 ss.
- MORTATI, *Appunti sul problema della fonte del potere costituente*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1946, I, p. 28 ss.
- MORTATI, *Brevi note sul rapporto tra Costituzione e politica nel pensiero di Carl Schmitt*, in *Quad. fiorentini*, 1973, 2, p. 516 ss.
- MUSCO, *Consenso sociale e legislazione penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1993, p. 80 ss.
- MUSCO, *L'illusione penalistica*, Milano, Giuffrè, 2004

N

NEPPI MODONA, *Principio di legalità e giustizia penale nel periodo fascista*, in *Quad. fiorentini*, 2007, II, p. 983 ss.

NOBILI, *Art. 25, I comma, Cost.* in *Commentario della Costituzione*, a cura di BRANCA, Bologna, Zanichelli, 1981, p. 135 ss.

NOBILI, *L'immoralità necessaria*, Bologna, il Mulino, 2009

NOBILI, *Principio di legalità e processo penale*, in AA. VV., *Il diritto penale alla svolta di fine millennio. Atti del Convegno in ricordo di Franco Bricola (Bologna, 18-20 maggio 1995)*, a cura di CANESTRARI, Torino, Giappichelli, 1998, p. 300 ss.

NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, Padova, Cedam, 1972

NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, II ed., Padova, Cedam, 1982

NUVOLONE, *Trent'anni di diritto e procedura penale*, I, Padova, Cedam, 1969

NUVOLONE, *Il diritto penale degli anni settanta*, Padova, Cedam, 1982

NUVOLONE, voce *Pena (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1982

P

PACE, *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Padova, Cedam, 2002.

PADOVANI, *Diritto penale*, X ed., Milano, Giuffrè, 2012

PADOVANI, *Diritto penale del nemico*, Pisa, Pisa University Press, 2014

PADOVANI, *Informazione e giustizia penale: dolenti note*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 689 ss.

PADOVANI, *Francesco Carrara e la teoria del reato*, in *Francesco Carrara nel primo centenario della morte. Atti del convegno internazionale di Lucca-Pisa, 2-5 giugno 1998*, Milano, Giuffrè, 1991, p. 253 ss.

PADOVANI, *Il confine conteso. Metamorfosi dei rapporti tra concussione e corruzione ed esigenze "improcrastinabili" di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 1302 ss.

PADOVANI, *Il problema "Tangentopoli" tra normalità dell'emergenza ed emergenza della normalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, p. 448 ss.

PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia, vol. I, Diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 305 ss.

PADOVANI, *Informazione e giustizia penale: dolenti note*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 689 ss.

- PADOVANI, *Jus non scriptum e crisi della legalità*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014
- PADOVANI, *La tipicità inafferrabile. Problemi di struttura obiettiva delle fattispecie di attentato contro la personalità dello Stato*, in AA. Vv., *Il delitto politico dalla fine dell'Ottocento ai nostri giorni*, Roma, Sapere 2000, 1984, p. 169 ss.
- PADOVANI, *L'utopia punitiva*, Milano, Giuffrè, 1981
- PADOVANI, *Menzogna e diritto penale*, Pisa, Pisa University Press, 2014
- PADOVANI, *Promemoria sulla questione giustizia*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 4023 ss.
- PADOVANI, *Tipicità e successione di leggi penali. La modificazione legislativa degli elementi della fattispecie incriminatrice o della sua sfera di applicazione, nell'ambito dell'art. 2 commi 2 e 3 c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, p. 1354 ss.
- PADOVANI, *Spunti polemici e digressioni sparse sulla codificazione penale*, in AA. Vv., *Il diritto penale alla svolta di fine millennio. Atti del Convegno in ricordo di Franco Bricola (Bologna, 18-20 maggio 1995)*, a cura di CANESTRARI, Torino, Giappichelli, 1998, p. 95 ss.
- PADOVANI-STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose*, Bologna, Il Mulino, 1991
- PAGLIARO, *"Diritto penale del nemico": costruzione illogica e pericolosa*, in *Studi in onore di Mario Romano*, I, Napoli, Jovene, 2011, p. 435 ss.
- PAGLIARO, *Il reato*, in *Trattato di diritto penale. Parte generale*, diretto da GROSSO-PADOVANI-PAGLIARO, Milano, Giuffrè, 2007
- PAGLIARO, voce *Legge penale*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, Giuffrè, 1973, 1048 ss.
- PAGLIARO, *Principi di diritto penale, Parte generale*, VIII ed., Milano, Giuffrè, 2003
- PAGLIARO, *Testo e interpretazione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 433 ss.
- PALADIN, *Corte Costituzionale e principio generale di uguaglianza*, in *Giur. cost.*, 1984, p. 219 ss.
- PALADIN, voce *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. dir.*, Agg. I, Milano, Giuffrè, 1997, p. 899 ss.
- PALAZZO, *Considerazioni brevi su colpevolezza ed ignorantia legis nel pensiero di Carrara*, in *Francesco Carrara nel primo centenario della morte. Atti del convegno internazionale di Lucca-Pisa, 2-5 giugno 1998*, Milano, Giuffrè, 1991, p. 927 ss.
- PALAZZO, *Corso di diritto penale, Parte generale*, IV ed., Torino, Giappichelli, 2011
- PALAZZO, *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 453 ss.

PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale: la fattispecie*, Padova, Cedam, 1979

PALAZZO, *La tutela della religione tra eguaglianza e secolarizzazione (a proposito della dichiarazione di incostituzionalità della bestemmia)*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 47 ss.

PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regula iuris*, in AA. VV., *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di VASSALLI, Napoli, Esi, 2006, p. 49 ss.

PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio "fondamentale"*, in *Quad. fiorentini*, 2007, II, p. 1279 ss.

PALAZZO, voce *Legge penale*, in *Dig. d. pen.*, VII, Torino, Utet, 1993, p. 338 ss.

PALAZZO, *Le scelte penali della Costituente*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, I, Milano, Giuffrè, 2000, p. 329 ss.

PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 350 ss.

PALAZZO, *Principi costituzionali, beni giuridici e scelte di criminalizzazione*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, I, Milano, Giuffrè, 1991, p. 369 ss.

PALAZZO, *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, Milano, Giuffrè, 2006, p. 515 ss.

PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 849 ss.

PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale: profili politico-criminali*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, Giuffrè, 1991, p. 391 ss.

PALIERO, *La fabbrica del Golem*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 466 ss.

PALIERO, *L'"agorà" e il palazzo. Quale legittimazione per il diritto penale?*, in *Criminalia*, 2012, p. 95 ss.

PALIERO, *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed «effetti penali» dei media)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 467 ss., anche in *Studi per Federico Stella*, I, Napoli, Jovene, 2007, p. 289 ss.

PALIERO, *L'autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1220 ss.

PALIERO, *"Minima non curat praetor": ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, Cedam, 1985

PARODI GIUSINO, *Diritto penale e diritto comunitario*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, I, Milano, Giuffrè, 2000, p. 355 ss.

- PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Milano, Giuffrè, 1990
- PASTOR, *Diritto penale del nemico e potere punitivo*, in AA. Vv., *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, a cura di DONINI-PAPA, Milano, Giuffrè, 2007, p. 191 ss.
- PAVARINI, *Il "grottesco" della penologia contemporanea*, in *Diritto penale minimo*, a cura di CURI-PALOMBARINI, Roma, Donzelli, 2002, p. 255 ss.
- PAVARINI, *Sicurezza dalla criminalità e governo democratico della città*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, Milano, Giuffrè, 2006, p. 1019 ss.
- PECORELLA, *Pronunce in malam partem e riserva di legge in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 343 ss.
- PEDRAZZI, voce *Diritto penale*, in *Dig. d. pen.*, IV, Torino, Utet, 1990, p. 64 ss.
- PEDRAZZI, *Diritto penale*, I-II-III, Milano, Giuffrè, 2003
- PEDRAZZI, *Problemi di tecnica legislativa*, in *Diritto penale*, III, Milano, Giuffrè, 2003, p. 129 ss.
- PEDRAZZI, *Sentenze "manipolative" in materia penale?*, nota a C. cost., 23 aprile 1974, n. 108, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974, p. 444 ss.
- PETTOELLO MANTOVANI, *Pensieri sulla politica criminale*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, I, Milano, Giuffrè, 2000, p. 417 ss.
- PICOTTI, *Il dolo specifico. Un'indagine sugli "elementi finalistici" delle fattispecie penali*, Milano, Giuffrè, 1993
- PLATONE, *Leggi*, in *Opere complete*, Roma-Bari, Laterza, 1998
- PRITTWITZ, *"Diritto penale del nemico" e potere punitivo*, in AA. Vv., *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, a cura di DONINI-PAPA, Milano, Giuffrè, 2007, p. 139 ss.
- PROSDOMICI, *Democrazia, poteri economici, diritto penale: brevi spunti di riflessione*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, Milano, Giuffrè, 2006, p. 647 ss.
- PULITANÒ, *Giudizio di fatto nel controllo di costituzionalità di norme penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1004 ss.
- PULITANÒ, *Il laboratorio del giurista: una discussione su strumenti e scopi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 108 ss.
- PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 484 ss.
- PULITANÒ, *Orizzonti attuali del controllo di legittimità costituzionale di norme penali*, in *Criminalia*, 2011, p. 11 ss.

PULITANÒ, *Paternalismo penale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, I, Napoli, Jovene, 2011, p. 489 ss.

PULITANÒ, voce *Politica criminale*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Giuffrè, Milano, 1985

PULITANÒ, *Populismi e penale. Sull'attuale situazione spirituale della giustizia penale*, in *Criminalia*, 2013, p. 123 ss.

PULITANÒ, *Principio di legalità ed interpretazione della legge penale*, in AA. VV., *Interpretazione e precedente giurisprudenziale in diritto penale*, a cura di COCCO, Padova, Cedam, 2005, p. 27 ss.

PULITANÒ, *Sull'interpretazione e gli interpreti della legge penale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, Milano, Giuffrè, 2006, p. 657 ss.

PULITANÒ, voce *Politica criminale*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, Giuffrè, 1985, p. 73 ss.

R

RIDOLA, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo in I diritti costituzionali*, I, a cura di NANIA-RIDOLA, Torino, Giappichelli, 2006

M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, Giuffrè, 2004

M. ROMANO, *Complessità delle fonti e sistema penale. Leggi regionali, ordinamento comunitario, Corte Costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 538 ss.

M. ROMANO, *Corte costituzionale e riserva di legge*, in AA. VV., *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di VASSALLI, Napoli, Esi, 2006, p. 29 ss.

M. ROMANO, *Danno a sé stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 984 ss.

M. ROMANO, *La legittimazione delle norme penali: ancora su limiti e validità della teoria del bene giuridico*, in *Criminalia*, 2011, p. 33 ss.

M. ROMANO, *Legislazione penale e consenso sociale*, in *Jus*, 1985, p. 413 ss.

RONCO, *Il principio di tipicità della fattispecie nell'ordinamento vigente*, Torino, Giappichelli, 1979

ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, Torino, Einaudi, 1994

ROXIN, *Antigiuridicità e cause di giustificazione. Problemi di teoria dell'illecito penale*, trad. it. a cura di MOCCIA, Napoli, Esi, 1996

ROXIN, *Il concetto di azione nei più recenti dibattiti della dottrina penalistica tedesca*, in *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, III, Milano, Giuffrè, 1984, p. 2085

ROXIN, *L'evoluzione della politica criminale a partire dai progetti alternativi*, in *Metodologia e problemi fondamentali della riforma del codice penale*, Napoli, Jovene, 1981, p. 29 ss.

