

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CAMERINO

FACOLTA' DI GIURISPRUDENZA

ASSOCIAZIONE INTERNAZIONALE DI DIRITTO PENALE

GRUPPO ITALIANO

CONSORZIO UNIVERSITARIO PICENO

OGGETTO E LIMITI DEL POTERE COERCITIVO DELLO STATO NELLE DEMOCRAZIE COSTITUZIONALI

*Atti del convegno
Ascoli Piceno 5-6-7 marzo 2010*

*a cura di
Luciano Violante, Tullio Galiani, Antonella Merli*



CAMERINO

2013

PROGRAMMA

Venerdì, 5 marzo

Ore 15

Apertura dei lavori

Indirizzi di saluto

Ore 15,30

Presentazione del convegno

Relazione introduttiva

Prima sessione

Profili costituzionali

Relazioni

Interventi e dibattito

Sabato, 6 marzo

Ore, 9,30

Seconda sessione

Profili penalistici

Relazioni

Interventi e dibattito

Pausa pranzo

Ore 15

Ripresa dei lavori

Terza sessione

Profili etico-politici

Relazioni

Interventi e dibattito

Domenica, 7 marzo

Ore 9,30

Quarta sessione

Profili interculturali e interetnici

Relazioni

Interventi programmati

Dibattito

INDICE

Presentazione del Convegno p. 7

Tullio Galiani

già Associato di diritto penale

Università di Camerino

Relazione introduttiva p. 10

Antonella Merli

Ricercatore di diritto penale

Università di Camerino

Relazioni

Gaetano Silvestri p. 39

Giudice della Corte Costituzionale

Diritto penale, democrazia, costituzione

Fausto Giunta p. 50

Ordinario di diritto penale

Università di Firenze

Verso un rinnovato romanticismo penale?

*I reati in materia di religione e il problema
della tutela dei sentimenti.*

Luigi Stortoni p. 72

Ordinario di diritto penale

Università di Bologna

Soggetti e luoghi della riforma penale

Paola Severino

p. 83

Ordinario di diritto penale

Università L.U.I.S.S. “Guido Carli”

La critica della storia tra diritto e delitto

Domenico Pulitanò

p. 92

Ordinario di diritto penale

Università di Milano-Bicocca

Sostenibilità morale del diritto penale ed etica della democrazia

Giovanni Fiandaca

p. 118

Ordinario di diritto penale

Università di Palermo

*I temi eticamente sensibili tra ragione pubblica
e ragione punitiva*

Massimo Donini

p. 153

Ordinario di diritto penale

Università di Modena e Reggio Emilia

*Democrazia e scienza penale nell'Italia di oggi:
un rapporto possibile?*

Vincenzo Pacillo

p.187

Associato di diritto ecclesiastico e canonico

Università di Modena e Reggio Emilia

Brevi considerazioni preliminari sul ruolo dei valori religiosi nell'esperienza giuridica contemporanea

Cristina De Maglie

p. 210

Ordinario di diritto penale

Università di Pavia

Institute for Legal Research

University of California, Berkeley

Società multietnica e reati culturalmente motivati

Interventi programmati

Guido Biscontini

p. 231

Ordinario di diritto civile

Università di Camerino

Gerarchia dei valori e principio di legalità

costituzionale: per un diritto penale assiologicamente orientato

Beatrice Magro

p. 238

Associato di diritto penale

Università G. Marconi di Roma

Globalizzazione, mercato, regole. Il diritto penale economico al cospetto delle neuroscienze. Una critica alla razionalità economica.

Federica Resta

p. 281

Università di Foggia

Ancora su terrorismo e stato della crisi

Roberto Flor

p. 308

Dottore di ricerca in diritto penale

Università di Verona

Le recenti sentenze del Bundesverfassungsgericht e della Curtea Constituțională sul data retention

TULLIO GALIANI

Presentazione del Convegno

Gli argomenti affrontati nei tre giorni di lavoro, tutti interconnessi, si incrociano in una serie di riflessioni sulla determinazione dell'oggetto e limiti della coercizione statale (una coercizione basata sui diritti, sul rispetto del pluralismo, e non sull'astratta potestà punitiva dello Stato). Volendo sintetizzare all'estremo, si può dire che il tema del Convegno ruota attorno a questa semplice domanda: che cosa è consentito vietare e punire nelle democrazie pluraliste contemporanee? Con tutti i vertiginosi interrogativi che essa si porta appresso che si riverberano, significativamente, sulla genealogia del diritto penale e sui fondamenti della democrazia e che tracciano un itinerario che ha interesse come premessa a quella politica del diritto criticamente e ontologicamente fondata che è diventata ormai cultura nella coscienza e nell'opera del giurista, che affronta oggi la questione penale non più in sé soltanto ma nel contesto complessivo dell'esperienza umana: nelle sue relazioni ad altri momenti costitutivi di tale esperienza, che siano in grado di farne meglio vedere il significato. Interrogativi che, componendo un quadro con l'occhio al 'penale', e invitando a riflettere attorno all'uso e all'abuso del diritto penale ma anche sui requisiti del miglior diritto penale possibile, investono le contraddizioni del pluralismo e la loro risoluzione; la distinzione tra vincoli garantistici inderogabili, rigidi, dove sono in gioco i diritti, e gli spazi aperti alle valutazioni e alle scelte politiche del legislatore; dunque la competenza della Corte costituzionale e le prerogative del potere politico; il rapporto tra democrazia e scienza penale: un modello di scienza penale (integrata) che è anche scienza sociale, e che mette in gioco la responsabilità degli studiosi nell'attuale momento storico, ai quali si chiede un contributo non solo all'applicazione ma anche alla formazione delle norme e, infine, a livello costitu-

zionale (di un costituzionalismo democratico-pluralista, che rifiuta l'idea di un ordine predefinito di priorità fra i valori in gioco), delicate questioni di bilanciamento tra diritti, o principi; tra esigenze di tutela e garanzie costituzionali, sul cui equilibrio si fondano gli Stati costituzionali contemporanei.

La cultura giuridica tradizionale, è cosa nota, cercava di rispondere a tale domanda chiudendosi in se stessa, isolandosi dagli altri saperi, e ciò soprattutto a causa di una sorta di disimpegno dei giuristi, di disinteresse per le questioni politiche, culturali, sociali. Oggi non è più così, oggi più che mai la questione penale non può prescindere dall'approccio empirico, da un confronto con il linguaggio delle scienze e delle altre discipline umane e sociali. In una società straordinariamente complessa come la nostra, piena di conflitti e contraddizioni, evidentemente la sfera di legittimazione dell'intervento punitivo, cioè il tema del nostro incontro, non può definirsi se non nel contesto complessivo dell'esperienza umana. Dunque la varietà degli argomenti, di cui intende occuparsi il convegno, non deve suscitare meraviglia. Noi non siamo studiosi di materie, bensì di problemi, avvertiva Karl Popper, e i problemi possono superare i confini di qualsiasi materia o disciplina. Quando perciò si pretende di costruire il diritto penale come un sistema autopoietico chiuso, impermeabile agli altri saperi, si fa del giurista uno studioso di norme non di problemi e il diritto finisce per vivere in un mondo fittizio senza alcun contatto con i problemi del mondo reale. Ciò è tanto più vero oggi, perché viviamo indubbiamente in un momento di transizione, siamo di fronte a un passaggio, a una fase nuova, che mette in crisi consolidati equilibri. La stessa espansione del diritto penale in tutte le sfere dell'esperienza contemporanea ha generato una visione, per così dire, pampenalistica dei problemi del presente.

Bene, se consideriamo tutto questo, possiamo vedere, come mai in passato, che i problemi del penale non possono essere soltanto penali. Spesso, in relazione a casi recenti (si pensi ai temi così detti eticamente sensibili, familiari a tutti), non si sa come definire le questioni dibattute: giuridiche, filosofiche, morali, teologiche? È un fatto che nelle democrazie di oggi la filosofia, la morale, la religione entrano prepotentemente nel dibattito politico e nel diritto. Data questa, diciamo così, onnicomprensività del diritto penale, non può sorprendere più di tanto che il discorso sul tema guida del convegno, pur distinguendo i problemi scientifici da quelli di politica del diritto, tenda ad esprimersi in termini, per così

dire, di pluridimensionalità, ossia solleciti e suggerisca un'analisi e una riflessione su aspetti che hanno a che fare con uno spazio aperto ad opzioni diverse, a un pluralismo di valori e di forme di vita, in cui il principio democratico, nelle sue diverse proiezioni, si pone quale premessa imprescindibile per il riconoscimento di un diritto penale come è sancito dalla Costituzione, quale ideale regolativo “non arbitrario”, basato su una moralità istituzionale comune e preponderante che consenta di governare il pluralismo delle concezioni del bene. Ciò da un lato arricchisce culturalmente il dibattito (così che non diventi questione da specialisti blindati nelle loro dottrine comunicabili) e dall'altro dà concretezza al discorso giuridico collocandolo nella dimensione pratico-politica alla quale appartiene prevalentemente il diritto.

Prendendo dunque spunto dalla ampia portata del tema del convegno, il programma è articolato in quattro sessioni, e raggruppa gli interventi dei relatori all'interno di quattro bipolarità concettuali, variamente intrecciate, provando a calare ragioni e criteri delle scelte di criminalizzazione (cioè la costituzionalità, o razionalità, e la bontà, o moralità, o giustizia di quelle scelte) nella trama dei rapporti tra norma penale e costituzione, diritto e politica, diritto penale e morale, società multiculturale e diritto penale. Nella dinamica che è vicina a tutti questi campi di indagine, il penalista ha un ruolo importante da svolgere: far luce sul volto emergente del diritto penale, il quale, come si è detto, deve confrontarsi con un contesto socio-culturale radicalmente mutato, con una realtà molto più fluida e molto più complessa di quanto non lo fosse appena qualche decennio addietro.

ANTONELLA MERLI

Relazione introduttiva

Sommario: 1.- I limiti della potestà punitiva dello Stato nella configurazione dei reati tra vincoli di costituzionalità e principio democratico. 2.- Diritto penale e consenso sociale. 3.- Politica criminale e mezzi di comunicazione di massa. 4.- Il c.d. negazionismo tra esercizio di un diritto e delitto. 5.- Il problema della c.d. “sostenibilità morale” del diritto penale. 6.- Laicità, religiosità e diritto penale. 7.- Diritto penale e società multiculturale.

1.- I limiti della potestà punitiva dello Stato nella configurazione dei reati tra vincoli di costituzionalità e principio democratico

Nel momento in cui una nuova norma giuridica, la Costituzione, ha introdotto nell'ordinamento giuridico positivo il principio della limitazione del potere attraverso il diritto (l'ideale antichissimo del governo delle leggi), nella democrazia pluralista convivono queste due dimensioni correlate: libertà e coercizione, corrispondenti alle due facce della cittadinanza democratica; una convivenza difficile ma nondimeno cruciale. Coniugare libertà e coercizione è certo riflessione antica ed è un vecchio problema della nostra civiltà liberale. Oggi, per la cultura giuridica occidentale, nell'orizzonte delle democrazie costituzionali, costituisce -sotto l'effetto dei radicali cambiamenti che si manifestano nel mondo contemporaneo- uno dei punti più critici e delicati della questione politico-criminale. Il tema ha portato in primo piano il problema dei limiti della potestà punitiva dello Stato nella configurazione dei reati: di quello, cioè, che, all'interno di una moderna democrazia liberale, il legislatore può legittimamente e giustamente punire, e quello che deve lasciare impunito. E' la questione dominante di questi anni, dove soprattutto in gioco sono la dignità dell'uomo con i suoi diritti fondamentali. Un'impresa, mai definitivamente conclusa, per cercare di coniugare i principi di libertà e autonomia con quelli di autorità e responsabilità, e intima-

mente legata alla qualità della democrazia di cui un paese dispone. Il problema, in cui si intrecciano-come vedremo-legittimazione formale e giustificazione sostanziale del vietare e punire, scaturisce dalla simultanea esistenza di due esigenze radicalmente eterogenee e tendenzialmente opposte: garantire un efficiente controllo sociale e, al tempo stesso, il massimo grado di libertà individuale dei cittadini.

In democrazia, la legge è il frutto di decisioni di organi politici, legittimati dalla volontà popolare, e si presume che sia anche frutto di ragione e di esperienza. Tuttavia è la ‘volontà politica’ della maggioranza, non la ‘ragione’ (la ragione può stare dalla parte delle minoranze), la condizione ultima perchè ogni scelta legislativa assuma vigore. Questo indebolimento del vincolo di razionalità è a favore di un largo spazio di manovra che lo Stato costituzionale affida alla discrezionalità della politica, e quindi alla ‘volontà’ insindacabile (al possibile arbitrio) del legislatore: uno spazio in cui la legge fondamentale non è capace di vincolarlo, di imporsi sulla sua volontà, sul suo potere di attuazione.¹ Queste componenti razionali e volontaristiche della legge, mettono in luce il problema delle odierne democrazie occidentali che, in ambito penalistico, potrebbe essere descritto come quello della difficile convivenza tra democrazia pluralistica e razionalità sistematica del diritto penale.

Nondimeno, nelle democrazie di oggi, il diritto penale è subordinato alla Costituzione. La Costituzione, pur essendo le scelte di politica criminale nelle mani del legislatore, ostacola -è questo il suo ruolo- una politicizzazione integrale del diritto: la legge è valida, se rispetta non solo la forma, ma anche i limiti e i vincoli di contenuto da essa imposti al legislatore. Sotto questo profilo, la democrazia non è soltanto una procedura, un puro metodo decisionale, che vincola il chi e il come, ma offre anche contenuti sostantivi: il quadro dei valori costituzionali disegna, con forza vincolante, i confini dell’area del penalmente rilevante. Tuttavia, il Costituente, per rispettare la sovranità politica della legge, non poteva non lasciare al legislatore uno spazio proprio, fuori dalla sfera dei vincoli, dei limiti e delle regole. Del resto, nei tempi in cui viviamo, un gran numero di questioni (penso, ad esempio, ai temi che riguardano l’inizio e la fine della vita, la concezione della famiglia,

¹ L’attuazione dei principi costituzionali da parte del legislatore non si limita a specificare diritti (e valori) enumerati nel testo costituzionale: ne produce di nuovi. Dottrina e giurisprudenza interpretano, ad esempio, come clausola di rinvio a diritti non enumerati nella Costituzione l’art. 2 cost. (“la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo”). Il Nono emendamento della Costituzione federale statunitense rinvia essa stessa a diritti non enumerati. Cfr. M. BARBERIS, *Etica per giuristi*, Laterza, 2006, p. 29.

l'emergenza climatica e la difesa dell'ambiente, i confini della scienza, le migrazioni transnazionali e l'interdipendenza globale che sfidano la sovranità e i confini degli Stati, il multiculturalismo nelle agitate democrazie contemporanee) mostrano nuove dimensioni delle libertà e dei diritti, e si collocano talvolta in uno spazio vuoto da diritto. Pongono cioè interrogativi inediti che di certo i padri costituenti non potevano prevedere nella fase storica in cui la Costituzione venne alla luce, e che pertanto non trovano una risposta univoca nei principi riconosciuti dalla comunità politica e depositati nella Costituzione, se non a patto di concepire la Costituzione come un'organizzazione di valori compatta e monolitica, in contrasto con la sua configurazione essenzialmente pluralista², quale è quella che si è affermata in Europa nella fase costituente del secondo dopoguerra, in forza della quale essa contiene, e non potrebbe non contenere, più che disposizioni di dettaglio, cardini essenziali, principi (principio democratico; di laicità; di solidarietà; di inviolabilità dei diritti dell'uomo; di intangibilità della dignità della persona...), i cui enunciati, a causa della loro formulazione in termini di principi generalissimi la cui disciplina flessibile prende forma nel tempo, nella concretezza delle situazioni in cui sono chiamati ad operare, possono giustificare la più diversa legislazione attuativa, e rivelarsi nella prassi -nello specifico ambito penalistico- più un criterio orientativo della politica criminale, che non un rigido parametro di valutazione della legittimità costituzionale della legislazione penale. Essi, a ben vedere, solo nella loro astrattezza sono condivisi da tutti. Nel momento in cui si domanda in qual modo li si possa garantire, la questione si concentra sui problemi dei loro conflitti.³ Nello stesso catalogo dei diritti umani, che racchiudono verità considerate stabili e permanenti e rappresentano, in un certo senso, la laicizzazione del diritto naturale e la sua trasformazione in diritto storico, anche se intesi come categoria dinamica e non chiusa o statica, emergendo pur sempre un'esigenza di adeguamento ai mutamenti sociali, è possibile trovare, fianco a fianco, un valore e il suo

² Nel campo giuridico, tutte le giurisprudenze e le dottrine costituzionali che riconoscono che i valori costituzionali sono plurimi e conflittuali e ammettono il ricorso alla ponderazione (o bilanciamento) tra valori ultimi giustificativi dei rispettivi diritti possono considerarsi altrettante applicazioni del pluralismo. Cfr. M. BARBERIS, *Etica per giuristi*, cit., p. 190; R. BIN, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in M. LA TORRE, A. SPADARO (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 69-72.

³ Che vi siano conflitti fra valori è la tesi difesa dal pluralismo etico e contestata dal monismo etico (non solo da filosofi morali ma anche da giuristi): cfr. ad esempio F. TOILLER, *La resolución de los conflictos entre derechos fundamentales*, in E. FERRER MAC-GREGOR (a cura di), *Interpretación constitucional*, Universidad Nacional Autónoma, Mexico, 2005, t. II, pp. 1199-1284). Sul tema, fra gli altri, H. STEINER, *An essay on Rights*, Blackwell, Oxford-Cambridge 1994.

contrario, insieme incidenti e paralleli, che si mettono ‘fuori gioco’ a vicenda. E’ proprio qui, con riguardo ai diritti fondamentali della cultura occidentale, che il pluralismo (il principio della libertà di ogni morale) si pone in termini drammatici.⁴ La tolleranza della democrazia verso culture diverse è essa stessa un valore. Tuttavia, anche nel modello multiculturalista esistono -devono esistere- limiti alla tolleranza, che in campo penale precludono qualsiasi valutazione indulgente.⁵ Il lavoro di declinazione di valori e diritti richiama perciò questioni di bilanciamento fra i valori coinvolti, nessuno dei quali, di regola, è protetto in assoluto, per cui richiede soluzioni di riequilibrio tra i valori in conflitto e un loro giusto temperamento.

Nel tessuto dei principi costituzionali si aprono così dei varchi attraverso cui passano concezioni del bene, visioni del mondo, dottrine etico-politiche, che mettono fuori gioco l’analisi giuridica, rispetto a un processo di evoluzione sociale che implica valutazioni contrassegnate da un’ampia componente di discrezionalità politica, irrimediabilmente affidata al legislatore ordinario. E che si prestano ad una contaminazione con il mondo morale, con quello ideologico, e perfino con quello religioso. E’ attraverso questi varchi che è tornata a farsi sentire la voce della Chiesa. Ed è questo il luogo dove esplodono aspri conflitti ideologici, il terreno sul quale si confrontano obbiettivi e linguaggi di culture alternative, e dove si scontrano i rapporti di forza degli schieramenti politici. Qui non ci sono dogmi sedimentati e perennemente validi: qui, insomma, tutto è solo storia.

Se è così, l’approccio costituzionale non chiude ma al contrario apre un ulteriore piano di problemi, per scegliere, nel conflitto delle istanze, delle esigenze e delle aspirazioni di una società altamente differenziata, le soluzioni più giuste, e le più vantaggiose, o le meno dannose, per l’ordine sociale contemporaneo. Allarga cioè l’orizzonte conoscitivo a profili

⁴ Significativa, al riguardo, è la posizione assunta dai rappresentanti dei paesi islamici di Asia ed Africa, dei paesi confuciani e buddisti in occasione della Conferenza mondiale delle Nazioni Unite sui diritti umani (Vienna, 1993), i quali, nel rifiutare la concezione dei diritti umani propria degli stati di tradizione liberale, hanno sostenuto e fatto prevalere l’idea che le questioni relative alla tutela dei diritti umani debbano essere valutate sulla base delle particolarità regionali e nazionali e dei relativi valori religiosi e culturali, contestando le ingerenze internazionali nella loro sfera di sovranità.

⁵ Sul concetto di tolleranza, v. MORMANDO, *Religione, laicità, tolleranza e diritto penale*, in *Scritti Stella*, Napoli, 2007, p. 262 ss.; K. POPPER, *Tolleranza e responsabilità intellettuale*, in *Mendus-Edwards, Saggi sulla tolleranza*, Milano, 1990; E. GARZON VALDES, “No pongas tus sucias manos sobre Mozart”. *Algunas consideraciones sobre el concepto de tolerancia* (trad. it.) in *Tolleranza, responsabilità e Stato di diritto. Saggi di filosofia morale politica*, Bologna, 2003; N. BOBBIO, *Le ragioni della tolleranza*, in *L’età dei diritti*, Torino, 1990, p. 236.

di indagine interdisciplinari, al dialogo multiculturale, alle molte sfide che, al di là degli aspetti più squisitamente giuridici, le innovazioni tecnologiche e culturali pongono alle società democratiche e alla stessa comunità internazionale. E che aspirano a dare una *giustificazione* al diritto di punire (come pure al fondamento della pena moderna), invece di una legittimazione solo formale.

Si profila allora l'interrogativo se -in società caratterizzate dalla compresenza di plurime visioni del mondo, in contraddizione l'una con l'altra, dove la cultura giuridica tradizionale, ben attrezzata per un'altra dimensione, in cui la società "nazionale" era "pensata" come compatta, omogenea e indifferenziata al suo interno,⁶ ha cominciato ad entrare in crisi-è la sola Costituzione a dover sostenere tutto il peso della giustificazione della coercizione punitiva dello Stato. Un tema che, nella presente situazione spirituale del pensiero penalistico, riapre un discorso sui fondamenti etico-normativi del diritto penale e, più in generale, del diritto punitivo o coercitivo, di cui il diritto penale è solo una parte, anche se la più importante.⁷

Che non sia possibile ricavare dalla Costituzione prescrizioni vincolanti circa il contenuto sostanziale dei reati, è opinione assai diffusa. Se è vero infatti che l'apparato di principi e valori attorno a cui si è strutturata contiene le nostre convinzioni più radicate, rende esplicite concezioni che condividiamo, tuttavia, nel momento "politico" della legislazione attuativa, il precetto costituzionale si fa flessibile, discreto, capace di adeguarsi -attraverso l'ineliminabile mediazione del legislatore- alle specifiche vicende sociali, nelle varie loro sfaccettature, singolarità, irregolarità, mutevolezze, e di rispondere ai quesiti via via posti dall'innovazione. Anche dopo l'avvento della Costituzione si pone quindi un problema di giustificazione sostanziale (*in senso forte*) dell'intervento punitivo (di ciò che è giusto o ingiusto punire), che va oltre l'approccio giuspositivistico, o di legittimazione formale (o di giustificazione sostanziale *in senso debole*), su cui si basa il paradigma costituzionalistico, il quale non arriva a postulare una limitazione rigorosa e selettiva dell'area dell'intervento penale. E' per questo che la Costituzione occupa solo una parte della politica, sollevando il problema dei rapporti tra principio democratico e vincoli di costituzionalità, che pone l'eterno di-

⁶ W. TWINING, *Globalisation and Legal Theory*, Evanston, 2000, pp. 142 ss., 561 ss.

⁷ Per un esame approfondito dell'argomento, v. A. MERLI, *Democrazia e diritto penale. Note a margine del dibattito sul cosiddetto negazionismo*, Esi, 2008, pp. 191 ss. e 266 ss.

lemma tra due spinte opposte: optare per la democrazia (riducendo lo spazio dei diritti), o piuttosto per i diritti (riducendo lo spazio della politica)? Ed è per questo che la dissertazione sulla potestà punitiva dello Stato nella configurazione dei reati, e di come contenerla e limitarla, involge la perenne dialettica tra politica e diritto (due forze, due spinte opposte, due poteri con propri distinti circuiti di legittimazione sul cui equilibrio si basa lo Stato di diritto); tra ciò che è ontologicamente, o naturalisticamente, delitto, e ciò che è tale per mera creazione politico-sociale; tra efficienza repressiva e limitazione della coercizione (due esigenze in reciproca tensione e, talvolta, in aperto conflitto tra di loro) e, in radice, tra diritto penale e morale. Le ragioni, cioè, antiche e recenti, di quello che, all'interno di una moderna democrazia liberale, il legislatore può legittimamente e giustamente punire, e quello che deve lasciare impunito. Insomma, un problema che va al cuore del diritto penale, e che investe le scelte politiche relative ai contenuti, ovvero al “che cosa punire” (ma anche le scelte concernenti il “perché punire” ed il “come punire”).

La ricerca di una base sostanziale alla pretesa punitiva dello Stato, in cui affiorano prospettive ed esigenze legate alla c.d. sostenibilità morale del diritto penale, chiama dunque in causa punti di vista esterni al diritto (la coerenza con i valori costituzionali non costituisce sempre una garanzia di bontà della legge), dove affiora l'autonomia della dimensione etico-politica, in cui si esprime la opportunità, desiderabilità, plausibilità di ciò che una maggioranza politico-parlamentare decide o può decidere in campo penale.

2.- Diritto penale e consenso sociale

La questione del legittimo fondamento della restrizione della libertà dei consociati rinvia al rapporto tra diritto penale e consenso sociale.⁸ Nella determinazione dei valori da tutelare, che aspirano ad una validità generale, la scelta è soggetta a discussione razionale, a critica e ad argomentazione, e avviene attraverso la dialettica e le procedure democratiche di formazione delle norme. La stessa garanzia della riserva di legge, che non mira solo a soddisfare un'esigenza di certezza, sta in primo luogo nell'affidare alla competenza esclusiva del Parlamento, espressione della sovranità popolare e del pluralismo politico, sociale e cul-

⁸ E' proprio questo consenso che “fa sì che tutti accettino come vincolanti le norme emesse nel modo prescritto dalla costituzione” (K. OLIVECRONA, *Law as Fact* [1939], trad. it. *Il diritto come fatto*, a cura di S. Castignone, Giuffrè 1967, cap. II, pp.43-44).

turale, la disciplina di una materia che incide sui diritti di libertà del cittadino. Una convivenza nella libertà, e la stessa effettività del diritto, è possibile se l'osservanza dei precetti sia il risultato di un'obbedienza prevalentemente volontaria, e non dell'esercizio del potere e della coercizione statale (anche se deterrenza e repressione non possono essere eluse). Perciò il criterio democratico di fondazione delle scelte di criminalizzazione, cioè il criterio di scelta nella selezione delle condotte da penalizzare, non può essere individuato se non nel grado di consolidamento del disvalore dei fatti nella coscienza collettiva.⁹ Lo stesso processo di 'ricodificazione penale', in un'età di politeismo di valori, esige, in ultima istanza, un consenso attorno a fondamentali valori comuni (un insieme di regole minime, di principi, che legano i membri del gruppo), entro un orizzonte segnato -in un'ottica rivolta al futuro- dalla crescente transnazionalizzazione e internazionalizzazione del diritto penale.

Tuttavia, in questa fase, nell'agire quotidiano, coesistono, l'una accanto all'altra, molte visioni del mondo, modi di vivere, opinioni, nessuna delle quali può rivendicare per sé il possesso della verità assoluta. Alcuni settori cruciali della vita individuale e collettiva sollevano questioni in cui la stessa nozione di "danno ad altri" assume una dimensione molto complessa che nasconde (laddove valori diversi e concezioni diverse si contendano il campo), accanto a giudizi di fatto di tipo empirico-scientifico, giudizi di valore a carattere etico-politico. Si pone allora il quesito se, nel contesto inevitabilmente frammentario della nostra contemporaneità, in ambiti morali di confine, dove è accentuato un pluralismo ideologico di valutazioni sociali, sia sufficiente un consenso sociale diffuso per formulare divieti e punizioni, o debba valere il principio della sottrazione alla "regola della maggioranza". Così è per le grandi questioni della bioetica e della genetica, che vedono il mondo diviso in due "campi" che, pur contrapposti, sono ancorati entrambi ai principi e ai valori della Costituzione. Tutti riconoscono il valore della vita, quando però si tratta di specificarne in concreto contorni, contenuto, rapporti con altri beni e valori, ognuno aspira a risolvere le questioni presentando la propria come l'unica possibile declinazione dei diritti. Ad esempio, è vita quella dell'embrione? E la c.d. locazione del ventre materno offende, o no, il valore della

⁹ Come spiega Habermas: "Una norma può pretendere di aver valore soltanto se tutti coloro che possono esserne coinvolti raggiungono (o raggiungerebbero), come partecipanti a un discorso pratico, un accordo sulla validità di tale norma": J. HABERMAS, *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*, (MB), Frankfurt a.M., 1983, trad. it., p. 74. ss

“dignità umana”? Ancora: le decisioni sulla morte debbono ricondursi, o no, e in che misura, all'autonomia del singolo? Se non esiste, o non è rintracciabile, qualche principio costituzionale in grado di gestire questioni di una tale portata, allora occorre demistificare l'immagine semplice e consolatoria, secondo cui il legislatore troverebbe quasi magicamente nella Costituzione la chiave per risolvere tutti i conflitti tra i diritti in gioco.

3.- Politica criminale e mezzi di comunicazione di massa

Il tema del vietare e punire deve fare i conti con la funzione e gli effetti dei mezzi di comunicazione di massa, e sui loro rapporti con la politica criminale. La risposta alla domanda: che cosa punire, e che cosa no, è, infatti, fortemente influenzata dai media. La scienza penalistica partecipa (o cerca di partecipare) alla definizione sociale della criminalità attraverso un contributo di razionalizzazione; i media - largamente responsabili della percezione sociale del crimine - avvalorano, a volte, un modello puramente simbolico di diritto penale, una sorta di diritto penale dell'immagine, fondato non sulla norma ma sull'annuncio della norma, fomentando l'allarme sociale e il sentimento di insicurezza collettivo. Proprio in tema di sicurezza, in una fase storica in cui la sicurezza, di fronte al dilagare del terrorismo internazionale e ai vari temi legati alle cosiddette emergenze criminali, è diventata problema planetario, si accusa il diritto penale di fondarsi sulla paura, per recuperare, o rafforzare, il consenso nei confronti delle istituzioni attraverso un uso strumentale ed opportunistico della legge, al di fuori dell'individuazione di reali bisogni di tutela. Problema connesso è, ad esempio, se la politica della sicurezza debba essere misurata valutandone l'efficacia, oppure se possa essere ritenuta adeguata anche se persegue effetti solo simbolici, di rassicurazione, indipendentemente da una effettiva capacità di contenimento della minaccia, di riduzione del rischio, di effettiva prevenzione. In altre parole, se la legge penale debba tutelare soltanto la sicurezza in senso oggettivo (assenza di pericolo), o anche quella in senso soggettivo (libertà dalla paura). L'idea di normare sulla paura è considerata da alcuni tutt'altro che stravagante.

4.- *Il c.d. negazionismo tra esercizio di un diritto e delitto*

Il tema del rapporto tra libertà e coercizione richiama l'attenzione sullo spazio (legittimamente) riconosciuto alla libera espressione delle coscienze e delle libertà individuali. Che solleva, a sua volta, numerosi interrogativi. Ad esempio: è raccomandabile una verità storica difesa, anziché dagli storici di mestiere, dal potere pubblico? E, soprattutto, è giusto attribuire alla maggioranza la fissazione dei 'confini' della discussione legittima? In altre parole: c'è un limite a cui si può spingere la 'discutibilità' delle verità e dei valori della democrazia?

Sono domande che ci portano immediatamente all'attualità e alla cronaca dei nostri giorni, al dibattito sul c.d. negazionismo (la negazione della Shoa o di altri crimini di genocidio), che è tornato, in questi ultimi tempi, prepotentemente alla ribalta.¹⁰ Ne è scaturita un'ampia discussione, anche in sede politica, con il contributo di riflessione di storici, uomini di cultura e giuristi, sullo sfondo di una questione che presenta alcuni nodi difficili, all'incrocio di varie discipline.

Nella discussione in corso la questione cruciale¹¹ è se in un modello pluralista di Stato e di società una verità storica, che abbia ricevuto un riconoscimento pressoché universale, può essere oggetto di protezione penale nei confronti di espressioni di pensiero che la negano. E ciò al fine di contrastare il pericolo del loro diffondersi soprattutto tra i giovani e di combattere già sul piano ideale, in una prospettiva più ampia di prevenzione e repressione del fenomeno, ogni forma di razzismo, di antisemitismo e di xenofobia. Per agire, cioè, già contro "i precursori intellettuali" degli atti di violenza spesso collegati a posizioni negazioniste che avrebbero l'effetto di alimentarli o incentivarli.¹²

¹⁰ Cfr. A. MERLI, *Diritto penale e democrazia*, cit., p. 25 ss.

¹¹ La questione si è posta anche in ambito europeo senza trovare ancora nel confronto politico soluzioni indiscusse. Tuttavia nove Stati membri dell'Ue hanno sanzionato penalmente la negazione dell'Olocausto: cfr., ad es., l'art. 130, comma 3, del codice penale tedesco (introdotto nel 1994), che prevede come fattispecie autonoma la negazione, minimizzazione e approvazione dell'Olocausto a tutela dell'ordine pubblico. Cfr. sul punto T. LECKNER, *sub art. 130*, in A. SCHÖNKE E H. SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26 ed., München 2001, p. 1219.

¹² Tra i riferimenti specifici del negazionismo alcuni Ministri della Giustizia dell'Ue hanno proposto di inserire nella lista lo stalinismo e la negazione del Gulag sovietico, dei cui orrori se ne sa di meno e se ne parla di meno. L'argomento è oggetto del recente romanzo di MARTIN AMIS, *La casa degli incontri*, pubblicato in Italia nel 2008 da Einaudi.

La contrapposizione tra i punti di vista su questo tema è radicale: uno stesso comportamento, la negazione di una verità storica (cioè dei crimini di genocidio), da un lato è considerato delitto, a causa della sua presunta idoneità a incitare ad atti violenti, dall'altro esercizio di un diritto, o per lo meno un problema più sociale che penale, per cui deve essere escluso da ogni sanzione. Sotto il primo profilo, da più parti si reclama una tutela coercitiva anche penale, un segnale forte che, di fronte alla “mostruosità” del negazionismo, rafforzi nei consociati l'adesione al quadro dei valori generalmente condivisi. Una tutela che viene giustificata anche con il suo valore simbolico, con la necessità di sancire l'adesione ad una “moralità pubblica” che deve dimostrarsi fedele agli ideali proclamati dalla Costituzione. A fondamento di questa posizione, c'è l'idea dello Stato come educatore, come precettore che entra nella coscienza dei cittadini. E, più in generale, una concezione del diritto penale che adempie non più solo funzioni repressive, ma anche funzioni promozionali, di direzione sociale.

L'aspetto più generale del problema riguarda la legittimazione dell'attivazione dello strumento penale a tutela di meri principi, meri sentimenti, o concezioni generali di valore. E, dunque, la distinzione di ciò che lo Stato deve riconoscere come diritto a decidere sulle nostre priorità e su come vivere la nostra vita, ossia a salvaguardare il nostro modo di essere e di pensare, e ciò che invece può essere valutato come condizione necessaria per la convivenza di uomini liberi.

La tentazione di risolvere un problema culturale e sociale con la minaccia della pena, ha sollevato numerose perplessità e censure. Per diverse ragioni. In primo luogo: non spetta al Parlamento scrivere la storia, né tanto meno imporre una ricostruzione dei fatti storici. Seconda ragione. Si può ben riconoscere che la funzione delle sanzioni repressive è anche quella di produrre un effetto di accreditamento delle regole sociali condivise e quindi di stabilizzazione sociale. In questo quadro il diritto penale può svolgere, indirettamente, una funzione “moralizzatrice”, o di “orientamento culturale”, trasmettere con il precetto la misura della rimproverabilità morale del fatto, comunicare all'autore il senso della serietà della sua violazione, stimolando, con un ‘messaggio’ diretto alle coscienze, una ‘interna’ adesione all'osservanza dei precetti legali e dei principi di convivenza che vi stanno alla base.

Questa funzione di orientamento socio-pedagogico che il diritto penale può esercitare sui piani di vita delle persone, per indurre nella generalità dei consociati l'adesione ai valori dell'ordinamento, tuttavia nell'ottica di un diritto penale ancorato all'idea milliana del "danno ad altri", quale criterio fondamentale di legittimazione delle norme penali, non può condurre il legislatore a fare a meno di un connotato di effettiva dannosità del reato, utilizzando lo strumento "forte" della pena al prevalente scopo di formare o rafforzare la coscienza etica dei singoli. In una società democratica matura, non rientra nella competenza dello Stato il compito di educare coercitivamente i cittadini adulti ai valori sociali dominanti. Il tentativo di dominare, e plasmare, gli atteggiamenti interiori dei consociati -ostili (o indifferenti) ai valori tutelati dall'ordinamento- per indurli ad uniformarsi ad un certo sistema morale, è poco in sintonia con uno Stato laico e con una forma di vita democratica.

Un'altra ragione è insita nel diritto alla libertà di espressione (art. 21 Cost.), che comprende necessariamente il diritto di dire ciò che si vuole riguardo alla storia e ai personaggi storici, non importa quanto sgradito, scandaloso o impopolare. Infine, sono stati avanzati dubbi anche sull'utilità di prescrivere in modo coercitivo un'idea, un pensiero o una verità storica, incriminando le persone per quel che scrivono o che dicono. Le idee imposte, come l'imposizione del silenzio, sono per loro natura inefficaci. La storia insegna che le idee fallimentari sono cancellate dalla loro stessa diffusione (per contro, il loro soffocamento le radicalizza): sono, cioè, esse stesse lo strumento della loro caduta. E' quindi discutibile e, in ogni caso, non verificata, la prognosi circa l'efficacia del ricorso a misure penali (o, comunque, sanzionatorie) per combattere il fanatismo e promuovere la tolleranza. Si è propensi perciò a ritenere che un impegno culturale e sistemi di controllo sociale (familiari, scolastici, associativi) possano dare una risposta più efficace. D'altra parte, certe affermazioni negazioniste sono così assurde, brutali e disumane, da provocare repulsione, anziché adesione, nel pubblico.

Si realizza insomma, per questa via, una deviazione dai principi costituzionali garantisti del nostro sistema penale. Ma anche una limitazione grave del principio di laicità, il quale riconosce la pari dignità e legittimazione al dialogo di qualsiasi "posizione ideale", per quanto aberrante, presente nella società pluralista. E una violazione del principio di tolleranza,

che riconosce e rispetta, come diritto fondamentale della persona, la libera ricerca della verità da parte di ognuno, nonostante i possibili errori.

Non appare, dunque, una giustificazione convincente la presunta ragionevolezza dell'assunto che l'insidia negazionista incentiva la commissione di illeciti, e la sua incriminazione fa da argine al razzismo e alla xenofobia. L'incriminazione del c.d. negazionismo, cui certamente accede la manifestazione di un convincimento razzista, svolgerebbe la funzione di combattere in via preventiva l'allarmante fenomeno del razzismo e delle discriminazioni razziali, in quanto -si osserva- il disconoscimento pubblico di verità storiche, come l'eccidio nazista, non si limita ad agire esclusivamente sul piano culturale, ma innesca, favorisce e legittima il passaggio dalle idee ai fatti, producendo effetti di incentivazione di comportamenti devianti. Tali rilievi sollecitano qualche riflessione sul grado ammissibile di anticipazione della tutela penale, e sui limiti che la legge può imporre alle manifestazioni del pensiero senza sfigurare il diritto penale nei suoi connotati liberal-garantisti.

La questione relativa alla legittimità dei reati di pericolo astratto, ossia il problema del se e fino a che punto simili fattispecie si armonizzino con il principio costituzionale di libera manifestazione del pensiero e siano comunque riconducibili a un diritto penale dell'offesa, oggi è al centro di uno dei dibattiti sui problemi fondamentali del diritto penale.¹³ Anticipando l'intervento penale alla soglia del pericolo astratto (o presunto), si reprime una condotta (come, appunto, la negazione di un fatto storico che non istiga direttamente all'odio) indipendentemente dall'accertamento della sua idoneità a conseguire effetti concreti.¹⁴ La norma incriminatrice, così configurata, può arrivare a forme di tutela assai avanzata, prestandosi a reprimere il mero dissenso, la 'mera disobbedienza' a un precetto. O, addirittura, un mero sintomo di 'pericolosità individuale': cioè, non un fatto lesivo di un bene giuridico, ma il suo autore, in contrasto con la funzione della pena, a cui la Costituzione assegna un compito ben distinto da quello riconosciuto alle misure di sicurezza. La recente riforma in materia di reati di opinione,¹⁵ si è ispirata al principio che la repressione del pensiero non protetto non può essere anticipata oltre i limiti segnati dal pericolo con-

¹³ Cfr., anche per citazioni della dottrina, A. MERLI, *Democrazia e diritto penale*, cit., p. 37 ss.

¹⁴ Per una rassegna completa dei reati di pericolo, v. S. CANESTRARI, *Reati di pericolo*, in Enc. giur., vol. XXVI, 1991, p. 1 ss.

¹⁵ Cfr. l. 24 febbraio 2006, n. 85, recante "modifiche in materia di reati di opinione".

creto, formalmente abrogando o modificando numerose disposizioni del codice in materia di delitti contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico costruite secondo schemi 'presuntivi'. Di conseguenza, per ricondurre i vincoli alla libertà di pensiero nell'ambito di categorie costituzionalmente giustificate ed evitare il rischio che la repressione penale vada a colpire manifestazioni appartenenti alla normale dialettica ideale e politica, ha inserito nella condotta-tipo il requisito della idoneità (ossia del pericolo concreto). Ne deriva che l'istigazione ad azioni violente è punita soltanto se effettivamente idonea a produrre un pericolo immediato di esecuzione, vale a dire a patto di dimostrare l'idoneità oggettiva dell'istigazione a produrre un pericolo immediato di azioni violente. Naturalmente, con tutti i limiti e tutte le incertezze che normalmente si accompagnano all'accertamento di un rapporto probabilistico tra il verificarsi di un evento e la verifica di un altro evento.

Con riguardo al c.d. negazionismo, il cambiamento di indirizzo in materia di repressione del pensiero non protetto è dovuto all'idea che rispetto alle ideologie razziste l'eccezionale gravità del risultato temuto giustificerebbe, malgrado la sua improbabilità, l'assoluto divieto di diffonderle e tutte le misure necessarie per prevenirlo.

La protezione anticipata dei beni giuridici, di cui lo schema del reato di pericolo astratto rappresenta la categoria più preoccupante, rappresenta indubbiamente una tecnica di tutela della quale anche un ordinamento penale come il nostro -in cui prevale una visione del reato in chiave prettamente oggettiva, che fa perno sul principio di necessaria offensività- non può fare a meno. Tuttavia, nell'incriminazione di condotte largamente anticipatrici della lesione vanno attuati un controllo e un monitoraggio attenti, per valutare i limiti di validità dell'adozione di una tecnica di tutela impostata in termini così anticipati rispetto alla lesione del bene. Detto in altre parole: per sottrarre un tale modello di disciplina a obiezioni di ordine costituzionale per contrasto con il principio di proporzione (che condiziona la legittimità del ricorso alla pena sia al rango del bene, sia alla gravità dell'offesa da reprimere),¹⁶ occorre valutare la frequenza statistica della condotta a determinare l'evento temuto. E' necessario, cioè, stabilire se la presunzione assoluta di pericolo non sia irrazionale o arbitraria per la scarsa frequenza con cui l'evento si manifesta, con la conseguenza che il prin-

¹⁶ Così, MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, vol. 1, Milano, 1995, p. 152. Per un quadro sintetico della questione, si rinvia a A. MERLI, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico*, cit., pag. 73 ss.

cipio costituzionale di offensività verrebbe svuotato di ogni contenuto. Superata una certa soglia, incriminando atti che comportano una scarsa probabilità di lesione del bene, l'anticipazione di tutela può diventare intollerabile e preoccupante, perché finisce per punire la condotta ad uno stadio troppo remoto rispetto al possibile prodursi dell'effetto lesivo e quindi, in definitiva, una mera disobbedienza. Dev'essere, in primo luogo, l'esperienza (o la scienza) a dirci se la situazione di fatto, presupposta dal legislatore come pericolosa, sia valutabile come pericolo, più o meno ravvicinato, per il bene oggetto di protezione. E, dunque, se la frequenza statistica con cui si verifica il temuto risultato lesivo come conseguenza della condotta indice del pericolo non sia così bassa da rendere fortemente opinabile la valutazione del rischio come rischio non consentito. Nel qual caso l'anticipazione della soglia sanzionatoria risulterebbe finalizzata a scopi di tipo essenzialmente simbolico,¹⁷ e si finirebbe per punire non un'attività valutata nella sua intrinseca pericolosità, bensì un comportamento meramente sintomatico della pericolosità del suo autore: dunque, una condizione o uno status personale, un tipo d'autore, nel nostro caso quello di "razzista".

Si tratta perciò di vedere, valutando gli effetti lesivi che il messaggio razzista statisticamente è in grado di produrre, se la condotta giudicata normalmente pericolosa lo è sulla base di corrette verifiche empiriche. Occorre cioè verificare, sulla base di studi previsionali di conseguenze plausibili, se la fattispecie del c.d. negazionismo non dilati a dismisura l'area di rischio penale, incriminando una "istigazione" priva di possibilità apprezzabili di essere accolta. Ossia una condotta che, a parte l'indignazione e i sentimenti di rabbia suscitati nei singoli da ciò che ascoltano, non solo non è idonea a produrre un pericolo immediato di azioni violente (a porsi cioè come antecedente di un reato); non solo crea, di fatto, un pericolo statisticamente irrilevante dell'evento temuto (gli atti di violenza, appunto), ma comporta, anche con riguardo alla mera determinazione dell'altrui volontà (rispetto, cioè, all'incitamento all'odio) una probabilità di realizzazione assai scarsa, e quindi un rischio statisticamente irrilevante per il bene protetto.

¹⁷ Sul tema del 'diritto penale simbolico', cfr., tra gli altri, C. E. PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1989, p. 430 ss.; S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, Napoli, 2000; J.L. DIEZ RIPOLLES, *Il diritto penale simbolico e gli effetti della pena*, in AA.VV., *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo*, a cura di L. Stortoni e L. Foffani, Milano, 2004, p. 149 ss.

Il “messaggio” contenuto nella singola affermazione negazionista, per quanto chiaramente e volutamente espressivo di odio razziale, non è però qualificato dalla presenza di elementi ulteriori, quali l’istigazione all’odio o alla violenza, che, secondo regole di esperienza, può portare a conseguenze dannose. L’obiezione mossa all’incriminazione del c.d. negazionismo è, dunque, che rispetto all’evento temuto di azioni violente, o comunque di atti di discriminazione nei confronti delle minoranze razziali, si tende a sopravvalutare la probabilità della loro evenienza e quindi il livello di rischio della condotta. Ed invero, tenuto conto anche del contesto storico, politico e sociale del paese, la cui stragrande maggioranza è oggi refrattaria ad accogliere qualsiasi messaggio antiebraico o comunque razzista, è difficile supporre che una manifestazione del pensiero individuale possa tradursi in una “istigazione” che abbia ragionevoli possibilità di essere accolta e quindi di produrre un livello del rischio di per sé sufficiente a legittimare una fattispecie di pericolo presunto. Così come invece le forme di propaganda di gruppi o partiti organizzati, che la XII disp. trans. fin. della nostra Costituzione disapprova e la legge di attuazione 20 giugno 1952, n. 645 sanziona penalmente, delle quali si può presumere un certo grado di pericolosità, implicando il necessario concorso di più soggetti nella realizzazione del fatto.¹⁸

Occorre, inoltre, fare i conti con alcune obiezioni che attengono alla natura del c.d. negazionismo come reato di opinione. Vale a dire, alla sua compatibilità con la libertà garantita dall’art. 21 Cost. che, in relazione ai reati di espressione, pone un ostacolo insuperabile alla repressione della mera disubbidienza. La repressione degli “abusi” del pensiero per incompatibilità del pensiero espresso con i principi degli ordinamenti liberaldemocratici è un vecchio tema, che è tornato di attualità nelle società multietniche. Esso è diventato, anche a causa del clima di emergenza che ha fatto seguito all’11 settembre, uno dei temi dell’ordine politico internazionale esposto alla grave minaccia del terrorismo. Una minaccia (“la sfida più drastica per ogni ordine politico e sociale”)¹⁹ che non è più confinata a singoli Stati ma ha assunto dimensioni transnazionali, trasformando il rischio planetario in un fenomeno diffuso, individuale, percepibile a livello locale. Riguardo al tema contiguo, e specifico, del negazionismo, costituente una forma anticipata di istigazione all’odio razziale, e

¹⁸ Cfr. l. 654/1952, nel testo modif. dalla l. 152/1975, che punisce la propaganda razzista come manifestazione dell’ideologia fascista.

¹⁹ Così W. SOFSKY, *Rischio e sicurezza*, Einaudi, Torino 2005, p. 112.

una forma anticipatissima dell'evento temuto di concreti comportamenti violenti o discriminatori, la questione, anche qui, è più generale, di principio: attiene all'esigenza di armonizzare le ipotesi di "reato di opinione" con il diritto costituzionale di libera manifestazione del pensiero.

E' pur vero che la negazione (ma anche la minimizzazione) dell'Olocausto esprime una subdola forma di antisemitismo, attribuendo implicitamente agli ebrei la responsabilità di averne creato il "mito". Tuttavia, la punizione del c.d. negazionismo, della semplice (cioè non qualificata) negazione di un fatto storico, non solo introduce una più incisiva limitazione della libertà di espressione (si incrimina, infatti, non una propaganda razzista, ma una semplice manifestazione di opinione che solo genericamente contiene in sé l'incitamento all'odio, alla violenza o ad atti arbitrari). Apre uno scenario normativo e politico molto lontano dalla logica della democrazia e di una "società aperta". Nello Stato laico e democratico la conoscenza dei fatti, come pure la discussione sui valori, è libera. Il potere politico garantisce il libero confronto delle idee e ne rispetta gli esiti pure quando non può condividerli: non impone ad esso dei limiti, nè chiede autoritativamente obbedienza per questa o quella verità trasformandola in dogma. Del resto all'interno di una politica criminale che vuole essere, oltre che razionale, anche di impronta liberale, è difficile accettare, nella sua impostazione di principio, sia pure in nome della tutela di altri beni di rilievo costituzionale, l'idea che il potere politico può proibire lo scostamento di un'opinione individuale da una verità dominante: per difendere la "verità" dall'errore, colpendo chi sbaglia. Una volta che il diritto si sostituisce all'indagine storica e stabilisce con legge la verità storica ufficiale, cioè dove finisce la libertà di pensiero e parola, non si fa fatica a intravedere le potenziali implicazioni autoritarie a cui può portare la diffusione generalizzata del principio che attribuisce alla maggioranza la fissazione dei confini della discussione legittima (vale a dire la distinzione fra opinioni lecite, sebbene scientificamente erranee o storicamente infondate, e opinioni illecite), che è la versione secolarizzata dell'etica della salvezza (religiosa), con cui le religioni hanno sempre tenuto gli uomini sotto tutela.

Si introduce, per questa via, un principio pieno di pericoli, specialmente in relazione a determinati settori di tutela come quello dei reati a carattere più manifestamente ideologico, dove è sempre immanente la tentazione di offuscare i confini che dividono la violazione dei

doveri, l'immoralità e la dissidenza dall'offesa dei beni. Una delle condizioni per una comunicazione libera e aperta, cardine della democrazia, da cui dipende, in ultima analisi, il progresso intellettuale e della scienza -e l'esercizio stesso della libertà, che comporta il rischio di sbagliare, è l'opposto principio che la verità, sia essa una verità di ragione, o una semplice verità di fatto, o una verità storica, non è nel possesso esclusivo del potere politico. Il legislatore non è perciò competente ad una pronuncia autoritativa della verità, neppure in nome di valori più elevati, quale la sopravvivenza stessa della società. La tutela penale di "una" verità, assumendo il significato di una tutela penale "di parte", incide su libertà fondamentali e con esse sugli stessi principi su cui si fonda lo Stato laico e democratico, che assicura la compresenza nella società di una pluralità di verità e di plurime visioni del mondo.

5.- *Il problema della c.d. "sostenibilità morale" del diritto penale*

Il tema del vietare e punire richiama dunque, come si è accennato più sopra, il problema del rapporto tra diritto penale e morale e, quindi, tra diritto penale e giustizia, intesa come valore morale (senza, con questo, svalutarne la dimensione costituzionale -l'unica vincolante per il legislatore, la quale esclude altri valori con essa confliggenti, sovente basati su pregiudizi, dogmi, ideologie). Sembra, quindi, abbia un senso interrogarsi, nel momento storico attuale, anche per il giurista responsabile del diritto positivo, sulla plausibilità di una più ampia riflessione sul problema dei valori, che, all'interno di un diritto penale orientato, per l'appunto, a scopi e valori, giocano un ruolo essenziale per ricostruire con sistematicità i molteplici nessi tra diritto e morale, per valutarne collegamenti e reciproci apporti, comprenderne direzioni e distanze, alternative e continuità. Nei tempi moderni -i tempi in cui viviamo- un gran numero di questioni, che segnano la nostra storia recente rispetto a problematiche di interesse individuale e collettivo, vanno ben oltre l'orizzonte strettamente penalistico, perchè nascono e si sviluppano altrove, pur investendo complessivamente, nella sua totalità, il settore penale. La diffusione di nuove tecnologie (ad esempio in materia di bioetica e genetica), che hanno ampliato le possibilità di manipolare la vita dell'uomo, pone inediti interrogativi sul valore della vita biologica e della corporeità, sull'identità del soggetto umano, sul rapporto tra natura e persona. Su questi ed altri temi, rispetto ai quali il futuro del diritto penale sta diventando una grande incognita, il costume e l'evoluzione della socie-

tà, in un mondo sempre più mobile e in un tempo sempre più veloce, hanno ampiamente superato la legge. E, come abbiamo visto, la stessa Costituzione, che pure è il fondamento e l'espressione di un codice di valori condiviso, che va mantenuto fermo nei suoi principi fondamentali. I valori, infatti, pur conservando livelli contenutistici minimi, generalmente consolidati, e tendenzialmente universali, hanno una natura (relativamente) libera quanto al loro contenuto, grazie ai vari modi con i quali, in ciascun ordinamento, essi sono riconosciuti e trovano applicazione anche giurisprudenziale. E' infruttuoso perciò per la vita sociale (e dunque per la vita umana, la quale non è concepibile che socialmente) costruire i valori -siano essi diritti individuali o interessi collettivi- come assoluti morali, e tracciare intorno ad essi confini protettivi invalicabili. Le stesse istituzioni o strutture e rapporti e pratiche sociali della nostra civiltà come la famiglia, il matrimonio, la sessualità, non sono il riflesso di un presunto "ordine naturale", dunque assoluto e immutabile, ma unicamente il risultato, provvisorio e modificabile, di processi evolutivi, sia culturali, sia biologici: insomma, storia, e solo storia.

Intolleranze, proibizioni e intransigenze sono indubbiamente il contenuto della coercizione. Il diritto di punire dello Stato, esprimendo tali contenuti, lascia sempre il sospetto dell'arbitrio. Per questo, un'etica minima condivisa su quel che è necessario per governare la vita sociale nella condizione contemporanea di pluralismo etico irriducibile evita che il diritto penale funzioni senza misura e senza freni. Di qui l'avvertita esigenza, nella dottrina penalistica, di porre 'limiti' a un diritto penale eticamente indifferente, e, dunque, 'vincoli morali' alla coercizione statale, a garanzia dei principi democratici del multiculturalismo e del pluralismo (etico, religioso, sessuale, politico). E' il problema della c.d. sostenibilità morale del diritto penale, ossia il problema della giustificazione morale (o razionale) del diritto penale: una giustificazione, beninteso, che non lo sottrae al confronto con il quadro costituzionale e con tutto il corredo di riflessione critica che esso coinvolge.²⁰ La radicale scissione tra diritto e morale, comporta una scissione, altrettanto radicale, tra diritto e giustizia, che fornisce il presupposto, seppur implicito, delle dottrine positivistiche intese nel loro aspetto "più forte". La conclusione che in una società caotica di visioni etiche contrastanti la morale non abbia nulla da dire al legislatore e alla scienza giuridica in materia penale e che

²⁰ Sul tema cfr. ampiamente A. MERLI, *Democrazia e diritto penale*, cit., p. 157 ss. ed Autori ivi citati.

diritto e morale appartengano a due universi diversi, non comunicanti, sembra, dunque, affrettata.

Il filo che unisce diritto e morale, appare, in tutta la sua evidenza, nei “casi difficili”, nelle questioni c.d. eticamente sensibili. Quasi sempre, in questa materia, si tratta di decidere su questioni che attengono agli aspetti più profondi della dimensione umana: al rispetto dei diversi pensieri, alla propria idea della vita. Nella frontiera dei diritti, nel contesto delle moderne società pluraliste, ci sono anche questi temi, che mettono a nudo le tensioni generate dai mutamenti sostanziali che sono avvenuti nel contenuto dei codici morali della società contemporanea, con i quali anche l'ordinamento giuridico (non solo penale) è chiamato a confrontarsi. In quei settori della vita sociale, individuale e collettiva, dove le trasformazioni sono così profonde da reclamare un ripensamento complessivo di ciò che è “giusto” o “ingiusto” punire, e dove i criteri selettivi delle condotte da incriminare solo in parte trovano inequivocabile sostegno nella Costituzione, e sono perciò lasciate interamente al gioco della politica, il profilo etico-politico assume un significato cruciale. Criteri extra o metagiuridici, tra loro contrastanti, fanno dunque irruzione nella legge, per dare, attraverso l'operazione di esplicitazione dei valori costituzionali e le relative norme attuative, un contenuto di equità, o di plausibilità, o di razionalità materiale al diritto. Nella vita del diritto, enunciati legislativi e imperativi morali o di giustizia, viaggiano insieme, né si lasciano dividere con un colpo d'accetta.

In questa selva di principi e fondamenti di un nuovo agire, che si pongono al di fuori di un confronto testuale e puntuale tra legge ordinaria e precetti costituzionali, l'idea del governo attraverso le leggi (la neutralizzazione “giuridica” del conflitto) entra in crisi, e lascia il campo alla contingenza volontaristica della decisione politica. La produzione legislativa, nel far fronte a casistiche inedite della scienza, della tecnologia, delle fisiologiche tensioni tra valori, può essere solo più o meno controllata democraticamente attraverso il voto popolare, che funge da deterrente alla contingente anarchia della decisione politica.²¹

Si pone così l'esigenza di una fondazione etica della scelta politica, cioè del criterio “vincente” -sui criteri plurimi, contraddittori e conflittuali- che il legislatore deve tradurre in

²¹ Sulla componente “razionale” e la componente “politica” della legislazione (penale), cfr. A. MERLI, *Democrazia e diritto*, cit., p. 266 ss.

forma giuridica per dirimere autoritativamente la conflittualità delle ragioni morali in lizza. Ciò significa, in ultima analisi, reclamare, anche se a volte in modo inconsapevole, “un’etica del diritto penale”. Cosa comunque diversa dal portare una morale nel cuore del diritto penale: un archetipo imm modificabile di convinzioni e comportamenti che ha la pretesa metodica di una stringente validità universale, imposto ai membri della comunità come un dato extra-sociale, fondato metafisicamente, in sé “giusto”; il che condurrebbe alla tradizionale subordinazione del diritto penale alla morale dalla quale ha impiegato secoli ad emanciparsi. La giustizia, osserva Rawls, non è qualcosa di già dato ma piuttosto un perenne divenire, “una forma in evoluzione, soggetta a regole e leggi proprie; misurabile sia nello spazio sia nel tempo.”²² La democrazia, in quanto democrazia del dialogo, implica, anzi meglio forse si contraddistingue per il fatto che riconosce il pluralismo degli orientamenti culturali e dei convincimenti morali. Attraverso il diritto non è la morale, ma sono le morali, al plurale, che essa tutela, e di cui garantisce la coesistenza e il confronto. Perciò l’etica del diritto (penale) è un’etica minima, una minima unità di convinzione morale per un accordo su una concezione del ‘giusto’ che permetta la convivenza di diverse nozioni di bene e di diversi progetti di vita -sottratti sia al relativismo sia allo scetticismo-, compatibile con la varietà di credenze e comportamenti, e che, tradotta in norme vincolanti, non rientra nella sfera della nostra libertà. Coniuga le aspirazioni degli individui a una vita propria (nella quale è vietata ogni intromissione da parte dello Stato), con un complesso di regole pubbliche, valide per la società nel suo insieme, in grado di conciliare un efficiente controllo sociale con il massimo grado di libertà individuale dei cittadini: un nucleo di valori obbliganti, che devono essere (se non condivisi) osservati da tutti all’interno della comunità. Per questo, il concetto di democrazia, il modello pluralista, è inseparabile dal concetto di coercizione, contro cui possono urtare le inclinazioni egoistiche dei singoli, e pone limiti alla tolleranza: porre limiti alla tolleranza, per difendere con l’uso della forza le regole della democrazia, è una posizione difendibile. Un relativismo senza limiti, per cui niente è giusto, niente deve essere valido per tutti all’interno della comunità, è come la tolleranza illimitata, cioè la tolleranza anche nei

²² Il neocontrattualismo e la giustizia come equità di Rawls John

confronti di chi pratica l'intolleranza, la quale porta inevitabilmente alla scomparsa della tolleranza stessa.²³

A base della democrazia, in un contesto in cui le "verità" sono molteplici e non più una sola, c'è una valutazione proceduralistica delle pretese di conoscenza, definibile -con le parole di Popper e Habermas- come una "teoria della verità come consenso".²⁴ Per essa la verità è un progetto, un processo circolare indefinito, che non prevede una decisione finale, ma solo decisioni provvisorie e revocabili. E' il segno distintivo della democrazia costituzionale, in cui nessuno -nessun soggetto, neppure il Parlamento o la Corte costituzionale- ha l'ultima parola. Mentre la verità della fede è immutabile, perché è fatta di dogmi immutabili (peraltro, malgrado la tradizionale avversione della religione per le posizioni pluraliste -se la verità è una, che bisogno c'è del pluralismo-, nel mondo moderno, caratterizzato dalla concorrenza religiosa e da uno scontro onnipresente delle verità rivelate, esiste un chiaro rapporto tra pluralismo e religiosità, tant'è che la questione di una convivenza civile fra religioni ostili, ossia -per usare le parole di Ulrich Beck-²⁵, l'obiettivo di vedere fino a che punto la verità può essere sostituita dalla pace, si pone anche all'interno delle confessioni religiose), la verità della democrazia è solo momentaneamente certa: come la verità della scienza, che è "certa" fino a quando altre ricerche, altre scoperte falsificheranno quella verità per proporre una nuova. Per ognuna delle due ci sono spazio e legittimità nella coscienza e nei sentimenti degli individui, assai meno nel campo delle attività razionali e pubbliche. Qui l'etica diventa diritto, in quanto liberamente costruita e socialmente condivisa; e purché non imponga limiti e divieti a vicende personalissime (è il caso, ad esempio, della prerogativa a morire in situazione di malattia terminale) rispetto alle quali le società democratiche non possono (non dovrebbero) far ricorso a un'etica maggioritaria per imporre i canoni

²³ E' il *paradosso della tolleranza* che richiama KARL POPPER (*The Open Society and Its Enemies* (1945), II, *The High Tide of Prophecy: Hegel, Marx and the Aftermath*, London, Routledge and Kegan Paul, 1966; trad. it. *La società aperta e i suoi nemici*, II, *Hegel e Marx e i falsi profeti*, Roma, Armando, 1974, p. 225) nell'espone il suo pensiero sul razionalismo, o discussione critica razionale.

²⁴ Secondo Geoffrey Stokes, la nozione di "società aperta" proposta dal razionalismo critico di Popper e quella di "situazione linguistica ideale" proposta dalla teoria critica di Habermas, attribuendo uguale importanza alla comunicazione libera e aperta, si completano a vicenda (G. STOKES, *Popper, Philosophy, politics and Scientific Method*, Cambridge, Polity, 1998, trad. it., il Mulino, 2002, p. 229).

²⁵ ULRICH BECK, *Lo sguardo cosmopolita*, Carocci, 2005. Sul tema cfr. anche ZYGMUNT BAUMAN, *Intervista sull'identità*, Laterza, 2003.

culturali dominanti. Ed è un'etica laica (perchè la fede in Dio, la religione, non è un requisito indispensabile), che è poi del resto l'unica possibile in società multietniche e multiculturali come sono quelle attuali.

6.- Laicità, religiosità e diritto penale

La separazione tra fede e ragione, come categorie concettualmente diverse, ma non in opposizione, segna il percorso della società umana verso la modernità. E' l'esito di una conquista della storia culturale dell'Occidente che ha avuto bisogno di secoli per affermarsi. Nell'era del risveglio della ragione prende piede l'idea che la legge trae il suo potere vincente dagli uomini, senza alcun bisogno che si dia ad essa una legittimazione divina. Tutta la storia moderna testimonia questo processo di emancipazione dell'agire attivo dello Stato da ogni intolleranza o esclusivismo religioso. Lo Stato secolarizzato, pur rispettando qualunque convinzione religiosa, afferma il primato della libertà sulla verità. Non mescola la fede con la politica: percorre rigorosamente le vie della ragione e affronta con le armi della riflessione la complessità del mondo e le sue contraddizioni. Non persegue, quindi, il raggiungimento di verità metafisiche, la "Verità" come valore in sè, con la morale che ne deriva, bensì la conoscenza, ossia la verità come possibile conoscenza dei fatti. L'etica della democrazia è che non ha verità, e coltiva il dubbio come una virtù, non come un difetto. Per questo, il ricorso alla pena non può realizzare fini trascendenti o etici, affermare un fine superiore di giustizia.²⁶ Il principio laico esige una conoscenza ragionata e verificabile, empiricamente sostenuta, il cui fine è di restringere quanto più possibile il ventaglio delle verità "soggettive".

L'affidamento della democrazia per la ragione e la razionalità si esprime, oltre che sul piano conoscitivo, in campo etico e pratico. La prospettiva è di recuperare, sul piano dell'etica e del giudizio, il massimo di oggettività e controllabilità, un fondamento oggettivo alla moralità. L'inserimento di elementi di razionalità nelle regole morali, ossia il rifiuto dei giudizi di valore come mera espressione di emozioni, apre, in un certo senso, la strada all'etica contemporanea, e investe la stessa sfera della politica e del diritto. Verità morali, criteri per l'azione giusta, accessibili alla ragione, acquistano in tal modo una dimensione di

²⁶ MARINUCCI-DOLCINI, *Corso*, cit., p. 5.

principi di diritto positivo, di regole di convivenza. Non come complesso di valori accumulati, ma come impresa in divenire: nei costumi, nelle pratiche e nelle leggi della società civile. La democrazia pluralista li inquadra in un orizzonte definito, li riporta all'essenza dell'uomo, a valori immanenti all'essere, caratterizzati dal realistico riconoscimento della sua intrinseca finitezza.

La razionalità della politica, e l'autonomia dello Stato da ogni questione religiosa, non si fonda però sull'idea che la ragione è tutto ciò che esiste nella totalità dell'esperienza umana, che solo la cultura della ragione dà un senso alla vita terrena.²⁷ Malgrado la laicizzazione e il pluralismo di gran parte del mondo moderno, le religioni sembrano produrre ancora oggi un forte impatto sulla vita dell'uomo. La previsione del secolarismo (più modernità avrebbe significato meno religione) si è dimostrata sbagliata. Le risposte emotive della fede, pur occupando uno spazio condiviso con altre istanze, altri bisogni, altri desideri, esercitano nell'epoca attuale un'influenza culturale e politica non trascurabile e un fascino sull'uomo che nessuna secolarizzazione è riuscita a inaridire. Se non sposa alcun credo religioso, lo Stato laico garantisce però allo stesso modo ogni fede (e anche chi non ha fede) (art. 8 Cost.). La laicità dello Stato non esclude quindi il riconoscimento del rilievo sociale del fenomeno religioso. Nè confina le religioni in ambito privato. La società secolare è una società libera in cui ogni morale e ogni religione, tutte le fonti di cultura presenti e viventi all'interno della comunità, possono partecipare a pieno diritto alle discussioni pubbliche sui criteri e i valori su cui costruire la società così come a ogni altra impresa intellettuale e culturale. Del resto, alla base dello Stato laico c'è l'idea che la vita dell'uomo non è racchiusa tutta nei codici, non acquista ordine e significato solo a contatto con le forme della legge. Vi sono fini e obbiettivi, esigenze e istanze, sottratte al monopolio legislativo, e regolate da norme morali, regole religiose, in base alle quali un gran numero di persone orienta la propria condotta. Insomma, c'è un ambito in cui spetta all'individuo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali, regolare la propria vita, senza interferenza da parte delle politiche pub-

²⁷ Rivendica al *sentire* "un posto non soltanto centrale, ma costitutivo della nostra vita di persone", anche "come parte essenziale del nostro pensiero dovunque sia [...] *questione di valori, e quindi di scelte e decisioni*", ROBERTA DE MONTICELLI, *L'ordine del cuore. Etica e teoria del sentire*, Garzanti, 2008 (prefazione alla seconda edizione).

bliche. In quest'ambito, allo Stato spetta soltanto di assicurare che nessuno ostacoli le libere scelte individuali.

In Italia, più che in ogni altra parte d'Europa, si discute molto del ruolo delle Chiese e delle religioni nella società secolarizzata.²⁸ L'affacciarsi delle religioni nello spazio pubblico, quello che è stato definito un "ritorno" delle religioni nella sfera sociale, ha comportato in anni recenti, e comporta tuttora, tensioni, conflitti, scontri frontali tra credenti e non credenti sulla funzione dei valori religiosi nel processo di formazione delle leggi.

Quando dopo la seconda guerra mondiale sono state tracciate le linee fondamentali dello Stato costituzionale di diritto, il nuovo Stato ha assunto nei confronti delle religioni un atteggiamento di assoluta neutralità, che si riflette nei nuovi assetti di tutela recepiti nel codice penale con riguardo ai reati in materia di religione. Se Stato laico significa emancipazione dal sacro e dalle religioni, ciò non vuol dire che l'universo religioso sia mal tollerato. All'universo religioso viene dato uno spazio sorprendente nelle democrazie occidentali, sia nella vita pubblica che privata. Semplicemente, il principio di laicità è orientato all'idea secondo cui, anche se potrebbe esistere una realtà soprannaturale, essa è al di fuori del diritto, non entra nelle istituzioni, non può essere invocata come valido fondamento delle decisioni politiche.

Il problema che viene a questo punto a delinearsi è inquadrato, correttamente, sul piano della sostanza, e anche del metodo, a due livelli. E a vari livelli può essere letta anche la parola laicità, che mescola due situazioni molto diverse. Il primo è collocato all'interno del dialogo politico di base, che costituisce una sorta di gradino intermedio fra la dimensione individuale del "privato" e quella statale del "pubblico". Qui la laicità, in senso moderno, si è sviluppata, parallelamente in Francia e in Italia, a partire dal periodo dell'Illuminismo, come libertà di pensiero, di espressione e di tolleranza reciproca. In forza di tale principio, tutte le religioni partecipano liberamente all'organizzazione della vita dell'uomo nella società, ed esprimono a pieno diritto i propri valori e il proprio credo nella loro possibile valenza sociale e politica, testimoniando la propria dottrina su qualsiasi materia, anche di competenza statale, che abbia a che fare in qualche modo con la propria morale. A questo riguardo non si può negare l'apporto positivo delle religioni, specie quelle a vocazione universale,

²⁸ Per un approfondimento del tema, cfr. A. MERLI, *Democrazia e diritto*, cit., p. 290 ss.

come fattore oggettivo di coesione sociale. Tutto questo appartiene al libero gioco democratico. L'altro livello si colloca sul terreno istituzionale: riguarda le leggi, il modo di essere e il funzionamento delle istituzioni, laiche per definizione. Il dialogo e il confronto tra culture, religioni, ideologie, in tutti gli ambiti della vita sociale (politica, economica, culturale), non è assimilabile al linguaggio delle istituzioni e all'agire attivo dello Stato. A questo secondo livello (nell'orbita politico-statuale), il concetto di laicità (il principio di neutralità e laicità dello Stato, base teorica e fondamento giuridico della nostra Carta costituzionale) presenta una dimensione esattamente opposta a quella del primo, facendo sorgere per qualche aspetto un'impressione di incoerenza, e persino di contraddittorietà. In democrazia, tutti gli orientamenti culturali e ideali -dunque anche quelli religiosi- hanno pieno titolo a essere professati secondo i principi della libertà di parola, ma non tutte le forme di vita hanno titolo a essere imposte per legge, o a essere riconosciute dalla legge. Lo Stato laico non può imporre una verità di fede a chi la pensa diversamente, e si comporta diversamente nell'ambito della propria sfera personale. Sul piano della deliberazione politica, da cui derivano leggi e norme valide per tutti (credenti, non credenti, diversamente credenti), le discussioni sulle scelte pubbliche dovrebbero essere condotte prescindendo da argomentazioni teologico-trascendenti. Su questo piano, laicità significa, innanzitutto e soprattutto, neutralità, esigenza di non mescolare ciò che è trascendente e ciò che è contingente. Traccia perciò una linea di separazione netta tra religione e politica, tra le scelte e le decisioni di un libero Stato e i dogmi della fede, e, nel rapporto fra le istituzioni laiche e quelle religiose, la demarcazione delle rispettive competenze. L'aspetto istituzionale della laicità è retto dal principio secondo cui nello Stato laico e secolarizzato, religiosamente agnostico, ossia insensibile alle religioni professate dai suoi cittadini, la religione si dispiega nella società civile, ma non nel suo ordinamento: il principio di laicità impedisce di trasferire automaticamente i testi sacri nelle decisioni politiche.

7.- Diritto penale e società multiculturale

Riguardo ai diritti fondamentali, il pluralismo, il principio della libertà di ogni morale, nella società multiculturale e multi-etnica, è un problema. Non tutte le morali, non tutte le culture e non tutte le forme di vita, religiose o meno, sono compatibili con il carattere laico

della concezione occidentale dei diritti: con l'etica dell'individualismo, della ragione e della tolleranza, che rappresentano un punto di non ritorno per l'odierna democrazia liberale.

Il diritto penale moderno è stato colto di sorpresa dal fenomeno del multiculturalismo: deve affrontare nuove e difficili sfide, individuali e collettive, per molti versi senza precedenti.²⁹ In prospettiva penalistica, la presenza di comunità di cultura e religione diversissime pone la questione della liceità di loro riti e costumi in presenza di comportamenti criminali alla cui base vi è un conflitto culturale. Fino a che punto lo Stato democratico può elevare i valori della cultura occidentale al rango di metro del buono e del giusto, facendo assurgere un insieme di regole proprie a una cultura ad unità di misura di ogni altra cultura e, dunque, fino a che punto è giusta un'applicazione di un diritto penale inevitabilmente espressione di una determinata cultura a culture estranee agli ordinamenti giuridici nazionali? Sono interrogativi sorti a seguito della compresenza di gruppi minoritari all'interno degli stati occidentali espressione di culture radicalmente diverse, che coinvolgono valori difficilmente conciliabili tra loro su questioni di politica, morale, religione, diritto. Si tratta di individuare, all'interno delle società democratiche, ciò che è tollerabile in quanto espressione del pluralismo, e ciò che non lo è, e di fornire una legittimazione ad un diritto penale che voglia aspirare ad essere transculturale e, in quanto tale, applicabile anche agli immigrati che provengono da una cultura differente da quella che pretende di punirli.

La irreversibilità del fenomeno della contaminazione tra culture e del pluralismo etnico, e la rete di interdipendenze che lega ormai ogni comunità nazionale e, al di là di esse, l'intera vita sul pianeta, fornisce la certezza (o quantomeno fa ipotizzare) che non sia concepibile, né tantomeno realizzabile per gli Stati alcun altro sistema se non un mutamento di strategia, che porti una pluralità di culture e non una cultura al centro della nostra vita sociale. In questa prospettiva innovativa, le "etnie" non sono più (o si rivelano non più afferribili come) realtà rigidamente definite³⁰: una visione che per tanti anni era rimasta sullo sfondo della "rappresentazione etnografica", cioè del modo in cui gli "altri" sono stati os-

²⁹ Sulle differenze -per origine, caratteristiche, rivendicazioni- tra gruppi etnici di immigrati, di cui si fa cenno nel testo, e minoranze nazionali autoctone, e dunque tra società multiculturale di tipo multinazionale e società multiculturale di tipo polietnico, cfr. F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, 2010, Milano, p. 1301 ss.

³⁰ Una visione ormai superata grazie a quello che è stato definito il "traffico delle culture": A. APPADURAI, *Modernità in polvere. Dimensioni culturali della globalità*, Melteni, Roma 2001.

servati, descritti, rappresentati e ripresentati nei testi etnografici³¹ Tuttavia, in presenza di costumi e sistemi di valori molto diversi dalla modernità occidentale non è facile, nel mondo di oggi, trovare ragionevoli punti di equilibrio all'interno della società per costruire il modello di un possibile avvicinamento all'idea di una convivenza comune, a partire ciascuno dalle proprie radici. Imboccata tale direzione, si può supporre che il solo autentico problema, il punto più critico e delicato, si riassume in una domanda, a un tempo, estremamente semplice, e profondamente complessa: in che misura certi stili di vita, o certe concezioni etiche, insomma l'impronta culturale che una società riceve dalle proprie connotazioni (anche religiose) può essere imposta dallo Stato come forma di organizzazione vincolante per l'intera comunità, e quindi anche per coloro che non le condividono o le praticano, sancendo l'irrilevanza di ogni loro 'diversità' in ambito giuridico? Quanto allo specifico ambito penalistico, come deve reagire il diritto penale ai reati commessi, per motivi culturali, dagli appartenenti ai gruppi etnici di immigrati, se uno stesso comportamento da un lato è considerato reato dall'ordinamento giuridico della cultura dominante, e dall'altro, all'interno del gruppo culturale di minoranza a cui appartiene l'agente, è accettato come comportamento normale, o addirittura è sostenuto e incoraggiato in determinate situazioni?

L'obiettivo del multiculturalismo non significa, evidentemente, che ogni usanza debba essere consentita o tollerata. Anche in una società che considera l'immigrazione una risorsa e la pluralità culturale una ricchezza, i valori e i costumi 'importati' dall'immigrato si devono coordinare con i principi essenziali così come sviluppati nel diritto internazionale e nell'ordinamento dei singoli Paesi. Non si tratta di imporre alle minoranze i valori predominanti nella società, ma piuttosto di riconoscere che le regole riguardanti i diritti fondamentali altrui, senza le quali non sarebbe possibile garantire la convivenza, lo Stato, nonostante l'adesione al modello multiculturalista, deve imporle come vincolanti per tutti³².

Negli ultimi decenni, la dottrina penalistica, con riferimento ai valori propri delle diverse culture, ha elaborato nuovi ed appositi concetti, quali "cultural defense" (o difesa culturale), per difendere le minoranze etniche contro il gruppo etnico dominante che detiene il

³¹ J. CLIFFORD, *Writing culture: The Poetics and Politics of Ethnography*, Berkley, University of California Press., 1986; J. CLIFFORD E G.E. MARCUS, *Scrivere le culture. Poetiche e Politiche dell'etnografia*, Melteni, Roma, 2005.

³² Così, tra gli altri, G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale*, vol. II, tomo 1, 2007, Bologna, p. 61 ss.

potere, e “reato culturale” (o culturalmente orientato),³³ che ha come contenuto il patrimonio culturale di un gruppo etnico, di un popolo, di una nazione, e a cui fa da sfondo una situazione che può essere definita di ‘conflitto normativo’ ovvero di conflitto culturale.³⁴ Premesso che nel diritto penale italiano non compare nessuna disposizione di parte generale che dia esplicito rilievo alla suddetta situazione di conflitto normativo/culturale a livello legislativo, resta aperto il problema circa l’opportunità di interventi legislativi di rilevanza penale rivolti ai membri di minoranze etniche che abbiano codici culturali completamente diversi da quelli dei paesi d’accoglienza. In particolare, ci si interroga sull’opportunità di una previsione espressa della c.d. cultural defense, cioè di una clausola generale che preveda un trattamento di favore che escluda o diminuisca la responsabilità penale nei confronti dell’immigrato che abbia scelto di anteporre le proprie personali convinzioni, culturali o religiose, al rispetto del precetto penale. L’eventuale adozione di norme che prevedono deroghe, esenzioni o comunque regimi speciali in considerazione dei modi di vita della propria cultura troverebbe, in ogni caso, uno sbarramento invalicabile nelle norme costituzionali che tutelano i diritti individuali fondamentali. Sul piano giurisprudenziale, l’ampio genus dei fatti penalmente rilevanti sorretti da una motivazione lato sensu culturale, solleva la questione se la cultural defense può operare con efficacia scusante all’interno di altri istituti, quali l’errore di diritto, lo stato di necessità, la coscienza e volontà della condotta, il vizio totale o parziale di mente, la provocazione, e quindi attribuire alle motivazioni di coscienza efficacia esimente o, quantomeno, attenuante della responsabilità penale. Per quanto le posizioni assunte dai giudici italiani in merito al problema dell’eventuale rilevanza in sede penale del fattore culturale siano fortemente contraddittorie, in linea generale è opinione diffusa che la diversità culturale difficilmente può riservare all’immigrato un trattamento differenziato di favore in sede penale, quando le pratiche culturali implicano la lesione di fon-

³³ Per la nozione di reato commesso per motivi culturali, ovvero di reato culturalmente motivato, v. F. BASILE, *Società multiculturali*, cit., p. 1323 ss.

³⁴ Le c.d. mutilazioni genitali femminili, punite dal legislatore italiano con norme ad hoc (legge 7/2006), da alcuni definite leggi meramente simboliche, espressione di intolleranza e di miope accanimento contro il diverso, costituiscono un chiaro esempio di reato culturalmente motivato. cfr. J. VAN BROECK, *Cultural Defense and Culturally Motivated Crimes (Cultural Offences)*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2001, n.1, p. 4.

damentali diritti individuali altrui e, in particolar modo, di soggetti deboli (donne e bambini) appartenenti allo stesso gruppo etnico dell'autore.³⁵

³⁵ Come esempi di reati culturalmente motivati commessi dagli immigrati tratti dalle cronache giudiziarie si possono ricordare reati contro la libertà sessuale, di cui sono vittime minori non considerati tali dal gruppo di appartenenza, maltrattamenti in famiglia o matrimoni incestuosi, poligamici o imposti realizzati “in contesti culturali caratterizzati da una concezione dello *ius corrigendi*, dell'autorità maritale o della potestà genitoriale ben diversa da quella europea, reati contro la persona commessi effettuando mutilazioni o deformazioni ‘rituali’ di vario tipo, suggerite o ammesse dalle proprie tradizioni. Cfr. A. BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale*, Torino, 2001, p. 60; A. FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale. Pluralismo normativo e immigrazione*, Roma-Bari, 2001, p. 67.

GAETANO SILVESTRI

Diritto penale, democrazia, costituzione

Sommario: - Le componenti ideali degli Stati costituzionali contemporanei ed i loro riflessi sul diritto penale. 2. - Il diritto penale tra potere coattivo dello Stato e tutela dei diritti dei cittadini. 3. - Preminenza del principio di offensività. 4. - Limiti della coercizione penale. 5. - Etica e diritto penale. 6. - Significato e ruolo dei principi di legalità e di tassatività.

1. Le componenti ideali degli Stati costituzionali contemporanei ed i loro riflessi sul diritto penale

Gli Stati costituzionali contemporanei si fondano su tre componenti ideali, che si integrano vicendevolmente: il liberalismo, la democrazia e il pluralismo. Pur provenendo ciascuna di esse da evoluzioni storiche successive, sarebbe errato ritenere che le stesse abbiano formato una stratificazione di principi, sovrapposti e potenzialmente in conflitto. Il tratto caratteristico degli odierni ordinamenti costituzionali è invece la continua e progressiva integrazione fra le tre componenti prima indicate, che restano sì distinte da un punto di vista concettuale astratto, ma si presentano sempre in modo congiunto, in quanto frutto di una fusione iniziata, nel suo nucleo fondamentale, nel momento costituente e successivamente completata e perfezionata ad opera della legislazione ordinaria e della giurisprudenza della Corte costituzionale.

Sarebbe difficile – ed anche inutile – andare oggi alla ricerca di una radice storico-culturale “pura” di questo o quel principio costituzionale. Sarebbe tuttavia superficiale ignorare l’influenza di ciascuna componente nella determinazione dei parametri di legittimità occorrenti per valutare il rispetto e l’attuazione dei principi costituzionali nei singoli settori dell’ordinamento. In questa valutazione possono rilevare, di volta in volta, aspetti statici e aspetti dinamici del complesso intreccio di garanzie e finalità, che contrassegna il fati-

coso e travagliato processo di concretizzazione legislativa dei principi costituzionali, alla luce dei valori che reggono la convivenza civile di un popolo in un dato momento storico.

Il diritto penale, in quanto ramo del diritto che più direttamente attiene alla tutela di beni primari della collettività e, nello stesso tempo, alla tutela della libertà dei cittadini, costituisce un campo di privilegiata evidenza, nel quale si possono riscontrare le interazioni tra valori liberali, democratici e pluralisti, cui corrispondono principi costituzionali specifici che, anche al fuori del settore penale, si irradiano in tutti i rami del diritto e delle istituzioni. Il metodo di valutazione della legittimità costituzionale e della coerenza interna delle norme penalistiche deve essere pertanto (come in altri settori dell'ordinamento) quello della distinzione teorico-astratta e della integrazione normativa concreta, allo scopo di evitare gli opposti pericoli della sistematizzazione ideologica di una materia viva ed in stretto contatto con esigenze mutevoli emergenti dalla società, e della legislazione frammentaria e "cieca", tendente a dare risposte contingenti e scoordinate, per lo più dettate da momentanee onde emozionali.

Senza pretendere di svolgere una esposizione esaustiva dei principi fondamentali in materia penale contenuti nella Costituzione italiana, si possono prendere in esame, quasi come test, alcuni di essi, per verificare la praticabilità del metodo prima enunciato e, soprattutto, la sua utilità per tracciare linee guida per il legislatore e per gli interpreti.

2. Il diritto penale tra potere coattivo dello Stato e tutela dei diritti dei cittadini

L'oggetto e i limiti della coercizione penale si possono determinare iscrivendo gli atti normativi e giurisdizionali che la realizzano entro le coordinate dei diritti fondamentali dei soggetti portatori di interessi meritevoli di tutela e dei diritti fondamentali dei soggetti che pongono in essere comportamenti ritenuti lesivi di quegli interessi.

Da questa semplice impostazione metodologica risulta chiaro che, in uno Stato costituzionale, tutte le problematiche essenziali della regolazione giuridica assumono le sembianze di gradi, limiti e modalità di tutela di diritti fondamentali delle persone. Il potere coercitivo in generale, e quello penale in specie, non appartiene naturalmente allo Stato-istituzione, in quanto esplicazione di un potere sovrano preesistente e prevalente rispetto ai diritti dei cittadini. La risalente teoria dei diritti pubblici soggettivi – elaborata principalmen-

te dalla dottrina tedesca tra la fine del XIX e l'inizio del XX secolo – partiva invece dal presupposto che il potere dello Stato è in origine pieno, illimitato, indivisibile ed onnicomprensivo. I diritti dei singoli sono effetto della progressiva auto-limitazione dello Stato, a mezzo di decisioni dei suoi organi costituzionali, con la conseguenza che lo Stato stesso può allargare o restringere, secondo scelte politiche contingenti, i margini di libertà dei cittadini, sino a cancellarli completamente, se la necessità politica percepita dai governanti lo impone.

La capacità di sopravvivenza di tale impostazione teorica è molto forte, come dimostrano gli adattamenti – non sempre consapevoli – che sono stati tentati anche dopo l'avvento in Europa delle costituzioni rigide garantite, finita la tragedia dei totalitarismi del XX secolo, che si è conclusa solo dopo il crollo, nell'Est europeo, dei regimi polizieschi del c.d. socialismo reale, che avevano portato al culmine – al pari dei regimi fascisti e dittatoriali di Italia, Germania, Spagna e Portogallo – il mito della irresistibilità del potere autoritario dello Stato.