ROXIN, *Politica criminale e riforma del sistema penale*, trad. it. a cura di MOCCIA, Napoli, Guida editori, 1986

ROXIN, *Was darf der Staat unter Strafe stellen? Zur Legittimation der Strafdrohungen* in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, a cura di DOLCINI-PALIERO, Milano, Giuffrè, 2006, p. 715 ss.

RÜTHERS, *Vincolo della legge o libera scelta del metodo? Ipotesi per una discussione*, in *Criminalia*, 2007, p. 121 ss.

S

SACCO, *Antropologia giuridica*, Bologna, il Mulino, 2007

SALVADORI, *Democrazie senza democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2011

SARTORI, *Democrazia: cos'è*, Milano, Bur, 2011

SARTORI, *Mala Costituzione e altri malanni*, III ed., Roma-Bari, Laterza, 2006

SGUBBI, voce *Diritto penale comunitario*, in *Dig. d. pen.*, IV, Torino, Utet, 1990, p. 89 ss.

SGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, Bologna, il Mulino, 1990

SGUBBI-INSOLERA, *Il contributo del diritto comunitario alla mutazione dei principi penalistici fondamentali*, in AA.VV., *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, a cura di SGUBBI-MANES, Bologna, BUP, 2007, p. 5 ss.

SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2005

SILVA SANCHEZ, *L'espansione del diritto penale. Aspetti della politica criminale nelle società postindustriali*, trad. it. a cura di MILITELLO, Milano, Giuffrè, 2004

SILVESTRI, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1981, p. 1684 ss.

A. SMITH, *Teoria dei sentimenti morali*, Roma, Istituto della enciclopedia italiana, 1991

SOULEZ LARIVIERE, *Il circo mediatico-giudiziario*, Macerata, Liberilibri, 1994

SOTIS, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto comunitario*, in AA.VV., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di MANES-ZAGREBELSKY, Milano, Giuffrè, 2011, p. 109 ss.

SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, Giuffrè, 2007

SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali dell'Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1150 ss.

SOTIS, *Obblighi costituzionali di tutela e opzione penale: una dialettica perpetua?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 171 ss.

SOULEZ LARIVIERE, *Il circo mediatico-giudiziario*, Macerata, Liberilibri, 1994

SPADA, *Regole e giurisdizioni in concorrenza: il crepuscolo della sovranità*, Napoli, Editoriale scientifica, 2009

SPASARI, *Cinquant'anni dopo: la Costituzione penale inascoltata*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, I, Milano, Giuffrè, 2000, p. 511 ss.

SPASARI, *Diritto criminale e scienza del diritto penale. Oggetto e metodo della dommatica criminale e della criminologia*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, I, Milano, Giuffrè, 1991, p. 531 ss.

SPASARI, *Diritto penale e Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1966

STELLA, *Il giudice corpuscolariano: la cultura delle prove*, Milano, Giuffrè, 2005

STELLA, *Giustizia e modernità: la protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, III ed., Milano, Giuffrè, 2003

STELLA, *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, p. 3 ss.

STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, II ed., Milano, Giuffrè, 2000

STELLA, *La giustizia e le ingiustizie*, Bologna, il Mulino, 2006

STORTONI, *L'“argomentazione” nel diritto penale*, in *Pol. dir.*, 2004, p. 501 ss.

T

TROPER, *Le nuove separazioni dei poteri*, Napoli, Editoriale scientifica, 2007

U

URBINATI, *Democrazia sfigurata. Il popolo tra opinioni e verità*, Milano, Università Bocconi, 2014