Pur dopo la conclusione di tali tragiche esperienze, settori consistenti della teoria politica e della dottrina giuridica europee hanno continuato ad andare alla ricerca di un “sovrano”, inteso come punto di coagulo di tutta l'autorità e vertice assoluto del potere, partendo dal presupposto che, se lo Stato è sovrano in senso soggettivo, all'interno del suo sistema istituzionale vi dovrà pur essere una concentrazione totale di poteri, sebbene in presenza di una pluralità di istituzioni e organi attributari di funzioni distinte. La metafora antropomorfa dello Stato, giustamente avversata da Hans Kelsen, impone di cercare la “testa” del corpo concepito e immaginato in modo organicistico.

La “tara occulta” di parte della giuspubblicistica moderna viene in luce quando si profilano situazioni gravi, che appaiono difficilmente fronteggiabili con gli strumenti ordinari del diritto e fanno intravedere sullo sfondo il sovrano di Carl Schmitt, che si identifica con chi decide nello stato di eccezione. In termini meno ferrigni, ma sostanzialmente equivalenti, Georg Jellinek aveva detto che lo Stato è più ampio del suo diritto.

Da queste premesse teoriche discende che la determinazione dell'oggetto e dei limiti della coercizione penale non dipende dall'incrocio e dal livello specifico di tutela dei diritti

fondamentali dei cittadini, ma dalla misura in cui si esplica il primigenio potere coattivo dello Stato, che produce il diritto e, con esso, i diritti dei singoli.

Si tratta di due opposti punti di vista, che non restano soltanto nel recinto di innocue controversie accademiche, ma guidano le scelte dei legislatori e dei giudici. Se si legge la Costituzione italiana (e le altre costituzioni delle democrazie pluraliste contemporanee), si può notare con facilità che i principi fondamentali in materia penale contenuti negli artt. 24, 25, 26 e 27 si incentrano sui diritti dei cittadini, al punto che, per trovare una base sostanziale alla pretesa punitiva dello Stato, si deve far riferimento al primo comma dell'art. 24 («Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi»), che ingloba nel più generale diritto di azione anche quello dello Stato, che esercita, tramite il pubblico ministero (art. 112), la tutela dei diritti dei cittadini violati da chi ha trasgredito la legge penale. Se così non fosse, del resto, non avrebbe senso il “giusto processo”, che mette su un piede di parità accusa e difesa nel giudizio penale e configura pertanto quest'ultimo come luogo istituzionale di confronto dialettico tra diritti, che trovano concreta esplicazione nelle contrapposte posizioni delle parti.

3. Preminenza del principio di offensività

La prima conseguenza, sul piano sostanziale, del metodo di valutazione prescelto è la preminenza del principio di offensività nella determinazione delle fattispecie penali e nella fissazione delle sanzioni relative. Per ogni norma incriminatrice deve ipotizzarsi in astratto, e accertarsi in concreto, la lesione effettiva di un diritto, una reale menomazione nella sfera giuridica di singoli soggetti, di gruppi o collettività portatori di interessi ritenuti dalle leggi meritevoli di tutela. Il secondo comma dell'art. 25 Cost., che pone a base della punibilità la commissione di un «fatto», deve essere visto in simbiosi con il citato primo comma dell'art. 24 Cost., che non ha una valenza solo processuale, ma confina l'incidenza sostanziale delle norme giuridiche alle sole ipotesi in cui sia in questione la difesa di un diritto, che i singoli, o il pubblico ministero (in regime di monopolio statale dell'azione penale) fanno valere. Non avrebbe senso infatti configurare un reato non suscettibile di essere contestato in un giudizio; e poiché un giudizio è possibile solo per la difesa di un diritto violato, allora solo

la concreta lesione di un interesse giuridicamente protetto può essere all'origine dell'applicazione di una sanzione, quando questa sia prevista da una legge.

La Corte costituzionale, in una “storica” sentenza (n. 189 del 1987), su cui torneremo anche in seguito, ha chiaramente marcato, con una decisione di accoglimento, il ruolo centrale del principio di offensività, che deve presiedere alla legislazione penale, affermando che l'impossibilità di precisare il bene giuridico protetto dalla norma penale dimostra l'inesistenza di una ratio incriminandi e quindi, alla luce del diritto penale come sistema di protezione rafforzata di diritti individuali o collettivi, rende la norma stessa «manifestamente irrazionale». Questa affermazione generale ha trovato conferma e consolidamento nella successiva giurisprudenza della Corte, che ha definitivamente individuato il fondamento costituzionale positivo del principio di offensività nel secondo comma dell'art. 25 Cost., poiché – come si dirà anche più avanti – il principio di legalità va inteso in senso ampio, legato alla tutela della dignità umana (sentenze n. 263 del 2000 e n. 324 del 2002).

Quanto detto non porta certo alla conclusione che siano da escludere, come costituzionalmente inammissibili, i c.d. reati di pericolo. A parte la considerazione che la tutela giudiziale dei diritti può essere attivata, anche in campi diversi da quello penale, non solo quando la lesione sia avvenuta, ma pure se esistono concrete possibilità che avvenga (si veda, ad esempio, l'art. 1172 c.c.), si deve osservare che la creazione di una situazione di effettivo pericolo per determinati diritti individuali o collettivi può essere sanzionata, anche penalmente, in quanto l'ordinamento non può chiedere ai titolari di interessi giuridicamente protetti di attendere che si produca un danno già prevedibile, per perseguire coloro che hanno creato le condizioni per la sua verifica e prevenire così altre condotte simili, che farebbero aumentare le probabilità di lesioni.

Detto questo, si deve però affermare che la valutazione di legittimità costituzionale, da parte del legislatore nel momento creativo e del giudice delle leggi nel momento del controllo, quando vengono introdotte fattispecie penali di mero pericolo, deve essere particolarmente rigorosa. Il maggior rigore necessario è proprio il frutto di una concezione del diritto penale basata sui diritti e non sull'astratta potestà punitiva dello Stato. Vi potrebbe essere un interesse puramente politico ad incriminare (a scopo simbolico, ideologico, pedagogico etc.) comportamenti non strutturalmente idonei a provocare un concreto danno ad

interessi giuridicamente protetti di singoli, gruppi o collettività, invocando pericoli meramente ipotetici e non riferiti a beni giuridici ben precisi. Il fine politico non potrebbe, in tali casi, giustificare la compressione della sfera di libertà, personale e patrimoniale, dei cittadini, giacché, nel nostro ordinamento costituzionale, lo Stato non è libero di azionare lo strumento della repressione penale, se non per proteggere diritti, individuali o collettivi, che trovano fondamento in leggi anch'esse conformi alla Costituzione.

4. *Limiti della coercizione penale*

L'attuazione corretta del principio di offensività implica che l'area del penalmente rilevante debba essere contenuta nella misura massima consentita dalle circostanze storiche e sociali, il cui apprezzamento spetta in primo luogo al legislatore (inteso come continuum di Parlamento e Governo). Il controllo della Corte avviene, per così dire, in seconda battuta, secondo un criterio di riscontro della ragionevolezza, rispettoso delle scelte politiche insite nelle disposizioni legislative, ma anche attento a che i limiti del diritto penale dei diritti (si perdoni il bisticcio) non siano superati.

Si è molto discusso, nel recente passato, del c.d. diritto penale "minimo". Al di là delle formule, spesso fuorvianti, specie quando entrano nella semplificazione mediatica, va osservato che fondare sui diritti la potestà punitiva dello Stato non solo produce l'effetto di connettere ai diritti stessi l'oggetto della tutela penale, ma implica anche che la restrizione della sfera giuridica dei cittadini, derivante dalla loro condizione di "rei", deve essere assolutamente indispensabile, nel senso che non sia possibile raggiungere i medesimi obiettivi con altri mezzi. La pronuncia della Corte costituzionale prima citata ha posto tale principio con molta chiarezza: «Il diritto penale costituisce, rispetto agli altri rami dell'ordinamento giuridico dello Stato, il momento nel quale soltanto nell'impossibilità o nell'insufficienza dei rimedi previsti dagli altri rami è concesso al legislatore ordinario di negativamente incidere, a fini sanzionatori, sui più importanti beni del privato».

Lo stesso principio di offensività esclude che possa avere rilievo penale il semplice "essere" di un soggetto, indipendentemente dal suo "fare", le sue qualità soggettive in sé e per sé considerate. Peggio ancora se tali qualità soggettive rientrano in uno dei "sette parametri", di cui all'art. 3, primo comma, della Costituzione.

Il principio di offensività ha natura essenzialmente liberale, ma nella sua pratica applicazione si deve tener conto del carattere pluralista della Costituzione vigente, che rende prive di attitudine offensiva condotte che non si indirizzano a ledere i diritti veri e propri dei cittadini, ma che urtano soltanto con idee, convinzioni o credenze di una parte della popolazione e che non possono ricevere tutela penale per l'inammissibilità di una trasvalutazione in chiave universalistica dei valori di gruppi più o meno estesi di cittadini, a meno che la condotta incriminata non consista in un attacco idoneo a ferire la dignità dei gruppi coinvolti o a determinare una discriminazione morale ai loro danni.

5. Etica e diritto penale

Principio liberale e principio pluralista forniscono strumenti di riflessione su un tema da sempre dibattuto e certamente lontano da soluzioni da tutti condivise: i rapporti tra etica e diritto penale.

Un orientamento genuinamente liberale e pluralista esclude, come si accennava prima, che culture specifiche, ancorché maggioritarie, possano diventare giustificazione sufficiente per la scelta di introdurre norme incriminatrici. Una necessaria impostazione empirica, che rifiuta ogni integralismo ed ogni forzato eguagliamento delle coscienze, frutto di una concezione "etica" dello Stato, consente la tutela penale di quel "minimo etico" che si può ricavare dai valori che stanno alla base della Costituzione e rendono possibile la convivenza civile.

Lo stesso orientamento rende necessario, al contempo, che lo Stato tuteli l'identità morale e culturale di tutti cittadini e di tutte le formazioni sociali in cui si svolge la loro personalità e funga da limite alla libertà di scelta del legislatore dei beni tutelabili con norme penali. In sintesi, le sanzioni penali devono difendere l'integrità del pluralismo, ma non possono diventare strumenti di imposizione forzata dei valori che tengono insieme le diverse culture parziali, senza concorrere all'integrazione del minimo etico di cui si parlava prima.

Nell'epoca contemporanea si fa strada un consenso sempre più vasto ed omogeneo su ciò che un ordinamento giuridico civile deve escludere dal proprio orizzonte. Si tratta di tutti gli atti ed i comportamenti che offendono il valore della dignità umana, che rappresen-

ta il “punto archimedeo” dell’ordinamento e non è suscettibile di bilanciamento, indispensabile invece per tutti i valori, che abbiano assunto la veste giuridica di principi costituzionali. Lo Stato non può considerare come esigibile il sacrificio della dignità neanche in casi estremi, come la guerra (difensiva, ai sensi dell’art. 11 Cost.), in cui è possibile chiedere ai cittadini persino il sacrificio della vita. Se «la difesa della Patria è sacro dovere del cittadino» (art. 52 Cost.), neppure essa giustifica la lesione della sua dignità.

Questa considerazione esclude che si possa parlare, anche in forma ridotta e tendenziale, di un «diritto penale del nemico». La natura personalista e pluralista della Costituzione non consente che alcun essere umano sia considerato non-persona a causa dei suoi comportamenti, in quanto la dignità non si acquista per meriti e non si perde per demeriti. L’uomo è al centro del sistema giuridico e merita tutela per ciò che è e non per ciò che dovrebbe essere, alla luce di specifiche concezioni religiose, ideologiche, culturali e simili. Il delinquente incallito, che rifiuta le regole della convivenza civile, deve essere punito severamente secondo le norme di legge, ma è portatore della stessa dignità di cui è portatore l’onesto cittadino che osserva le leggi e rispetta l’autorità costituita. Regimi ormai quasi interamente consegnati ad un passato che non deve ritornare individuavano nemici del popolo, della razza, della vera religione e simili, cui era ritenuto giusto riservare un trattamento globalmente diverso, specie sotto il profilo penale, da quello previsto per i cittadini “osservanti”. Nel mondo contemporaneo si confrontano ancora il pluralismo e l’integralismo: si tratta del conflitto politico, sociale e culturale più drammatico che travaglia l’umanità. Sarebbe tuttavia contraddittorio combattere i diversi integralismi, che ricorrono con facilità alla violenza, usando le loro stesse categorie concettuali, riesumando la coppia oppositiva amico-nemico di schmittiana memoria, coerente con i regimi politici totalitari del Novecento, ma ormai espunta, come corpo estraneo, dai sistemi politici delle democrazie pluraliste.

La Repubblica non ha nemici, ma prevede, e punisce con le sue leggi, atti e comportamenti delittuosi che ledono beni primari dei cittadini. Gli autori dei reati, anche i più gravi, non sono nemici dello Stato e non lo diventano neppure se persistono nei loro stili di vita criminali. Sono soltanto delinquenti! Sembra quasi inutile ribadire che la finalità rieducativa delle pene deve valere anche per mafiosi, terroristi e simili, i quali non hanno perduto la loro natura di persone, che, come tale, deve essere rispettata. Lo Stato non deve mai per-

dere di vista la stretta funzionalità delle restrizioni applicate a fini di tutela dei diritti dei cittadini. Parlare di diritti dei detenuti è quindi non solo opportuno, ma necessario, se non si vuole smarrire il senso delle nostre istituzioni democratiche.

Il punto di partenza (e anche di arrivo) è sempre lo stesso: la tutela dei diritti contro chi li viola o li mette concretamente in pericolo. È inammissibile che intere categorie di soggetti, variamente individuate, possano soggiacere al sospetto di porsi al di fuori dell'ordinamento costituzionale, al punto da non essere più destinatarie delle norme di garanzia e di non essere prese in considerazione ai fini dell'applicazione del principio di eguaglianza.

Il concetto di «diritto penale del nemico» può tuttavia avere la sua utilità, se impiegato come paradigma negativo, allo scopo di segnalare per tempo la non conformità a Costituzione di norme penali, sostanziali e processuali, che, in qualche modo, possano essere ricondotte a criteri di discriminazione o di preventiva svalutazione della dignità umana. Come nel campo del diritto amministrativo la dottrina e la giurisprudenza vanno oggi alla ricerca dell'eccesso di potere non tanto per mezzo di astratte definizioni, di difficile formulazione, ma piuttosto attraverso l'esame rigoroso delle c.d. figure sintomatiche, allo stesso modo i penalisti potrebbero non più affannarsi, neppure per confutarle, su teorie generali di dubbia utilità, per dedicarsi con attenzione ad individuare i sintomi di tendenze, più o meno sotterranee, di ritorno all'antico, giacché alcune moderne teorizzazioni danno una fastidiosa impressione di déjà-vu, di quella terribile banalità del male, di cui parlava Hanna Arendt.

6. Significato e ruolo dei principi di legalità e di tassatività

Strettamente connessi con la componente democratica della Costituzione sono il principio di legalità e quello di tassatività. Anche per i suddetti principi si può applicare il metodo della rilevazione di quanto l'originaria derivazione democratica si sia combinata con la preesistente cultura liberale e con la successiva cultura pluralista.

È appena di caso di ribadire che l'intreccio profondo di democrazia e liberalismo fa assumere alla riserva di legge (specie in materia penale) una fisionomia non puramente formale, nel senso che la “copertura” del Parlamento alle norme incriminatrici e sanzionato-

rie non è più sufficiente, ma deve integrarsi con l'indispensabile tutela dell'individuo e delle minoranze, che potrebbero essere travolte da deliberazioni politiche liberticide o discriminatorie. La verifica di ragionevolezza compiuta, sinora con grande parsimonia nel campo del diritto penale sostanziale, dalla Corte costituzionale, si muove all'interno dello spazio ristretto risultante dallo scarto tra la scelta discrezionale del legislatore – che assume maggiore pregnanza proprio perché incide su beni primari dei cittadini – e l'intangibilità dei principi costituzionali. Il criterio seguito è stato quello di caducare le norme che, per la loro irragionevolezza estrema, pongono i loro destinatari in una ingiustificata posizione deteriore nei confronti della generalità dei cittadini, realizzando indirettamente, ma non per questo meno incisivamente, una discriminazione. Anche l'irragionevolezza c.d. intrinseca delle norme giuridiche si deve poter ricondurre ad una violazione dell'art. 3 Cost., senza la cui evocazione, non come semplice clausola di stile, si potrebbe aprire la strada ad una visione della Corte costituzionale come custode di una razionalità astratta del tutto estranea ai suoi compiti.

La rigorosa riserva di legge in materia penale è fondata, come tutti sanno, sull'esigenza che una così penetrante incisione autoritativa su beni primari della persona, la libertà e il patrimonio, quale quella derivante da una sanzione penale, può essere ammessa solo per volontà dei rappresentanti del popolo. Non più soltanto una esigenza di uniformità e prevedibilità, in sé inseparabili dal concetto primigenio di Stato di diritto, ma un ineludibile bisogno di approvazione democratica nella sede parlamentare, in cui la dialettica tra le diverse opzioni possibili è regolata da procedure aperte di confronto, che non esistono in altre istituzioni. Anche per questo motivo non sono ammissibili sentenze additive in malam partem in materia penale della Corte costituzionale, oltre che per l'indispensabile predisposizione della norma incriminatrice o sanzionatoria, resa impossibile dalla stessa struttura del giudizio incidentale, che sorge necessariamente ex post factum, nell'ambito di un processo principale in cui si giudicano condotte pregresse. Altro problema, che non si può trattare estesamente in questa sede, è il dovere del giudice delle leggi di non lasciare, nei limiti del possibile, "zone franche" nell'ordinamento, nel senso di interi settori normativi immuni dal controllo di costituzionalità.

La riserva di legge e la tassatività hanno pure la funzione di limitare drasticamente la discrezionalità del giudice, anche se l'esperienza secolare dimostra quanto fosse illusoria la fede illuministica nella chiarezza delle norme, che avrebbe dovuto evitare arbitri interpretativi. Oggi assistiamo ad un fenomeno che i filosofi illuministi non potevano prevedere: il maggior pericolo per la certezza del diritto – particolarmente necessaria in campo penale – non proviene tanto dall'indeterminatezza delle fattispecie legali, che possono, in tal caso, cadere sotto la scure del giudice delle leggi, ma dal grande numero di disposizioni normative, che si accavallano, si derogano e talvolta si contraddicono a vicenda, sino a costringere il giudice, nella definizione del caso concreto, a “creare” la norma, ricomponendo frammenti normativi diversi. Il tradizionale divieto di analogia, posto a presidio del rigore della riserva di legge in materia penale, finisce per essere attenuato. Avviene così che il legislatore parlamentare, moltiplicando a dismisura le disposizioni, neghi se stesso e riconsegna al giudice spazi, che diventano ancora più ampi, se si considera il ruolo crescente della vasta selva delle norme extrapenali nel determinare la ricorrenza dei presupposti per l'applicazione delle sanzioni penali.

Senza entrare nel merito del dibattito teorico sulla de-codificazione dell'era attuale, sembra tuttavia di poter dire che si impone oggi con urgenza, nel campo penale sostanziale, un intervento parlamentare di nuova codificazione, giacché la certezza del diritto, se appare un mito come categoria generale semplificatrice, è, oggi più che mai, un'esigenza basilare nel campo penalistico. Accanto a questa necessità di ordine e di chiarezza si pone l'altra, non meno rilevante, di una riconsiderazione, in chiave autenticamente liberale, democratica e pluralista, di tutto il codice, nato in un regime autoritario e poi variamente modificato, rimaneggiato e integrato in modo alluvionale. Le pezze ed i rattoppi della giurisprudenza costituzionale non bastano, anzi, nel lungo periodo, aumentano la confusione.

Si tratta di una grande sfida per la democrazia costituzionale, che deve dimostrare di saper fare quanto fecero, con diversi e anche opposti risultati, lo Stato liberale elitario e il regime fascista. Il fatto che l'impresa sia molto difficile aumenta il suo fascino e potrebbe indurre ad una convergenza politica di intenti, di cui forse oggi si avverte il bisogno.

FAUSTO GIUNTA

Verso un rinnovato romanticismo penale?

*I reati in materia di religione e il problema
della tutela dei sentimenti.*

Sommario: - 1. Il sentimento religioso e la sua ambivalenza di significato. - 2. Il sentimento religioso come travestimento della tutela nel disegno originario del codice Rocco. - 3. La riforma introdotta dalla legge n. 85 del 2006. - 3.1. L'approdo alla tutela de-istituzionalizzata. La confessione religiosa come sentimento della comunità sociale. - 3.2. La nuova gerarchia di disvalori penalmente sanzionati. - 4. Sentimento religioso e tutela dei sentimenti. - 5. Uno sguardo ad altri sentimenti penalmente tutelati. In particolare: il pudore, la pietà per i defunti e il sentimento per gli animali. - 6. I sentimenti non meritevoli di tutela. - 7. Lievità della pena e "debolezza" della tipicità nei reati offensivi dei sentimenti.

1. Il sentimento religioso e la sua ambivalenza di significato

«Anche se Dio non esistesse – scriveva Charles Baudelaire – la religione resterebbe santa e divina»³⁶. La scelta di questa citazione come abbrivio di una riflessione sulla tutela penale dei sentimenti, che assuma quale punto di osservazione privilegiato gli odierni delitti in materia di religione, si spiega con la sua evidente attualità: essa pone l'accento sulla religione come valore secolare in sé³⁷, a prescindere, cioè, dal tipo di confessione e finanche indipendentemente dall'esistenza di un dio. In altre parole, nella summenzionata prospet-

³⁶ V. *Diari intimi*, Rāzāzī, I, nella traduzione di L. ZATTO, Torino, 1942.

³⁷ In argomento, v. fin d'ora gli importanti contributi di M. ROMANO, *Secolarizzazione, diritto penale moderno e sistema dei reati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 477 s.; ID., *Principio di laicità dello Stato, religioni, norme penali*, *ivi*, 2007, p. 493 s.

va viene in rilievo la religione come sentimento, la fede nel trascendente quale valore distinto dal teismo: per l'appunto, etsi Deus non daretur.

Questo approccio al fattore religioso – si potrebbe osservare – non giunge certo nuovo al penalista italiano. La nostra tradizione codicistica – se la si fa coincidere in prima approssimazione con il codice Rocco, che dopotutto ha compiuto ottant'anni – si dichiara improntata, infatti, alla tutela del sentimento religioso, come testimonia ancora oggi la rubrica del Titolo IV, Libro II (Dei delitti contro il sentimento religioso e contro la pietà dei defunti), che raccoglie le vituperate rovine di un sistema normativo ridisegnato a più riprese dalla Corte costituzionale³⁸ e di recente rivisitato dalla legge 24 febbraio 2006, n. 85, ma prima ancora profondamente eroso dal tempo e dalla trasformazione delle nostre società nella direzione del multiculturalismo.

Ma che significa “sentimento religioso”? Gli sforzi interpretativi disseminati nell'imponente letteratura registrano significative divergenze al momento di precisarne l'identità concettuale, confermando il carattere sfuggente e polisenso dell'intitolazione codicistica, probabilmente all'origine del suo longevo successo.

Volendo semplificare, le chiavi di lettura vanno dall'accezione individuale del sentimento religioso, come sensibilità di ciascun credente nei confronti delle offese rivolte alla propria religione e alle sue manifestazioni esteriori, a quella sociale, che ravvisa il sentimento religioso ora nella somma delle anzidette sensibilità individuali, ora nella sedimentazione culturale degli insegnamenti religiosi, i quali assurgono a valori di civiltà in ragione dell'adesione largamente maggioritaria dei cittadini a un determinato credo religioso³⁹. Da

³⁸ Cfr., soprattutto, le sentenze n. 329 del 1997, 508 del 2000 e 168 del 2005, che hanno dichiarato l'incostituzionalità, rispettivamente, dell'art. 404, co. 1 (*Offese alla religione dello Stato mediante vilipendio di cose*), nella parte in cui prevedeva una pena eccedente rispetto a quella comminata per lo stesso fatto commesso contro un culto ammesso nello Stato (art. 406 c.p.); dell'art. 402 c.p., che puniva il vilipendio della religione dello Stato; dell'art. 403 c.p., che prevedeva, per le offese alla religione cattolica mediante vilipendio di chi la professa o di un ministro del culto, una pena superiore a quella stabilita dall'art. 406 c.p. per le offese contro i culti ammessi nello Stato. In questa sintetica ricognizione non può certo trascurarsi, anche per la sua priorità cronologica, la sent. n. 440 del 1995, con la quale la Corte allargava l'operatività della contravvenzione della bestemmia (art. 724 c.p.), estendendola a tutte le religioni presenti nella comunità nazionale. Per un'analisi dettagliata, v., tra gli altri: G. CERRETO, *L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia di tutela penale del sentimento religioso*, in *Dir. famiglia*, 2004, p. 961 s.; M.G. IVALDI, *La tutela penale in materia religiosa nella giurisprudenza*, Milano, 2004, *passim*; C. VISCONTI, *La tutela penale della religione nell'età post-secolare e ruolo della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, pp. 1041 s.

³⁹ Per una ricostruzione, v. fondamentalmente P. SIRACUSANO, *I delitti in materia di religione*, Milano, 1983, p. 8 s. Più di recente, v. anche V. MORMANDO, *I delitti contro il sentimento religioso e contro la pietà dei defunti*, Padova,

quest'ultima angolazione, fatta propria in passato anche dalla Corte costituzionale, il dato statistico, unito alla tradizione storica, fa del sentimento religioso condiviso una realtà sociale, che si ritiene possa assurgere a valore suscettibile di tutela penale⁴⁰, salvo verificare – ma si tratta di un profilo affatto differente – se detta tutela non diventi discriminatoria rispetto a scelte confessionali minoritarie del corpo sociale. Alle condizioni anzidette – è questo uno degli sviluppi dell'impostazione di cui si discute – i valori religiosi possono perdere la connotazione confessionale d'origine e laicizzarsi, accomunando le diverse confessioni e diventando patrimonio anche dei non credenti.

Non par dubbio, però, che nella sua estrema concezione collettiva, il sentimento religioso vede stemperare le sue coloriture fideistiche, per assumere piuttosto connotazioni tipiche di uno stile di vita e finanche di un tipo di educazione. Un'eco di questa laicizzazione per così dire estrema del sentimento religioso si riscontra nel tentativo, effettuato prima della recente depenalizzazione dell'art. 724 c.p., di giustificare l'incriminazione della bestemmia come forma di inciviltà, ossia come risposta sanzionatoria a una tra le più urticanti manifestazioni di malcostume⁴¹; argomento, questo, accreditato dalla scelta codicistica di qualificare il fatto come contravvenzione imputabile, secondo le regole generali, anche in assenza dell'animo di recare oltraggio alla divinità o alla religione di stato⁴².

Ora, ad un più accurato esame, la prima linea interpretativa cui si è fatto cenno – quella che intende il sentimento religioso in senso individuale – rischia di sconfinare in una lettura intimistica se non addirittura solipsistica dell'offensività dei reati in materia di religione. Altro è la libertà di professare una religione, altro è la lesione del sentimento religioso, quale dato oggettivo e verificabile. Ciò spiega perché in realtà l'accezione individuale del sentimento religioso si risolva, nei suoi sviluppi argomentativi, nel rivestimento verbale di una differente istanza di tutela, qual è il diritto, del tutto laico, di ciascun cittadino di sce-

2005, p. 79 s. Non mancano impostazioni sincretistiche intese a conciliare i due aspetti. Cfr. F. PANTALEO GABRIELLI, *Delitti contro il sentimento religioso e la pietà verso i defunti*, Milano, 1961, p. 32.

⁴⁰ V. per esempio Corte cost., sent. n. 188 del 1975: «il sentimento religioso, quale vive nell'intimo della coscienza individuale e si estende anche a gruppi più o meno numerosi di persone legate tra loro dal vincolo della professione di una fede comune, è da considerare tra i beni costituzionalmente rilevanti, come risulta dagli artt. 2, 8 e 19 cost., ed è indirettamente confermato anche dal primo comma dell'art. 3 e dall'art. 20».

⁴¹ Così Corte cost., n. 925 del 1988. Sul punto, v.: P. MONETA, *La bestemmia da offesa alla religione dello Stato a fenomeno di malcostume*, in *Legisl. pen.*, 1989, p. 118. V. anche F. CIAMPI, *Problemi di interpretazione dell'art. 724 c.p. dopo le modifiche al concordato*, in *Cass. pen.*, 1987, p. 69.

⁴² Così *Relazione ministeriale sul progetto del codice penale*, n. 811, p. 514.

gliere e professare un credo religioso. Necessariamente individuale, infatti, è la scelta fideistica (anche quando fa parte di un bagaglio culturale acquisito da comunità intermedie come famiglia e scuola), non anche la religione, che ha una dimensione plurisoggettiva e relazionale, ossia comunitaria⁴³. Conseguentemente, il sentimento religioso non può essere esclusivamente individuale, come non può esservi una religione esclusivamente individuale (che, come tale, non potrebbe essere nemmeno bersaglio di aggressioni consapevoli). Ciò spiega perché il concetto di sentimento religioso venga per lo più declinato al plurale e attribuito alla comunità religiosa, intesa come insieme indistinto di individui la cui sensibilità uti singuli non ha autonomo rilievo. In breve: il sentimento religioso appare per sua vocazione un valore superindividuale, mentre la libertà religiosa è un diritto individuale espressamente sancito dall'art. 19 Cost., la cui tutela risulta astrattamente compatibile con la sua subordinazione alla querela di parte; una scelta, questa, che trova un precedente storico risalente nell'art. 141 del codice Zanardelli, il quale sottraeva alla perseguibilità ex officio l'offesa dei culti ammessi nello stato mediante vilipendio di chi li professa.

2. Il sentimento religioso come travestimento della tutela nel disegno originario del codice Rocco

Ricapitolati così i termini del dibattito in materia, il problema antico dell'identità concettuale del sentimento religioso dischiude una diversa lettura del dato normativo: ci si deve chiedere, infatti, sfidando l'apparente ovvietà delle cose, se davvero il codice Rocco, nel suo disegno originario, tutelasse il sentimento religioso. A ben vedere, la tralaticia conclusione affermativa è tutt'altro che scontata; anzi, sembra potersi affermare che l'uso di questa intitolazione per il comparto dei delitti in materia di religione risultasse inappropriato e finanche abusivo, certamente fuorviante. Il sentimento religioso costituiva piuttosto un abile escamotage linguistico di ispirazione romantica, idoneo a mimetizzare il vero fuoco della tutela, che, a dispetto delle etichette utilizzate come rubriche legislative, privilegiava la religione di stato, la cui protezione penale era il coerente risvolto della scelta confessionale effettuata dall'ordinamento con i Patti Lateranensi del 1929. Da qui l'orientamento della tutela a favore non tanto della religiosità come sentimento diffuso, quanto della religione catto-

⁴³ V. anche E. VENAFRO, *Il reato di vilipendio della religione non passa il vaglio della Corte costituzionale*, in *Leg. pen.*, 2001, p. 1080.

lica; non tanto del sentimento religioso, quale bene giuridico appartenente a singoli individui come comunità, quanto della Chiesa quale istituzione religiosa e dei suoi dogmi⁴⁴. Di sicuro «la protezione penale della religione, intesa come patrimonio fideistico, è cosa assai differente dall'intervento penale a salvaguardia del cosiddetto sentimento religioso collettivo»⁴⁵.

Peraltro, la relazione ministeriale sul punto è chiarissima: il sistema normativo penale mirava a tutelare «non soltanto la manifestazione esteriore della fede religiosa (...) ma anche la fede religiosa per sé medesima, cioè come istituzione»⁴⁶, ossia il magistero della Chiesa cattolica apostolica romana, il cui insegnamento assurgeva a religione di stato.

Non meno chiari sono stati sul punto i più fedeli e autorevoli interpreti del nuovo codice. «La religione – scriveva Giuseppe Maggiore – non è un puro affare individuale (...) e non è né pure un interesse collettivo (...). La religione è, al contrario, base e ragione stessa dello Stato, il quale deve difenderla come difenderebbe se stesso»⁴⁷.

Tutto ciò veniva affermato a piena ragione: com'è noto, il sistema codicistico prevedeva in origine due fattispecie incriminatrici configurabili esclusivamente attraverso offese alla religione cattolica (in quanto religione di stato) ovvero a divinità, simboli o persone in essa venerati: il riferimento è al vilipendio generico (art. 402 c.p.) e alla bestemmia (art. 724 c.p.). Quanto alle restanti fattispecie di vilipendio (artt. 403-404) e turbatio sacromum (art. 405 c.p.), esse avevano a cuore principalmente la religione cattolica apostolica romana, ai sensi dello Statuto e dei Patti⁴⁸. L'estensione di queste ultime ipotesi di reato ai culti ammessi dallo stato, ad opera dell'art. 406 c.p., confermava la scelta confessionale del sistema, prevedendo la norma citata al contempo una riduzione della risposta sanzionatoria.

In breve: la tutela non soltanto privilegiava una religione – quella cattolica – rispetto alle altre, ma si incentrava sul sentimento religioso non già come bene della comunità, bensì nel suo profilo di fenomeno organizzato e istituzionalizzato. Ben difficilmente poteva essere tipica un'offesa al sentimento religioso collettivo che non fosse al contempo un'offesa alla religione cattolica. Lo stesso schema si proiettava del resto sulla tutela dei culti ammessi

⁴⁴ Cfr. P. SIRACUSANO, *I delitti*, cit., p. 99.

⁴⁵ Così ancora P. SIRACUSANO, *I delitti*, cit., p. 73.

⁴⁶ In questi termini la *Relazione ministeriale*, cit., p. 187.

⁴⁷ G. MAGGIORE, *Diritto penale, parte speciale*, Bologna, 1938, p. 283 s.

⁴⁸ G. MAGGIORE, *Diritto penale*, cit., p. 283 s.

ex art. 406 c.p.: in mancanza di un riconoscimento istituzionale, consistente nell'ammissione del culto a richiesta dell'ente secolare che lo rappresentava e organizzava, il sentimento religioso non poteva aver tutela. La più classica delle bestemmie contro la divinità, in assenza di espressioni linguistiche idonee a identificarla con il dio cattolico, risultava irrimediabilmente atipica⁴⁹, a dispetto della professata afferenza logica dell'art. 724 c.p. alla tutela del sentimento religioso⁵⁰.

Sulla scorta di quanto precede, si possono cogliere i profili di novità introdotti dal codice Rocco, rispetto alle scelte effettuate dal codice Zanardelli, il quale, nel Libro II, Titolo II, rubricato "Dei delitti contro la libertà", prevedeva nel Capo II un apposito raggruppamento intitolato "Dei delitti contro la libertà dei culti"). Il codice previgente incentrava la protezione penale su due poli. Il primo era costituito dal bene della libertà religiosa, che veniva tutelato da impedimenti e turbamenti di funzioni religiose realizzati con il fine di offendere i "culti ammessi nello Stato" (art. 140). Il secondo polo era costituito dalle fattispecie di vilipendio di persone che professano i culti ammessi nello stato o di cose destinate a detti culti (artt. 141 e 142). Non pare, pertanto, che nel codice Zanardelli la tutela del fatto religioso fosse fondata «sulla protezione della libertà religiosa individuale»⁵¹. Il sistema era ancorato piuttosto alla repressione della turbatio sacrorum e delle condotte di vilipendio; schemi di tutela, questi, entrambi mutuati dal codice Rocco, il quale, però, provvede a riformularli con una non irrilevante particolarità, già segnalata: la preminenza della religione di stato che si rifletteva nel privilegio di una tutela generalmente rafforzata e, rispetto ad alcune aggressioni, addirittura esclusiva.

La svolta compiuta nel 1930 si coglie anche dal punto di vista sistematico. In effetti la topografia del codice è eloquente: nella c.d. progressione discendente della parte speciale⁵², che si apre con la tutela dello stato-apparato (o organizzazione) e si chiude con i delitti offensivi di beni individuali come persona e patrimonio, il titolo IV si colloca a ridosso dei raggruppamenti posti a tutela delle tre principali articolazioni istituzionali: stato, pubblica

⁴⁹ In argomento, G. MAGGIORE, *Diritto penale*, cit., p. 863 s.

⁵⁰ Si tratta della tesi che, all'epoca della rilevanza penale della bestemmia, risultava assolutamente maggioritaria. Per tutti, v. P. CIPROTTI, *Bestemmia e manifestazioni oltraggiose verso i defunti*, in *Enc. dir.*, vol. V, 1959, p. 300.

⁵¹ Per questa chiave di lettura G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, parte speciale*, vol. I, Bologna, 2007, p. 438.

⁵² T. PADOVANI, L. STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminoso*, Bologna, 2006, p. 47 s.

amministrazione e amministrazione della giustizia. Ad essi, per l'appunto, seguono i delitti in materia di religione.

Sotto questo profilo non può negarsi, però, che anche nel codice Zanardelli la tutela dei culti ammessi aveva carattere per così dire istituzionale, nei termini che si sono già detti a proposito dell'art. 406 del codice Rocco.

3. *La riforma introdotta dalla legge n. 85 del 2006*

Venendo all'attualità, ci si deve chiedere se quel che resta dei delitti in materia di religione possa giustificarsi oggi facendo leva sulla tutela del "sentimento religioso".

Il quadro normativo – va da sé – è profondamente mutato e non soltanto per i citati interventi della Corte costituzionale, che hanno introdotto, con una tormentata giurisprudenza non priva di tensioni con il principio della riserva di legge (il riferimento è alla sentenza n. 440 del 1995 sulla bestemmia⁵³), l'uguaglianza di trattamento nella tutela di tutte le confessioni religiose. A tale risultato portavano anche, e non secondariamente, le Modifiche al Concordato (L. 25 marzo 1985, n. 121), le quali hanno escluso espressamente che la religione cattolica sia la sola religione dello stato italiano; al punto che, a seguito delle Modifiche, non era mancato chi aveva ipotizzato la tacita abrogazione delle fattispecie incriminatrici costruite sulla tutela della religione di stato⁵⁴.

Ma l'attenzione deve concentrarsi soprattutto sulla riforma introdotta con la citata legge n. 85 del 2006, la quale, pur essendo affetta da notevoli imperfezioni tecniche (non irrilevanti, ma secondarie nell'economia di queste riflessioni), non propone soltanto una

⁵³ In quell'occasione, infatti, la Consulta pronunciò una sentenza additiva *in malam partem*, cercando di camuffare la violazione della riserva di legge con un autentico colpo di mano interpretativo. Più precisamente la Corte, aderendo a un'esegesi dell'art. 724, co. 1, c.p. del tutto minoritaria in dottrina e non sostenibile nemmeno dal punto di vista formale (cfr. A. G. CHIZZONITI, *Considerazioni sulla contravvenzione di bestemmia*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1988, p. 155), ritenne di cogliere nell'antidetto enunciato normativo due distinte fattispecie: l'una consistente nella bestemmia contro la divinità, l'altra contenente la bestemmia contro simboli o persone venerate dalla religione di stato, così da poter dichiarare solo quest'ultima illegittima, in ragione della tutela privilegiata da essa prevista, e mantenere in vita la prima ipotesi di reato, che si asseriva *ab origine* non discriminatoria. Il ragionamento della Corte non è sfuggito sul punto a condivisibili critiche sul piano del metodo e dell'esito. In argomento, cfr.: P. MONETA, *Il reato di bestemmia "depurato" dalla Corte costituzionale*, in *Leg. pen.*, 1996, p. 304 s.; F. C. PALAZZO, *La tutela della religione tra eguaglianza e secolarizzazione (a proposito della dichiarazione di incostituzionalità della bestemmia)*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 56 s.

⁵⁴ Cfr. sul punto G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 440 s.

risrittura degli approdi della giurisprudenza costituzionale⁵⁵, ma compie rispetto ad essa ulteriori (ancorché timidi) passi avanti, che per il vero non consentono di ravvisare nella riforma un «preoccupante ritorno al passato»⁵⁶.

3.1. *L'approdo alla tutela de-istituzionalizzata. La confessione religiosa come sentimento della comunità sociale*

Innanzitutto, va tenuto presente che gli interventi ablativi della giurisprudenza costituzionale, incidendo su un ordito normativo che distingueva tra religione di stato e culti ammessi, non avevano altra strada che quella di equiparare la tutela tra i culti, quali referenti legislativi del sentimento religioso.

Ebbene, la riforma del 2006 va oltre questa equiparazione, poiché interpreta l'egualitarismo della tutela in senso de-istituzionalizzato, instaurando l'uguaglianza non più tra i culti (espressione, questa, che allude tradizionalmente alle istituzioni religiose), bensì direttamente tra le confessioni, ossia, secondo la migliore interpretazione, tra comunità sociali stabili (anche prive di organizzazione e normazione interna) aventi una propria concezione del mondo basata sull'esistenza di un Essere trascendente⁵⁷.

La mancata riproposizione poi della fattispecie di vilipendio comune (possibilità, questa, lasciata aperta dalla stessa Corte costituzionale con la dichiarazione di illegittimità dell'art. 402 c.p.) conferma che la tutela non riguarda le religioni in sé e i loro dogmi⁵⁸, con un ribaltamento della filosofia originaria del codice Rocco.

Certamente la scelta effettuata dal riformatore del 2006 ha i suoi inconvenienti, perché impone al giudice di accertare un dato sociologico complesso, qual è l'esistenza di una confessione religiosa⁵⁹; problema, questo, che – sotto la vigenza sia del codice Zanardelli,

⁵⁵ Cfr. D. PULITANO, *Laicità, multiculturalismo, diritto penale*, in *Laicità e multiculturalismo. Profili penali ed extrapenali*, a cura di L. Risicato e E. La Rosa, Torino, 2009, p. 245. V. anche C. VISCONTI, *Il legislatore azzeccagarbugli: le "modifiche in materia di reati di opinione" introdotte dalla l. 24 febbraio 2006, n. 85*, in *Foro it.*, 2006, V, c. 217.

⁵⁶ Per questo giudizio, v. invece M. PELISSERO, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 1203.

⁵⁷ Cfr. F. FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, Bologna, 2003, p. 71 s. V. pure F. BASILE, *I nuovi "delitti contro le confessioni religiose" dopo la legge n. 85 del 2006*, in *Studium iuris*, 2006, p. 1354.

⁵⁸ Così anche M. PELISSERO, *op. cit.*, p. 1201.

⁵⁹ Cfr. T. PADOVANI, *Prefazione*, in *Religione e religioni: prospettive di tutela, tutela delle libertà*, a cura di G. De Francesco, C. Piemontese e E. Venafro, Torino, 2007, p. 11. Da diversa angolazione, v. le convergenti critiche di S. RIONDATO, *Diritto penale e reato culturale, tra globalizzazione e multiculturalismo*, in *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso*, a cura di S. Riondato, Padova, 2006, p. 91 s.

che della versione originaria del codice Rocco - il giudice non aveva, posto che il “culto ammesso nello stato”, integrando un elemento normativo della fattispecie, era tale per riconoscimento legislativo. Sotto questo profilo, il principale inconveniente delle nuove fattispecie di vilipendio risiede piuttosto, oltre che nel carattere notoriamente sfuggente della condotta di vilipendio, nel loro iniziale deficit di determinatezza, che solo un uso sapiente di parametri tipici della sociologia delle religioni potrà sanare. Spetta dunque alla giurisprudenza il compito di (provare a) definire il concetto di confessione religiosa: nella misura in cui esso risulterà suscettibile di interpretazione e la giurisprudenza riuscirà a stabilizzarne il significato, la fattispecie avrà compensato il suo attuale debito di precisione⁶⁰.

3.2. *La nuova gerarchia di disvalori penalmente sanzionati*

In secondo luogo, il riformatore del 2006 ha differenziato la risposta sanzionatoria secondo una logica che, seppure offuscata dalla generale “bagattellizzazione” dei delitti in questione, non va trascurata.

Se si ordinano per decrescente gravità gli odierni “delitti contro le confessioni religiose” (secondo la nuova intitolazione del Capo I), si può individuare la seguente scala: in apicibus sta il danneggiamento di cose oggetto di culto, consacrate al culto o destinate necessariamente all’esercizio del culto, di cui all’art. 404, co. 2, c.p., punito con la reclusione fino a due anni. Come noto, si tratta di una fattispecie autonoma e speciale di danneggiamento, punita meno severamente del danneggiamento aggravato ex art. 635, co. 2, c.p., per il quale è comminata la reclusione da sei mesi a tre anni.

In posizione ex aequo si trova il delitto di turbatio sacrorum di cui all’art. 405 c.p. (“Turbamento di funzioni religiose del culto di una confessione religiosa”), che, essendo offensivo della libertà laica di esercitare in modo indisturbato un culto⁶¹, viene punito anch’esso con la reclusione fino a due anni. In assenza di questa fattispecie, del resto, si sarebbero rischiesti i vuoti di tutela lasciati dal delitto di violenza privata di cui all’art. 610 c.p.,

⁶⁰ In argomento, e con riguardo alla giurisprudenza costituzionale, secondo cui il vizio di determinatezza può essere sanato dal diritto vivente, ossia dall’elaborazione di una interpretazione stabile della norma, cfr., per tutti, F. PALAZZO, *Corso di diritto penale* Torino, 2008, p. 145 nonché *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regola iuris*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. Vassalli, Napoli, 2006, p. 49 s.

⁶¹ D. PULITANÒ, *Laicità*, cit., p. 246.

il quale protegge l'autodeterminazione individuale da aggressioni coercitive, là dove il delitto di turbatio sacrorum, coerentemente con il carattere plurisoggettivo dei riti religiosi, assicura l'esercizio associato del culto ovvero la scelta di praticare pacificamente in forma collettiva il diritto individuale di libertà religiosa⁶². Semmai, se si accede alla tesi che la querela possa fungere da strumento di deflazione che rimette al suo titolare la valutazione del bisogno di pena di un certo fatto costituente reato⁶³, per il delitto previsto dall'art. 405 c.p. ben avrebbe potuto derogarsi alla regola della procedibilità ex officio⁶⁴.

Nell'orbita della penalità vengono mantenute infine le ritoccate fattispecie di vilipendio di cui agli artt. 403 e 404, co. 1, c.p. ("Offese a una confessione religiosa mediante vilipendio di persone o cose"), punite con sola pena pecuniaria. A favore del loro mantenimento può deporre l'inadeguatezza della tutela ordinaria complessivamente considerata. Com'è noto, i delitti di ingiuria, diffamazione e danneggiamento sono, nella forma non aggravata, di competenza del giudice di pace: soggetti cioè a un trattamento e a una giurisdizione di tipo conciliativo poco adatti a conflitti sociali che, come quelli religiosi, non hanno carattere interpersonale, ma rischiano di coinvolgere intere comunità specie quando si instaurano – ed è questo lo scenario oggi più attuale – tra appartenenti a confessioni diverse, più che tra laici e credenti⁶⁵. Parrebbe dunque che, alla base del rifiuto della tutela ordinaria, vi sia la volontà legislativa di affidare al giudice togato la cognizione di detti delitti e degli eventuali conflitti interreligiosi ad essi sottesi. Ciò non toglie che, nell'interpretazione delle nuove norme, è preferibile un atteggiamento di prudenza; così è da ritenersi che, per risultare tipiche ai sensi dell'art. 403 c.p., le espressioni di vilipendio debbano riferirsi a soggetti ben determinati e non all'indistinta generalità dei fedeli⁶⁶. Detto altrimenti: la fattispecie in-

⁶² Cfr. in argomento la sintesi di C. SGROI, *sub* art. 405, in T. Padovani (a cura di), *Codice penale*, vol. I, Milano, 2007, p. 2648.

⁶³ Cfr. F. GIUNTA, *Interessi privati e deflazione penale nell'uso della querela*, Milano, 1993, p. 57 s., 185 s. e p. 203 (per quanto riguarda i reati offensivi di interessi superindividuali); v. anche F. GIUNTA, L. PATTONELLI, *Querela*, in *Diritto penale*, della serie Dizionari sistematici, a cura di F. Giunta, Milano 2008, p. 429 s.

⁶⁴ Censura il mantenimento della procedibilità *ex officio*, P. SIRACUSANO, *Pluralismo e secolarizzazione dei valori: la superstite tutela penale del fattore religioso nell'ordinamento italiano*, in *Laicità e multiculturalismo. Profili penali ed extrapenal*, cit., p. 81.

⁶⁵ Su questa prospettiva, cfr.: G. FLORA, *Tutela penale delle confessioni acattoliche, libertà di critica e principio di tolleranza religiosa*, in *Foro it.*, 1992, II, c. 710; L. IANNACCONE, *La scomparsa dell'art. 402 c.p. Qualche riflessione su una pronuncia tanto attesa*, in *Dir. ecclesiastico*, 2001, p. 1043.

⁶⁶ Per l'interpretazione estensiva, v. invece, Cass. pen., sez. III, 11 dicembre 2008, n. 10535, in *Guida dir.*, 2009, 14, p. 66. Nel senso del testo, v. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 444.

criminatrice va letta conciliando il carattere superindividuale del bene tutelato con la dimensione personalistica della condotta di vilipendio avente come bersaglio singoli soggetti passivi.

Ad ogni modo, le summenzionate fattispecie di vilipendio sopravvivono oggi in assenza di quella che era la loro fattispecie-madre, ossia il reato di vilipendio della religione dello stato, la quale, dopo la sua dichiarazione di incostituzionalità⁶⁷, non si è tentato di riproporla, trattandosi di una fattispecie la cui originaria indeterminatezza, insita già nella condotta di vilipendio⁶⁸, sarebbe stata amplificata all'inverosimile con la sua estensione a tutte le confessioni religiose. Del resto l'art. 402 c.p. era la vera fattispecie liberticida: secondo autorevole dottrina, ad esempio, le fattispecie di vilipendio costituivano un limite al diritto di opinione e critica⁶⁹. E non faceva eccezione la condotta descritta nell'art. 402 c.p., che estendeva la risposta sanzionatoria all'esercizio del diritto di opinione e critica, specialmente quando esso veniva esercitato in modo irrispettoso della religione di stato⁷⁰.

A ciò si aggiunga la depenalizzazione della bestemmia, che oggi costituisce un illecito amministrativo, la cui struttura - nel silenzio del legislatore - rimane, tuttavia, quella della previgente contravvenzione, quale risultava a seguito dell'intervento additivo della sentenza della Corte cost. n. 440/1995, che, come si è detto, aveva reso configurabile l'allora reato di bestemmia nei confronti di tutte le religioni.

Concludendo sul punto: la riforma del 2006, ribaltando la centralità punitiva tradizionalmente assegnata ai reati di vilipendio non solo nel codice Rocco, ma anche nel codice Zanaldelli, si caratterizza per il primato accordato alla repressione delle offese alla libertà religiosa e dei danneggiamenti, mentre in posizione sussidiaria rimane la tutela bagattellare dei reati di vilipendio⁷¹. Questi ultimi vengono nondimeno mantenuti probabilmente per

⁶⁷ V. *supra* nota 3.

⁶⁸ Sul deficit di precisione delle fattispecie di vilipendio, in termini generali, cfr. G. CONSO, *Contro i reati di vilipendio*, in *Indice pen.*, 1970, p. 549, il quale, nondimeno, a seguito della dichiarazione di incostituzionalità del vilipendio (art. 402 c.p.), ha lamentato la carenza di tutela che ne sarebbe derivata: cfr. *Nessuna religione sarà più tutelata di fronte al vilipendio?*, in *Avvenire* del 22 novembre 2000, p. 4.

⁶⁹ Cfr. P. NUVOLONE, *Il problema dei limiti della libertà di pensiero nella prospettiva logica dell'ordinamento*, in *Trent'anni di diritto e procedura penale*, vol. I, Padova, 1969, p. 530.

⁷⁰ G. MAGGIORE, *Diritto penale*, cit., p. 286. Per una critica E. FLORIAN, *Dei delitti contro il sentimento religioso e la pietà dei defunti*, in *Trattato di diritto penale*, coordinato da E. Florian, Milano, 1936, p. 205, nota 1.

⁷¹ Parla di sistema di tutela penale a due velocità, P. SIRACUSANO, *Religione*, in *Diritto penale*, della serie *Dizionari sistematici*, a cura di F. Giunta, cit., p. 608.

attrarre il trattamento dei fatti in materia di religione interamente nell'area della giurisdizione ordinaria. Solo oggi, e per la prima volta il nostro sistema penale, è approdato a una tutela penale che prende in considerazione, oltre alla libertà di culto in forma associata, il sentimento religioso in sé e per sé, come interesse diffuso fondato sulla fede nella trascendenza, ossia come bene giuridico laico⁷².

Sotto questo profilo, la tutela offerta dall'attuale assetto dei nostri delitti in materia di religione non appare lontana dalle scelte del codice penale spagnolo che punisce, con pena detentiva, il compimento, nei luoghi di culto o durante cerimonie religiose, di atti di profanazione offensivi dei sentimenti religiosi (art. 524) e, con pena pecuniaria, l'offesa pubblica di dogmi, credenze, riti o cerimonie di confessioni religiose ovvero di coloro che li praticano (art. 525).

Non deve sorprendere, pertanto, il carattere mite delle pene comminate nel nostro codice e in quello spagnolo per le fattispecie offensive del sentimento religioso: quest'ultimo è cosa ben diversa dalla libertà di religione. Non a caso, e sempre dal punto di vista comparatistico, là dove l'offesa del sentimento viene assoggettata a pene più severe, la tipizzazione del fatto di reato risulta arricchita dalla previsione di elementi ulteriori di disvalore e di pericolosità. E' quanto avviene nel reato di vilipendio di una confessione religiosa o ideologica previsto al § 166 StGB (*Beschimpfung von Bekenntnissen, Religionsgesellschaften und Weltanschauungsvereinigungen*), che richiede il requisito dell'idoneità della condotta a turbare la pace pubblica, correttamente definito il tratto di «maggior spessore del comportamento tipizzato, che non può non riverberarsi sulla determinazione del bene giuridico»⁷³.

4. Sentimento religioso e tutela dei sentimenti

Se de iure condito la tenuta della scelta legislativa del 2006 dipenderà, dunque, dall'oculatazza dell'elaborazione giurisprudenziale di fronte alle insidie dei riformulati delitti

⁷² Sull'oggettività giuridica del delitti in materia di religione dopo la riforma del 2006, le opinioni non sono unanimi. In senso non dissimile dal testo, v. D. PULITANÒ, *Laicità e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 79 s. Diversamente, v. P. SIRACUSANO, *Religione*, cit., secondo cui la tutela sarebbe rimasta imperniata sulla religione come valore ideale e culturale. V. anche F. BASILE, *I nuovi "delitti contro le confessioni religiose"*, cit., p. 1355 s. che propende per la tesi della tutela del sentimento religioso collettivo.

⁷³ Così M. MANTOVANI, *L'oggetto tutelato nelle fattispecie penali in materia di religione*, in *Religione e religioni*, cit., p. 243 s.

offensivi del sentimento religioso, de iure condendo il dibattito è del tutto aperto. Esso, naturalmente, deve tenere conto che il nostro ordinamento è laico per dettato costituzionale⁷⁴, anche se la nostra società lo è assai meno, essendo segnata, anzi, da un'autentica "revanche de Dieu"⁷⁵.

Ora, la soluzione astensionistica, adottata ad esempio dal codice penale francese, che non prevede una disciplina penale del fatto religioso, è certamente quella più lineare. Essa discende dalla premessa secondo cui uno stato liberale – come tale non solo equidistante dalle scelte religiose, ma indifferente al fattore religioso – deve limitarsi a tutelare la sola libertà di culto e il suo esercizio in forma individuale o associata, non anche il sentimento religioso⁷⁶. Ne consegue che, da questa angolazione, un giudizio di piena ammissibilità potrebbe riguardare soltanto il delitto di turbatio sacrorum, sulla falsariga del vigente art. 405 c.p. e dei suoi equivalenti stranieri (si pensi al summenzionato art. 525 del codice penale spagnolo); non anche le fattispecie poste a tutela del sentimento in sé, come i reati di vilipendio di cui ai vigenti artt. 403 e 404, co. 1, c.p.

Sennonché, resta ancora da dimostrare che il fondamentale principio dell'indifferenza dello stato laico implichi il corollario della sua insensibilità nei confronti di sentimenti collettivi; siano essi religiosi o laici. Si potrebbe validamente eccepire, anzi, che, là dove vi sia un'entità valoriale, quand'anche nella forma di sentimento, vale a dire di atmosfera emozionale socialmente diffusa⁷⁷, lo stato laico non debba rifiutarsi a priori di considerarla, salvo che essa non si ponga in contrasto con l'assiologia costituzionale (nel qual caso non si può parlare neanche di offesa). Ciascun valore, piuttosto, deve essere esaminato in base ai consueti parametri della meritevolezza e del bisogno di pena. Ciò, naturalmente, vale per tutti i sentimenti, anche per quelli non religiosi, compresi i sentimenti espressamente areligiosi o

⁷⁴ Nella letteratura penalistica da ultimo: D. PULITANÒ, *Laicità*, cit., p. 55 s.; S. CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, in *Studi Marinucci*, a cura di E. Dolcini, C.E. Paliero, I, Milano, 2006, p. 142 s.; V. MORMANDO, *Religione, laicità, tolleranza e diritto penale*, in *Scritti Stella*, Napoli, 2007, I, p. 259 s.; G. FIAN-DACA, *Laicità, danno criminale e modelli di democrazia*, in *Laicità e multiculturalismo*, cit., 18 s.; v. anche V. PUGLIESE, *Il principio di laicità nella giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. pen.*, 2006, p. 1017 s.

⁷⁵ Sul fenomeno del ritorno alla religiosità, quale carattere della nostra epoca, v. ampiamente, G. KEPPEL, *La rinascita di Dio*, trad. it., Milano, 1991. In argomento, più di recente v. G. DALLA TORRE, *Pluralismo religioso. Multietnicità e biodiritto*, in *Medicina e morale*, 2006, p. 534.

⁷⁶ T. PADOVANI, *Un intervento normativo scoordinato che investe anche i delitti contro lo stato*, in *Guida dir.*, 2006, 14, p. 28.

⁷⁷ A. FALZEA, *Fatto di sentimento*, in *Voci di teoria generale del diritto*, Milano, 1985, p. 556.

agnostici; sebbene il bisogno della loro tutela penale – almeno nell’attuale realtà sociale del nostro Paese – assai raramente venga reclamato da forme associative ispirate a dette convinzioni, alcuni di essi sono già oggetto di tutela penale specie all’estero. In effetti, come conferma anche il nostro codice, le legislazioni penali, al pari delle società, sono attraversate dai sentimenti⁷⁸. Ve ne sono di antichi: si pensi, oltre all’incriminazione dei vilipendi in materia di religione di cui si è parlato finora, ai delitti contro la morale familiare e ai reati in materia di buon costume, di pietà dei defunti, di vilipendio politico alla bandiera nonché ai delitti contro l’onore e segnatamente all’ingiuria commessa alla sola presenza del soggetto passivo, dove l’aggressione si dirige non già contro la reputazione quale bene relazionale, bensì contro l’onore-sentimento, che si esaurisce nella stima di sé⁷⁹. E ve ne sono di nuovi: si pensi ai delitti contro il sentimento per gli animali e alla pornografia virtuale; ma la stessa incriminazione della corruzione impropria susseguente può dirsi al riparo del sospetto di tutelare il diffuso sentimento di onestà morale che ci si attende da parte del pubblico ufficiale?

Come si vede, questi sentimenti non sono legati alla trascendenza, ma presentano una matrice laica, che, talvolta, è espressione di una morale secolare. La giustificazione della loro tutela penale deve essere verificata con lo stesso rigore che accompagna oggi il dibattito sul futuro dei reati in materia di religione, tenendo conto che la tutela penale di un sentimento può cozzare contro un naturale senso di proporzione e misura⁸⁰ e senza trascurare che la teoria del bene giuridico, essendo storicamente nata proprio per giustificare l’estensione della tutela penale ai sentimenti⁸¹, non scongiura dal rischio di scelte politico-criminali arbitrarie tutte le volte in cui si prescinda dal verificare previamente il reale radicamento sociale del bene giuridico-sentimento. Solo un siffatto riscontro può assicurare alla tutela penale coerenza e razionalità, evitando che siano le fluttuanti quotazioni di un mercato culturale transeunte a riconoscere marchi di indegnità o patenti di dignità dei sentimenti, con il rischio, in quest’ultimo caso, di sconfinamenti nella funzione promozionale dello

⁷⁸ Di recente in argomento, v. M. DONINI, “Danno” e “offesa” nella c.d. tutela penale dei sentimenti, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1546 s.

⁷⁹ Per questa espressione, v. F. MANTOVANI, *Diritto penale, parte speciale, Delitti contro la persona*, Padova, 2008, p. 195.

⁸⁰ F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, p. 120.

⁸¹ G. FIANDACA, *Diritto penale*, in *Jus17*, 2009, p. 301.

strumento penale, negata a ragione da una parte della dottrina⁸², consapevole della necessità che il diritto penale mantenga il suo profilo di strumento di conservazione sociale, in assenza del quale il ricorso alla penalità verrebbe a confondersi con la scelta politica tout court. Sarebbe sicuramente illegittimo, per esempio, tutelare il sentimento religioso (ma lo stesso vale per i sentimenti laici) con l'obiettivo di rinsaldare o promuovere in tal modo una data identità culturale; la dottrina liberale del bene giuridico richiede piuttosto che il valore da tutelare possieda già una sua identità condivisa.

5. *Uno sguardo ad altri sentimenti penalmente tutelati. In particolare: il pudore, la pietà per i defunti e il sentimento per gli animali*

Tanto precisato, non pare potersi negare che il sentimento religioso abbia le anzidette caratteristiche di realtà e verificabilità legittimanti una sua tutela penale diretta⁸³, essendo esso condiviso da una larga parte della nostra attuale società. Né la consistenza valoriale del sentimento religioso risulta incrinata in ragione del suo carattere non assoluto, bensì maggioritario. Sarebbe francamente eccessiva, anzi, la pretesa di riconoscere come rilevanti i soli sentimenti condivisi dalla totalità dei consociati. Così ragionando, infatti, si finirebbe per negare l'esistenza stessa dei sentimenti sociali, in quanto l'unanimità della loro condivisione è priva di riscontro sociologico e smentita dal carattere pluralistico delle società contemporanee. Solo per fare un esempio, a lungo discusso anche dalla nostra dottrina⁸⁴, si pensi al comune sentimento del pudore, dove l'aggettivo "comune" allude all'esistenza di un parametro di valutazione dell'oscenità, condiviso non da tutti, bensì in misura maggioritaria. Ebbene, questa caratteristica del sentimento del pudore non intacca minimamente la meritevolezza della sua tutela penale nei confronti di atti deliberatamente osceni compiuti in luogo pubblico suscettibili di innescare conflitti sociali altrimenti destinati a restare senza

⁸² Per esempio, G. FIANDACA, *Il "bene giuridico" come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, p. 42 s.

⁸³ In argomento M. ROMANO, *Secolarizzazione*, cit., p. 496; ID., *Principio di laicità dello Stato*, cit., p. 497. V. anche G. FLORA, *La tutela penale del "fatto religioso" tra codice Rocco e Costituzione*, in *Criminalia*, 2008, p. 104. Analogamente, E. VENAFRO, *Il reato di vilipendio*, cit., p. 1080: l'A., muovendo dal rilievo che il fenomeno religioso è preso in considerazione dalla Costituzione non solo come sentire individuale, ma anche nella sua realizzazione all'interno della comunità religiosa, si mostra sfavorevole a lasciarlo privo di tutela penale.

⁸⁴ G. FIANDACA, *Problematica dell'osceno e tutela del buon costume: profili penali, costituzionali e politico-criminali*, Padova, 1984, p. 75 s.

risposta⁸⁵. Parimenti, la soglia mobile che caratterizza nel tempo e nello spazio la nozione di osceno, non a caso considerata elemento normativo extragiuridico della fattispecie, non è argomento sufficiente a revocare in dubbio l'esistenza di un sentimento collettivo del pudore sessuale, il quale, pur nella sua relatività spazio-temporale, assurge, per una larga maggioranza della popolazione, a irrinunciabile condizione della vita sociale. Fintanto che non vi saranno altre tecniche di tutela in grado di proteggere con pari efficacia il nocciolo irriducibile del comune sentimento del pudore, il ricorso allo strumento penale avrà dunque soddisfatto anche il requisito del suo impiego in termini di extrema ratio.

Un discorso sostanzialmente analogo va fatto per la tutela di altri sentimenti collettivi come, da un lato, quello che il nostro codice denomina “pietà dei defunti” e, dall'altro, il più recente (dal punto di vista della sua emersione codicistica) sentimento per gli animali.

Quanto al primo, accomunato nella sistematica del codice al sentimento religioso, esso evoca un bene giuridico di dubbia consistenza, al punto che se ne è finanche proposta la protezione in via amministrativa, anziché penale⁸⁶. Non si può negare, però, che alcune delle fattispecie ivi raggruppate si giustificano in ragione della tutela di un sentimento socialmente condiviso, che si salda con una concezione ultraesistenziale dei beni della persona. Il riferimento è ai reati che hanno come oggetto materiale della condotta tipica il cadavere, quali il vilipendio (art. 410 c.p.), la distruzione (art. 411 c.p.) e l'uso illegittimo (art. 413 c.p.).

Per quel che concerne il sentimento per gli animali, la materia, come noto, è stata modificata dalla l. 20 luglio 2004, n. 189, che ha inserito nella parte speciale del codice il nuovo titolo IX-bis, rubricato «Dei delitti contro il sentimento per gli animali». L'innovazione costituisce un indubbio innalzamento “qualitativo” della soglia di tutela penale degli animali. Al riguardo, infatti, l'assetto originario del codice penale era caratterizzato dalla previsione di sole fattispecie contravvenzionali. Ora, nell'indicare l'animale quale oggetto materiale dei nuovi delitti, il legislatore non ha operato alcuna selezione all'interno

⁸⁵ La tutela del pudore non risulta invocabile invece in relazione alle pubblicazioni e agli spettacoli osceni, ogniquale la lesione del sentimento del pudore segue all'autoesposizione volontaria e consapevole di chi accede alla pubblicazione o allo spettacolo ritenuto osceno. Per questi rilievi, v. G. FIANDACA, *Problematica*, cit., p. 111 s.

⁸⁶ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 451.

dell'ampio significato che il termine "animale" riveste nel lessico comune⁸⁷. Secondo la dottrina prevalente ciò non significa, però, che non abbiano rilievo interpretativo la sensitività del singolo animale o la peculiare specie cui esso appartiene⁸⁸. Si ritiene anzi che la recente l. n. 198 del 2004 non abbia sovvertito la visione antropocentrica tradizionale e tuttora prevalente, secondo la quale la tutela penale va circoscritta agli animali «verso cui si esige rispetto in nome del sentimento umano di partecipazione all'equilibrio della natura»⁸⁹ o, con altre parole, «a quegli animali nei cui confronti l'uomo prova sentimenti di pietà e compassione, e che quindi la collettività non tollera veder soffrire»⁹⁰. Da quest'angolazione emerge che il sistema è tuttora ancorato alla tutela non già dell'animale in sé, bensì del sentimento nei confronti di qualunque essere biologicamente appartenente al genere animale, indipendentemente dal grado della scala zoologica occupato, benché sia difficile che detto sentimento si estenda a tutte le «forme viventi che affollano, talvolta senza essere neppure percepite, la nostra esistenza quotidiana»⁹¹. Tanto premesso, le incertezze interpretative che solleva il concetto di "animale" sono il riflesso della variabilità socio-culturale del sentimento per gli animali, che sua volta condiziona il raggio di azione della tutela pena. Ciò non toglie, però, che, nonostante le anzidette difficoltà di lettura, il sentimento per gli animali sia oramai una realtà sociale maggioritaria indubitabile e meritevole di tutela penale.

6. I sentimenti non meritevoli di tutela

Meno giustificata appare invece la tutela penale di altri sentimenti. Il riferimento è al sostrato di offensività di reati quali il vilipendio della bandiera, la corruzione impropria susseguente, l'ingiuria non aggravata, l'incesto tra affini in linea retta, l'attentato alla morale familiare, la pedopornografia virtuale e, con riguardo al dibattito che divampa all'estero, il c.d. negazionismo.

Iniziando dal vilipendio alla bandiera quale simbolo della Nazione, si può fondatamente dubitare che esso rechi offesa a un sentimento sociale diffuso e radicato. Altro è

⁸⁷ Cfr. G. CASAROLI, *Animali*, in *Diritto penale*, della serie Dizionari sistematici, a cura di F. Giunta, cit., p. 508 s.

⁸⁸ A. NATALINI, *Animali (tutela penale degli)*, in *D. disc. pen.*, Aggiornamento, Tomo III, Torino, 2005, p. 19.

⁸⁹ T. PADOVANI, *Nuove norme contro il maltrattamento degli animali*, in *Leg. pen.*, 1994, p. 605.

⁹⁰ Così G. CASAROLI, *Animali*, cit., p. 508.

⁹¹ T. PADOVANI, *Nuove norme*, cit., p. 605.

l'importanza simbolica della bandiera nazionale, su cui non è dato dubitare, altro è l'esistenza di un sentimento collettivo di affezione al simbolo, che reclami l'odierna tutela penale.

Parimenti dubitabile è la meritevolezza di pena della corruzione impropria susseguente⁹², quale fatto offensivo del sentimento di onestà che dovrebbe guidare l'attività dei pubblici ufficiali, ma del tutto inidoneo a ledere il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione, la cui immagine è preservabile attraverso adeguate sanzioni disciplinari⁹³.

Un'evidente carenza di lesività caratterizza anche l'ingiuria arrecata alla presenza unicamente del soggetto passivo. In questo caso, infatti, l'offesa, specie quando l'ingiuria è episodica e consiste nell'attribuzione di una mera qualifica, colpisce indubbiamente un sentimento individuale di amor proprio, che si esaurisce però nell'emozione e nel turbamento del momento. Solo una evidente forzatura può portare a giustificare la repressione penale dell'ingiuria semplice in nome di un sentimento della propria onorabilità, prodromico al pieno e armonico sviluppo della personalità nel contesto sociale⁹⁴. Com'è ovvio, l'assenza di astanti impedisce che l'affermazione ingiuriosa pregiudichi la reputazione del soggetto passivo, quale dimensione relazionale dell'onore.

Anche in relazione all'incesto (segnatamente nel caso di rapporti sessuali tra parenti in linea retta, dove non si può far leva sui rischi connessi alla procreazione tra consanguinei) e di pedopornografia virtuale, l'invocazione di sentimenti moralistici lesi palesa la loro insufficienza a giustificare l'attuale (e non simbolica) tutela penale ad opera rispettivamente degli artt. 564 e 600-quater c.p. Di ciò, per quel che concerne l'incesto, ha mostrato di essere consapevole lo stesso codificatore. E' significativo infatti che la punibilità dell'incesto sia stata subordinata al catalizzatore esterno del pubblico scandalo, che, quale che sia la sua natura (evento o condizione di punibilità), contribuisce – nella logica perbenistica del codi-

⁹² G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 233-234.

⁹³ La Suprema Corte ha avvertito invece l'esigenza di ravvisare la corruzione impropria susseguente là dove non è espressamente prevista, ossia nella fattispecie di corruzione in atti giudiziari. V. Cass. pen., sez. un., 21 aprile 2010, Mills, in www.lex24.ilsole24ore.com. Per un commento critico v.: V. MAIELLO, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 956 s.; v. anche C. PAONESSA, in *Ventiquattrore Avvocato*, 2010, f. 9, p. 99 s.

⁹⁴ Propone la depenalizzazione generalizzata dei delitti contro l'onore, A. MANNA, *Beni della personalità e limiti della protezione penale*, Padova, 1989, p. 704 ss. nonché *Prospettive di depenalizzazione nei delitti contro l'onore*, in *La riforma del diritto penale*, a cura di L. Pepino, Milano, 1993, p. 328. Limitatamente alle ipotesi non caratterizzate dall'attribuzione di un fatto determinato, v. anche F. GIUNTA, *Interessi privati*, cit., p. 182.

ce Rocco, particolarmente incline alla tutela dei sentimenti - a giustificare la scelta di reprimere un fatto semplicemente immorale, accentuandone il disvalore. In breve, il requisito del pubblico scandalo mira ad attribuire al sentimento moralistico offeso dall'incesto una dimensione sociale più ampia. Ma che questo sentimento abbia un reale radicamento sociale, è tutto da dimostrare. Da qui forti dubbi sul mantenimento della rilevanza penale dell'incesto, la cui legittimità è stata comunque fatta salva dalla Corte costituzionale⁹⁵. Il discorso può essere esteso al delitto di attentati alla morale familiare commessi col mezzo della stampa periodica (art. 565 c.p.), anch'esso residuo di un approccio sentimentale alla tutela della famiglia decisamente fuori del tempo.

Quanto alla pedopornografia virtuale, la sua repressione penale non obbedisce all'esigenza di tutelare un autentico sentimento sociale, ma riflette l'accondiscendenza del nostro cedevole legislatore nei confronti di un impeto moralistico imposto dalla ritenuta intransigenza del diritto comunitario. In effetti, e come non si è mancato di osservare in dottrina, l'incriminazione della pedopornografia virtuale, avendo ad oggetto immagini e situazioni artificiali, è priva di qualunque attitudine offensiva rispetto all'integrità psico-fisica del minore. Parlare qui di offesa a un qualche sentimento equivale a un escamotage giustificativo della tutela del tutto pretestuoso. La fattispecie incriminatrice «è pressoché interamente calibrata sulla persona dell'autore: la vittima in carne e ossa retrocede sullo sfondo sino a divenire anch'essa virtuale»⁹⁶. Per converso, il fuoco della tipicità «appare interamente racchiuso in un novello "tipo d'autore": tipologia peraltro colta in una prospettiva così anticipata e slegata da qualsivoglia fatto offensivo, da indurre a concludere che il vero obiettivo del legislatore sia stato la neutralizzazione di un soggetto a pericolosità latente»⁹⁷.

⁹⁵ Cfr. sent. n. 518 del 2000, con osservazioni di M. CERASE, *Incesto tra affini e ragionevolezza negata*, in *Giur. cost.*, 2000, p. 4066 s. V. anche A. CADOPPI, L. MONTICELLI, *Incesto*, in *Reati contro la famiglia*, a cura di A. Cadoppi, S. Canestrari, M. Papa, Torino, 2006, p. 86. Sulla recente pronuncia della Corte costituzionale tedesca, che ha respinto il sospetto di illegittimità della punizione dell'incesto tra fratelli maggiorenni (§ 173, co. 2, StGB), v. G. DODARO, *La Corte costituzionale tedesca e l'incesto tra fratelli maggiorenni tra divieti culturali universali, incertezze della scienza e pretese dei diritti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 2115 s.

⁹⁶ Così, A. MANGIONE, *Pedofilia*, in *Diritto penale*, della serie Dizionari sistematici, a cura di F. Giunta, cit., p. 670 s.

⁹⁷ Cfr. ancora A. MANGIONE, *Pedofilia*, cit., p. 670.

Conclusioni non dissimili s'impongono, *mutatis mutandis*, con riguardo alla discussa e discutibile incriminazione del c.d. negazionismo⁹⁸. Non a caso, gli ordinamenti che si sono dotati di fattispecie in tal senso, almeno i più sensibili all'istanza della necessaria offensività dei reati, le hanno tipizzate ponendo l'accento non tanto sulla mera manifestazione del pensiero, ma sulla sua concreta idoneità a mettere in pericolo la pace pubblica⁹⁹, onde fugare l'impressione che si tratti di un reato di "lesa verità".

7. Lievità della pena e "debolezza" della tipicità nei reati offensivi dei sentimenti

Dovrebbe esser chiaro comunque che, in un diritto penale fondato sul principio di offensività, la tutela dei sentimenti sia destinata a restare ai margini del sistema. Ciò trova conferma nella tendenziale timidezza dei tariffari di pena previsti dal nostro codice per i reati lesivi dei sentimenti. Questi ultimi, tuttavia, non costituiscono una categoria unitaria nemmeno sotto tale profilo. La disomogeneità della risposta sanzionatoria è dovuta – quale primo fattore – alla diversità dei momenti storici nei quali le singole fattispecie hanno visto la luce: mentre alcune di esse sono state riformate in epoca recente, altre mantengono la pena originariamente comminata dal legislatore del 1930. Non può negarsi, però, che manca un filo politico-criminale unitario che unisca, sotto il profilo del trattamento, i reati in materia di sentimenti sparsi nelle varie parti del codice. Essi, non assurgendo nemmeno a livello di sottosistemi normativi, sono espressione di una legislazione priva di criteri dosimetrici, che dà vita a differenziazioni sanzionatorie non sempre condivisibili e caratterizzate da punte di intensità addirittura prive di ragionevolezza. E' il caso emblematico della pedopornografia virtuale: l'eccesso punitivo qui tocca l'apice di una severità che appare ancora più arbitraria se si considera che essa si scaglia a protezione di un sentimento moralistico, che, come si è visto, non appare meritevole di tutela. Né attenua la responsabilità del nostro legislatore l'esistenza del summenzionato vincolo comunitario, considerato che gli ob-

⁹⁸ In argomento v.: A. MERLI, *Democrazia e diritto penale. Note a margine del dibattito sul cosiddetto negazionismo*, Napoli, 2008, p. 25 s.; C. VISCONTI, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, Torino, 2008, p. 217 s. V. anche P. VELTEN, *Diritto penale europeo*, in *Criminalia*, 2006, p. 125.

⁹⁹ Con riferimento al § 130, co. 3, StGB, v. per questo rilievo M. ROMANO, *Principio di laicità dello Stato*, cit., p. 501 s. Del resto la citata fattispecie tedesca è collocata tra i delitti contro l'ordine pubblico.

blighi di tutela – e segnatamente quelli di provenienza comunitaria – non azzerano certo la discrezionalità del legislatore nazionale¹⁰⁰.

Come si diceva, se si prescinde da isolati eccessi, la proporzione della risposta sanzionatoria posta a tutela dei sentimenti sembra assicurata dal ricorso alla pena pecuniaria, eventualmente comminata in alternativa alla pena detentiva di breve durata, in modo da consentire al giudice le opportune differenziazioni in concreto. In una materia come quella dei sentimenti, infatti, non va trascurata, accanto alla funzione preventiva della comminatoria edittale, l'importanza simbolica della condanna emessa all'esito di un processo penale. Il conflitto sociale può essere cauterizzato dal valore satisfattivo dell'affermazione di responsabilità, anche quando la condanna si accompagna a una pena sproporzionata per difetto.

Detto ciò, con riguardo al trattamento sanzionatorio, un ultimo e non secondario profilo merita di essere esplicitato: si deve essere consapevoli, infatti, che la tutela dei sentimenti in sé attribuisce alla tipicità una curvatura affatto particolare, che la porta ad un'osmosi con il piano dell'antigiuridicità: essa non potrà essere mai completamente descrittiva; anzi sarà prevalentemente valutativa, ossia rimetterà al giudice il bilanciamento degli interessi – da un lato, i diritti di libertà che la tutela dei sentimenti mira a contenere, dall'altro, il valore dei sentimenti di volta in volta tutelati – che, di regola, la tipicità, quando non è debole e sbiadita come avviene in tali ipotesi, dà per risolti in astratto, con conseguente sovraesposizione della magistratura (non si trascuri che la tipicità è una garanzia non solo per il cittadino, ma anche per il giudice che viene tenuto al riparo dalla necessità o dalla tentazione di farsi diretto interprete del sociale, attraverso la previa catalizzazione di un consenso di fatto politico).

I delitti in materia di religione sono il punto di emersione tradizionale, ma oggi, non più esclusivo, di questa più generale problematica. La loro storia – connotata dalla scelta originaria di una tutela forte e l'odierno approdo a una tutela blanda e simbolica, ma funzionale a mantenere questi fatti del campo gravitazionale del giudice ordinario e del processo penale - deve insegnarci a non sottostimare il respiro del corpo sociale e, al contempo, a

¹⁰⁰ In argomento, v. *amplius* C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa, 2009, p. 243 s.

valutare attentamente l'opportunità che sia il giudice penale a gestire il conflitto sociale che i sentimenti possono accendere o sviluppare.

LUIGI STORTONI

Soggetti e luoghi della riforma penale

Sommario: 1. Il tema; 2. La storia della mancata riforma; 3. La realtà attuale; 4. Quali prospettive per la riforma del codice penale, 5. Conclusioni

1. *Il tema*

Non mi nascondo che l'argomento della mia relazione può apparire eccentrico rispetto al tema del Convegno; parlare dei soggetti cui compete o dovrebbe competere di riformare il sistema penale e delle "sedi" in cui essa si compie, o dovrebbe compiersi, sembra, infatti, alludere a dati formali laddove le questioni attinenti al potere coercitivo statale sono di sicura natura sostanziale.

In realtà è innegabile che relazione tra le due tematiche vi sia solo che si consideri come interrogarsi sulla "fattibilità" e "auspicabilità" di una ricodificazione penale non sia certo questione di sola forma ma, ovviamente, anche di contenuti.

Se e come rifare un codice penale implica – ovviamente – chiedersi, come organizzarlo, ma anche cosa inserirvi e a quali criteri ispirarsi; dirò solo: beni, principi, regole.

Ed è a queste problematiche che vorrei dedicare qualche riflessione.

Può forse apparire addirittura poco sensato porsi la domanda se sia oggi possibile rifare il codice penale posto che i tanti tentativi di riforma che si sono succeduti dal dopoguerra ad oggi sono tutti invariabilmente falliti e, per conseguenza, può sembrare irrilevante chiedersi se sia auspicabile che ciò avvenga.

Io non credo che sia cosa inutile porre questa questione, purché ciò venga fatto attraverso una analisi, non solo il più possibile oggettiva, ma vorrei anche dire impietosa di ciò che al riguardo è accaduto e di quale sia la realtà attuale del sistema penale.

Scandirei allora il discorso in tre punti: la storia, l'attualità, la prospettiva.

2. La storia della mancata riforma

D'obbligo precisare che non intendo – né mi arrischiere – di svolgere uno studio storico, come non pretendo di formulare giudizi minimamente compiuti della realtà in atto o di tracciare prospettive certe della giustizia penale.

Più semplicemente cercherò di individuare nel (recente) passato e nel presente qualche dato utile che possa orientare la risposta ai quesiti di cui ho appena detto.

Ed allora, per iniziare, cosa emerge della storia della riforma – meglio è dire dei tentativi di riforma – del codice penale dal dopoguerra ad oggi?

Penso, al riguardo, che se noi guardiamo a questo lungo tempo, possiamo scandire tre diversi periodi, differentemente caratterizzati e la cui considerazione può non essere disutile ai nostri fini.

Un primo periodo è quello che io vorrei chiamare della vera spinta alla ricodificazione penale e che va dalla fine della guerra – anzi da prima della fine del conflitto, posto che il primo incarico di rielaborare un nuovo codice fu assegnato proprio all'allora giovanissimo prof. Giuliano Vassalli nel 1944 e quindi a conflitto ancora in corso – sino alla metà degli anni '70.

È un'epoca in cui – a mio avviso – c'è una vera, reale volontà di rifare il codice penale; addirittura tra la fine degli anni '40 e l'inizio degli anni '50 si sviluppa un vivace dibattito – che ebbe sede particolarmente nella Rivista Penale tra chi sosteneva addirittura – e chi negava – l'avvenuta abrogazione del codice penale per effetto della caduta del regime fascista.

La tesi non ebbe successo per il prevalere della più complessa teoria della continuità dell'ordinamento giuridico, ma certo ciò attesta la concretezza dell'intendimento riformista.

La sua caratterizzazione è – per dirlo in termini sintetici e, quindi, con una inevitabile approssimazione – d'essere democratico, antiautoritario e garantista.

D'altro canto è questo il clima politico culturale che caratterizza la sinistra politica, le componenti progressiste della magistratura e gran parte della dottrina in quell'epoca. La stessa Corte Costituzionale, pur con non poche timidezze, asseconda questi impulsi, ma

ciononostante non si realizza l'obiettivo di un nuovo codice penale. E' in quegli anni che si acquisiscono risultati non trascurabili verso l'adeguamento del sistema penale – sostanziale e processuale – alla nuova Carta Costituzionale. Molti sarebbero i riferimenti a conferma: dalla partecipazione del difensore all'interrogatorio dell'imputato, all'estensione all'(allora) istruttoria sommaria delle garanzie dell'istruttoria formale.

Questa stagione si arresta, come dicevo, a metà degli anni '70, in quel momento, anzi, le cose sembrano mutare direzione.

Sul piano della riforma, per una ventina di anni, tutto sembra fermarsi: vi è il vuoto ma poiché – com'è noto – quando non v'è “materia”, l'“antimateria” riempie lo spazio, proprio in quegli anni si registra una significativa produzione normativa di segno, per così dire, autoritario. Sono gli anni del primo terrorismo, poi del terrorismo: cambia la scena e mutano anche gli atteggiamenti degli attori sul palcoscenico della storia.

È il momento in cui – secondo uno slogan politico dell'epoca – il PCI “si fa stato” per cui vi è consenso più o meno velato – anche dalle forze di sinistra – nell'adozione di strumenti penali di carattere, addirittura, eccezionali: la c.d. legge Fanfani – Reale del 1975 ne è il segno più eloquente.

Le norme che essa introduce – per tutte l'allargamento delle maglie della scriminante dell'uso delle armi – costituiscono, per parafrasare uno slogan anch'esso dell'epoca, – un vero scavalco “a destra” dello stesso Codice Rocco.

A ciò si affianca la ben nota teorizzazione del c.d. uso promozionale del diritto penale: possibilità di usare lo strumento repressivo penale per realizzare finalità sociali e costituzionali. Il pendolo del diritto penale – nella sua perenne oscillazione – si muove, così, reciprocamente dalla garanzia verso la difesa sociale, non lasciando spazio all'idea della ricodificazione.

La progettazione riformista riemerge alla fine degli anni '80: 1988 commissione Pagliaro, 1994 progetto Riz, di poi le ben note commissioni Grosso, Nordio, Pisapia.

Nessuno di questi progetti, come si sa, giunge in porto.

Dico subito che non credo che il loro fallimento dipenda solo da motivi, per così dire, tecnici e/o temporali, cioè dire relativi ai tempi delle legislature e all'avvicinarsi delle maggioranze.

Credo vi sia una ragione più profonda e sostanziale e questa ipotesi vorrei avanzare perché credo possa essere foriera di una qualche utile riflessione.

Al riguardo premetto una notazione: si tratta in tutti i casi – e salvo possibili e legittimi distinguo e diversità di giudizio su specifici punti – di progetti che hanno una loro organicità, una sostanziale validità; in sintesi progetti di buona qualità. E ciò che più conta ai fini che qui interessano, tutti – per così dire – ispirati ai principi di civiltà giuridica penale e rispettosi dei canoni e delle regole dettate per il diritto penale dalla Carta Costituzionale.

3. La realtà attuale

A petto di questi dati “storici” concernenti la mancata riforma, dati, quindi, di un “essere” mai realizzato e, quindi, rimasto sul piano, per così dire delle buone intenzioni, cosa c’è di reale, cosa è accaduto e accade?

Due dati mi pare di poter individuare: un primo, che io chiamerei della “doppia politica criminale”, caratterizza, a mio avviso, gli anni più recenti e sostanzialmente, quindi, il presente.

Da un lato abbiamo le progettazioni di cui ho appena detto, il lavoro di commissioni – ufficiali e ufficializzate – che coinvolgono tutte le componenti del mondo giuridico penale – docenti, magistrati, avvocati – che elaborano un prodotto che esprime una politica penale razionale e – per così dire – civile. Ma che non produce diritto reale.

Ad essa si affianca, però, ed anzi si contrappone, un’altra politica penale, quella espressa dalla continua produzione legislativa – questa sì concreta – i cui caratteri sono opposti. Le aggettivazioni sono ben note e pertinenti: alluvionale, emergenziale, simbolica, sovente autoritaria, ecc..ecc..

Ciò che mi sembra importante è definire il rapporto che intercorre tra queste due politiche perché la prima – quella che ho qualificato come “razionale”, quella, cioè, delle commissioni – mi pare finisca oggettivamente per svolgere una funzione legittimante del sistema e, quindi, copre, per così dire, la seconda: facciata quasi presentabile dietro cui si cela una realtà ben altrimenti cruda e rozza.

Sintomatica in proposito una esperienza da me – e non solo da me ma da tutti i membri della commissione “Pisapia” (e non credo solo di essa) – personalmente vissuta.

È accaduto che mentre in commissione si discuteva di una norma, proponendo al riguardo un testo (rispettoso dei “principi” ecc...ecc...), contemporaneamente, il Ministero proponesse e/o realizzasse un intervento normativo immediato sullo stesso tema, ma di segno contrario.