V

VALENTINI, *Diritto penale intertemporale*, Milano, Giuffrè, 2012

- VASSALLI, voce *Analogia nel diritto penale*, in *Noviss. dig. it.*, I, Torino, Utet, 1957, p. 607 ss.
- VASSALLI, voce *Analogia nel diritto penale*, in *Dig. d. pen.*, I, Torino, Utet, 1987, p. 158 ss.
- VASSALLI, *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 3 ss.
- VASSALLI, *Cinquant'anni dopo. Dichiarazione dei diritti dell'uomo e "Statuto di Roma"*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, I, Milano, Giuffrè, 2000, p. 527 ss.
- VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei "delitti di Stato" nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista*, Milano, Giuffrè, 2001
- VASSALLI, *La pena in Italia, oggi*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, I, Milano, Giuffrè, 1991, p. 617 ss.
- VASSALLI, *La potestà punitiva*, Torino, Utet, 1942
- VASSALLI, *Nullum crimen sine lege*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, Utet, 1965, p. 493 ss.
- VASSALLI, *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig. d. pen.*, VIII, Torino, Utet, 1994, p. 278 ss.
- VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, Torino, Giappichelli, 2000
- VENEZIANI, *Norme penali di favore e controllo di costituzionalità*, in *Criminalia*, 2007, p. 233 ss.
- VENEZIANI, *Regole cautelari proprie e improprie nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Padova, Cedam, 2003
- VENEZIANI, *Spunti per una teoria del reato condizionato*, Padova, Cedam, 1992
- VENEZIANI, *La punibilità. Le conseguenze giuridiche del reato*, II, Milano, Giuffrè, 2014
- VERDE, *Come si giustifica chi rende giustizia?*, in *Criminalia*, 2012, p. 377 ss.
- VIGANÒ, *Diritto penale e convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 60 ss.
- VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, IV, Napoli, Jovene, 2011, p. 2645 ss.
- VIGANÒ, *L'influenza delle norme sovranazionali nel giudizio di anti-giuridicità del fatto tipico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1062 ss.
- VIGANÒ, *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sovranazionali*, in *Studi in onore di Mario Pisani*, II, Piacenza, Celt, 2010, p. 617 ss.

VIGANÒ, *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, in AA.Vv., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di MANES-ZAGREBELSKY, Milano, Giuffrè, 2011, p. 243 ss.

VIGANÒ, *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1434 ss.

VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitto di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano, Giuffrè, 2000

VIGANÒ, *Terrorismo, guerra e sistema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 648 ss.

VIGANÒ-MAZZA, *Europa e giustizia penale, Quaderno speciale allegato a Diritto penale e processo*, 2011

VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano*, I, II ed., Padova, Cedam, 2009

VINCIGUERRA, *La tutela penale dei precetti regionali cinquant'anni dopo*, in AA. Vv., *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di VASSALLI, Napoli, Esi, 2006, p. 111 ss.

W

WEBER, *Il lavoro intellettuale come professione*, Torino, Einaudi, 1977

WEBER, *Economia e società*, Milano, Edizioni di Comunità, 1999

WOLF, *Gli effetti sociali dei media*, Milano, Bompiani, 2003

Z

ZACCARIA, *La giurisprudenza come fonte di diritto: un'evoluzione storica e teorica*, Napoli, Editoriale scientifica, 2007

ZAFFARONI, *Alla ricerca del nemico: da Satana al diritto penale cool*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, a cura di DOLCINI-PALIERO, Milano, Giuffrè, 2006, p. 757 ss.

ZAGREBELSKY, *Fragilità e forza dello stato costituzionale*, Napoli, Editoriale scientifica, 2006

ZAGREBELSKY, *Il "crucifige" e la democrazia*, Torino, Einaudi, 2007

ZAGREBELSKY, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Torino, Eges, 1984

ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Torino, Einaudi, 2009

ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, il Mulino, 2008

ZAGREBELSKY, *Processo e morte di Gesù*, in AA. VV., *Il processo a Gesù e il giudice C. Cohn*, a cura di MORDECHAI RABELLO-ROSSETTI, Parma, MUP, p. 19 ss.

ZUCALÀ, *Due questioni attuali sul bene giuridico: la pretesa dimensione "critica" del bene e la pretesa necessaria offesa ad un bene*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, Milano, Giuffrè, 2006, p. 791 ss.

ZUNIGA RODRIGUEZ, *Vecchie e nuove tendenze politico-criminali nella legislazione penale*, in *Crit. dir.*, 2006, p. 322 ss.