Questo fenomeno – che, in altra sede, qualificai ironicamente come “le politiche penali dei due corridoi”, in quanto la sala ove lavorava la commissione si trovava in un corridoio contiguo a quello in cui v’è l’Ufficio Legislativo del Ministero, – mi sembra avvalori la prospettazione appena formulata.

Il quadro che così si delinea sul piano delle progettazioni è solo apparentemente simile a quello del primo dei periodi che sopra individuavo – quello dei primi decenni del dopoguerra contraddistinto dalla reale spinta alla ricodificazione – perché qui l’intento riformatore sembra essere solo apparente.

La riprova la si può forse attingere dal fatto che il governo attuale è il primo che non ha nominato una commissione per la redazione di un nuovo codice penale; verrebbe da dire che la metaforica foglia di fico è caduta e che la volontà effettiva di non riformare è finalmente palese.

Un secondo aspetto della realtà più recente ed attuale, mi pare possa cogliersi a livello, per così dire, istituzionale. Io credo che occorra riconoscere con franchezza che si è verificato ed è in atto un movimento verso un diverso assetto dei rapporti tra gli attori della scena penale; non voglio chiamarla alterazione – se pure così è secondo il mio giudizio che non esito a manifestare – perché voglio attenermi al dato obbiettivo, solo descrivendolo.

Registro, quindi, una diversa distribuzione del potere – uso il termine in senso ampio e, quindi, inevitabilmente impreciso – rispetto al jure penale; una sua diversa allocazione che si manifesta in più luoghi.

Innanzitutto nel rapporto giudice-legislatore; da “verticale” esso tende, laddove la tensione, lato sensu, politica è più forte, a divenire “orizzontale”: il giudice – meglio, però, sarebbe dire il magistrato, posto che il fenomeno si rileva non solo nelle decisioni giurisdizionali ma, ancor prima, nelle iniziative dei P.M. – applica una norma operandone una interpretazione particolarmente “lata”, a cui il legislatore reagisce modificando la norma stessa in modo specularmente opposto a quella lettura.

Non più una norma penale “generale” – che, ovviamente, non vuol dire generica o poco tassativa – ma una norma, per così dire, concreta, specifica.

Gli esempi sono diversi e ben noti: la vicenda delle interpretazioni del reato di abuso d’ufficio di cui all’art. 323 c.p. che ha aperto, di fatto, al giudice il potere di sindacare il merito, e non solo la legittimità, dei provvedimenti della pubblica amministrazione e, quindi, di controllarne e addirittura indirizzarne l’attività amministrativa. Mi sovviene, al riguardo, l’apertura di un procedimento ex art. 323 c.p. per il lastricato – che si riteneva inappropriato – che si andava a rifare in Piazza della Signoria a Firenze; ma tanti potrebbero essere gli esempi.

Il legislatore reagisce a queste prassi riscrivendo, piuttosto malamente, la norma con il chiaro – e per altro palesato – intento di “tagliare le unghie” alla Magistratura.

Ma lo stesso può dirsi – *mutatis mutandis* – per la fattispecie di cui all’art. 2621 c.c. e, sul terreno processuale, chi non rammenta le vicende dell’art. 513 c.p.p.

Proprio questo ultimo esempio, ma non solo esso, mostra – con particolare evidenza – che il fenomeno è più complesso e, per certi versi, più grave perché questa impropria dialettica giudice/legislatore può innescare – ed a volte proprio questo è accaduto – una vera e propria escalation istituzionale.

Il giudice – dicevo – interpreta, per così dire, liberamente o creativamente la norma, il legislatore reagisce per imbrigliarlo, il giudice ricorre alla Corte Costituzionale che censura la norma..... il legislatore sale l’ulteriore gradino della legge costituzionale.

Ed è a questo riguardo che una notazione – per nulla marginale – deve essere fatta proprio rispetto all’intervento della Corte Costituzionale il cui controllo a me pare si spinga ben oltre il profilo della “costituzionalità” per entrare a sindacare le scelte del legislatore.

Certo, non mi nascondo, che di fronte ad una legislazione così poco soddisfacente, anche dal punto di vista della tecnica normativa, di fronte ad uno scarso livello etico/politico dello stesso legislatore, si determina una forte sollecitazione ad un intervento più penetrante della Corte Costituzionale; soggetto che può a ragione apparire, per così dire, più affidabile.

Ma in questo modo – occorre riconoscerlo – la sottile, ma fondamentale, linea che separa la norma illegittima dalla norma inopportuna tende a svanire e da ciò un mutamento dello stesso ruolo istituzionale della Consulta.

Non si tratta più solo di determinare il confine della costituzionalità, ma di sindacare la scelta tra soluzioni normative diverse – alcune più condivisibili, altre meno, altre ancora, se si vuole, incontestabili – ma tutte entro lo stesso spazio della costituzionalità.

Scontato – ma non superfluo – rammentare che è in gioco la riserva di legge e con essa la legittimazione democratica che solo il Parlamento possiede e, quindi, le basi stesse della democrazia rappresentativa che – rispetto al diritto penale – costituiscono presupposto delle garanzie della libertà del cittadino.

Non voglio qui dilungarmi in esemplificazioni: le sentenze con cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale del c.d. falso elettorale (n. 394 del 2006) sul piano del diritto sostanziale e quella sul potere del P.M. di impugnazione delle sentenze assolutorie del diritto processuale (nn. 26 e 320 del 2007) nel diritto processuale costituiscono – come ho scritto altrove – esempi di questa fenomenologia.

La distinzione, operata dalla prima delle citate pronunce tra misure che delimitano l'intervento penale e che, per ciò, sono pienamente legittime e norme che sottraggono irragionevolmente una categoria di soggetti all'operatività di una incriminazione e che, per tali ragioni, sono da ritenere incostituzionali, a me non cessa di apparire davvero artificiosa.

Se, poi, si riflette sul fatto che la Corte motiva la sua decisione sul fatto che sarebbe la irragionevole coesistenza di due norme contrastanti a determinare la illegittimità, lo spazio di intervento della Consulta pare destinato a crescere a dismisura.

Il carattere “reticolare” e non più “piramidale” che oramai contraddistingue il sistema delle fonti, il sempre più frequente intersecarsi di fonti nazionali, sovranazionali e comunitarie in particolare renderà sempre più frequenti i casi di convivenza di norme. È stato, al riguardo, fatto «il caso in cui la natura di norma di favore appaia sì dal confronto con la norma antecedente, ma la stessa risulti trasposizione di un obbligo comunitario (norma compresente nell'ordinamento giuridico complessivo)».

Non dissimile discorso può farsi per l'altro evocato esempio: quello della decisione con cui la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della c.d. legge Pe-

corella (l. n.46 del 2006) laddove la stessa limitava fortemente la possibilità di appello del pubblico ministero avverso sentenze di proscioglimento.

Ora credo sia indubbio che la disciplina della impugnabilità delle decisioni assolutorie da parte della pubblica accusa può ispirarsi a due logiche diverse che hanno ragioni ed origini storiche differenti e ben note.

Allo stesso modo penso che ben possa un ordinamento accogliere il modello che dà diritto anche al pubblico ministero di appellare le assoluzioni ed i proscioglimenti o, al contrario, che altro sistema possa seguire il criterio per cui laddove lo Stato ha ritenuto innocente il cittadino non possa più perseguirlo, non foss'altro perché la prima decisione assolutoria renderebbe difficilmente compatibile la susseguente condanna con il principio dell'«oltre ogni ragionevole dubbio».

Può, forse, fondatamente dirsi che il secondo modello di più rispecchia – per ascendenze e per contenuto – un sistema democratico, come può forse – anche se con maggiore difficoltà – asserirsi il contrario.

Penso, però, che onestà intellettuale imponga di dire che si tratta di soluzioni che si collocano, ambedue, entro i limiti costituzionali; di scelte tanto fondamentali quanto, nel senso più pieno delle parole, di merito; che, in quanto tale, non possano essa essere sottratte al Parlamento e, quindi, alla garanzia costituita dalla legittimazione democratica dell'organo che le opera.

In ambedue questi casi, come in altri che divengono sempre più frequenti, la Corte effettua un controllo di “ragionevolezza” non più bilanciando due situazioni, ma, per così dire, in sè, in senso assoluto, con diretto riferimento alla ratio della norma ed alla sua tenuta.

Giudizio che, sganciato dal modello triatico del *tertium comparationis*, pare divenire in realtà – appunto – di puro merito.

Oggi questa possibilità annovera una crescente schiera di sostenitori – particolarmente ma non solo – nella magistratura.

Sovente – ma non sempre – la norma dichiarata incostituzionale in forza di siffatta teoria meritava, nel merito, un giudizio negativo; così – per *incidens* – a mio avviso per la norma sul falso elettorale, ma non altrettanto quella sul gravame del p.m. – ma ciò nel sen-

so che si tratta di una “cattiva legge”, non di una legge illegittima perché in contrasto con la Costituzione.

Ed allora è banale – ma ancora una volta non superfluo – rammentare che un giusto obiettivo del caso singolo non giustifica l’adozione generale di uno strumento indivisibile e pericoloso; viene da dire che nel diritto penale spesso la via dell’inferno è lastricata di buone intenzioni.

Credo che su tutto questo debba riflettersi seriamente; più che lecito sostenere e propugnare il riconoscimento di un siffatto potere di sindacato alla Corte Costituzionale, come asserire l’opportunità di spostare in concreto un segmento del potere normativo sulla Magistratura – riconoscendo la legittimità di interpretazioni “creative” – ma nella consapevolezza di ciò che questo significa sul piano della legittimazione democratica e, quindi, della democrazia rappresentativa.

Se è questo che si vuole, occorre dirlo come alcuni fanno con chiarezza: penso a Paolo Grossi che teorizza qualche cosa di simile nella sua “Prima lezione di diritto”, pur se va rilevato egli ha di vista il diritto civile più che il diritto penale, ed è rispetto a questo che il problema acquista reale e fondamentale rilievo.

Se si pensa che la democrazia rappresentativa abbia dato tanta cattiva prova di se stessa – e non nel contingente del presente che certo indurrebbe a pensarla ma in generale, onde occorre mutare strada – lo si dica.

Io certo vedo tutto questo con non poca diffidenza, percependone un’irremovibile pericolosità; ma non è questo il punto: ciò che mi permetto di criticare è la velata ipocrisia di ritenere che si stia scorrendo di problemi di ermeneusi giuridica appartenenti, per così dire, alla mera tecnica giuridica e, come tali, ben lontani da livelli istituzionali e, lato sensu, politici.

4. *Quali prospettive per la riforma del codice penale*

I brevi e certo non sufficientemente approfonditi cenni che ho tentato di tracciare sullo ieri e sull’oggi della politica penale nel nostro Paese evidenziano – dal mio punto di vista – dei dati che possono orientare la risposta al quesito da cui ho preso le mosse circa – come dicevo – le attuali “possibilità” e “utilità” di una ricodificazione penale.

Circa al primo profilo credo emerga da quanto sono andato esponendo che le ragioni per cui le progettazioni di riforma non sono state capaci di approdare ad un nuovo codice e che attualmente lo stesso tentativo pare abbandonato, non sono di ordine tecnico.

Certo problemi tecnici vi sono ma non sono insuperabili: non v'è dubbio che la complessità dell'attuale società, il multiculturalismo, la pluralità degli ordinamenti con cui relazionarsi – dicevo poco sopra dei rapporti tra diritto interno e diritto comunitario, e non solo – e così via, rendono più impegnativa e forse ardua, l'opera del legislatore; ma questo vale sia che si tratti di fare un codice che di emanare singole leggi.

Anzi, in un codice affrontare in modo organico queste questioni può essere ben più proficuo; d'altro canto la scienza giuridica oggi pone a disposizione – laddove lì si voglia utilizzare – strumenti sempre più affinati.

Non sono queste – io ritengo – le ragioni vere ed io mi azzardo di formulare, alla luce delle considerazioni che sono andato svolgendo, che altro sia il motivo vero ed esso è da individuare nel fatto che la gran parte – se pure la non totalità – degli attori della scena penso non voglia un codice.

Il problema sta proprio in quella distribuzione dei poteri in materia penale di cui ho sopra detto; nel fatto che fare un codice significa, ineludibilmente, ri-assegnare ai vari soggetti il potere che istituzionalmente loro compete e significa ri-definire il ruolo stesso del diritto penale, riconducendolo nei suoi limiti fisiologici.

Non credo che queste affermazioni – al di là, ovviamente, della loro condivisibilità – abbiano necessità di soverchie spiegazioni.

La costruzione di un codice è comunque – vorrei dire ineludibilmente – operazione razionale, quali che ne siano gli elaboratori, in quanto essi non potranno non tener conto dei principi acquisiti dalla civiltà giuridica, né ignorare i dettami costituzionali.

Anche rispetto alla parte speciale valgono eguali considerazioni: l'unitarietà di struttura che un codice rappresenta implica proporzione tra le pene, distinzione tra fattispecie, organizzazione delle materie; tutto il contrario, quindi, di ciò che ha prodotto e produce l'attuale legislazione penale.

Forse a nessuno tutto ciò garba né giova: non ai magistrati, per i quali un codice riduce la discrezionalità e impedisce l'arbitrio. Dà fastidio alla politica: non si codifica quando si

vuole avere la meni libere per scelte contingenti, quando il diritto penale è usato come merce per avere consenso politico; ed è questo che accade oramai da qualche tempo ad opera dei governi e – va detto con franchezza pensando ai vari “pacchetti sicurezza” – quale che sia il colore politico di quello in carica. Fare un codice è legarsi le mani.

Il discorso può valere per la stessa Corte Costituzionale perché è evidente che è più arduo bollare di “incostituzionalità per irragionevolezza in sé” le scelte operate dal legislatore nell’elaborazione organica di un codice, che in sgangherate singole leggi.

5. *Conclusioni*

Ed allora tornando alle nostre domande: dire che oggi fare un codice sia possibile forse non è facile. Ma la risposta se pure – per così dire – tendente al negativo della prima domanda, non esaurisce il discorso perché non toglie importanza al secondo quesito.

Conserva, infatti, a mio avviso significato ed importanza chiedersi se, comunque, si debba o no riaffermare l’utilità della codificazione e quindi tenerne viva e riaffermarne l’idea.

Vero è che affidare ad un legislatore, come l’attuale – che ha dato e da’ così cattiva prova di sé – può apparire, per così dire, pericoloso.

Ma cionondimeno io – pur con non taciute perplessità – mi azzardo a dire di sì.

A ciò mi induce non solo la innegabile utilità di un codice come strumento che esercita una forza centripeta nel sistema penale – e, quindi, razionalizzante e di riaffermazione di principi – ma anche la considerazione che la codificazione implica un lavoro organico e razionale da parte di chi è incaricato di effettuarla.

Come dire che in tal caso la politica penale che ho chiamato del primo livello – quella che dissi essere “delle commissioni” – da ideologica può divenire effettiva e tendere ad identificarsi con la – e divenire quella della – realtà.

Ecco perché io credo debba essere tenuta accesa – anche in tempi difficili – la fiaccola della codificazione perché quest’ultima possa realizzarsi non appena le condizioni storico/politiche lo consentano.

PAOLA SEVERINO

La critica della storia tra dritto e delitto

Quando ho letto questo titolo mi sono lungamente interpellata sul contenuto della mia relazione e siccome sono un po' lenta di comprendonio non capivo veramente bene dove si volesse andare a parare.

Ho cominciato a scomporre il titolo e poi sono riuscita a capire. Voglio ringraziare gli organizzatori di questo convegno perché quest'invito mi ha spinto a meditare su un aspetto al quale non avevo pensato e a capire che c'è un filo conduttore estremamente lineare in questo convegno. Difficile da vedere, ma oggi chiarissimo: esiste un "diritto di critica alla storia?".

La risposta è semplice, ovvia e banale: certamente esiste ed, anzi, è un bene che esista. Se non altro per correggere deviazioni tipiche della storia che sono spesso il risultato del fatto che la storia la scrive sempre il vincitore ai danni del vinto.

Ma le correzioni sono necessarie: basti pensare a quando, da bambini, ci dipingevano gli indiani pellerossa come dei "cattivi" e a come, poi, soltanto col tempo e con la critica storica siamo riusciti a capire che quegli indiani del tutto torto non avevano visto che difendevano il loro territorio da aggressioni ostili.

Oppure, per arrivare a temi che sono ancora in discussione, pensiamo a quanto sia stata criticata la storia dei Borboni quando, invece, forse c'è, di quella storia, qualcosa da "salvare". Possiamo negare in modo assoluto che tale critica sia dettata dal fatto che la storia sia stata, appunto, scritta dai vincitori? E allora certamente un diritto di critica storica c'è. Ma non è certo questa risposta banale che si cerca attraverso il tema che mi è stato assegnato.

Se passiamo, infatti, ad un livello più tecnico e, cioè, se passiamo al tema della critica, al tema del “processo” all'accadimento storico, ecco allora che il titolo si rivela in tutta la sua densità, in tutta la sua profondità. Qui ci si chiede se il processo all'accadimento storico sia un diritto o un delitto.

E ovviamente, siccome sono penalista sin dal fondo della mia natura, parto dall'idea del delitto e mi ricongiungo subito a quel che diceva Fausto Giunta, trovandomi perfettamente d'accordo con lui. Può essere un delitto il processo all'accadimento storico? O alla idea che abbiamo di un accadimento storico?

Giunta ci diceva che le fluttuanti valutazioni della storia non possono rappresentare oggetto di tutela penale. Lo poneva come un interrogativo, ma era chiaro che si trattasse di un interrogativo retorico. E qui il tema del negazionismo viene immediatamente in luce, perché è il tema più attuale e più calzante allorché si voglia discorrere sulla possibilità che esso stesso rappresenti un delitto. Si tratta, tuttavia, di un punto interrogativo che per quanto riguarda la legislazione italiana non è stato risolto.

A tal proposito non so quanti ricordino che nel nostro ordinamento era apparso fuggacemente un disegno di legge che si intitolava, appunto, “Negazionismo” e che abortì, non dico ancor prima di nascere, ma subito dopo essere nato. Però quest'idea non era peregrina, coltivata soltanto da un legislatore che in un momento di considerazione storica avesse voluto accendere questa lampadina di attenzione.

Perché se volgiamo lo sguardo al panorama europeo ci accorgiamo che l'Europa ha preso molto seriamente in considerazione l'idea di munire di sanzione penale quello che sinteticamente chiamiamo “negazionismo”.

C'è stato nell'aprile del 2007 un accordo del Consiglio dell'Unione Europea su un progetto di decisione quadro in materia di lotta al razzismo ed alla xenofobia in cui venne introdotto anche l'invito agli Stati membri a varare norme penali in grado di colpire le espressioni e i comportamenti diretti a negare, giustificare o minimizzare in modo grossolano i crimini di genocidio, i crimini contro l'umanità ed i crimini di guerra.

Il tema non era nuovo perché già ben prima del 2007, con un principio adottato dal Consiglio del 15 luglio 1996, l'Unione aveva sollecitato gli Stati membri a reprimere la negazione pubblica dei crimini definiti dall'art 6 dello Statuto del Tribunale di Norimberga. E,

d'altra parte, altri paesi europei sono già dotati di questa norma: lo sono la Francia, il Belgio, la Germania, la Spagna, il Portogallo, l'Austria e la Svizzera.

Più in particolare, proprio mentre la proposta di legge italiana naufragava immediatamente dopo essere nata, in Francia l'Assemblea Nazionale approvava in prima lettura un progetto di legge che, in polemica diretta contro la Turchia, prevedeva la incriminazione espressa della negazione del genocidio subito dal popolo armeno alla fine dell'800 e soprattutto nel 1915.

In Italia, invece, l'idea non è nemmeno nata. Tuttavia, noi abbiamo una norma che è stata già applicata e che potrebbe rivestire tutte le caratteristiche di una norma idonea, nei contenuti, a reprimere le condotte negazioniste dotate di certe caratteristiche.

In particolare, intendo riferirmi al delitto di "apologia del genocidio" che fu introdotto dall'art. 8, secondo comma della legge del 9 ottobre 1967, in attuazione di una convenzione internazionale per la repressione e la prevenzione del delitto di genocidio. Questa norma ha trovato, che io sappia, due sole applicazioni con riferimento al tema del quale ci stiamo occupando: una della Cassazione ed un'altra della Corte d'Assise di Milano. Queste pronunce sono arrivate a due risultati completamente contrapposti, nonostante i casi concreti fossero abbastanza simili. Si trattava, in particolare, di pesanti aggressioni negazioniste.

La decisione della Cassazione ha, infatti, confermato la condanna inflitta dai giudici di merito ad alcuni tifosi per aver inscenato, durante una partita di basket (l'avversario era una squadra israeliana), una grossolana manifestazione di ostilità razzista, inalberando striscioni con scritte anti ebraiche e scandendo motti di analogo tenore. Ve ne riporto alcuni perché percepiate la forza dell'aggressione verbale: "Mauthausen regia degli ebrei; Hitler l'ha insegnato uccidere l'ebreo non è reato; ebrei saponette, saponette".

In un'altra e più recente sentenza la Corte d'Assise di Milano non ha ritenuto punibile, sempre a titolo di apologia di genocidio, la condotta del sindaco di un Comune il quale, in un'intervista apparsa su un settimanale edito dal Corriere della Sera, aveva dichiarato: "Hitler è la persona più intelligente del mondo, ma i tedeschi che pure sono esseri superiori hanno sbagliato: gli ebrei dovevano friggerli tutti".

Sono delle frasi che ci colpiscono profondamente, sono delle frasi assolutamente contrarie a qualunque principio di etica. Eppure, sotto il profilo del diritto, nonostante siano frasi entrambe molto pesanti, hanno dato luogo a due soluzioni diverse. Perché?

Perché nel primo caso la Corte di Cassazione è arrivata alla condanna considerando il delitto di apologia del genocidio un reato di pericolo astratto e, quindi, ritenendo di non dover valutare se esso avesse o meno posto concretamente in pericolo i beni di natura pubblica ed etica tutelati dalla norma; mentre la Corte d'Assise di Milano lo ha configurato come un reato di pericolo concreto, cioè come un reato che poteva essere punito soltanto qualora si fosse configurato in termini di "istigazione indiretta" e, quindi, pericolosa rispetto al rischio di realizzazione delle condotte elogiate o esaltate, da parte di terzi.

Naturalmente dal punto di vista del giurista il dibattito sarà e rimarrà vivace tra chi crede che i reati di pericolo astratto non abbiano ragion d'essere o fondamento nel nostro ordinamento e tra chi, invece, crede che questi possano, per la tutela avanzata di tali beni, essere considerati conformi alla Costituzione.

Personalmente credo che il reato di pericolo concreto sia una salvaguardia importante del nostro ordinamento e che l'apologia di genocidio in tanto si salvi da dubbi di costituzionalità che si sono invece concretizzati per altri reati di opinione, proprio in quanto presenti una sua concretezza contenutistica, una sua capacità offensiva, sia pure attraverso la categoria del pericolo.

E devo dire che anche la proposta di decisione quadro della Unione Europea subordina la punibilità del negazionismo alla circostanza che tali comportamenti siano posti in essere in modo atto ad istigare alla violenza o all'odio nei confronti di un gruppo di persone, cioè lo costruisce come reato di pericolo concreto.

E noi non possiamo dimenticare le vicende dei reati di opinione, le vicende italiane sui reati di opinione. Siamo stati tutti fautori della loro abolizione per il motivo che essi finivano per reprimere quel diritto insopprimibile alla libertà di manifestazione del pensiero che tutti volevamo fosse tutelata nella maniera più completa.

E qui trovo molto bella e molto coerente la domanda che ci proponeva la dott.ssa Merli nella sua introduzione e, cioè, se ci fosse una legittimazione della attivazione dello

strumento penale a tutela dei principi di sentimenti o concezioni generali di valore quali quelli che sono contenuti nel giudizio storico di un accadimento del passato.

Il tema non pone dei contrasti interpretativi soltanto in Italia. Ci sono due importanti pronunce che vengono sempre citate in materia di incriminabilità o meno del negazionismo. E sono due pronunce di Corti Costituzionali: una tedesca ed una spagnola, anch'esse arrivate a soluzioni contrastanti.

La Corte Costituzionale tedesca ha ritenuto, infatti, punibili i comportamenti di negazionismo: si trattava della legittimità del divieto di far partecipare ad un convegno un autore che aderiva fortemente alle teorie negazioniste. I giudici tedeschi hanno ritenuto che questo divieto fosse legittimo perché la libertà, il diritto di libertà, non si estende sino a coprire affermazioni non vere vertenti su fatti storici.

Mentre ad assolutamente opposte conclusioni è arrivata questa recente sentenza del novembre del 2007 della Corte Costituzionale spagnola, la quale, invece, si è pronunciata in senso opposto.

Perché due sentenze di due Corti Costituzionali sono arrivate a due conclusioni così diverse?

Secondo me per il diverso substrato ideologico su cui si fondavano: per i tedeschi vi è stato un procedimento di cristallizzazione di un passato orribile, di cui tutti si sono fatti carico e che è divenuto il presupposto della nuova Germania democratica ed antinazista.

Gli spagnoli, invece, non hanno ancora superato le loro valutazioni storiche sul franchismo e sulla guerra civile. Dunque il giudizio non è ancora cristallizzato e non si considera “illecito” dal punto di vista penale l'idea che invece viene considerata tale in altro Stato.

E in Italia? In Italia vi è una consolidata cristallizzazione dell'antifascismo o il dibattito è ancora aperto? A me sembra che il dibattito sia aperto se sol consideriamo che ancora si discute sulla natura della guerra di liberazione dai nazifascisti, sul contenuto del nazismo; il che consente a molti di parlare in Italia di “peccati di memoria” e della “mancata Norimberga italiana”.

Ed allora rispetto a quel punto interrogativo iniziale e, cioè, se le fluttuanti valutazioni della storia possano rappresentare oggetto di tutela penale, dobbiamo a mio avviso collocarci più sul versante negativo che su quello positivo. Perché il diritto penale ha bisogno di

valori un po' più stabili, un po' più consolidati. E finché i valori non sono stabili e consolidati l'opinione del giusto e dello sbagliato non può essere oggetto, ancora, di repressione penale.

A cosa possiamo, invece, più serenamente appigliarci, tornando ad un mondo che è nostro e che è tipico del penalista? Il processo a ciò che è delitto, a ciò che è considerato delitto anche nella sua dimensione storica; il processo a fatti, remoti nel tempo, ma che ciononostante conservano tutt'ora una loro condivisa natura di delitto. E la storia recente ci offre molti esempi di questo genere.

Certo, non è facile processare accadimenti storici; ci sono stati tanti ostacoli che "lo hanno impedito". Penso alla ragion di Stato; la ragion di Stato che ha impedito per anni la celebrazione di alcuni processi. Penso alla guerra fredda, che aveva congelato qualunque iniziativa di processo che potesse vertere su accadimenti storici nel periodo nazifascista.

Poi la ragion di Stato è stata superata sul piano internazionale e sul piano interno. I casi concreti sono sotto gli occhi di tutti. Io non so se affidandomi questo compito Luciano Violante abbia voluto ricordare anche la scoperta degli armadi della vergogna quando, rivestendo il ruolo di vice presidente del Consiglio della Magistratura Militare, si aprì la stagione dei processi agli accadimenti storici del nazifascismo perché venne scoperto, proprio nei sotterranei del CMM un armadio, con le ante volte verso il muro, che conteneva i fascicoli, che erano stati sotterrati (anche in senso fisico), delle istruttorie sulle stragi nazifasciste.

Oggi la storia processuale ci dice che quei processi si sono celebrati: il processo a Priebke, il processo per la strage di Marzabotto, in parte il processo per le stragi di Cefalonia.

E allora vuol dire che le difficoltà sono state superate, e ne sono state superate altre dopo quelle della ragion di Stato: le difficoltà legate al tempo trascorso e alla prescrizione.

Ma si può prescrivere un crimine contro l'umanità? Era questa la domanda che durante il processo Priebke ci si poneva. La risposta è nel comune sentire e la avvertimmo nell'atmosfera di quel processo, in cui tutti capimmo con un brivido che il tempo non aveva sepolto nulla.

Le testimonianze dei torturati e dei parenti delle vittime erano di una vivezza tale da far ricordare a tutti che i crimini contro l'umanità non si prescrivono e che questa non è

una frase soltanto da giuristi che si occupano di teoria generale del diritto, ma è qualcosa di assolutamente condiviso nel comune sentire degli uomini.

Ricorderò sempre la testimonianza di Giuliano Vassalli in quel processo, che evitò le fosse ardeatine per poco; ricordo la sua vivezza e come ci fece rivivere quei momenti come se fossero di ieri e non di 50 anni prima.

Altre difficoltà da superare: quelle dei limiti nazionali. Sappiamo tutti che il processo di Norimberga si poté celebrare solo perché vi fu l'accordo di Londra dell'8 agosto del 1945 che, superando le barriere nazionali, consentì alle quattro potenze vincitrici del conflitto di arrivare ad una punizione, per la prima volta, sulla base di norme penali internazionali che coniarono il concetto di crimini contro l'umanità.

Sono passati molti anni poi dopo il processo di Norimberga e la guerra fredda, come dicevo, congelò tutti gli altri tentativi di varare dei tribunali internazionali, finché si arrivò alla costituzione dei primi tribunali internazionali ad hoc: quelli per i crimini contro l'umanità commessi nel Ruanda e nella Ex Jugoslavia.

Ma si trattava di tribunali che avevano un compito preciso e limitato: potevano processare solo accadimenti storici predeterminati ed avevano giurisdizione, dunque, limitatamente ad essi.

Il grande passo, quello che apparve a tutti come una rivoluzione, fu la creazione della Corte Penale Internazionale, che fu varata il 17 luglio del 1998 a Roma e che ci proiettò veramente verso una giustizia penale internazionale. Perché passati 56 anni, o forse un po' meno, da Norimberga, dopo che c'erano stati circa 250 conflitti, decine di dittature e centinaia di milioni di morti, finalmente si riuscì a costituire una Corte permanente ed indipendente, nella sua composizione, dagli Stati che aderirono all'accordo.

Non era più una Corte destinata a giudicare i vinti contro i vincitori, ma una Corte che si basava su giudici assolutamente neutrali, che coniava una giustizia complementare rispetto a quella degli Stati. Era basata su uno statuto processuale proprio, garantista. Ed ancor più su uno statuto penale proprio, fondato sul principio del *nullum crimen nulla poena sine lege*. Immaginate la difficoltà di far accettare un principio simile, che a noi sembra ovvio e scontato, ai partecipanti delle nazioni di matrice anglosassone.

In quei giorni di discussione, giorni bellissimi e faticosissimi ai quali ho avuto la fortuna di partecipare, si cercava di parlare un'unica lingua: la lingua del diritto. La lingua della creazione di un vero statuto penale internazionale: divieto di analogia, principio del favor rei, irretroattività, responsabilità del superiore per omesso controllo, responsabilità del subordinato per gli ordini manifestamente illegittimi, definizione di genocidio, di crimine di guerra, di crimine contro l'umanità, definizione della nozione di aggressione. Ecco il prodotto di una grande fatica di tanti giuristi che messi insieme volevano veramente una giustizia penale internazionale idonea a processare gli accadimenti storici.

È una realtà questa giustizia penale internazionale oggi?

Quegli sforzi portarono ad una votazione emozionante: 147 paesi votarono a favore della costituzione di questa Corte. Quando il grande cartellone si accese e si videro tutte quelle luci verdi fu un grande momento di emozione. Un grande momento di emozione che purtroppo si scontrò contro la mancata ratifica da parte della Cina, degli Stati Uniti, dell'India, di Israele, delle Filippine, dello Sri Lanka e della Turchia.

Paesi importanti, che hanno continuato a ritenere che la giustizia, anche quando si tratti di crimini contro l'umanità, crimini di guerra, di aggressioni debba essere celebrata in casa e non debba travalicare i confini nazionali.

Certo, la Corte ha iniziato a funzionare e debbo dire che se andiamo a vedere ai casi adesso pendenti dinnanzi alla Corte, ce ne sono diversi: quello contro la Repubblica democratica del Congo, in fase di investigazione, aperto nel 2004; quello contro la Repubblica centrale africana la cui apertura è stata richiesta nel 2005, e purtroppo si è aperto solo nel 2007; Uganda, anch'esso in fase di investigazioni dal 2004; Darfur, aperto nel 2005.

Tutti nomi che ci dicono qualcosa, che ci parlano di grandi stragi, di genocidi. Però, come vedete, si trovano tutti ancora in fase di indagini. E allora forse bisogna fare qualcosa di più, forse bisogna che le nostre coscienze non si addormentino; forse bisogna lavorare per rendere effettivo questo cammino verso una giustizia penale internazionale, che è l'unica che può veramente colpire i grandi fenomeni criminosi legati a grandi fasi storiche, ad accadimenti storici più vicini o più lontani e dovuti a quella sedimentazione che è la sola che, in questi casi, ci consente poi di aprire il processo.

Perché è ovvio che il processo, in questi casi, non si potrà mai fare subito: ci sarà sempre una guerra in atto per cui il processo non si possa celebrare immediatamente. Tuttavia, dobbiamo convenire che, prima o poi, il processo all'accadimento storico si debba fare, soprattutto quando il tipo di reato travalica i confini internazionali.

E non è un pro forma se vi leggo una frase di un giurista cileno, José Zalaquett, ex prigioniero d'opinione: "L'impegno per i diritti umani è lotta della memoria contro l'oblio e contro l'impunità. È un dovere morale trarre lezioni dal passato e proporre soluzioni per il futuro. L'unico modo di fare progressi è continuare a chiedere verità e giustizia nel nome di coloro cui è stata negata, giorno per giorno, responsabilmente, senza sosta".

Io credo che questo sia un messaggio vero, forte, intenso. Ed è un messaggio al quale tutti noi dovremmo dare un seguito. Grazie.

DOMENICO PULITANÒ

Sostenibilità morale del diritto penale ed etica della democrazia

Sommario: 1. Fra diritto e morale. - 2. Punti di emersione del discorso morale nel discorso giuridico. - 3. Il problema dei fondamenti morali del diritto. - 4. Il principio dell'eguale rispetto. - 5. La dialettica fra liberalismo politico e concezioni comprensive. - 6. Il paradigma epistemologico del garantismo e il valore della verità. - 7. Discorso morale ed etica della democrazia. -

1. Fra diritto e morale

Sostenibilità morale del diritto penale: questa formula da me utilizzata nel mio manuale, nel paragrafo dedicato ai rapporti fra diritto penale e morale, mi è stata assegnata – con intelligente provocazione - come problema. Che senso ha parlare di sostenibilità morale di un settore dell'ordinamento giuridico, dentro l'orizzonte moderno, secolarizzato, della separazione fra diritto e morale?

Come punto di partenza, mi sia consentito richiamare quanto ho scritto nel manuale⁽¹⁰¹⁾:

La specifica eticità del diritto penale non solo poggia sulla separazione fra diritto ed etica, ma implica anche una non totale coincidenza di contenuti. Una cosa è la valutazione di moralità o immoralità di dati comportamenti; altra cosa è la valutazione sulla moralità del vietare e punire, che implica una valutazione morale non solo sul comportamento di cui si discute, ma anche e soprattutto sulla moralità dello strumento giuridico penale. In ogni caso, il rapporto con l'etica resta essenziale, concorrendo a definire i modi in cui il diritto si inserisce nella società, le condizioni della sua accettazione, le condizioni del suo funziona-

¹⁰¹ D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2009, p. 46.

mento. Un diritto della coercizione che non sia eticamente sostenibile sarebbe un diritto penale autoritario, fattore di crisi e non di tutela della convivenza di uomini liberi.

Questa frasi concludono una riflessione, la cui prima premessa è la separazione del diritto dalla morale ⁽¹⁰²⁾, nei termini postulati dal positivismo giuridico e dalla filosofia liberale. La distinzione di principio fonda la possibilità logica di instaurare una relazione tra diritto e morale ⁽¹⁰³⁾. Separati concettualmente, diritto e morale sono, entrambi, criteri di valutazione dell'agire dell'uomo secondo le categorie di lecito e illecito, giusto e ingiusto, e simili. La distinzione concettuale, lasciando aperto il problema dei contenuti e del rapporto fra i contenuti dei due diversi mondi normativi ⁽¹⁰⁴⁾, ci offre il linguaggio che consente di porre nel modo più chiaro e più aperto tutti i problemi – di fatto e di valore – circa i rapporti fra diritto e morale, fra essere e dover essere del diritto.

Carattere specifico del diritto (non invece della morale) è la disponibilità di strumenti di coercizione. Il nesso fra diritto e forza fa del diritto un tentativo di soluzione del problema politico primario, il problema hobbesiano di assicurare protezione e sicurezza, condizioni di base della convivenza e di una possibile cooperazione. Il rapporto fra diritto e morale ha sullo sfondo questo problema, legato al mezzo specifico – il potere di coercizione – che caratterizza e definisce l'ordine giuridico. Questo angolo visuale è particolarmente consono al diritto penale, lo strumento più costrittivo che uno Stato di diritto possa adoperare in tempo di pace. Il diritto penale è in grado di fornire alla legge morale la “forza coattiva e repressiva che la legge morale in sé non aveva” ⁽¹⁰⁵⁾. E così, “il rapporto con l'etica si propone, per il ramo penale dell'ordinamento, in termini di problematicità accentuata” ⁽¹⁰⁶⁾. Nel diritto è in gioco la moralità della coercizione, oltre che la sua razionalità tecnica.

Dentro l'orizzonte di ordinamenti positivi, il problema è formulato come problema di legittimità della coercizione. Che bisogno c'è di riformulare il problema in termini di moralità della coercizione giuridica?

¹⁰² H.L.A. HART, *Il positivismo e la separazione tra diritto e morale*, in *Contributi all'analisi del diritto*, Milano, 1964, p. 107s.

¹⁰³ BARATTA, *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale*, Milano, 1966, p. 102.

¹⁰⁴ Quando i giuristi parlano di rapporti fra diritto e morale, la morale è intesa non come comando interiore della coscienza, ma “nel senso oggettivo di ordinamento morale delle azioni e dei rapporti umani, come insieme di valutazioni e di precetti morali”: B. PETROCELLI, *Considerazioni sui rapporti fra diritto e morale*, in *Saggi di diritto penale*, 1965, p. 175.

¹⁰⁵ F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, rist. Bologna 1993, p. 40.

¹⁰⁶ C. PEDRAZZI, *Diritto penale*, in *Dig. Pen.*, 1990, p. 645.

Questo tema mette sotto tensione il punto di vista usuale per i giuristi, che è interno al mondo del diritto, e custode geloso dei confini fra diritto e morale, conquista fondamentale della modernità. Il mondo del diritto si costruisce iuxta propria principia, la separazione dalla morale è condizione della specifica eticità del diritto. Appunto, specifica eticità del diritto: il diritto positivo – l'essere del diritto - può essere sottoposto a un controllo critico in nome di valori (non solo morali, ma anche morali) che lo trascendano. L'autonomia reciproca del diritto e della morale è ripulsa dello Stato etico e del legalismo etico, cioè della pretesa che il diritto posto abbia sol perchè tale un valore morale positivo

La questione della sostenibilità morale del diritto penale ci sbatte in faccia questo groviglio di problemi: la responsabilità morale (e politica) nel porre mano alla coercizione legale.

Attraversa il lavoro del giurista la tensione fra principi 'immanenti' e 'trascendenti' il sistema, fra i contenuti del diritto positivo e principi aventi funzione di controllo critico (di critica 'politica' e intellettuale) sulle scelte (sui principi intrasistematici) degli ordinamenti positivi. Teoria del bene giuridico e teoria della colpevolezza sono costruite (anche) come teorie critiche, volte alla ricerca di principi aventi pretesa di validità (quanto meno tendenzialmente) generale. Fermo il vincolo al principio di legalità, la discussione sui principi e la ricerca di principi anche trascendenti il sistema fa parte dell'attività più significativa della cultura giuridica. L'aggancio a principi costituzionali ha consentito di ricondurre dentro il sistema principi sovraordinati al legislatore ordinario, nei quali troviamo iscritte le condizioni di base della sostenibilità morale e politica dell'ordinamento. L'insostenibilità morale sarebbe contrassegno di un diritto penale autoritario, in cui i nostri buoni principi fossero in tutto o in parte assenti o disattesi.

Alla ricerca di contenuti per questa relazione, mi sono domandato se e dove e come problemi di sostenibilità morale di norme penali, o della loro applicazione, siano affiorati nel mio lavoro di giurista teorico e pratico. Propongo qui alcuni spunti di riflessione.

2. Punti di emersione del discorso morale nel discorso giuridico

2.1. L'esigenza di un linguaggio non meramente tecnico giuridico, ma espressivo di un giudizio morale, mi si è posta nel modo più netto quando la mia Facoltà ha pro-

grammato un convegno sulle leggi razziali del regime fascista. Il diritto di fronte all'infamia nel diritto: il titolo che abbiamo scelto ha inteso evidenziare che l'interesse di conoscenza per le drammatiche vicende di 70 anni fa si lega a interessi e problemi (non solo di conoscenza) riguardanti cose che sono state fatte in forma di diritto, ma che valutiamo infamia. Il termine infamia (che ritorna, significativamente, in tanti discorsi sulle leggi razziali) esprime una valutazione morale, molto più forte delle normali critiche rivolte al normale diritto. Le leggi razziali ci pongono di fronte ad una infamia giuridica di tipo particolare, perché negano in radice l'uguale dignità di tutti gli uomini. L'uguaglianza di diritti viene negata in conseguenza della negazione della pari dignità di uomini.

L'evocazione del momento più tragico della nostra storia recente serve a misurare la strada che è stata fatta, a partire dal crollo del regime fascista. La Costituzione ha riaffermato principi fondanti della moralità del diritto. Problemi di qualità morale si pongono da allora, nell'ordinamento italiano, dentro una cornice ordinamentale che dovrebbe assicurare una buona corrispondenza fra legittimità e sostenibilità morale di norme e prassi. Per quanto interessa il diritto penale, vengono in specifico rilievo il principio di legalità ed il principio di colpevolezza come complemento del principio di legalità, garanzia della certezza dell'agire e fondamento morale di attribuzioni di responsabilità; l'offensività rispetto a beni giuridici afferrabili e coerenti col sistema costituzionale, come garanzia minima di legittimazione dei contenuti precettivi; l'idea rieducativa come criterio di conformazione delle risposte al reato. Vengono inoltre in rilievo principi non specificamente pertinenti al penale, ma che concorrono a segnarne i limiti garantisti: i diritti di libertà, il principio d'uguaglianza, il giusto processo.

I nuovi principi costituzionali hanno consentito battaglie di libertà e di civiltà, che hanno riguardato in particolare il diritto penale ed hanno avuto forti motivazioni etiche e politiche. Negli anni '60, quando ho cominciato a interessarmi di diritto penale, vigeva nella sua originaria compattezza e severità il codice Rocco, fiore all'occhiello della legislazione fascista. Nel contesto politico era aperto il fronte della battaglia contro il codice fascista, avviata, nei primi decenni della Repubblica, fondamentalmente come battaglia di libertà, con forti motivazioni etiche e politiche: contro norme incriminatrici intrusive, contro sanzioni eccessivamente severe, contro una macchina repressiva che faceva funzionare il codi-

ce Rocco, talora senza alcuna sensibilità ai nuovi principi costituzionali, talora per ineludibile fedeltà alla legge. Come giovane giudice, dal mitico 1968, ho sofferto per qualche anno il dovere di applicare pene sproporzionate per furti aggravati ex art. 625 (con aggravanti all'epoca non bilanciabili) sulla pelle soprattutto di immigrati 'terroni'.

Nei primi anni '70 la riforma del codice, da sempre presente nei discorsi, riuscì ad entrare nell'agenda politica. Nella dottrina penalistica era la stagione del risveglio costituzionale, della quale è stato protagonista di punta Franco Bricola ⁽¹⁰⁷⁾.

Un pacchetto di riforme di parte generale, stralciate nel 1974 da un disegno di riforma del codice approvato da un ramo del Parlamento, rappresentò un punto di svolta. Ingranaggi rigidi vennero scardinati, la gestione delle risposte sanzionatorie venne largamente affidata ad una assai dilatata discrezionalità giudiziale. Crisi della legalità, fu il giudizio - teoricamente ineccepibile - della dottrina (lo ritroviamo nei contributi al convegno bolognese sul codice Rocco 50 anni dopo) ⁽¹⁰⁸⁾. Dal punto di vista di chi aveva vissuto la realtà quotidiana della fabbrica punitiva, la crisi del codice Rocco appariva un passaggio critico obbligato: un momento destruens che sbloccava (bene o male) meccanismi repressivi non più accettati. Certo, c'era bisogno di ridisegnare un sistema nuovo; e le novità non sono mancate, nel bene e nel male.

Gli anni '70 sono da ricordare non solo come anni di piombo, ma anche come stagione di importanti riforme dell'ordinamento giuridico (non solo penale). La riforma penitenziaria del 1975 e la legge 689/81 hanno proseguito la linea di 'modifiche al sistema penale' in una direzione di progressivo allontanamento dal modello rigido e autoritario del codice penale del 1930. Ulteriori sviluppi, negli anni '80, sono stati lo smantellamento delle presunzioni di pericolosità che reggevano il sistema delle misure di sicurezza, e la riforma (rivestita di panni processuali) del diritto penale minorile; in epoca recente, la normativa sui reati di competenza del giudice di pace.

L'emergenza terroristica venne superata con l'ausilio di una legislazione speciale rivelatasi razionale rispetto allo scopo principale: al bastone di pene più severe venne aggiunta la carota delle attenuanti premiali per i 'pentiti'; una strada che verrà poi ripresa sul fronte

¹⁰⁷ F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Novissimo Dig. It.*, 1974, XIX, 7s.

¹⁰⁸ Pubblicati ne *La questione criminale*, 1981.

della criminalità organizzata (con risultati utili e costi non irrilevanti). Nuovi settori di legittimazione penale sono sorti, in risposta a problemi nuovi (stupefacenti, ambiente, mercati finanziari).

Risale agli anni '70 il primo e più importante intervento legislativo demolitore di un titolo tipicamente fascista del codice Rocco: la legge 194 del 1978 sulla interruzione di gravidanza. Altri interventi demolitori li dobbiamo alla Corte costituzionale, e all'evoluzione della giurisprudenza. Problemi che per lungo tempo erano stati all'ordine del giorno, come i reati d'opinione, sono stati (faticosamente e non completamente) superati nei fatti.

Non è questa la sede per ripercorrere le complicate trasformazioni dell'ordinamento penale nei decenni della Repubblica. L'edificio penalistico è stato soggetto a revisioni continue: talora piccoli interventi di manutenzione, talora importanti ristrutturazioni settoriali. Il tema della riforma è rimasto sulla scena, ma per così dire sullo sfondo. Forse è maturo il tempo di un approccio storico che vada oltre le memorie personali e il legame con contingenti problemi di politica del diritto. Qui mi limito ad alcuni spunti sulla rilevanza morale del penale e delle sue trasformazioni in Italia dopo la svolta costituzionale.

La battaglia contro il codice fascista, avviata fondamentalmente in direzione liberale - contro norme incriminatrici intrusive, contro sanzioni eccessivamente severe, contro la repressione penale di manifestazioni espressive - sul fronte delle libertà è stata una battaglia vinta (il problema oggi è di difendere le libertà conquistate). Sentenze della Corte costituzionale, e ancor più l'evoluzione della prassi, hanno condotto ad una situazione in cui le libertà liberali appaiono passabilmente consolidate. Il sistema dei precetti, pur non privo di difetti, se interpretato con saggezza non dovrebbe portare ad applicazioni insostenibili.

Sul fronte dell'uguaglianza la situazione è più complessa. Scelte decisive per la costruzione del sistema penale - tipizzazione (differenziazione) delle fattispecie e misura (differenziazione) delle pene edittali - sono affidate alla discrezionalità politica del legislatore, entro la cornice segnata dai principi costituzionali. Il principio d'uguaglianza si è rivelato capace di funzionare come criterio di controllo e di invalidazione di norme penali, anche nella forma allargata di principio di ragionevolezza (o meglio, di non irragionevolezza), ma non può veicolare un sindacato sul merito di scelte normative rientranti nella discrezionalità politica del legislatore. La giustizia del diritto, democraticamente affidata al principio di legiti-

tà, pone problemi che eccedono i principi del diritto, e che possono manifestare una autonoma valenza morale.

Fronte permanente della battaglia contro il codice Rocco è stato il sistema sanzionatorio: un modello che esibiva caratteristiche di compattezza e coerenza interna, supporto tecnico di una politica penale severa. Le trasformazioni dei decenni della Repubblica hanno scompaginato il sistema originario, senza sostituirlo con un nuovo modello organico. Il disegno di rigore, la cui tenuta era assicurata da rigidi meccanismi di parte generale, è venuto meno a partire dalla novella del 1974. Ma non è stato sostituito da un disegno nuovo e coerente.

Mentre le riforme di parte generale e la costruzione dell'ordinamento penitenziario sono andate prevalentemente nel senso di un ammorbidimento del sistema punitivo – affidando alla discrezionalità giudiziale la gestione di vecchi e nuovi istituti, in vista di esiti di minore severità – nella parte speciale le scelte sanzionatorie dei legislatori via via succedutisi hanno seguito linee non omogenee, talora divaricate, con netta prevalenza, peraltro, di linee di rigore, anche accentuando il già elevato rigore del codice Rocco, in controtendenza rispetto a contemporanee riforme di parte generale. Per effetto di riforme settoriali fra loro slegate, ha preso corpo, dall'inizio del XXI secolo, non un diritto penale classicamente e compattamente autoritario, ma un diritto che differenzia fra noi e loro, fra i salvati e i sommersi; fra i normali cittadini, destinatari della protezione legale dal crimine, e i criminali da neutralizzare con qualsiasi mezzo. Un diritto penale della disuguaglianza: da un lato, faccia feroce verso i diversi, soprattutto a seguito della recente legislazione 'securitaria'; dall'altrolato, organizzazione dell'impunità di soggetti ben inseriti. Impunità di fatto, legata alla bagatellizzazione di talune figure (vedi riforma del diritto penale societario) e alla riduzione dei tempi di prescrizione. Ma anche tentativi di aprire spazi d'impunità o immunità di diritto: lasciando da parte la questione dei processi a carico delle più alte cariche dello Stato, non dimentichiamo il tentativo (autunno 2008) di portare fuori dal penale fallimentare le procedure di amministrazione straordinaria (che reggono proprio i casi più gravi di default); la proposta di una deroga ai principi generali della responsabilità penale, a favore di di lavo-

ro e dirigenti, nel decreto correttivo del 2009 in materia di sicurezza del lavoro ⁽¹⁰⁹⁾; ed altro ancora, di cui diremo fra poco.

Quest'ultimo profilo capovolge la classica prospettiva liberale, che pone in primo piano esigenze di garanzia delle libertà nei confronti dell'autorità: nell'insostenibilità morale dell'impunità organizzata (in forme nuove rispetto a quelle crudamente fattuali di cui parla il grande romanzo manzoniano) emerge la moralità positiva, il taglio buono del diritto penale quale espressione del principio di responsabilità e strumento, sia pure estremo, di una giusta tutela. Quella tutela che Renzo, vittima di un sopruso, chiede inutilmente all'ignobile Azzecca-garbugli ("vorrei sapere se, a minacciare un curato, perché non faccia un matrimonio, c'è peccato") ma che ha visto coi suoi occhi nelle grida che costui gli ha mostrato. Ne parla a Milano nei giorni del tumulto per il pane, improvvisandosi oratore: "le gride ci sono, stampate, per gastigarli ... fatte benissimo, che noi non potremmo trovar niente di meglio; ci son nominate le bricconerie chiare, proprio come succedono; e a ciascheduna, il suo buon gastigo". Anche l'essere forma certa di una tutela autoritaria contro le bricconerie è un aspetto del principio di legalità, e della sostenibilità morale dell'ordinamento.

La battaglia ideale sul diritto penale ha sempre avuto e ha una specifica valenza anche morale. Mette in discussione non solo la razionalità tecnica del sistema rispetto agli scopi dichiarati, ma anche la coerenza assiologica dell'insieme dei precetti e delle sanzioni. Questioni di legittimità costituzionale entrano nella discussione, ma non la esauriscono: problemi di qualità morale - sia del diritto penale in the books, sia del suo effettivo enforcement nel mondo del carcere - possono mettere in gioco ragioni autonome.

2.2. Ho ritrovato un riferimento alla dimensione morale di problemi giuridici in un mio scritto del 2005 a proposito della proposta di introdurre un nuovo istituto 'prescrizione del processo, avente la funzione di presidiare la ragionevole durata del processo' ⁽¹¹⁰⁾. La mia analisi critica ⁽¹¹¹⁾ è arrivata alla seguente conclusione: "come sanzione 'processuale',

¹⁰⁹ Sia consentito rinviare a D. PULITANÒ, *Sicurezza del lavoro: le novità di un decreto poco correttivo*, in *Dir. pen. e processo*, 2010, fasc. 1.

¹¹⁰ Ddl n. 260, presentato al Senato il 20.6.2001 dal sen. Fassone ed altri, e il ddl n. 1302, presentato alla Camera dei deputati l'11.7.2001 dall'on. Kessler e altri.

¹¹¹ D. PULITANÒ, *Tempi del processo e diritto penale sostanziale*, in *questa Rivista*, 2005, p. 525. Riassumo i passaggi essenziali: "Le ragioni su cui può giustificarsi il tempore cedere (comunque etichettato) della giustizia penale additano come deci-

a presidio della ragionevole durata del processo, la prescrizione sarebbe una sanzione che favorisce il colpevole e colpisce l'innocente: un esito moralmente improponibile, e contrario al principio d'uguaglianza – ragionevolezza”.

Sono tornato a riflettere su questo tema dopo la presentazione (novembre 2009) del ddl sulla c.d. prescrizione del processo penale. Come mai, in un contesto distaccato dall'attualità politica, in data non sospetta, avevo valutato moralmente improponibile un istituto 'prescrizione del processo'? Il principio che vedevo in discussione, nelle riflessioni del 2005, è il principio d'uguaglianza – ragionevolezza, che si conferma ancora una volta come filo conduttore delle valutazioni morali (quanto meno delle mie riflessioni morali) sul diritto penale. Una ulteriore riflessione – in cui pure ravviso una valenza morale, di etica del discorso - mi è stata suggerita dal rilancio politico della prescrizione del processo, mediaticamente rietichettata con la formula retorica 'processo breve', “espressione di una moderna sensibilità giuridica e destinato ad attuare il principio della 'durata ragionevole' del processo penale”.

Il congelamento di questa riforma ordita, dopo il voto di un ramo del Parlamento, non toglie rilievo ai problemi ch'essa comporta, e può favorire una riflessione più distaccata. Questa, in estrema sintesi, la mia riflessione. La finalità espressamente assegnata al nuovo istituto 'prescrizione del processo' è dichiaratamente processuale; la collocazione nel codice di procedura penale corrisponde a tale finalità. Gli effetti della c.d. estinzione del processo non sono però meramente processuali. A differenza del tradizionale istituto della estinzione del processo civile, che non pregiudica la possibilità di riproporre ex novo la medesima azione, la estinzione del processo penale, di cui al ddl, ha gli effetti di cui all'art. 649

siva la considerazione dei tempi complessivamente considerati ...Una costruzione autonoma della prescrizione del processo può portare teoricamente a conseguenze paradossali: se il processo è stato avviato a poca distanza temporale dal fatto, il decorso dei tempi di prescrizione del processo comincerebbe molto prima della scadenza del termine massimo di estinzione del reato, e una disfunzione del processo, che cagionasse la scadenza di un termine, avrebbe come esito la prescrizione del processo (cioè, in concreto, l'impunità) in tempi che potrebbero teoricamente essere molto brevi, anche per reati molto gravi”.

A questa considerazione di ordine tecnico ne ho aggiunto un'altra, relativa alla “moralità di un approccio che consideri e costruisca la prescrizione (comunque etichettata) come sanzione per l'irragionevole durata del processo”. “La ‘sanzione’ dell'estinzione del reato funzionerebbe, sul piano sostanziale, soltanto se l'imputato è colpevole, e viene sottratto alla condanna per l'irragionevole durata del tempo trascorso. Se invece l'imputato è innocente, la prescrizione non funzionerebbe come sanzione per il ritardo, a beneficio dell'imputato, con effetti sostanziali di estinzione del reato, ma si risolverebbe in un ulteriore beffa per l'imputato: dopo il danno degli inutili tormenti del processo, la beffa di una pronuncia che, per effetto dell'irragionevole durata del processo, non restaura la dignità dell'innocenza, ma equipara nella formula impropria dell'estinzione del reato l'innocente al colpevole.....

cpp: divieto di un secondo giudizio, che in concreto significa non punibilità dell'eventuale reato oggetto d'imputazione nel processo dichiarato estinto.

Ecco il punto: la denominazione e la collocazione dell'istituto occultano l'effetto sostanziale che lo caratterizza. Gli effetti del nuovo istituto corrispondono agli effetti (sia sulla procedibilità che sulla punibilità) della prescrizione del reato, come disciplinata nei codici penale e processuale penale. Il linguaggio della proposta e della sua divulgazione mediatica occulta proprio il profilo essenziale.

Può l'interprete del testo non prendere in considerazione questo profilo di occultamento? E' forse utile specificare ulteriormente il problema, distinguendo (a scopo analitico) i profili di realtà e il profilo strettamente giuridico.

Dei dati di realtà – l'impatto sostanziale e il suo occultamento linguistico – il lettore critico del testo è senz'altro competente a parlare. Potrebbe forse arrivare a cogliere – nel mascheramento linguistico – un uso del linguaggio che obiettivamente pare muoversi nella direzione della neolingua immaginata da Orwell come elemento portante di un dominio assoluto: una lingua concepita non per ampliare le capacità speculative, ma per ridurle, riducendo il linguaggio in modo da rendere impossibile ogni forma di pensiero critico. Prescrizione del processo e processo breve sono un linguaggio che preclude lo sguardo al di là dell'orizzonte processuale, occultando che la sostanza della disciplina proposta cade al di fuori dell'orizzonte processuale, come prospettiva di maggiori spazi di impunità.

Si pone a questo punto il problema giuridico: questa riduzione del campo è o non è nella potestà del legislatore, di un potere sovrano che (si diceva una volta) *facit de albo nigrum et de nigro album*? Il mondo del diritto è da sempre un mondo di vestimenti concettuali e anche travestimenti normativi della realtà. Il topos della prescrizione del processo ne è un buon esempio: non è un'invenzione politica di oggi, ma ha radici in discorsi e proposte di settori ben intenzionati scienza giuridica, troppo centrati però sul profilo processuale, al punto da trascurare (non vedere?) le implicazioni di ordine sostanziale, additando così la strada di un distorto linkage fra la prescrizione e il problema della ragionevole durata del processo.

L'incubo orwelliano di un linguaggio che riduce (invece di ampliare) lo sguardo sulla realtà, sembra rivelare un profilo di inquietante somiglianza col linguaggio normativo:

schematizzazione della realtà come connotato di un potere normativo che impone le proprie scelte anche su una realtà recalcitrante.

La chiusura dell'universo di discorso, operata dalla neolingua in versione normativa, può essere sbloccata se vi sono principi sovraordinati che lo consentano: che cioè pongano limiti al potere legislativo di ridefinizione della realtà, e possano essere adottati a fondamento di questioni di legittimità costituzionale. Nel nostro esempio del ddl 'processo breve', l'interprete del testo dovrà ovviamente prendere sul serio il linguaggio usato dal legislatore, facendosi carico di tutte le implicazioni della coloritura processualistica e della indicata ratio processualistica. Ma non potrà fermarsi a questo aspetto, visto che vi sono altri aspetti caratterizzanti l'impatto normativo. Rilevare l'impatto sul penale sostanziale è una questione di verità, di ricognizione dei nessi fra il nuovo istituto ed il mondo di norme e di fatti in cui verrebbe a inserirsi. E ciò potrà (dovrà) essere valutato come premessa di sviluppi interpretativi, per es. sul piano della legittimità costituzionale.

L'esempio tratto dall'invenzione (o formula 'dogmatica') della prescrizione del processo rende tangibile il senso di una tesi che ho sempre sostenuto, a rischio di essere frainteso. La fedeltà alla legge non necessariamente esige un conformarsi dell'apparato concettuale e critico della scienza giuridica al sistema della legge positiva. Un tale approccio rischia di risolversi in una modalità di esposizione del diritto positivo che definirei 'dogmatica apologetica': uso di un linguaggio retoricamente appagante, o comunque razionalizzante, per coprire scelte del legislatore quali che siano.

Espone al rischio di cadere inavvertitamente in una dogmatica apologetica la possibilità, generalmente presente, di ricondurre le concrete scelte del legislatore ad un principio regolativo che 'suona bene': sussidiarietà o diritto penale minimo, per il caso di arretramenti del 'penale'; rafforzamento della prevenzione generale, nel caso di scelte di rigore o rigidità punitiva; e così via. La retorica del processo breve e della prescrizione del processo danno l'evidenza di come il linguaggio giuridico possa essere piegato a funzionare da neolingua orwelliana, per occultare l'organizzazione di spazi di impunità.

3. Il problema dei fondamenti morali del diritto

Porre problemi di qualità morale, o addirittura di sostenibilità morale del diritto penale, chiama in gioco principi morali. Quali siano i principi morali pertinenti, è un interrogativo che porta oltre l'orizzonte dei principi codificati dal diritto. Qualsiasi punto di vista morale – più in generale, qualsiasi punto di vista valutativo sul dover essere del diritto – può scendere in campo nell'arena della pubblica discussione. Il pluralismo, come fatto e come valore, concorre a definire i termini del nostro problema, e ha a che fare con l'etica della democrazia. Ma non è la risposta all'interrogativo sui principi morali, se lo intendiamo come richiesta di giustificazioni plausibili, di prese di posizione morali dentro l'arena pluralista.

La più autorevole teoria della giustizia oggi in campo, quella di Rawls, è esplicita nel distinguere le dottrine comprensive dal liberalismo come filosofia politica. Politica nel senso che intende dare risposta al problema di fondo della società politica: il problema della convivenza fra uomini “per mezzo di regole e decisioni che abbiano un'autorità collettivamente vincolante, vincolante nel senso che queste regole e decisioni dipendono in definitiva dall'uso legittimo della forza o della coercizione” ⁽¹¹²⁾.

Intesa in questo senso, la filosofia politica è un sottoinsieme della teoria morale, ma non la esaurisce. Il liberalismo come concezione politica è arte della separazione, guidata da principi morali relativi alle condizioni di legittimazione della coercizione; riguarda, cioè, direttamente e specificamente il costituirsi di ordinamenti giuridici, dei quali è costitutivo per l'appunto il nesso con il potere di coercizione. In questo senso la filosofia politica liberale potrebbe anche definirsi filosofia morale applicata, ma non è applicazione tout court di una concezione morale comprensiva; con l'arte della separazione fra morale e politica e diritto, si pone come regola (come etica) della convivenza fra portatori di differenti concezioni morali comprensive, opponendosi a pretese di esclusività imposte con la coercizione, al di fuori di ciò che costituisca oggetto legittimo di decisione politica.

Beninteso, il liberalismo può anche essere presentato come concezione etica comprensiva, secondo un approccio diverso dalla strategia della neutralità e della separazione:

¹¹² Ch. LARMORE, *Dare ragioni*, Torino, 2008, p. 100.

una strategia della continuità volta a radicare la politica nell'etica personale; s'intende, un'etica liberale, ritenuta la ragione più forte per accettare una filosofia politica liberale ⁽¹¹³⁾.

Per il giurista e per il filosofo del diritto, che vanno alla ricerca di principi di legittimazione e limitazione della coercizione legale, è il liberalismo politico alla Rawls, e non un liberalismo comprensivo, che si candida come un buon punto di partenza. A differenza del liberalismo comprensivo, può essere un terreno unificante, proprio perché enuclea un sottoinsieme dell'etica, rilevante per la politica ma neutro (almeno nelle intenzioni) rispetto alla possibilità di diverse concezioni comprensive dell'etica: “da un punto di vista ideale, giustificare presso qualcuno una concezione della giustizia significa fornirgli una dimostrazione dei suoi principi a partire da premesse accettate da entrambi” ⁽¹¹⁴⁾.

Ovviamente, nessun approccio può presentarsi come del tutto neutro, o postulare come scontata la sua accettazione. Il liberalismo politico si contrappone a pretese totalizzanti, ai fondamentalismi religiosi e politici, alle pretese di uno stato etico o ideologico: esempi tragici di come “certamente in politica molti danni provengono dalle persone che pensano che la politica sia etica applicata” ⁽¹¹⁵⁾. Il liberalismo politico è un approccio aperto, inclusivo, ma non indiscriminatamente inclusivo. “Nessuna filosofia politica e nessun insieme di principi politici può pretendere di essere universale, se per universale si intende ‘universalmente accessibile a tutti’ o ‘universalmente sostenibile da tutti’, indipendentemente da quello che credono” ⁽¹¹⁶⁾.

Per i giuristi che studiano e cercano di far funzionare ordinamenti di democrazia liberale, è in questa direzione che ha senso orientare la ricerca su fondamento e limiti morali della coercizione giuridica.

¹¹³ R. DWORKIN, *I fondamenti dell'eguaglianza liberale*, in R. DWORKIN e S. MAFFETTONE, *I fondamenti del liberalismo*, Bari – Roma, 2008.

¹¹⁴ J. RAWLS, *op. cit.*, p. 542. E' questo il metodo additato anche da Feinberg, H. to O., p. 18.

¹¹⁵ Ch. LARMORE, *op. cit.*, p. 103-04.

¹¹⁶ Ch. LARMORE, *op. cit.*, p. 127.

4. Il principio dell'eguale rispetto

4.1. Presupposto morale fondamentale “del consenso per intersezione che dovrebbe sostenere il liberalismo politico” è l'eguale rispetto dovuto a tutti gli uomini in quanto uomini ⁽¹¹⁷⁾.

L'idea di rispetto, che qui viene in rilievo, è l'idea del rispetto come riconoscimento: il riconoscimento (reciproco) dell'altro come soggetto morale ⁽¹¹⁸⁾, incondizionatamente dovuto a tutti gli uomini in quanto uomini. Anche storicamente, si tratta del superamento di concezioni della dignità o dell'onore proprie di società gerarchiche, nelle quali talune diversità di status, di funzioni, di collocazione sociale comportano una assegnazione selettiva di corrispondenti tipi e gradi di dignità (la peculiare dignità del nobile, o del guerriero, o del funzionario). Il rispetto come riconoscimento non è questione di stima o di merito ⁽¹¹⁹⁾; può essere considerato come la dignità corrispondente allo status di persona umana ⁽¹²⁰⁾.

Il principio dell'eguale rispetto è sotteso (almeno implicitamente) a domande di riconoscimento avanzate da concezioni comprensive diverse - non fa differenza se in nome della verità o della neutralità liberale - laddove argomento ricorrente è il rifiuto dell'imposizione ed il rifiuto di una considerazione diseguale (inferiore) che deriverebbe dal prevalere di una posizione avversa ⁽¹²¹⁾. Come istanza comune a concezioni comprensive diverse, l'idea dell'eguale rispetto non deriva da un previo riconoscimento degli altri come liberi e uguali, ma dalla forma della rivendicazione, che sottende il riconoscimento dell'interlocutore, destinatario della richiesta di riconoscimento, come soggetto munito di autorità morale ⁽¹²²⁾.

Come riferimento filosofico importante (ma non l'unico) viene indicato Kant: “Agisci in modo da trattare l'umanità, sia nella tua persona che in quella di ogni altro, sempre

¹¹⁷ A. E. GALEOTTI, *La politica del rispetto. I fondamenti etici della democrazia*, Roma-Bari, 2010, p. 31s.

¹¹⁸ Cfr. AA.VV., *Eguale rispetto*, a cura di I. CARTER, A.E. GALEOTTI E V. OTTONELLI, Milano, 2008; S. Veca, *Dizionario minimo*, Milano, 2009, alla voce “Rispetto”, p. 119 s. Da un punto di vista di filosofia morale, R. DE MONTICELLI, *L'ordine del cuore*, Milano, 2003, p. 196 s.

¹¹⁹ S. DARWALL, *Due tipi di rispetto come riconoscimento per le persone*, in *Eguale rispetto*, cit., p. 1s. *Rispetto come stima* è una valutazione mirata - e quindi differenziata - sulla persona o su comportamenti di taluno; qualcosa che uno si deve meritare.

¹²⁰ Cfr. U. VINCENTI, *Diritti e dignità umana*, Roma-Bari, 2009.

¹²¹ A. E. GALEOTTI, *La politica* cit., p. 35 e *passim*.

¹²² A. E. GALEOTTI, *La politica* cit., p. 59.

anche come fine e mai semplicemente come mezzo”⁽¹²³⁾. Anche come fine: Kant è ben consapevole che nei rapporti umani c’è anche un aspetto strumentale; ma questo non deve dominare la relazione, se è una relazione moralmente significativa⁽¹²⁴⁾.

Rispettare le persone come eguali significa rispetto reciproco: riconoscere a ciascuno ciò che da ciascuno è dovuto. “E’ difficile dare un senso alla nostra vita morale senza riconoscere la forza autonoma della reciprocità”⁽¹²⁵⁾. Il riconoscimento di eguali libertà e di doveri reciproci implica un diritto e dovere di giustificazione reciproca⁽¹²⁶⁾. Significa riconoscimento del “valore etico della più grande possibile varietà di profili assiologico-vocazionali” corrispondenti alle diverse forme di vita che siano compatibili con i principi universalmente obbliganti⁽¹²⁷⁾.

L’idea del rispetto - riconoscimento, come principio regolativo delle relazioni morali fra gli uomini, ha un significato che eccede quello giuridico, ma che è senz’altro rilevante per il diritto: per le moderne teorie normative della giustizia, l’idea dell’eguale rispetto è principio fondante della teoria liberale e democratica, e del discorso filosofico sulla società giusta o sul mondo giusto. L’autorità del principio dell’eguale rispetto non dipende dalla volontà collettiva, cioè dal principio democratico, ma è logicamente antecedente: ha a che fare con la fondazione e legittimazione dello stesso principio democratico, e con il ruolo che questo possa e debba giocare nella determinazione degli altri principi politici e giuridici⁽¹²⁸⁾.

Rispetto e diritti sono strettamente collegati. Essere titolari di diritti (di diritti eguali) non è condizione di per sé sufficiente dell’essere pienamente rispettati come persone, ma è “condizione necessaria a livello sociale e politico per l’eguaglianza del rispetto”⁽¹²⁹⁾.

Nell’orizzonte del diritto – cioè della imposizione coattiva di regole – il principio dell’eguale rispetto ha a che fare con il rispetto fra persone: con la dignità che ciascuno ha diritto a vedersi riconosciuta da tutti gli altri, e il dovere di riconoscere agli altri. E’ la digni-

¹²³ I. KANT, *Fondazione della metafisica dei costumi*, 1785; traduzione italiana Roma-Bari, 1990, p. 61.

¹²⁴ C. MANCINA, *La laicità al tempo della bioetica*, Bologna, 2009, p. 96; Ch. LARMORE, *op. cit.*, p. 126.

¹²⁵ M. SANDEL, *Giustizia*, Milano, 2010, p. 170. Cfr. anche H. KUNG, *Ciò che io credo*, Milano 2010, p. 92. Ad un livello più filosofico, E. BENCIVEGNA, *La filosofia come strumento di liberazione*, Milano 2010, p. 50s.

¹²⁶ Una sintesi in R. FORST, *Zwei Bilder der Gerechtigkeit*, in AA.VV., *Sozialphilosophie und Kritik*, Frankfurt am Main, 2009, p. 205 s.

¹²⁷ R. DE MONTICELLI, *L’ordine del cuore*, *cit.*, p. 208 s.

¹²⁸ Ch. LARMORE, *op. cit.*, p. 129.

¹²⁹ A. E. GALEOTTI, *Rispetto come riconoscimento. Alcune riflessioni politiche*, in *Eguale rispetto*, *cit.*, p. 26; S. DARWALL, *op. cit.*, p. 9. Cfr. anche C. WELLMAN, *Feinberg’s two concepts of Rights*, in *Legal Theory*, 2005, p. 214 s.

tà di persone in carne e ossa, e non la dignità di valori astratti. E' l'eguale dignità di ciascuna persona, inscindibilmente collegata alla autonomia morale di ciascuna persona (nei limiti, s'intende, segnati dal rispetto dell'autonomia morale degli altri). Le norme coercitive del diritto si legittimano come garanzia dell'eguale libertà e dignità di uomini che nascono liberi e uguali in dignità e diritti (art. 1 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo).

4.2. In società pluraliste, i valori condivisi comprendono una generale o molto ampia convergenza nell'individuazione di ciò che è male, incompatibile con le condizioni minimali della convivenza¹³⁰; e comprendono il riconoscimento del pluralismo come convivenza di diverse concezioni comprensive della vita buona. Di fronte al male (che può arrivare al male assoluto dei crimini contro l'umanità) le norme giuridiche sono chiamate a compiti di tutela, anche con la minaccia e l'uso della coercizione; mentre il pluralismo esige spazi di libertà, immuni dalla coercizione ed anzi protetti dal diritto contro eventuali minacce ed aggressioni.

La moralità del diritto della coercizione incorpora la moralità del principio di tolleranza⁽¹³¹⁾. Tolleranza come rispetto dovuto ugualmente a tutti; accettazione degli altri, dei diversi, dei diversamente pensanti. Il principio liberale, quale criterio di convivenza fra diverse concezioni del bene, riconosce e garantisce la libertà e autoresponsabilità individuale nelle scelte relative alla sfera personale di vita (per es. quelle relative alla sfera sessuale). La specifica moralità del diritto è giusto il contrario di un enforcement of moral che appresti il braccio secolare a supporto di una concezione particolare dell'ethos, ancorché maggioritaria.

Prendere sul serio la tolleranza esige che sia presa sul serio anche la questione dei limiti della tolleranza. In particolare, non è possibile tollerare la pratica dell'intolleranza, per

¹³⁰ Cfr. S. VECA, *La priorità del male e l'offerta filosofica*, Milano, 2005.

¹³¹ J. HABERMAS, *Tra scienza e fede*, cit., p. 157, 160: "Nell'Altro noi dobbiamo rispettare il concittadino anche quando riteniamo il suo pensiero errato, e infelice il corrispondente modo di vivere. La tolleranza impedisce che una società pluralistica venga dilaniata, come comunità politica, da conflitti tra visioni del mondo..... Chi è tollerante, da una parte può realizzare il proprio ethos solo nei limiti di ciò che compete parimenti a tutti. Dall'altra deve rispettare, in questi limiti, anche l'ethos degli altri. ... L'onere non risulta da una relativizzazione delle proprie convinzioni, bensì da una limitazione della loro efficacia pratica"

ragioni di reciprocità, e non è possibile tollerare “trattamenti di essere umani che violano la nostra idea elementare della comune umanità” ⁽¹³²⁾.

In una riflessione sulle condizioni di una democrazia possibile ⁽¹³³⁾ è stata additata come essenziale la distinzione fra giudizi di valore personali e impersonali; per giudizi personali si intendono quelli relativi a “quale tipo di vita sia intrinsecamente buono o cattivo per coloro che la vivono”; giudizi impersonali, quelli relativi al valore di qualche oggetto o situazione impersonale (per es., situazioni ambientali). Una completa neutralità delle scelte normative del potere del demos, rispetto alle concezioni comprensive della vita buona, non è richiesta e non è ragionevolmente pensabile. “Ogni ordinamento giuridico è anche espressione di una forma di vita particolare, e non soltanto il rispecchiamento del contenuto universale dei diritti fondamentali” ⁽¹³⁴⁾. Dentro il limite dei principi volti a garantire l’apertura liberale del confronto politico ed i diritti inviolabili delle persone, il principio democratico riconosce al demos la legittimazione a porre – attraverso la dialettica politica democratica e in conformità al principio di maggioranza - norme vincolanti per tutti, nel rispetto (s’intende) del pluralismo democratico quale possibilità di convivenza e di uguale rispetto di diverse concezioni comprensive.

Questa lettura dei principi di democrazia liberale riconosce e cerca di contemperare le esigenze di garanzia intransigente di scelte e sfere di vita ‘personali’, e le esigenze di un ordinamento della convivenza fondato sul principio democratico. Il diritto – anche il diritto penale - ripartisce sfere di libertà, concorrendo a segnare gli spazi e i confini delle libertà di tutti.

4.3. Eguale rispetto, eguaglianza di diritti e di libertà, pluralismo degli ethe sono principi regolativi, che non prefigurano una soluzione univoca di tutti i problemi. L’idea di eguaglianza è aperta a sviluppi diversi: eguaglianza di opportunità, eguaglianza rispetto al merito, rispetto a bisogni, nel godimento di diritti. Il concetto di dignità umana è un costrutto storico, aperto a plurime ricostruzioni alla luce di diverse visioni dell’uomo e del

¹³² S. VECA, *Dizionario minimo*, 2009, p. 109

¹³³ R. DWORKIN, *La democrazia possibile*, Milano, 2007.

¹³⁴ J. HABERMAS, *Lotta di riconoscimento nello stato democratico di diritto*, in J. HABERMAS – CH. TAYLOR, *Multiculturalismo*, cit., p. 82.

mondo ⁽¹³⁵⁾; presenta il rischio di usi puramente retorici, e di vedere impoverito da un uso inflazionistico il suo significato essenziale. Ma proprio l'autorevole voce che ha messo in guardia contro tali rischi ⁽¹³⁶⁾ ha ribadito l'importanza e il significato essenziale del principio della dignità umana: "sia il Cristianesimo che la filosofia politica dell'Illuminismo, ognuno su di un fondamento diverso, hanno profondamente fondato e assicurato la dignità umana come pilastro di una società civilizzata e di uno stato di diritto". Il processo di costituzionalizzazione della dignità della persona umana è stato un evento etico-giuridico particolarmente importante.

In discussioni attuali, in particolare in bioetica, la dignità umana viene invocata a sostegno di tesi contrapposte: dignità come espressione di valori oggettivi che pretendono riconoscimento assoluto (dignità della vita, dunque no eutanasia), o come dignità Di ciascuna persona, legata alla autonomia morale della persona. Nell'orizzonte del diritto – cioè della imposizione coattiva di regole – il principio dell'eguale rispetto addita come essenziale e inscindibile il nesso fra dignità ed autonomia morale, nei limiti, s'intende, segnati dal rispetto dell'autonomia morale degli altri.

Trovo curioso che il nesso fra dignità e autonomia sia contrastato, in nome di supposti valori oggettivi, da chi dice di opporsi a una biopolitica che incorpori "il tentativo tipicamente moderno di una gestione integrale della vita biologica da parte del potere" ⁽¹³⁷⁾. Proprio la pretesa d'imporre supposti valori oggettivi, contro scelte autonome di uomini liberi, integra un tentativo di gestione integrale della vita biologica, da parte di detentori di potere giuridico. Ovviamente, concezioni etiche diverse hanno piena legittimità, e ciascuno ha diritto di scegliere e seguire il proprio ethos. Il primato dell'autonomia della persona riguarda la specifica eticità del diritto, quale criterio di convivenza fra diversamente pensanti; non può essere una soluzione imposta di problemi relativi alle cose ultime, che trascendono l'orizzonte e la competenza del diritto. Per la civile convivenza il diritto è necessario, ma non è l'orizzonte ultimo dei valori.

¹³⁵ G. FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e postsecolarismo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 557s.

¹³⁶ W. HASSEMER, *Argomentazione con concetti fondamentali. L'esempio della dignità umana*, in *Ars interpretandi*, 2005, p. 125s.

¹³⁷ V. POSSENTI, *L'uomo postmoderno*, Milano, 2009, p. 33.

5. *La dialettica fra liberalismo politico e concezioni comprensive*

Queste riflessioni portano su un terreno affascinante, ma denso di problemi. Fa parte del confronto attuale sui temi della giustizia l'idea che "forse l'aspirazione alla neutralità potrebbe essere un errore; forse non è possibile, anzi nemmeno auspicabile, riflettere per arrivare a decidere la forma della giustizia senza riflettere analogamente sulla forma della vita buona ... Chiedere ai cittadini di una democrazia di lasciarsi alle spalle le proprie convinzioni etiche e religiose quando entrano nella vita pubblica può sembrare un modo per assicurare la tolleranza e il rispetto reciproco; ma in pratica potrebbe essere vero il contrario". Non si possono discutere importanti questioni pubbliche fingendo una neutralità impossibile; e "là dove i liberali hanno timore di posare il piede, si affolleranno i fondamentalismi" ⁽¹³⁸⁾.

Di fronte a posizioni sostenute invocando valori sostanziali forti, l'invocazione della neutralità liberale "non è forse il riflesso di una strategia sin troppo timida, poco assertiva, a stento idonea a contenere l'urgenza di problemi globali?". Questo interrogativo è stato posto da una intelligente voce laica ⁽¹³⁹⁾, e sollecita una riflessione etica che non si limiti ad invocare i principi del liberalismo politico, ma si impegni ad "approfondire le premesse della condotta morale, valutare entro cornici teoriche più rigorose le conseguenze delle azioni, comparare le istanze e le soluzioni morali dei vari popoli ed epoche, cercando – sperimentalmente e logicamente – soluzioni praticabili, ma commisurate alla magnitudine dei problemi e alla dimensione dell'umanità, nel doppio senso della specie umana e della dignità che le compete".

Se la laicità liberale come principio giuridico è apertura a tutte le concezioni comprensive che esistono e si confrontano nella società, le diverse concezioni comprensive (le religioni e non solo le religioni), con la loro ricchezza di contenuti e di potenzialità (positive e/o negative), con tutta la loro forza ideale e organizzativa, fanno parte della scena, sono presenze più o meno corpose che hanno diritto a stare sulla scena pubblica in condizioni di isegoria (uguale, piena libertà di parola).

¹³⁸ M. SANDEL, *op. cit.*, p. 273-74.

¹³⁹ R. BODEI, *L'etica dei laici*, in *Le ragioni dei laici*, a cura di Preterossi, Bari, 2005, p. 25.

Un dialogo fruttuoso esige capacità di ascolto, di rispetto dell'interlocutore; ed anche consapevolezza che c'è bisogno di controllo reciproco delle posizioni in conflitto, nella ricerca di auspicabili consensi per intersezione e/o di ragionevole gestione dei dissensi. Richiede anche la capacità di esercitare una ragionevole arte della separazione, fra ciò che non è negoziabile e ciò che invece è l'oggetto proprio delle negoziazioni al livello legislativo.

Al termine d'una appassionata analisi critica della illusione di neutralità liberale, è stata espressa l'idea che "impegnarsi pubblicamente in modo più sostanziale sui nostri dissensi etici potrebbe servire a fondare il nostro reciproco rispetto su una base più robusta, anziché più fragile" ⁽¹⁴⁰⁾. E' un passaggio difficile e rischioso, ma ineludibile in un contesto di libertà. Proprio la neutralità, l'apertura liberale dell'ordinamento giuridico è la condizione del riconoscimento reciproco delle concezioni comprensive. Una chiara differenziazione fra i due piani – quello delle etiche comprensive e quello dell'etica del diritto – potrebbe (dovrebbe) essere la chiave di accordi parzialmente teorizzati ⁽¹⁴¹⁾, che anche in materie eticamente sensibili consentano un accordo normativo nella persistenza di ragionevoli dissensi, e disinnescino, per quanto possibile, quanto di poco attraente, o addirittura terrorizzante ⁽¹⁴²⁾, possa esserci nelle pretese di riconoscimento integrale di concezioni comprensive quali che siano.

Ferma la distinzione di piani fra diritto e morale, resta il problema del loro collegamento: di che cosa concezioni comprensive possano dare, e di quanto sia dovuto ad istanze etiche autonome dal diritto statale, se va preso sul serio (e credo proprio che vada preso sul serio) il c.d. teorema di Böckenförde: lo stato liberale poggerebbe su presupposti che non è in grado di garantire ⁽¹⁴³⁾.

Quali siano le 'riserve di senso' e le energie morali su cui possano fare affidamento le società organizzate come ordinamenti di democrazia liberale, è questione di fatto che eccede l'orizzonte del diritto, ed è sempre aperta alle dure verifiche della storia. La famosa for-

¹⁴⁰ M. SANDEL, *op. cit.*, p. 301.

¹⁴¹ Traggo questa espressione da C. SUNSTEIN, *A cosa servono le Costituzioni*, Bologna, 2009.

¹⁴² M. SANDEL, *op. cit.*, p. 273.

¹⁴³ E.W. BOCKENFORDE, *Die Entstehung der Staates*, cit., p. 60 s., il quale chiude domandandosi, con Hegel, se anche lo stato mondano, secolarizzato, non debba vivere di impulsi e di forze di coesione (*Antrieben und Bindungskraften*) che la fede religiosa trasmette ai suoi cittadini.

mula di Böckenförde pone il problema della non autosufficienza di un discorso puramente normativo, a fronte della realtà di fatto delle società e delle forze presenti in esse, con la loro carica positiva ed eventualmente anche distruttiva. La tenuta della società – non soltanto delle società secolarizzate e liberali – è un problema sempre aperto, per il quale il diritto offre modelli di soluzioni possibili, ma non è, da solo, in grado di assicurare una buona realizzazione.

6. *Il paradigma epistemologico del garantismo e il valore della verità*

Fra i principi necessari a fondare la sostenibilità morale del diritto penale inserisco il paradigma cognitivo del garantismo: la funzione garantista che il diritto sostanziale affida al processo è essenzialmente affidata ad un paradigma epistemologico dell'accertamento processuale, del quale sono elementi imprescindibili e inscindibili, sul piano del diritto sostanziale il principio di legalità, e sul piano processuale un modello di giurisdizione che ha come condizioni necessarie "la verificabilità o falsificabilità delle ipotesi accusatorie in forza del loro carattere assertivo, e la loro prova empirica in forza di procedure che ne consentano sia la verifica che la falsificazione"¹⁴⁴. Se nell'orizzonte del positivismo giuridico auctoritas, non veritas facit legem, a proposito della giurisdizione questa massima va rovesciata: veritas, non auctoritas facit iudicium. E' la verità che deve valere come limite del potere, e non viceversa.

In un importante studio intitolato a Truth and Truthfulness, un acuto filosofo del nostro tempo ha osservato che la nostra cultura è oggi più che mai attraversata da una tensione di fondo fra un impegno profondo nei confronti della veridicità, e il sospetto scettico (talora cinico) nei confronti della verità (¹⁴⁵). Questa chiave di lettura riguarda anche il mondo dei giuristi. La critica (giustificata) di talune concezioni dogmatiche del principio di legalità si è legata all'idea della insostenibilità della verità come corrispondenza (¹⁴⁶). Non ci

¹⁴⁴ FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, Torino, 1989, p. 6s.

¹⁴⁵ B. WILLIAMS, *Genealogia della verità*, Roma, 2005.

¹⁴⁶ O. DI GIOVINE, *Considerazioni su interpretazione, retorica e deontologia in diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, p. 93s. (la frase citata è a p. 136).

sono fatti, ma solo interpretazioni: la frase di Nietzsche è diventata parola chiave del trend postmoderno ⁽¹⁴⁷⁾. Davvero superata, l'idea di verità come corrispondenza?

L'idea della verità come corrispondenza definisce il concetto di verità, "ciò che intendiamo quando diciamo che una proposizione o una teoria è vera" ⁽¹⁴⁸⁾. Non è un criterio per l'accertamento di verità fattuali. Definisce un obiettivo problematico, e lascia aperti tutti gli interrogativi, se e come la verità di asserzioni su fatti possa essere verificata.

Il recupero epistemologico dell'idea di verità come corrispondenza ha la voce di filosofi i più autorevoli ⁽¹⁴⁹⁾, e nel mondo dei giuristi italiani trova ampia e ferma esposizione dalla penna autorevole di Michele Taruffo ⁽¹⁵⁰⁾. E' sempre stata parte essenziale dell'immagine del mondo dei giuristi, e lo è anche nella nostra epoca del disincanto. Né potrebbe essere diversamente. Il diritto pretende di applicarsi ai fatti della vita, e ha senso – il senso 'normativo' che pretende di avere – se (solo se) è possibile porre e risolvere razionalmente problemi di accertamento relativi al mondo dei fatti.

L'idea della verità come corrispondenza è l'unica che dia conto dell'uso del concetto di verità nel mondo della vita comune, della scienza, e del diritto. Il punto di vista del diritto (da sempre incorporato nel diritto quale disciplina normativa di fatti della vita) rende evidente l'insostenibilità pragmatica del rifiuto (che pure si vorrebbe pragmaticamente motivato) dell'idea di verità come corrispondenza. Senza il riferimento a verità fattuali, il diritto – ed il diritto penale in particolare – semplicemente non funziona; non può funzionare come criterio di giustizia. Potrebbe funzionare come discorso (menzogna o bullshit) ⁽¹⁵¹⁾ pragmaticamente manipolabile per qualsiasi finalità.

Il significato etico e politico dell'attenzione ai fatti – anche a modeste verità di fatto – è stato messo in evidenza da H. Arendt in un aureo libretto sui rapporti fra verità e politica.

¹⁴⁷ G. VATTIMO, *Addio alla verità*, Roma, 2009.

¹⁴⁸ CH. LARMORE, *Dare ragioni*, Torino, 2008, p. 48.

¹⁴⁹ Cfr. fra i tanti, K. POPPER, *Congetture e confutazioni*, Bologna 1972, p. 382 s.; J. SEARLE, *Mente, linguaggio e società*, Milano, 2000; D. MARCONI, *Per la verità*, Torino, 2007; B. WILLIAMS, op. cit.; F. D'AGOSTINI, *Disavventure della verità*, Torino, 2002.

¹⁵⁰ M. TARUFFO, *La semplice verità*, Roma-Bari, 2009. Ma già Id., *Sui confini*, Bologna, 2002.

¹⁵¹ Cfr. D. MARCONI, *Senza verità siamo più liberi?*, in *Sole-24ore* 7.6.09, recensione a G. VATTIMO, *Addio alla verità*. Con riferimento a H. FRANKFURTER, *On bullshit* (in traduzione italiana: *Stronzate*, Milano 2005) viene posta una distinzione fra menzogna e *bullshit* nel senso che, mentre la menzogna prende posizione di fronte alla verità, è *bullshit* il parlare a vanvera, senza riguardo alla verità o falsità di ciò che si dice. Ciò sarebbe all'incirca quel che dice Vattimo: la norma del discorso non sarebbe la verità, ma il consenso, "una condivisione comunitaria che non dipende dal vero e dal falso degli enunciati",

“Importanti modi esistenziali di dire la verità sono la solitudine del filosofo, l’isolamento dello scienziato e dell’artista, l’imparzialità dello storico e del giudice e l’indipendenza di chi indaga sui fatti, del testimone e del cronista”. Ricercatori di verità di ragione e ricercatori di semplici verità di fatto sono accomunati su un fronte esterno e contrapposto a quello della politica come potere: la verità, anche le modeste verità di fatto, dal punto di vista della politica come potere hanno un carattere ‘dispotico’, nel senso che oppongono alle pretese del potere la corposa consistenza di ciò che è.

“Considerata dal punto di vista della politica, la verità ha un carattere dispotico. Essa è per questo odiata dai tiranni, che giustamente temono la concorrenza di una forza coercitiva che non possono monopolizzare, e gode di uno status piuttosto precario agli occhi dei governi che si basano sul consenso e aborriscono la coercizione. I fatti sono al di là dell’accordo e del consenso i fatti sgraditi possiedono un’exasperante ostinatezza che può essere scossa soltanto dalle pure e semplici menzogne... i fatti non hanno alcuna ragione decisiva per essere ciò che sono; essi avrebbero sempre potuto essere altrimenti, e questa fastidiosa contingenza è letteralmente illimitata” ⁽¹⁵²⁾.

Dispotismo delle verità di fatto, nel linguaggio arendtiano, è la oggettiva durezza dei fatti, che sono quello che sono, piacciono o non piacciono al potere. Giusto il contrario dell’arbitrio di un potere che decide a suo piacimento. Al dispotismo decisionale ed alla violenza di qualsiasi potere, le verità di fatto oppongono un loro dispotismo di natura fattuale: un limite del potere, non nel senso che il potere non sia in grado di manipolare le conoscenze e le coscienze (è questo un tratto portato al limite estremo da ordinamenti totalitari, come ci ricorda l’apologo orwelliano) ⁽¹⁵³⁾, ma nel senso che nessun potere può rendere vero ciò che tale non è. Come idea regolativa, il riferimento a verità attingibili e controllabili (‘dispotiche’ nel senso di vincolanti) resta garanzia irrinunciabile non solo di razionalità, ma anche di dignità e libertà.

Garanzia anche nei confronti del giudice, la cui posizione è diversa da quella di altri ricercatori di verità, proprio perchè per il giudice la ricerca e la pronuncia della verità è an-

¹⁵² H. ARENDT, *Verità e politica*, Torino, 2003, p. 47.

¹⁵³ Citando il noto romanzo di ORWELL, 1984, M. LYNCH, *La verità e i suoi nemici*, Milano, 2007, *op. cit.*, p. 231, commenta che “l’aspetto più terrificante dell’orwelliano Ministero della Verità non è la sua abilità nel far credere menzogne alla gente, ma il suo indurla ad abbandonare la stessa idea della verità.... Eliminare l’idea stessa di giusto o sbagliato, come indipendente da quel che il Governo dice, significa sradicare non solo il dissenso, ma la stessa possibilità del dissenso”.

che esercizio di potere. La contrapposizione fra verità e potere, che regge il discorso della Arendt, di fronte al potere giurisdizionale si fa problematica: il ritrarsi della verità storica nella verità processuale può significare sia limite definito che potere sconfinato ⁽¹⁵⁴⁾ per chi è competente ad una pronuncia autoritativa della verità. Proprio per questo, porre il potere al servizio della verità, nel rispetto dei diritti delle persone, è per il processo una condizione di sostenibilità morale.

7. Discorso morale ed etica della democrazia

Provo a stringere il filo di queste riflessioni. Punto di partenza è il problema della moralità della coercizione legale, nelle sue forme più spinte, proprie del diritto penale: dai profili che più radicalmente distinguono un diritto penale dei diritti dell'uomo dagli ordinamenti autoritari dei quali ancora scontiamo l'eredità. L'esperienza ha mostrato che problemi seri - di qualità morale, e al limite di sostenibilità morale di norme e prassi giuridiche - restano aperti anche nelle democrazie realmente esistenti. Nella situazione attuale in Italia, sono posti in particolare da divaricazioni discriminatorie fra un diritto penale della gente perbene e un diritto penale dei brutti sporchi e cattivi; dalla severità discriminatoria (nelle norme e nei fatti) del diritto penale securitario; da forme di organizzazione dell'impunità attraverso accomodamenti ad hoc di istituti legali; ed anche dal persistere di approcci autoritari, talora dietro le forme di un ben intenzionato paternalismo. Talora i problemi scaturiscono da norme francamente contrarie a principi costituzionali, ma possono riguardare anche assetti normativi che, sul piano costituzionale, possono essere non irragionevolmente difesi, e che rispondono a politiche penali espresse dal principio maggioritario, verosimilmente sostenute da un ampio consenso.

Discorso morale (etica della libertà, etica dell'uguale rispetto) ed etica del discorso sono possibili criteri di controllo della qualità morale del diritto penale e dei discorsi sul penale. Come si raccordano questi criteri con l'etica della democrazia?

Se riduciamo l'idea di democrazia al potere del demos che si esprime attraverso il principio di maggioranza, la pretesa di autonomia del discorso morale (delle valutazioni morali sul diritto) si pone come limite all'eventuale pretesa di incondizionatezza del potere

¹⁵⁴ E. RESTA, *La verità e il processo*, in *Pol. dir.*, 2004, 372 s.

del demos che pone il diritto. Ma come esercizio di libertà attiene alla sostanza della democrazia: è esercizio di diritti, dei cittadini come singoli e fra loro associati, nella sfera pubblica in cui si forma la volontà normativa dei rappresentanti del demos.

Quanto all'etica del discorso: i valori di verità, di razionalità, di trasparenza del linguaggio, sono parte di un modello ideale di confronto democratico, rispetto al quale valutare la vicinanza o distanza delle democrazie realmente esistenti.

Potremmo forse riassumere: discorso morale ed etica del discorso concorrono a costituire l'etica della democrazia, il suo dover essere. Rispetto all'essere delle democrazie realmente esistenti, e del diritto che in esse viene prodotto, sono un'istanza critica permanente e di vitale importanza. Schematizzando al massimo: etica del discorso versus le varie neologue di un logos degradato, che degrada la realtà in reality show ⁽¹⁵⁵⁾; libertà del discorso critico versus interpretazioni arroganti del principio maggioritario, che pretendano di chiudere il discorso sull'imposizione di un supposto (o magari effettivo) sentire maggioritario, o del dictum di autoproclamate autorità morali; etica dell'eguale rispetto come fondamento di qualsiasi mondo normativo.

Come giuristi, abbiamo la responsabilità di portare nel discorso pubblico (democratico) un patrimonio di conoscenze, di ragioni, di principi che sono divenuti parte costitutiva della nostra civiltà giuridica, e che siamo abituati a spendere come argomenti di legittimità (innanzi tutto sul piano costituzionale, ma anche su quello dell'interpretazione ed applicazione quotidiana dell'ordinamento). Ci rassicura (e anche ci protegge da pericolose sovrapposizioni) il poter spendere principi giuridici anche come principi di civiltà del diritto. Ma la copertura che i principi offrono non è completa; democrazia e principio di legalità significano poteri di scelta negli spazi lasciati aperti dai principi. Il gioco della democrazia ci vincola con le sue regole, la cui accettazione è fra le premesse anche morali dei nostri discorsi sul diritto.

La questione della sostenibilità morale del diritto ci porta a riflettere sui confini del gioco normale della democrazia, sul rischio (che non può mai ritenersi eliminato una volta per tutte) di rotture di condizioni elementari di moralità del diritto o della sua applicazione. E' un confine assai esposto, su cui si affievolisce la garanzia apprestata dai principi giuridici,

¹⁵⁵ P.A. ROVATTI, *Etica minima*, Milano 2010.

e ci troviamo confrontati con responsabilità personali di valutazione e di scelta: il confine al di là del quale l'accettazione dell'ordinamento (il punto di vista interno, proprio del giurista) potrebbe sfumare fino all'opzione di Antigone, la consapevole disobbedienza di fronte al precetto (divieto o comando) moralmente insostenibile.

Il tema della sostenibilità morale del diritto può portare dunque su un confine estremo e pericoloso: il confine della praticabilità del gioco democratico o di importanti diritti di libertà. Le tragiche esperienze dei totalitarismi di ieri e di oggi ammoniscono a non ritenere chiuso questo discorso.

Ad un livello meno radicale, interno alla accettazione di fondo dell'ordinamento positivo (del gioco democratico), il problema della qualità morale del diritto resta aperto come uno degli aspetti cruciali per la formazione, applicazione ed eventuale critica del diritto. Tenere aperto questo piano di riflessioni, relative al dovere essere del diritto, è importante anche per la comprensione ed applicazione ragionevole del diritto positivo. E tanto più necessario sul piano della politica del diritto.

Certo, sappiamo bene (o dovremmo sapere) che i nostri punti di vista sono per definizione parziali e discutibili, e che è giocoforza fare i conti con la realtà dei rapporti di potere e di consenso sociale. Possiamo però trovarci anche nella condizione di dover contrastare, in nome di valori morali irrinunciabili (l'eguale rispetto, l'apertura liberale), anche l'ethos prevalente in un dato momento. D'altro canto, il discorso sulla qualità morale del diritto ha senso ed una possibile utilità, se calato nel gioco della democrazia realmente esistente, con la consapevolezza dei limiti di questa: di una istituzionalizzazione che è sempre destinata a tradire, in qualche misura, le attese ⁽¹⁵⁶⁾. L'etica che può reggere questo discorso è un'etica della responsabilità, la stessa che può e deve reggere il nostro quotidiano lavoro di giuristi.

¹⁵⁶ J. Dunn, *Il mito degli uguali*, Milano, 2006. Una discussione in M. Salvati, *Capitalismo, mercato e democrazia*, Bologna, 2009.

GIOVANNI FIANDACA

I temi eticamente sensibili tra ragione pubblica e ragione punitiva

Sommario: 1. Un interrogativo preliminare: è plausibile, nell'ambito delle materie eticamente sensibili, una disciplina normativa assiologicamente o ideologicamente 'neutrale'? – 2. Diritto penale e morale sociale dominante: un nesso storicamente ricorrente nella legislazione positiva. – 3. Ambivalenza politica della teoria del bene giuridico dalla sua fase genetica al successivo processo di progressiva formalizzazione. – 4. Secolarizzazione della società ed emersione di un concetto 'critico' di bene giuridico in chiave liberal. – 5. Pluralismo, "ragione pubblica", costituzionalismo e laicità ('debole') come coordinate assiologiche e teoriche del diritto (anche penale) contemporaneo. – 6. Oggetti di tutela di un diritto penale liberaldemocratico e "ragione pubblica" in senso rawlsiano: legittimamente tutelabili soltanto i valori "politici"? Rilievi problematici. – 7. Pluralismo etico e limiti del principio di maggioranza come criterio di legittimazione della deliberazione democratica. – 8. Temi eticamente sensibili (in particolare, questioni di fine-vita) e costituzionalismo giurisdizionale tra laicità metodologica e laicità 'positiva'. – 9. Pluralismo etico e modelli di disciplina normativa: in particolare, il modello c.d. procedimentale; critica del suo (presunto) carattere 'neutrale'. – 10. Dai limiti del principio maggioritario come metodo di decisione su questioni eticamente controverse alle possibili ragioni di preferenza per un modello di democrazia 'deliberativa'. Rilievi problematici. – 11. Considerazioni conclusive: qualsiasi regolamentazione giuridica sottintende, in qualche modo o misura, concezioni generali della vita e del mondo.

1. *Un interrogativo preliminare: è plausibile, nell'ambito delle materie eticamente sensibili, una disciplina normativa assiologicamente o ideologicamente 'neutrale'?*

I temi cosiddetti eticamente sensibili e, in particolare, le assai controverse questioni di bioetica e biodiritto lanciano oggi sfide, che non è retorico definire enormi e di portata epocale. Sicché, non può certo sorprendere che vengano sollevati interrogativi del seguente tipo: "Come può la politica rispondere a queste domande, mai prima udite nei secoli, con il pragmatismo del giorno per giorno, e dell'ora per ora? Come decidere se favorire la corrente della tecnica o innalzare argini e raffrenarne l'impetuoso fluire? Qui è grottesco profes-

sarsi anti-ideologici o post-ideologici, perché la risposta, qualsiasi risposta, implica una concezione della vita e del mondo”¹⁵⁷.

Ma è proprio così? Un qualsiasi legislatore del nostro tempo che intervenga a disciplinare materie eticamente sensibili, e perciò ‘essenzialmente contestabili’ (perché nessuno può pretendere, oggi, di possedere il monopolio della verità in campi ad esempio come l’aborto, i comportamenti sessuali, la fecondazione assistita, le situazioni di fine-vita e simili), finisce inevitabilmente – per il fatto stesso di prendere posizione – con l’esprimere una qualche visione del mondo, una qualche ideologia?

Se davvero qualsiasi risposta legislativa (o anche giudiziaria) in proposito comportasse di per sé una presa di posizione ideologica, sia pure implicita, non potremmo in realtà sottrarci alla presa d’atto di un possibile conflitto tra, da un lato, la valenza ideologica della deliberazione pubblica e, dall’altro, i principi della laicità e del pluralismo assiologico quali connotati di una moderna democrazia costituzionale¹⁵⁸. Ove si trattasse di un conflitto reale e insanabile, a un legislatore democratico rispettoso del pluralismo non rimarrebbe in teoria che una sola strada: astenersi dal legiferare, e in particolare dal legiferare in forma coercitiva in tutte quelle materie nelle quali le divergenze nelle concezioni di fondo prevalgono rispetto alle ragioni condivise.

¹⁵⁷ IRTI, *La tenaglia. In difesa dell’ideologia politica*, Roma-Bari, 2008, 68.

¹⁵⁸ Sia consentito limitarsi a citare, nell’ambito della vastissima letteratura su laicità e pluralismo, tra le prese di posizione più recenti e significative a livello generale: AA.VV., *Laicità. Una geografia delle nostre radici*, a cura di G. Borniolo, Torino, 2006; FORNERO, *Laicità debole e laicità forte. Il contributo della bioetica al dibattito sulla laicità*, Milano, 2008; ID., *Bioetica cattolica e bioetica laica*, Milano, 2009; AA.VV., *La laicità vista dai laici*, a cura di E. D’ORAZIO, Milano, 2009; MANCINA, *La laicità al tempo della bioetica*, Bologna, 2009. Con più specifico riferimento alle implicazioni giuridiche: SICARDI, *Il principio di laicità nella giurisprudenza della Corte costituzionale (e rispetto alle posizioni dei giudici comuni)*, in AA.VV., *Costituzione e ordinamento giuridico*, a cura di S. Lorusso, Milano, 2009, 283 ss.; AA.VV., *Laicità e Stato di diritto*, a cura di A. Ceretti e L. Garlati, Milano, 2007; AA.VV., *Laicità e diritto*, a cura di S. Canestrari, Bologna, 2007. Più in particolare, tra i penalisti: PULITANO, *Laicità e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 55 ss.; FIANDACA, *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e ‘post-secolarismo’*, ivi, 2007, 546 ss.; ID., *Laicità, danno criminale e modelli di democrazia*, in AA.VV., *Laicità e multiculturalismo. Profili penali ed extrapenali*, a cura di L. Risicato e E. La Rosa, Torino, 2009, 18 ss.; FORTI, *Alla ricerca di un luogo per la laicità: il “potenziale di verità” di una democrazia liberale*, in *Jus. Rivista di scienze giuridiche*, 2007, 297 ss.; CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, in AA.VV., *Laicità e diritto*, cit., 9 ss.; DOLCINI, *Laicità, ‘sana laicità’ e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1017 ss. Rispetto alla tematica del pluralismo negli ordinamenti contemporanei cfr. CELANO, *Diritti, principi e valori nello Stato costituzionale di diritto: tre ipotesi di ricostruzione*, in *Diritto e questioni pubbliche*, n.4/2004; BARBERIS, *La strana coppia: relativismo etico e pluralismo dei valori*, in AA.VV., *Il relativismo. Temi e prospettive*, a cura di V. Villa, G. Maniaci, G. Pino, A. Schiavello, Roma, 2010, 251 ss. In ambito penalistico, cfr. AA.VV., *Valori e secolarizzazione nel diritto penale*, a cura di S. Canestrari e L. Stortoni, Bologna, 2009; AA.VV., *Laicità e multiculturalismo*, cit.

Ma è veramente così?

E' certo intanto che non possiamo fare a meno, anche nel ruolo di penalisti, di impegnarci nel dibattito odierno su laicità e pluralismo nel quadro della democrazia costituzionale, e dunque nella conseguente discussione sui limiti di legittimità del principio di maggioranza considerato sia sotto il profilo politico-istituzionale, sia sotto quello delle concezioni morali dominanti. Senza, peraltro, escludere in via preliminare possibili domande del tipo: esistono ragioni specificamente penalistiche, desumibili – per dir così – da una logica interna alla coercizione penale, che sono in grado di dirci qualcosa sul modo di concepire la laicità e la stessa deliberazione democratica nell'ambito delle materie penalmente rilevanti? Oppure, il diritto penale in proposito tace, essendo invece tributario delle teorie della democrazia e delle dottrine della Costituzione, per cui l'orizzonte di partenza non può che essere quello più generale, mentre la prospettiva penalistica ne costituisce soltanto un riflesso?

Affrontare questo genere di interrogativi è, forse, meno facile di quanto a prima vista non sembri. Anche perché, nel fare riferimento al 'diritto penale', dovremmo nel contempo tenere presenti, per un verso, il diritto penale come istituzione storica e potere punitivo concreto, legislazione positiva e prassi giudiziale; e, per altro verso, la teorizzazione penalistica. Com'è noto, tra diritto penale effettuale e diritto penale teorizzato non sempre storicamente vi è stata ampia convergenza. Tutt'altro. Ma è pur vero che all'interno della teorizzazione penalistica sono emersi filoni di pensiero di matrice liberale, che – come vedremo – possono avere qualcosa da dire anche sull'odierna prospettiva di un diritto penale 'laico' (anche se lo dicono in maniera un po' più grezza, meno sofisticata rispetto al grado di raffinatezza raggiunto dal recente dibattito più generale sulla laicità).

2. Diritto penale e morale sociale dominante: un nesso storicamente ricorrente nella legislazione positiva

A tutto ciò si aggiunge un dato culturale e di psicologia sociale: secondo un pregiudizio diffuso, una precomprensione sociale dura a morire, il diritto penale sarebbe – per dir così – profondamente intriso di etica, permeato di morale; in ogni caso, lo sarebbe in misura ben più accentuata rispetto ad altri settori dell'ordinamento giuridico.

Del resto, questo diffuso modo di concepire il diritto penale si spiega considerando in primo luogo la storia delle legislazioni positive lungo i secoli; e nel contempo, per altro verso, certe tendenze in senso (ri-)eticizzante che tornano ad emergere nell'orizzonte di marcato populismo punitivo che caratterizza la politica criminale – non solo italiana – degli anni più recenti. E' appena il caso di ricordare che, tradizionalmente, le legislazioni penali storiche hanno non solo inquadrato tra i crimini più gravi fatti – come l'omicidio – connotati da notevole disvalore etico-religioso, prima che giuridico: l'impronta religiosa e/o morale del diritto penale è derivata dall'aver dato i legislatori quasi sempre cittadinanza nei codici sia a delitti contro la religione, sia a delitti contro la morale sociale dominante (con prevalente riferimento al buon costume e alla morale sessuale). Ciò è storicamente valso, in una prospettiva di lunga durata, a connotare – appunto – il diritto penale come il settore dell'ordinamento più 'poroso' rispetto alle influenze e ai condizionamenti delle religioni e delle morali positive.

Guardando le cose in questa lunga prospettiva, non può non tornare alla memoria la celebre tesi di Georg Jellinek – risalente ai primi del Novecento –, secondo cui il diritto penale rispecchierebbe il “minimo etico” di un determinato popolo, in un dato momento storico¹⁵⁹. Dove è chiaro che questo minimo etico rimanda alla morale positiva dominante, cioè all'insieme delle concezioni morali maggioritariamente diffuse nel popolo. Insomma, si tratta di quel tipo di morale maggioritaria che dobbiamo concettualmente tenere ben distinta dalla ‘morale critica’, quale concetto trascendente il piano sociologico-quantitativo e, anzi, orientato alla ricerca di valori minimi comuni tra soggetti portatori di differenti concezioni morali di partenza (secondo un tipo di approccio dialogico – per intendersi – simile all'idea di un “consenso per intersezione” teorizzata da Rawls come metodo tipico della democrazia pluralista: cfr. *infra*, par. 6).

Invero, proseguendo nella scia di Jellinek, potremmo dire che a tutt'oggi il diritto penale bene continua a prestarsi di fatto, innanzitutto come potente strumento simbolico-comunicativo, ad additare valori, anche a carattere morale, che sostanziano il profilo identi-

¹⁵⁹ JELLINECK, *Die sozioethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, 1908; in proposito, si vedano anche i recenti richiami di DOLCINI, *Laicità*, cit., 1020. Nell'area culturale anglosassone, come emblematico sostenitore della funzionalizzazione della legge penale alla salvaguardia delle concezioni morali dominanti (c.d. moralismo giuridico) cfr. DEVLIN, *The Enforcement of Morals*, 1957.

tario di una democrazia maggioritaria. In poche parole: la legge penale come vessillo o marcatore simbolico e, nel contempo, strumento di tutela posto al servizio dei valori e delle concezioni morali (realmente o presuntamente) predominanti in un dato ordinamento democratico concreto ¹⁶⁰.

3. *Ambivalenza politica della teoria del bene giuridico dalla sua fase genetica al successivo processo di progressiva formalizzazione*

Passando dall'uso politico della legge penale positiva alla teorizzazione accademica, appare assai sintomatica in proposito la stessa evoluzione della teoria endo-penalistica del bene giuridico nel contesto europeo-continentale (cui sotto non pochi aspetti sostanzialmente corrisponde, nell'ambito dei sistemi anglo-americani, la dottrina del 'danno ad altri' con le varianti ed aggiunte succedutesi nel corso della sua ormai lunga elaborazione ¹⁶¹).

Quel che mi preme qui soprattutto mettere in evidenza è una certa 'ambiguità' o 'ambivalenza' insite nel dogma del bene giuridico rispetto alle sue possibili valenze politiche in chiave liberale o – al contrario – illiberale, se non addirittura autoritaria. In realtà, da questo punto di vista, non va trascurata la genealogia del concetto: esso risale – vale la pena ricordarlo – alla terza decade dell'Ottocento, e la sua emersione si inquadra nel clima politico-culturale della restaurazione romantica che fa seguito all'età dei lumi ¹⁶². E, non a caso, il concetto di bene aprì la strada, a cominciare dalla sua versione originaria (elaborata da Birnbaum nel 1834), per legittimare come oggetto di tutela penale ciò che la precedente concezione illuministica del reato come violazione di un diritto soggettivo mai avrebbe potuto sul piano teorico legittimare: vale a dire, proprio la protezione della religione e della moralità sessuale dominante. Ecco che, guardando le cose sotto questa angolazione visuale, la va-

¹⁶⁰ Sia consentito rinviare a FIANDACA, *Aspetti problematici del rapporto tra diritto penale e democrazia*, in *Foro it.*, 2010, 1 ss.

¹⁶¹ Cfr. in argomento AA.VV., *Sulla legittimazione del diritto penale. Culture europeo-continentale e anglo-americana a confronto*, a cura di G. Fiandaca e G. Francolini, Torino, 2009; AA.VV., *Laicità, valori e diritto penale. The Moral Limits of the Criminal Law. In ricordo di Joel Feinberg*, a cura di A. Cadoppi, Milano, 2010; FIANDACA, *Laicità, danno criminale e modelli di democrazia*, cit.

¹⁶² Sotto un profilo storico-ricostruttivo vd., in particolare, AMELUNG, *Rechtsguterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt/M., 1972, 38 ss. Più di recente, per una eccellente rivisitazione critica dell'intera problematica del bene giuridico si veda, del medesimo autore, il saggio *Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsguterschutz*, in HEFENDEL/von HIRSCH/WOHLERS (Hrsg.), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden, 2003, 155 ss.

lenza iniziale della concezione del reato come lesione di un bene risulta assai meno univocamente liberale di quanto non pochi studiosi contemporanei si ostinano, invece, con tralascio pregiudizio ideologico a ritenere¹⁶³. In effetti, l'ambiguità politica della categoria del bene giuridico, come categoria potenzialmente aperta ad usi anche in chiave illiberale o autoritaria, dipende da più fattori che qui non possono essere dettagliatamente esplicitati. A differenza della concezione illuministica del reato come lesione di un diritto soggettivo, che aveva come retroterra il modello del "contratto sociale" e l'idea che al diritto spettasse soltanto il compito di assicurare nel foro esterno la convivenza pacifica attraverso la garanzia delle libertà di ciascun individuo concretizzate nei diritti soggettivi, con conseguenti effetti restrittivi in punto di legittimazione di una ammissibile coercizione penale, la teoria del bene giuridico quale è andata evolvendo nel corso dell'Ottocento ha invece sempre fatto a meno di avere alle spalle una corrispondente 'teoria della società', è andata sempre più formalizzandosi, diventando così disponibile a recepire estensivamente come legittimo oggetto di tutela tutto ciò che, agli occhi dello stesso legislatore, sembrasse meritevole di protezione penale sotto il profilo di un prevalente interesse collettivo valutato con ampia discrezionalità politica. Perché non far assurgere a 'bene giuridico' anche, dunque, la religione ufficiale o la moralità sessuale dominante? Non va, d'altra parte, dimenticato che per il liberalismo ottocentesco a prevalente carattere conservatore, e per la corrispondente nozione di Stato di diritto, la fonte vera di legittimazione dell'ordinamento statale andava individuata nell'idea di nazione e nella sottesa "identità" politico-culturale condivisa, fatta di unica lingua, di una medesima tradizione religiosa ecc.¹⁶⁴. Perché tutto ciò non avrebbe dovuto avere influenza sullo stesso processo di 'positivizzazione' spinta della categoria del bene giuridico e sulla sua disponibilità a recepire anche valori religiosi o morali rientranti nell'identità politico-culturale nazionale?

¹⁶³ Cfr. AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, cit. Più di recente, in senso analogo cfr. VORMBAUM, *Elementi autoritari nella storia penale, particolarmente nella storia penale tedesca*, in ius 17.unibo.it, n.1/2010, 105 ss. (in particolare, 111 ss.).

¹⁶⁴ CELANO, *Ragione pubblica e ideologia*, in AA.VV., *Identità, diritti, ragione pubblica in Europa*, a cura di I. Trujillo e F. Viola, Bologna, 2007, 358 s.

4. *Secolarizzazione della società ed emersione di un concetto 'critico' di bene giuridico in chiave liberal*

In realtà, non è un caso che significativi tentativi teorici di revisione critica della teoria del bene giuridico in una prospettiva più marcatamente o univocamente “liberal”, cioè più sensibile agli spazi di libertà del singolo rispetto alle pretese comportamentali imposte dalla morale sociale dominante, vengano alla luce in una fase storica che si colloca a cavallo tra gli anni Cinquanta e Sessanta del secolo scorso. Si tratta infatti di un frangente temporale che comincia a essere culturalmente attraversato da forti ventate di liberalizzazione, secolarizzazione ed emancipazione, non ultimo sul versante della scelta degli stili di comportamento, delle abitudini di vita e dei modelli di condotta sessuale. E' in questo clima di entrata in crisi dei tradizionali imperativi religiosi, di crescente pluralismo e di conseguente tendenza ad una emancipazione culturale in senso individualistico che ritorna sul tappeto, anche in termini teorici, il problema non nuovo del rapporto tra legislazione penale e morale positiva, col riproporsi dell'interrogativo se la semplice infrazione di regole morali ereditate dalla tradizione possa legittimamente continuare a essere qualificata anche illecito penale ¹⁶⁵.

Proprio in questo mutato quadro di riferimento si colloca un'impostazione teorica in questo senso emblematica come quella, ad esempio, di Herbert Jaeger: il quale si sforzava appunto di elaborare un concetto meta-positivo e 'critico' di bene giuridico col precipuo obiettivo di emancipare la legislazione penale allora vigente (non solo nel contesto tedesco, ma anche in altri paesi) dalle tradizionali influenze religiose o morali, particolarmente visibili nel campo del diritto pena sessuale. Ecco che, in coerenza con un simile obiettivo politico-criminale, veniva prospettata una definizione di bene giuridico tale da potervi includere i soli beni dotati di un substrato empiricamente tangibile, e perciò suscettibili di lesione in senso materiale (come nei casi esemplificativi paradigmatici della vita, dell'integrità fisica o del patrimonio): mentre i valori ideali o puramente morali, essendo empiricamente 'inafferrabili', difetterebbero di quella base materiale concretamente danneggiabile che un bene giuridico 'laicamente' concepito dovrebbe invece in teoria possedere ¹⁶⁶.

¹⁶⁵ Sia consentito rinviare, più diffusamente, a FIANDACA, *Punire la semplice immoralità? Un vecchio interrogativo che tende a riproporsi*, in AA.VV., *Laicità, valori e diritto penale*, cit., 207 ss.

¹⁶⁶ JAEGER, *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei den Sittlichkeitsdelikten*, Stuttgart, 1957.

Ancorché sintomatica di un'esigenza di revisione critica della concezione giuspositivista del bene giuridico, un'impostazione come questa non appare esente da possibili riserve: per un verso, per la sua fin troppo evidente finalizzazione politico-ideologica (sia pure, di segno liberale-progressista); per altro verso, come un'altra faccia della medesima medaglia, per il suo carattere di mossa concettualistica preorientata 'ad hoc' in vista di un pregiudiziale obiettivo politico-criminale.

Ora, sul piano della politica criminale, un approccio laico-liberale in senso forte non può vantare di per sé stesso titoli di legittimazione teorica cogentemente superiori rispetto ad orientamenti di segno diverso. Quanto al versante puramente concettuale, poi, nulla in realtà impedisce di definire bene giuridico anche la religione o la morale: come dimostra, appunto, la stessa storia delle legislazioni penali positive e delle corrispondenti concettualizzazioni dottrinali.

5. Pluralismo, "ragione pubblica", costituzionalismo e laicità ('debole') come coordinate assiologiche e teoriche del diritto (anche penale) contemporaneo

Lo scenario muta e si allarga se, transcendendo il tradizionale approccio endopenalistico alla teoria del bene giuridico, ci si incammina lungo una strada che mette in comunicazione il diritto penale con la Costituzione e, più in generale, con la democrazia costituzionale. In questa più ampia prospettiva, infatti, non potrà mai essere una preconcepita teoria del bene giuridico – comunque sviluppata o sviluppabile in termini concettuali astratti – a poter dire la parola decisiva; né è scontato che ci sia ancora davvero bisogno di una teoria o di un concetto di bene giuridico in senso meta-sistematico e critico. In ogni caso, ammesso che questa esigenza persista, bene giuridico quale oggetto di legittima tutela penale non sarà più un prius, un quid di predefinito o predefinibile: sarà, piuttosto, un posterius, cioè un quid identificabile soltanto quale risultato o riflesso dei principi che in una democrazia costituzionale dovrebbero (almeno in linea teorica!) concorrere a definire e circoscrivere l'ambito e i limiti del penalmente tutelabile.

Guardando le cose da un simile punto di vista, il diritto penale perde dunque in specificità e si apre all'orizzonte democratico-costituzionale, recependone in larga parte valori e principi ispiratori. Non a caso, e inevitabilmente, si ripropongono – come anticipato – le

questioni fondamentali oggetto del dibattito contemporaneo sulla laicità come concetto generale e, nel contempo, quale principio costituzionale. Non è questa la sede – anche per evidenti limiti di spazio – per ripercorrere in maniera dettagliata i termini della discussione su pluralismo e laicità, così come in forma via via più ricca, complessa e sofisticata è andata nel corso degli ultimi anni sviluppandosi sotto i diversi ma concorrenti profili filosofico-politico, filosofico-giuridico e costituzionalistico ¹⁶⁷. Ne toccherò in maniera sintetica alcuni dei punti più rilevanti, in particolare nella ottica del penalista posto di fronte a prospettive di intervento legislativo nell’ambito di materie eticamente sensibili.

In questa ottica, pluralismo e laicità evocano, oltre a temi legati alla pluralità delle fedi religiose o credenze in senso stretto, questioni connesse alla pluralità delle concezioni morali – abbiano o non abbiano, queste, una matrice religiosa – compresenti nelle società contemporanee. Com’è noto, esistono non da oggi anche etiche ‘laiche’, le quali esprimono in positivo (pur senza ancoraggi in valori o principi trascendenti a carattere fideistico) concezioni della vita buona o del bene comune: dottrine c.d. comprensive, per usare il linguaggio ormai noto di John Rawls, il filosofo politico americano cioè che tanto ha influenzato e continua a influenzare il dibattito teorico (anche nostrano) sulla democrazia liberale.

Tutto ciò premesso, rilevo che va oggi profilandosi, riscuotendo crescenti consensi, una concezione della laicità in senso giuridico-costituzionale, che può essere definita “procedurale” o “metodologica”, e che è sostanzialmente vicina al concetto di laicità debole proposto dal filosofo Giovanni Fornero: in questa accezione, è definibile laico quell’ordinamento giuridico che tende ad assumere un atteggiamento di equidistanza rispetto non solo alle religioni, ma anche alle diverse concezioni morali particolari (cioè alle diverse concezioni comprensive della vita buona). Correlativamente, sarà definibile laico quel cittadino che, pur essendo credente o viceversa ateo militante, fa a meno di pretendere che la legislazione sposi – rispettivamente – la sua professione di fede religiosa o la sua visione ateistica ¹⁶⁸.

Questa concezione metodologica o procedurale (o debole) della laicità invero appare, per un verso, congeniale a un liberalismo politico à la Rawls, l’importante filosofo poli-

¹⁶⁷ Si veda la letteratura citata supra, nota 2.

¹⁶⁸ FORNERO, *Laicità debole e laicità forte*, cit., 271 ss.

tico prima menzionato cui dobbiamo l'elaborazione del concetto di "ragione pubblica": da intendere, appunto, quale spazio di discussione su valori cosiddetti politici (relativi cioè alla giustizia c.d. politica, tale perché attinente ai presupposti essenziali della convivenza collettiva e non includente le differenti concezioni morali della vita buona), non pregiudicato da ipoteche religiose, ma neppure da concezioni morali particolari a carattere secolare¹⁶⁹. Scrive, in proposito, Rawls: "dobbiamo distinguere la ragione pubblica da quella che talvolta viene chiamata ragione secolare – o anche valori secolari. Questa ragione e questi valori non coincidono con la ragione pubblica. Per ragione secolare intendo, infatti, il ragionare in termini di dottrine comprensive non religiose. Queste dottrine e i loro valori sono troppo ampi per servire agli scopi della ragione pubblica. I valori politici non sono dottrine morali"¹⁷⁰.

E, per altro verso, merita di essere segnalata l'ulteriore consonanza di tale concezione metodologica della laicità con gli orientamenti manifestati da un altro gigante del pensiero contemporaneo quale Jürgen Habermas, la cui teoria della "ragione discorsiva" e la connessa concezione della democrazia costituzionale non a caso presentano – pur non coincidendo del tutto – sostanziali somiglianze col liberalismo rawlsiano¹⁷¹. Nel contesto di una rinnovata riflessione su laicità, scienza e fede, il filosofo tedesco dal canto suo infatti osserva: "La neutralità ideologica dell'autorità statale, che garantisce pari libertà etiche a ogni cittadino, non è conciliabile con la generalizzazione politica di una visione laicistica del mondo"¹⁷².

Ma la stessa laicità in senso giuridico quale laicità metodologica o debole, a ben vedere, non si riduce a puro proceduralismo, non è del tutto neutrale rispetto ai valori, non è priva di implicazioni sostanziali. In realtà, vi è sottesa una dimensione assiologico-sostanziale che richiama proprio valori tipici della liberaldemocrazia: a cominciare dal valore della libertà individuale, e dal principio di pari rispetto di tutti gli individui, quali che sia-

¹⁶⁹ RAWLS, *Liberalismo politico*, trad. it., Milano, 1994; ID., *Un riesame dell'idea di ragione pubblica*, in ID., *Il diritto dei popoli*, trad. it., a cura di S. Maffettone, Torino, 2001, 175 ss.

¹⁷⁰ RAWLS, *Un riesame dell'idea di ragione pubblica*, cit., 190.

¹⁷¹ Per un confronto ravvicinato tra le rispettive posizioni dei due pensatori cfr. HABERMAS, *Per la critica del liberalismo politico di John Rawls*, trad. it., in MicroMega. *Almanacco di filosofia*, 1996, 26 ss.; RAWLS, *Risposta a Jürgen Habermas*, trad. it., ivi, 51 ss. Per una ricostruzione delle convergenze e divergenze tra questi due autori si veda anche MANCINA, *La laicità*, cit., 140 ss.

¹⁷² HABERMAS, *Tra scienza e fede*, trad. it., Roma-Bari, 2006, 18.

no – appunto - le loro rispettive concezioni religiose o morali di partenza¹⁷³. Si tratta, e non a caso, di quei valori e principi che esprimono il nucleo essenziale del costituzionalismo contemporaneo, quale piattaforma di diritti e libertà fondamentali che stanno alla base dell'edificio democratico-costituzionale¹⁷⁴. Da questo punto di vista, si può dunque rilevare che anche il costituzionalismo presuppone un insieme di pre-comprensioni morali di base, che in qualche modo e misura danno luogo a una sorta di morale 'comprensiva' dei valori riconoscibili in ogni essere umano (ancorché il suo grado di comprensività potrà apparire comparativamente minore o più debole, in confronto di altre concezioni morali più complete e strutturate).

6. *Oggetti di tutela di un diritto penale liberaldemocratico e "ragione pubblica" in senso rawlsiano: legittimamente tutelabili soltanto i valori "politici"? Rilievi problematici*

A questo punto, chiediamoci: un simile orizzonte teorico e assiologico è idoneo a definire compiutamente l'area della legittima coercizione statale e, più in particolare, del legittimo intervento penale? Oppure, si tratta di un orizzonte idoneo, più che a definire in positivo i contenuti della tutela, a segnare in negativo l'ambito di ciò che non è penalmente sanzionabile?

Se asseconassimo ora la tentazione di affrontare interrogativi di questo tipo tentando l'esperimento mentale – forse non troppo azzardato e, d'altronde, in qualche modo implicitamente suggerito dal percorso argomentativo fin qui seguito – di rapportare (per dir così) la ragione punitiva alla "ragione pubblica" in senso rawlsiano, l'ipotesi teorica da prospettare sarebbe più o meno questa: gli oggetti di tutela di un diritto penale liberaldemocratico dovrebbero essere legittimamente costituiti soltanto dai cosiddetti valori politici - da quei valori (o beni) cioè che, in quanto afferenti ai presupposti essenziali di una giusta o accettabile convivenza politica nell'ambito delle attuali società pluralistiche, dovrebbero essere suscettibili di essere considerati importanti (e, dunque, meritevoli di protezione) da

¹⁷³ RAWLS, *Un riesame dell'idea di ragione pubblica*, cit., 186 ss.; FORNERO, *Due significati irrinunciabili della laicità*, in AA.VV., *La laicità vista dai laici*, cit., 70 ss.; BORSELLINO, *Le ragioni della laicità "procedurale" non fraintesa*, ivi, 80 ss.

¹⁷⁴ Cfr., di recente, SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari, 2009, 88 ss. In ambito penalistico, si vedano FIANDACA, *Uguaglianza e diritto penale*, in AA.VV., *Le ragioni dell'uguaglianza*, a cura di M. Cartabia e T. Vettor, Milano, 2009, 125 ss.; BACCO, *Sentimenti e tutela penale: alla ricerca di una dimensione liberale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 1194 ss.

pressoché tutti i cittadini, a prescindere dalla pluralità delle concezioni morali della vita buona da cui ciascuno prende le mosse, e ciò sulla base di quella forma di consenso generalizzato che Rawls notoriamente definisce “consenso per intersezione”(cui si può, cioè, alla fine pervenire grazie alla condivisione di punti di vista comuni derivanti da forme di parziale convergenza tra le diverse dottrine morali globali¹⁷⁵).

Una ipotesi teorica siffatta, considerata nella sua valenza sostanziale che può anche prescindere dalla specificità del linguaggio di Rawls, mostra dopotutto – a ben guardare – una qualche parentela, una certa aria di famiglia con le teorie della legittimazione del diritto penale facenti capo, rispettivamente, sia alle dottrine liberali (o in chiave costituzionale) del bene giuridico, sia alla dottrina anglo-americana del danno ad altri lungo la linea storico-evolutiva che va da Stuart Mill a Feinberg¹⁷⁶: anche le suddette teorie di legittimazione si sforzano a modo loro, infatti, di tenere distinto il piano dei beni pubblici ‘laici’ oggetto di una legittima tutela coercitiva da quello attinente ai valori morali oggetto delle etiche pluralistiche.

Se questa consonanza di ispirazione politica non è sorprendente, trattandosi di orientamenti di pensiero tutti di matrice liberaldemocratica, persistono nondimeno alcuni interrogativi, che in questa sede provo a riproporre nel modo seguente:

i) la distinzione filosofico-politica – che si pretenderebbe chiara, se non proprio nettissima – tra valori “politici”, da un lato, e valori “moralì”, dall’altro, fino a che punto regge ad un vaglio che tenga conto dei contesti più problematici?

ii) In termini più specificamente giuridico-costituzionali, argomentare sulla base di diritti e libertà fondamentali equivale a tenere davvero fuori dalla porta le considerazioni morali?

iii) In termini, infine, più specificamente penalistici, è da chiedersi: la concezione del reato come “lesione di un bene giuridico”, o come “danno arrecato ad altri”, riesce veramente a bandire le pre-comprensioni morali?

¹⁷⁵ RAWLS, *Liberalismo politico*, cit., 31, 50. Per alcune precisazioni sul modo di concepire il “consenso per intersezione” cfr. MANCINA, *Laicità*, cit., 114 ss.; in proposito, rilievi acuti in CELANO, *Ragione pubblica*, cit., 363 ss.

¹⁷⁶ Si vedano le opere citate supra, nota 5.

In realtà, i tre interrogativi di cui sopra finiscono sostanzialmente col riproporre, in forma diversamente articolata, la stessa ricorrente questione di fondo dei rapporti tra politica, morale e diritto: rapporti che – secondo un punto di vista a tutt’oggi prevalente specie tra i giuristi positivi – si vorrebbero di tendenziale distinzione almeno in linea concettuale astratta, ma che risentono di complesse forme di interazione o interferenza anche sul piano effettuale (come dimostra – tra l’altro – la stessa esperienza giudiziale concreta, se riguardata senza deformanti lenti ideologiche).

In termini sintetici, e ai ristretti fini del mio discorso, rispetto alle tre questioni precedentemente sollevate mi limito a rilevare quanto segue.

6.1. Circa il problema della distinzione tra valori “politici” e valori “moralì”, non sembra infondato il sospetto che lo stesso Rawls finisca con l’incorrere in una sorta di circolo vizioso o ragionamento tautologico: il suo complessivo argomentare sembrerebbe infatti involversi nel senso che sono da considerare suscettibili di consenso diffuso in una democrazia pluralistica soltanto i valori politici, e che sono da definire valori politici soltanto quelli compatibili con un tipo siffatto di democrazia. In effetti, per sottrarsi all’impressione del ragionamento circolare, sarebbe necessario individuare preventivamente i criteri che consentano di distinguere tra ragioni politiche e ragioni morali. E, a questo punto, la domanda è: il modo di concepire la distinzione tra ciò che ha valore politico, e ciò che ha valore morale, non dipende a sua volta dalla previa adesione a dottrine etiche comprensive che dovrebbero invece, secondo lo stesso Rawls, essere mantenute fuori dal recinto della “ragione pubblica”? In realtà, una possibile risposta – che equivale a una plausibile obiezione all’approccio rawlsiano – consiste nel rilevare che la determinazione di che cosa possa essere presentata, nel dibattito pubblico, come ragione politica “non può – rispetto alle dottrine globali dei cittadini – essere neutrale. Qualsiasi criterio di delimitazione sarà comunque espressione di una particolare dottrina globale”¹⁷⁷.

La problematicità della distinzione tra valori politici e valori morali è stata messa in evidenza anche da Ronald Dworkin, in uno stimolante saggio dedicato a Rawls come filo-

¹⁷⁷ CELANO, *Ragione pubblica*, cit., 371.

sofo del diritto¹⁷⁸. A riprova di tale problematicità, Dworkin richiama alcune esemplificazioni che lo stesso Rawls fa dell'idea di ragione pubblica in azione, tra le quali appare assai significativa quella relativa alla controversia sull'aborto. Invero, Rawls discute dell'aborto presupponendo – rileva Dworkin – che “la questione se un feto ai primi stadi di vita abbia diritti ed interessi propri, compreso il diritto alla vita, sia una questione che riguarda una posizione comprensiva di tipo morale, religioso o filosofico, e non sia risolta da alcun valore politico di una comunità liberale”¹⁷⁹. Ma, in proposito, obietta Dworkin: “(...) come possiamo prendere una posizione sul fatto se le donne (...) abbiano un diritto costituzionale all'aborto (...) senza prendere posizione su tale questione comprensiva? Qui non sembra esserci alcuna posizione predefinita. La concezione che un feto non abbia interessi e diritti propri è tratta da una posizione comprensiva tanto quanto la concezione che li abbia, e non possiamo arrivare a una decisione sull'aborto senza adottarne una delle due”¹⁸⁰.

Si può altresì osservare che, in presenza di situazioni di possibile conflitto tra beni di rilevanza politica, le quali richiedono perciò di essere affrontate ricorrendo a qualche criterio gerarchico, è giuoco forza che il peso attribuibile a ciascuno dei valori in concorrenza dipenderà dalla concezione religiosa o morale di sfondo dei soggetti coinvolti nel giudizio di bilanciamento. Così, per tornare al caso emblematico dell'aborto, ad esempio “un cattolico sosterrà, molto probabilmente, che il rispetto della vita è un valore comparabilmente più pesante di tutti gli altri, mentre una femminista riterrà più importante l'autodeterminazione individuale e l'uguaglianza delle donne come cittadine uguali. In questo modo, le dottrine comprensive, cacciate dalla porta, rientrano inevitabilmente dalla finestra”¹⁸¹.

6.2. Quanto poi alla determinazione della portata e dei limiti dei diritti fondamentali, la stessa interpretazione costituzionale è lungi dal poter essere tenuta del tutto al riparo dall'interferenza di pregiudiziali concezioni morali (una sorta di ritorno del “rimosso” a livello interpretativo!). Per limitarsi qui a un solo esempio, la questione se esista un diritto

¹⁷⁸ DWORKIN, *Rawls e il diritto*, in ID., *La giustizia in toga*, trad. it., Roma-Bari, 2010, 262 ss.

¹⁷⁹ DWORKIN, *Rawls e il diritto*, cit., 275.

¹⁸⁰ DWORKIN, *ibidem*.

¹⁸¹ SCHIAVELLO, *Integrazione europea, ragione pubblica, negoziazione. Qualche riflessione a partire dalla questione delle “radici cristiane”*, in AA.VV., *Identità, diritti, ragione pubblica in Europa*, cit., 325.

costituzionalmente rilevante all'autodeterminazione personale, inclusiva di una facoltà di lasciarsi morire per rifiuto di cure¹⁸², può ammettere risposte diverse a seconda che l'interprete muova da presupposti religiosi o da una visione laica.

In proposito, è del resto abbastanza sintomatico quanto osservato proprio da Rawls con espresso riferimento al valore dell'autonomia morale della persona: "Qualunque cosa si possa pensare dell'autonomia come valore morale, quel che è certo è che esso non può soddisfare il criterio della reciprocità. Dato il fatto del pluralismo ragionevole, è infatti possibile che molti cittadini lo respingano, per esempio i cittadini che sostengono certe dottrine religiose. L'autonomia morale non è dunque un valore politico"¹⁸³.

Se una simile conclusione fosse inconfutabile, si dovrebbe allora conseguentemente prendere atto che la recente giurisprudenza italiana 'aperturista' a proposito delle questioni di fine-vita, col valorizzare l'autonomia e l'autodeterminazione personale nelle scelte ultime¹⁸⁴, abbia finito col far proprio un concetto di laicità più forte che debole, in quanto condizionato da una concezione etica comprensiva di orientamento secolare (v. anche infra par. 8.1).

6.3. In terzo luogo, sul terreno più specificamente penalistico, si consideri ad esempio il vecchio problema della punibilità delle relazioni omosessuali (richiamato – come vedremo – dallo stesso Rawls in sede di rivisitazione del concetto di ragione pubblica). Orbene: sarebbe possibile oggi giustificare l'incriminazione sulla base di un danno 'laico', concepito come danno sociale o come lesione di un qualche bene giuridico (diverso, beninteso, da una morale specifica)?

¹⁸² In argomento, sotto differenti angolazioni di fondo si vedano FIANDACA, *Il diritto di morire tra paternalismo e liberalismo penale*, in *Foro it.*, 2009, V, 227 ss.; EUSEBI, *Il rapporto con l' "altro" alla luce della Costituzione. I riflessi sulle problematiche del "fine vita" e l' "incostituzionalità" di ogni configurazione dell' "altro" come nemico*, in AA.VV., *Dignità e diritto: prospettive interdisciplinari*, Tricase, 2010, 39 ss.

¹⁸³ RAWLS, *Un riesame dell'idea di ragione pubblica*, cit., 195.

¹⁸⁴ Si vedano, riguardo al "caso Welby", G. u. p. Trib. Roma 23 luglio 2007, in Cass. pen., 2008, 1791 ss., annotata da CUPELLI, *Il "diritto" del paziente (di rifiutare) e il "dovere" del medico (di non perseverare); e, con riferimento al "caso Englaro"*, Cass. 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Riv. it. medicina legale*, 2008, 271 ss., con commento prevalentemente favorevole di PULITANO' e CECCARELLI, *Il lino di Lachesis e i diritti inviolabili della persona*, ivi, 330 ss.; e, invece, con nota prevalentemente critica di GAZZONI, *Sancho Panza in Cassazione (come si riscrive la norma sull'eutanasia, in spregio al principio della divisione dei poteri)*, in *Dir. famiglia e persone*, 2008, 107 ss.

Premetto che ho avuto occasione di sostenere, in alcuni scritti recenti¹⁸⁵, che le strategie di legittimazione teorica del diritto penale di matrice anglo-americana, incentrate sul principio del danno – nel solco del liberalismo di John Stuart Mill e, in anni più vicini, di Joel Feinberg –, sono sotto certi aspetti preferibili, rispetto alla teoria europeo-continentale del bene giuridico, per una ragione che sintetizzerei così: tali strategie, a mio avviso, riescono meglio a portare alla luce le molteplici e complesse opzioni politico-valutative che stanno alla base delle scelte di penalizzazione. E, del resto, lo stesso principio-cardine del danno ad altri poggia su di un concetto – per dirla in termini di filosofia del linguaggio – “spesso”: caratterizzato cioè da uno strettissimo, inestricabile intreccio tra giudizi di fatto di tipo empirico-scientifico e giudizi di valore in chiave etico-politica¹⁸⁶.

L’ineliminabile componente assiologica del principio del danno è stata, non a caso, esplicitamente riconosciuta da Joel Feinberg, il quale ha infatti rilevato che danno non è una nozione meramente empirica: si tratta, piuttosto, di “un concetto molto complesso con dimensioni normative nascoste”¹⁸⁷; ed è per questo che è necessario specificarne il contenuto con ulteriori valutazioni morali e di giustizia (valutazioni che, nel linguaggio del giusfilosofo americano, vengono definite “massime di mediazione” e che sono sostanzialmente simili a quelli che, nel contesto dottrinale nostrano, siamo soliti indicare come criteri costituzionalmente rilevanti di politica criminale)¹⁸⁸.

Ma, a questo punto, v’è da chiedersi: le valutazioni morali e di giustizia sottese alle scelte politico-criminali rimangono circoscritte nell’ambito di un liberalismo politico in senso procedurale o metodologico – ovvero, trascendono in un liberalismo etico o teleologico, che presuppone cioè una qualche concezione compiuta del bene collettivo o della vita buona in senso secolare? Come è stato messo in evidenza, ad esempio proprio l’imponente riflessione penalistica di Feinberg sui cosiddetti limiti morali del diritto penale è, in realtà, o-

¹⁸⁵ FIANDACA, *Punire la semplice immoralità?*, cit.; ID., *Laicità, danno criminale e modelli di democrazia*, cit.

¹⁸⁶ PUTNAM, *Fatto/valore. Fine di una dicotomia*, trad. it., Roma, 2004, 39 ss.

¹⁸⁷ FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law*, I, Harm to Others, Oxford-New York, 1984, 214.

¹⁸⁸ Che l’applicazione delle “massime di mediazione” ai casi concreti non può avvenire in maniera meccanica, ma implica a sua volta ampi margini di discrezionalità politico-valutativa è, peraltro, riconosciuto dallo stesso FEINBERG, *The Moral Limits*, cit., 45 ss.

scillante tra i due poli suddetti¹⁸⁹; e non potrebbe – credo – essere diversamente, anche per le ragioni che emergeranno appresso.

Ritornando per il momento al caso esemplificativo delle relazioni omosessuali e alle corrispondenti considerazioni di Rawls, è interessante notare come a suo avviso la domanda decisiva, in un’ottica politica autenticamente liberale così come da lui concepita, non è se le predette relazioni siano sanzionabili in quanto socialmente dannose perché contrarie ad un concetto di bene umano, a sua volta definito da qualche dottrina anche secolare a carattere comprensivo: piuttosto, dovremmo innanzitutto chiederci “se una legge che intenda proibirle violi i diritti dei cittadini liberi ed eguali di una democrazia. Per rispondere a questa domanda, abbiamo bisogno di una concezione politica della giustizia ragionevole che specifichi questi diritti civili – che affronti, cioè, una questione di elementi costituzionali essenziali”¹⁹⁰.

Così ragionando, un filosofo politico come John Rawls finisce in realtà col contestare il sottofondo utilitaristico presente, pur sempre, nel liberalismo penale ancorato all’idea laica del danno ad altri quale fondamentale paradigma di legittimazione delle norme penali: e sposta il discorso su di un terreno anti-utilitaristico, quale appunto quello della protezione dei diritti fondamentali, a cominciare dal diritto al pari rispetto.

7. *Pluralismo etico e limiti del principio di maggioranza come criterio di legittimazione della deliberazione democratica*

Le predette considerazioni di Rawls sulla punibilità dell’omosessualità toccano una questione di portata più generale, relativa al modo di concepire oggi i limiti della coercizione penale (e, in genere, del diritto coercitivo) con particolare riferimento all’insieme dei temi eticamente sensibili. Come dovrebbe ormai risultare chiaro, la questione è quella del rapporto, nell’ambito delle scelte di politica del diritto, tra la laicità giuridica come laicità metodologica e la laicità positiva o forte (vale a dire, concepita secondo una delle possibili accezioni secolarizzate di vita buona).

¹⁸⁹ Cfr. SEHER, *Liberalismus und Strafe. Zur Strafrechtsphilosophie von Joel Feinberg*, Berlin, 2000, 163 s.

¹⁹⁰ RAWLS, *Un riesame dell’idea di ragione pubblica*, cit., 198.

A ulteriore esplicitazione del problema, mi è utile richiamare il seguente rilievo di Juergen Habermas: “Ogni ordinamento giuridico è anche espressione di una forma di vita particolare, e non soltanto il rispecchiamento del contenuto universale dei diritti fondamentali”¹⁹¹. Si tratta, peraltro, di un punto di vista non isolato. La sottolineatura del contributo che il diritto fornisce alla costruzione di una identità assiologica collettiva – ragion per cui il diritto non può mai essere neutrale rispetto ai valori – è frequentemente rinvenibile da tempo non solo tra i giusfilosofi e nella dottrina costituzionalistica¹⁹², ma tra gli stessi penalisti. In proposito, di recente, Pulitanò ha emblematicamente affermato: “Dentro il limite dei principi volti a garantire l’apertura liberale del confronto politico ed i diritti inviolabili delle persone, il principio democratico riconosce al demos la legittimazione a porre – attraverso la dialettica politica democratica e in conformità al principio di maggioranza – norme vincolanti per tutti, in attuazione di indirizzi politici ispirati a concezioni comprensive del bene”¹⁹³.

A ben vedere, questo passo da ultimo citato rispecchia benissimo i termini della questione sul tappeto: pur senza esplicitarne le implicazioni problematiche, esso delinea le coordinate di principio e la cornice costituzionale di riferimento per possibili e diversificate scelte concrete di politica del diritto e di politica criminale (non certo per l’unica scelta costituzionalmente imposta o legittima!), che si ammette in linea di principio possano, peraltro, risultare a loro volta dettate o influenzate da concezioni morali particolari a monte.

Senonché, il vero problema che si pone, e ripropone, è pur sempre questo: che cosa una maggioranza politico-parlamentare può decidere di punire sulla base di scelte politiche condizionate da morali particolari? Basterebbe un confronto pubblico-parlamentare condotto in maniera idealtipica (o, in ogni caso, in maniera più libera e autentica rispetto al tipo di discussione asfittica, culturalmente degradata e mediaticamente manipolata che ormai tende, purtroppo, a predominare nelle concrete democrazie attuali, non solo italiana!) a rendere effettivamente legittime deliberazioni maggioritarie inclini a incriminare fatti con-

¹⁹¹ HABERMAS, *Lotta di riconoscimento nello Stato democratico di diritto*, in HABERMAS E TAYLOR, *Multiculturalismo*, trad. it., Milano, 2006, 82.

¹⁹² Cfr. di recente, ad esempio, SILVESTRI, *Dal potere ai principi*, cit., 6 ss.

¹⁹³ PULITANO, *Laicità, multiculturalismo, diritto penale*, in AA.VV., *Laicità e multiculturalismo*, cit., 242.

siderati dannosi alla stregua di una data concezione ‘comprensiva’ magari socialmente prevalente, ma non considerati tali secondo concorrenti concezioni morali minoritarie?

L’idea di “ragione pubblica” rawlsiana, per quanto non esente – come abbiamo visto - da punti di debolezza che la rendono vulnerabile alle critiche, mantiene a tutt’oggi un notevole potere suggestivo proprio per un motivo non trascurabile, che vale la pena ribadire: da essa deriva una forte sollecitazione a rendere particolarmente rigoroso il vaglio della legittimità dell’uso degli strumenti coercitivi e, di conseguenza, della stessa coercizione penale. “Poiché il potere è coercitivo, esso deve essere legittimo, quindi i suoi principi di base devono essere giustificabili. La ragione pubblica si incarica di soddisfare questa esigenza, che corrisponde al principio liberale di legittimità. Da ciò dipendono i suoi limiti: cioè il fatto che essa esclude gli argomenti derivanti dalle dottrine comprensive. Noi non potremmo infatti giustificare l’uso del potere coercitivo sulla base di argomenti che altri non condividono. Non potremmo sperare di convincere gli altri a condividere i nostri argomenti: né appellandoci alla nostra ragione (il cui uso, come abbiamo detto, è inscindibile dal pluralismo delle idee), né ovviamente ricorrendo alla forza pubblica, cosa che ci porterebbe fuori dalla democrazia liberale”¹⁹⁴. Se le cose stanno così, una sola sembrerebbe allora la via di uscita, che in termini rawlsiani non potrebbe che essere appunto questa: “Non resta che rinunciare agli argomenti della nostra dottrina comprensiva e ricorrere agli argomenti politici, che possono essere condivisi anche da chi non segue la nostra dottrina. E insieme rinunciare alla speranza di una comunità intesa come una comunità unita nell’affermare la stessa dottrina comprensiva”¹⁹⁵.

Quanto questa esigenza di emancipare il più possibile il diritto democraticamente pluralistico dalle morali positive particolari può apparire realistica, tenendo conto del fatto - ecco l’apparente paradosso - che lo stesso diritto (non solo penale) oggi sembra non potere, nel contempo, rinunciare a esprimere forme di vita particolari e a veicolare sistemi di credenze e valori o ideologie che affondano le radici anche nelle visioni religiose e morali? Si può sfuggire a un simile paradosso?

¹⁹⁴ MANCINA, *La laicità*, cit., 116.

¹⁹⁵ MANCINA, *ibidem*.

8. *Temi eticamente sensibili (in particolare, questioni di fine-vita) e costituzionalismo giurisdizionale tra laicità metodologica e laicità 'positiva'*

Una possibile via di fuga per sottrarsi al paradosso di cui sopra potrebbe, a prima vista e peraltro senza eccessiva difficoltà, essere ricercata trovando comodo rifugio in un tipo di approccio cui da giuristi (e, in particolare, da giuristi 'positivi') siamo ormai da tempo particolarmente inclini: alludo alla pressoché irresistibile tendenza a poter rinvenire (per dir così) il 'minimo etico' identitario, i fondamenti morali tipici del diritto contemporaneo nel costituzionalismo moderno e nell'insieme dei valori e principi ad esso sottesi. E' cioè nell'orizzonte costituzionale, e in particolare nei principi-cardine di dignità umana, libertà e uguaglianza, pari rispetto di ciascun individuo che si radicherebbero le basi etico-politiche capaci di conferire sostanza ideologica e volto identitario al diritto pluralistico delle società contemporanee¹⁹⁶: lungi dal desumere la sua identità dal rispecchiamento di questa o quella concezione etica comprensiva, tale diritto si definirebbe ideologicamente, dunque, proprio in ragione del tentativo di far pacificamente e ragionevolmente convivere al suo interno la pluralità delle fedi e delle credenze, assicurando pari rispetto ai diversi individui che ne sono portatori. In altre parole ancora: la moralità identitaria del diritto pluralistico consisterebbe nel rinunciare a rispecchiare o avallare una o più morali specifiche, e nell'assumere invece a propria morale la preoccupazione di garantire una sorta di kantiana coesistenza tra le diverse morali particolari compresenti nella società.

A questo punto, incombono implicitamente, tuttavia, alcuni punti di domanda che non possono essere elusi.

Questa pretesa di equidistanza rispetto alle differenti visioni del mondo, questo self-restraint etico, questa ideologia politico-giuridica debole sono ancora adeguate a connotare un diritto che da più parti si vorrebbe chiamato a disciplinare le crescenti situazioni di conflitto che attualmente esplodono in un mondo in movimento, caratterizzato da un rinnovato protagonismo delle fedi religiose e dal revival di pulsioni politiche identitarie le quali, a loro volta, alimentano declinazioni in chiave esasperatamente maggioritaria e derive autoritarie delle democrazie così come funzionanti in concreto? Ovvero, come forse a ragione sostiene ad esempio Habermas, lo stesso ethos democratico non può ormai fare a meno del

¹⁹⁶ Cfr., tra altri, SILVESTRI, *Dal potere ai principi*, cit., *passim*. Si vedano anche gli Autori citati supra, nota 18.

contributo “co-fondativo” e della linfa rivitalizzante provenienti dal risveglio delle fedi religiose¹⁹⁷?

Ma, anche anche al di là di tali interrogativi, si ripropone un ulteriore problema che presenta invece un carattere maggiormente teorico, e i cui termini sono stati esplicitati in precedenza: precisamente, nel porre la questione della possibile interferenza tra l'interpretazione delle norme costituzionali e i fattori di condizionamento ermeneutico derivanti da pre-comprensioni riconducibili a dottrine morali comprensive che stanno a monte delle letture della Costituzione (cfr. supra: parr. 6 e 6.2). Invero, è sufficiente in proposito ribadire che l'identificazione del contenuto, la determinazione della portata e dei limiti di valori o principi costituzionali dal contenuto indeterminato come dignità, uguaglianza, pari dignità et similia sono operazioni che richiedono - non di rado - il ricorso a considerazioni e argomentazioni morali sostanziali; le quali, lungi dal poter essere sviluppate tramite un'attività di semplice interpretazione del testo costituzionale in sé considerato, rimandano alle ideologie o alle concezioni morali comprensive di riferimento dei singoli interpreti¹⁹⁸.

Neppure la morale costituzionale, anche a volerla considerare come base morale identitaria del diritto contemporaneo, può dunque consentire di recidere persistenti legami con le dottrine cosiddette comprensive.

8.1. Per esemplificare la difficoltà di tagliare i legami suddetti, basti considerare il diverso tipo di approccio col quale si accostano alla normativa costituzionale, a proposito delle tormentose questioni della vita e della morte, interpreti di rispettiva matrice laica e cattolica.

Come sappiamo, tende oggi anche nella giurisprudenza a prevalere un orientamento favorevole ad attenuare il tradizionale principio della indisponibilità della vita umana, riconoscendo spazi crescenti all'autodeterminazione personale nelle scelte relative al come vivere e morire¹⁹⁹. Orbene: questo indirizzo aperturista in chiave liberal si mantiene nei limiti

¹⁹⁷ HABERMAS, *Tra scienza e fede*, cit.; MANCINA, *Laicità*, cit., 120 s.

¹⁹⁸ Cfr. PINTORE, *I diritti della democrazia*, Roma-Bari, 2003, 102 ss.; CELANO, *Diritti, principi e valori morali*, cit.

¹⁹⁹ In argomento, FIANDACA, *Il diritto di morire*, cit.; RISICATO, *Dal “diritto di vivere” al “diritto di morire”*. *Riflessi sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Torino, 2008.

di una laicità procedurale, equidistante rispetto alle concezioni (comprehensive) religiose e laiche – oppure, esso finisce più o meno surrettiziamente con sposare una visione liberale in senso più forte che debole, insomma una ideologia favorevole al primato dell' autodeterminazione individuale?

L'onestà intellettuale induce a dover prendere atto che la giurisprudenza più recente si orienta nel secondo senso, opta cioè per un'interpretazione costituzionale influenzata da un liberalismo tutt'altro che privo di contenuti 'comprensivi' a carattere secolare. A riprova, possiamo qui limitarci a prendere in considerazione il recente orientamento giurisprudenziale in tema di rifiuto di cure, imperniato – com'è noto – su di un'interpretazione evolutiva dell'art. 32, comma 2, Cost.²⁰⁰.

Quali sono, in realtà, le matrici di tale percorso ermeneutico? Non si è certo trattato di un mero affinamento di tecniche ermeneutiche che fanno leva sul solo tenore testuale della disposizione costituzionale suddetta. Anzi, può apparire abbastanza singolare che abbia finito con l'assumere il ruolo di norma-chiave di copertura di un diritto costituzionale all'autodeterminazione una norma – come quella, appunto, di cui al secondo comma dell'art. 32 cost. –, della cui effettiva utilità in seno all'Assemblea costituente si dubitava e che qualcuno proponeva addirittura di sopprimere a causa della scarsa chiarezza del suo contenuto²⁰¹. In effetti, la preoccupazione che nella mente dei costituenti motivava il secondo comma dell'art. 32 era quella di subordinare alla riserva di legge l'obbligatorietà di trattamenti sanitari necessari per la tutela della salute pubblica e nel contempo, con più specifico riferimento all'ultima parte della disposizione, di scongiurare il pericolo di sperimentazioni eugenetiche del tipo di quelle realizzate durante il nazismo: esulava, dunque, sia dall'intentio legislatoris, sia dalla formulazione testuale della norma qualsiasi riferimento al ben diverso contesto problematico delle determinazioni individuali di fine-vita.

Se così è, la successiva interpretazione evolutiva dell'art. 32, comma 2, Cost., assunto a norma-chiave di un diritto generale all'autodeterminazione, segna una 'svolta' culturale determinata – oltre che dagli enormi progressi delle tecnologie mediche – da una evoluzione del complessivo orizzonte assiologico che fa da retroterra alla stessa interpretazione costi-

²⁰⁰ Per riferimenti giurisprudenziali più dettagliati vd. supra, nota 28.

²⁰¹ In proposito, VINCENTI AMATO, *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Rapporti etico-sociali, sub art. 32, Roma, 1976, 167 ss.

tuzionale. E non è invero difficile individuare, tra i fattori di condizionamento determinanti, l'influenza – anche implicita – di quel tipo di liberalismo che ha funto da filosofia ispiratrice della pioneristica e storicamente risalente giurisprudenza americana in tema di consenso informato e di diritto all'autodeterminazione del paziente²⁰²: si tratta cioè di un liberalismo, di originaria matrice filosofica milliana, che esalta il primato del diritto all'autodeterminazione personale quale riflesso del potere di signoria che ciascun individuo avrebbe sul proprio corpo come recinto inviolabile²⁰³.

D'altra parte, l'autodeterminazione relativa al potere di gestione del corpo presuppone – ancora una volta nella scia di John Stuart Mill – un'idea più ampia di 'autonomia' personale, concepita come libertà di ciascuno di plasmare da sé la propria vita e di orientare il corso della propria esistenza: l'idea cioè che “ciascuno sia, o divenga, almeno in parte l'artefice di se stesso, l'autore della propria vita, che egli possa considerare la propria vita, la propria esistenza, il modo in cui finisce per vivere, come qualcosa che lui ha scelto, o comunque come qualcosa che gli è proprio, qualcosa di autenticamente suo: come il frutto delle proprie scelte, o come un'opera con la quale egli si identifica”²⁰⁴.

Ora, individuare nella Costituzione la fonte di riconoscimento di un diritto all'autonomia e all'autodeterminazione nel senso anzidetto, è scelta interpretativa tutt'altro che neutrale sotto il profilo etico e ideologico: identificare nell'autonomia individuale un diritto costituzionalmente rilevante implica, infatti, che per l'ordinamento giuridico l'autonomia sia un valore positivo che va affermato, tutelato e promosso.

Ritenere altresì, poi, che la stessa Costituzione riconosca l'autonomia e l'autodeterminazione sino al punto di rendere libero ciascun individuo di decidere persino se continuare a vivere o lasciarsi morire, presuppone come retroterra una concezione dell'autodeterminazione individuale talmente impregnata di elementi filosofici a carattere

²⁰² Si veda, anche per alcuni rilievi storico-ricostruttivi, PONZANELLI, *Il diritto a morire: l'ultima giurisprudenza della Corte del New Jersey*, in *Foro it.*, 1988, IV, 291 ss.; ID., *Nancy Cruzan, la Corte suprema degli Stati Uniti e il “right to die”*, ivi, 1991, 72 ss.

²⁰³ STUART MILL, *Saggio sulla libertà*, trad. it., Milano, 2002, 86 ss. Sul concetto di sovranità personale, lungo una linea evolutiva del liberalismo anglo-americano da Stuart Mill a Feinberg, cfr. SERRAINO, *Premesse a uno studio sulle questioni di fine vita nel diritto penale. Una riflessione a partire dal liberalismo di Joel Feinberg*, Torino, 2010, 53 ss.

²⁰⁴ CELANO, *L'eguaglianza nella cultura giuridico-politica occidentale moderna. Una mappa concettuale*, in AA.VV., *Mai praticamente uguali. Studi e ricerche sulla disuguaglianza e sull'inferiorità nelle tradizioni religiose*, a cura di F. Squarcini, Firenze, 2007, 11 ss.

secolare, da far apparire per nulla sorprendente la persistente opposizione ideologica di molti cattolici (in particolare, di quelli ancora legati alla dottrina ufficiale della Chiesa): i quali non possono, per coerenza, non essere indotti a contestare che il diritto all'autodeterminazione ricomprenda una facoltà costituzionalmente riconosciuta di rifiutare le cure sfociante nella libertà di morire²⁰⁵.

Se così è, bisogna onestamente prendere atto che l'interpretazione giurisprudenziale ampia del diritto all'autodeterminazione finisce, nel conflitto tra concezioni morali (comprehensive) religiose e laiche, col privilegiare le seconde. Lo ha esplicitamente ammesso (con riferimento alle discipline liberali in tema di aborto), Habermas: "Certo la tolleranza comporta delle conseguenze che non sono gravose in maniera simmetrica tra credenti e non credenti"²⁰⁶. Ma è altrettanto vero che, ove l'ordinamento recepisce la prospettiva proibizionistica tipica della dottrina cattolica ufficiale, i maggiori costi in termini di coercizione della libertà individuale graverebbero sui laici: mentre questi ultimi non potrebbero esercitare la loro autodeterminazione senza il rischio di incorrere in sanzioni, i credenti – lungi dall'essere giuridicamente costretti a comportarsi in difformità dal loro credo religioso – manterrebbero intatta la loro libertà di agire personalmente in conformità all'idea della sacralità o indisponibilità della vita.

9. *Pluralismo etico e modelli di disciplina normativa: in particolare, il modello c.d. procedimentale; critica del suo (presunto) carattere 'neutrale'*

E' certamente legittimo chiedersi, se rispetto a questioni così complesse e delicate come quelle di fine-vita sia davvero appagante affidarne la soluzione ultima alla giurisprudenza, in virtù del riconoscimento nei casi concreti di una facoltà di lasciarsi morire che ha per effetto di contendere al legislatore penale lo spazio astratto di operatività delle tradizionali fattispecie incriminatrici a tutela della vita.

Non a caso, anche nel nostro paese, come è precedentemente avvenuto negli Stati Uniti, vicende drammatiche come quella di Eluana Englaro hanno visto contrapposti, nel

²⁰⁵ Per tutti, EUSEBI, *Il rapporto con l' "altro"*, cit.

²⁰⁶ HABERMAS, *I fondamenti prepolitici dello Stato liberale*, in *Humanitas*, n. 2/2004, 249.

ruolo di protagonisti di un vero e proprio “dramma costituzionale”²⁰⁷, il potere giudiziario e il potere legislativo venuti in conflitto circa il diritto di avere l’ultima parola²⁰⁸. Ma, al di là delle preferenze che sul piano di una astratta modellistica costituzionale è possibile manifestare circa la maggiore legittimazione dell’uno o dell’altro potere costituzionale²⁰⁹, non mancano certo ragioni concrete per ritenere opportuno un intervento del legislatore. Proprio con riferimento ai temi di fine-vita, il mero riconoscimento giurisprudenziale di un diritto all’autodeterminazione può, infatti, apparire insufficiente ad assicurare una soddisfacente soluzione di tutte le questioni potenzialmente in giuoco nelle diverse situazioni concrete. Per sua finalità istituzionale, la giurisprudenza si limita ad affrontare casi specifici, e non è suo compito delineare una cornice di condizioni generali, atte a definire e circoscrivere in maniera anticipata e tendenzialmente certa l’insieme dei presupposti che legittimano l’esercizio del diritto a rifiutare i trattamenti terapeutici. A maggior ragione, l’esigenza di una disciplina che fissi più in dettaglio presupposti, modalità e limiti dell’esercizio della libertà di morire può apparire ineludibile nell’ottica della responsabilità penale, non ultimo per fornire un più sicuro orientamento ai medici circa l’ambito dei loro doveri di ottemperanza al rifiuto di cure e, nel contempo, circa la loro facoltà di far valere forme di obiezione di coscienza²¹⁰.

Orbene: esistono, in linea di principio, modelli di disciplina penale idonei a sdrammatizzare il conflitto di valori e a consentire, di conseguenza, opzioni di tutela potenzialmente suscettibili di ampio consenso?

In effetti, nell’ambito della teorizzazione penalistica più sensibile ai problemi di disciplina posti dalla compresenza conflittuale di concezioni etiche concorrenti, è andato facendosi strada il convincimento che esista un modello di formazione preferibile rispetto ad al-

²⁰⁷ L’espressione “dramma costituzionale” è tratta da DWORKIN, *Il dominio della vita. Aborto, eutanasia e libertà individuale*, trad. it., Milano, 1994, 161; ID., *La democrazia possibile. Principi per un nuovo dibattito politico*, trad. it., Milano, 2007, 139.

²⁰⁸ Ma la Corte costituzionale, investita dell’impugnazione da parte delle Camere di due provvedimenti giurisdizionali relativi al caso Englaro, rispettivamente della Cassazione e di App. Milano, ha escluso che i giudici abbiano invaso in proposito competenze legislative: cfr. Corte cost. n. 334/2008, in *Foro it.*, 2009, I, 35 con nota di richiami. Contesta invece alla giurisprudenza di avere, nel caso Englaro, usurpato funzioni legislative, GAZZONI, *Sancho Panza in Cassazione*, cit.

²⁰⁹ Su questo complesso e assai dibattuto problema cfr. i lucidi rilievi di PINTORE, *I diritti della democrazia*, cit., passim.

²¹⁰ Cfr. DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno “spazio libero dal diritto”*, in *Cass. pen.*, 2007, 902 ss.

tri proprio per il suo (in realtà ‘presunto’, come tra poco vedremo) carattere ideologicamente neutrale: com’è forse intuibile, alludiamo al modello di regolamentazione che fa leva sulla c.d. scriminante procedurale²¹¹. Tale modello normativo, già utilizzato in tema di aborto e suscettibile di essere adottato anche nei casi di eutanasia, fa dipendere la non punibilità del fatto (abortivo o eutanasi) dalla previa osservanza di una procedura legale che la persona interessata è tenuta a rispettare qualora, in situazioni di necessità esistenziale, scelga di interrompere la gravidanza o di rinunciare a vivere: tale procedimentalizzazione avrebbe come effetto di rendere arbitro della decisione l’individuo, mentre la legge penale di per sé si asterrrebbe dal predefinire in linea generale e astratta un puntuale bilanciamento, in termini di prevalenza o soccombenza di uno dei beni o valori in conflitto. Da questo punto di vista, il legislatore come tale – si sostiene – rimarrebbe ideologicamente neutrale: la eventuale scelta del privato a favore della lesione del bene della vita, non punibile se effettuata nel rispetto della procedura prevista, per l’ordinamento non sarebbe vietata, ma neppure approvata; si tratterebbe piuttosto di una sorta di *tertium genus* tra il non vietato e il giustificato, tra il lecito e l’illecito, insomma una specie di “spazio libero” dal diritto ufficiale, che l’ordinamento stesso delegherebbe alla competenza privata dei soggetti interessati²¹².

A ben vedere, un’impostazione così complessa e artificiosa si espone a rilievi critici che fanno apparire tutt’altro che convincente la tesi della neutralità della procedimentalizzazione. La verità, che l’ingegnoso tentativo teorico vorrebbe occultare, è semplicemente

²¹¹ Cfr. HASSEMER, *Prozedurale Rechtfertigungen*, in Festschrift fuer G. Mahrenholz, 1994, 731 ss. Nella dottrina italiana si vedano, tra altri, DONINI, *Il caso Welby*, cit.; MAGRO, *Eutanasia e legge penale*, Torino, 2001, 253 ss.

Lo schema della procedimentalizzazione (concepito in senso lato) è stato di recente riproposto, con accenti di notevole originalità, in un orizzonte teorico nuovo: si allude al lavoro di DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico? Diritto penale, bioetica e neuroetica*, Torino, 2009, in cui viene prospettata la suggestiva idea di orientare la politica del diritto, nelle materie eticamente sensibili, secondo punti di riferimento desumibili dalle scoperte delle neuroscienze, le quali sembrano già porre le basi di una possibile “neuroetica”, cioè di una nuova etica fondata sul ruolo determinante delle emozioni e, in particolare, dell’empatia. Muovendo da queste premesse teoriche, viene abbozzata la tesi che la soluzione giuridica dei casi concreti bioeticamente rilevanti dovrebbe essere impostata secondo modelli di procedimentalizzazione (col coinvolgimento di “comitati di esperti”, medici o scienziati), idonei a consentire di tener conto del tipo di reazioni emotive provate dai protagonisti effettivamente coinvolti nelle diverse situazioni (DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico*, cit., 178 ss.). Una simile proposta teorica, comunque meritevole di una attenzione ben maggiore di quella che può esserle riservata in questa sede, parrebbe – a prima vista – andare incontro alla possibile obiezione di incorrere in una fallacia naturalistica: senonché, l’autica mostra di esser ben consapevole che le reazioni emotive su base biologica, per assumere rilievo ai fini del giudizio, devono pur sempre essere filtrate e criticamente rielaborate alla stregua di autonomi criteri assiologici e normativi.

²¹² ROMANO M., *Cause di giustificazione procedurali? Interruzione della gravidanza e norme penali, tra esclusioni del tipo e cause di giustificazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 1274.

questa: se l'ordinamento alla fine concede ampio spazio all'autodeterminazione individuale, ciò lo impegna ideologicamente in ogni caso, quale che sia il modello di regolamentazione adottato. Così, nei casi dell'aborto o dell'eutanasia, la non punibilità della condotta lesiva della vita è un riflesso – rispettivamente – della preferenza che la stessa legge finisce con l'accordare (beninteso, in presenza dei presupposti legalmente previsti) alla volontà della donna o all'autodeterminazione dell'ammalato: la proceduralizzazione, lungi dal poter significare che l'ordinamento si astiene dal prendere posizione tra i beni in conflitto, si giustifica col fatto che la legge penale non privilegia incondizionatamente l'autodeterminazione, ma ne subordina l'esercizio ad una procedura di verifica dell'esistenza di condizioni legalmente prefissate²¹³.

Se le cose stanno così, appare allora tutt'altro che risolto il problema dei rapporti tra la legge penale e le concezioni etiche in concorrenza: qualunque modello di disciplina legale, nella misura in cui sottintende giudizi per nulla adiafori di prevalenza o soccombenza tra beni o valori in conflitto, finisce infatti inevitabilmente con l'esibire coloriture ideologiche (e ciò vale, in effetti, a prescindere dalla eventuale preferenza che la deliberazione legislativa manifesti a favore di valori religiosi o di valori laici).

10. *Dai limiti del principio maggioritario come metodo di decisione su questioni eticamente controverse alle possibili ragioni di preferenza per un modello di democrazia 'deliberativa'. Rilevi problematici*

A questo punto, dovremmo dunque prendere atto che l'intervento penale assai difficilmente può presentare un volto del tutto privo di identità sotto il profilo etico-politico o ideologico. Anche al di là dei temi eticamente sensibili in senso stretto, deliberare discipline normative comporta quasi sempre opzioni e bilanciamenti tra interessi o valori concorrenti: e queste opzioni e questi bilanciamenti non possono – a loro volta – non risentire di concezioni politiche e morali che stanno a monte.

Certo, vi è una esigenza di misura e vi è un connesso problema di atteggiamento mentale (carico nel contempo di risvolti etico-politici), entrambi (teoricamente) imposti dalla logica della democrazia costituzionale e dal "fatto del pluralismo". Proprio come sosteni-

²¹³ Così anche ROMANO M., *Cause di giustificazione procedurali?*, cit., 1277.

tori di una (costituzionale) laicità ‘debole’, dovremmo infatti essere in linea di principio propensi a privilegiare modelli di regolamentazione giuridica ideologicamente più deboli che forti: modelli orientati cioè più a un ragionevole temperamento tra i valori in conflitto, che non alla decisa e unilaterale affermazione di una ideologia specifica ai danni delle altre concorrenti.

Da questo punto di vista, è allora abbastanza comprensibile ad esempio che da parte laica si additi l’attuale legge in discussione sul c.d. biotestamento come un pessimo esempio di normazione ideologica fortemente influenzata da una visione neo-confessionale²¹⁴. E’ un dato di fatto che le forze governative, avendo pregiudizialmente scelto (anche per ragioni di opportunismo politico) di privilegiare le posizioni della Chiesa, hanno disatteso già in partenza quell’onere di prendere sul serio le posizioni avversarie (principio dell’ *audiatur et altera pars*), che per il costituzionalismo costituirebbe presupposto indefettibile della legittimazione sostanziale delle deliberazioni assunte in base al criterio di maggioranza²¹⁵. Nel contempo, l’ispirazione complessiva della legge in preparazione, col conferire carattere non vincolante alle dichiarazioni anticipate di fine-vita e col rimettere paternalisticamente la decisione ultima nelle mani del medico, intende suonare come una vera e propria ‘sconfessione’ legislativa di quel diritto individuale all’autodeterminazione che la giurisprudenza ha, invece, ritenuto di poter desumere per via ermeneutica-ricostruttiva dalla Costituzione. Ci troviamo di fronte, dunque, al rinnovarsi di una emblematica contrapposizione tra ideologia politica maggioritaria e diritto individuale giurisdizionalmente riconosciuto: un persistente riproporsi di quel “dramma costituzionale”, che il berlusconismo politico inclina ossessivamente a mettere in scena quale effetto della sua estremistica concezione ‘maggioritaria’ della democrazia.

Il discorso ritorna così, inevitabilmente, sul modo di concepire e praticare la democrazia e sul problema dei rapporti tra democrazia e diritti. Problema assai arduo, che non a caso è da anni al centro della riflessione giusfilosofica e costituzionalistica (anche italiana). E non è altresì un caso che da tale riflessione emerga, tendenzialmente, un atteggiamento di

²¹⁴ Emblematica in questo senso la critica di RODOTÀ, *Testamento biologico. Chi vuole rubarci la vita, ne la Repubblica* 7 luglio 2011; in termini analoghi, VERONESI, *Se il vuoto legislativo si trasforma nel minore dei mali*, ivi, 8 luglio 2011.

²¹⁵ DOGLIANI, *Le celebrazioni dei 60 anni della Costituzione. Nichilismo realistico versus patetismo pedagogico?*, in *Quest. giustizia*, n. 6/2008, 32 s.

diffidenza verso un modello di democrazia di stampo maggioritario, considerato il meno atto a garantire i diritti fondamentali. Da qui la preferenza, nel presupposto teorico di una sua maggiore compatibilità col costituzionalismo dei diritti, per una concezione della democrazia orientata secondo un modello di tipo ‘dialogico’ o ‘deliberativo’ (modello che invero tende, a sua volta, a divenire nel suo nucleo essenziale punto di convergenza di matrici teoriche e culturali eterogenee, dalla teorizzazione politologica statunitense, alla filosofia politica di Rawls, alla teoria della ragione discorsiva di Habermas): un modello di democrazia cioè che fonda la legittimità della deliberazione democratica, più che sulla aggregazione delle preferenze individuali (sempre più spesso motivata da intese strategiche a carattere opportunistico), su un processo formativo delle volontà aperto al dialogo ragionato, allo scambio di ragioni o argomenti finalizzati a promuovere ampie intese in vista dell’interesse generale²¹⁶.

Coerente con questa concezione del processo democratico è, quindi, un atteggiamento cooperativo, orientato alla ragionevolezza e al mutuo rispetto tra tutti i soggetti partecianti alla decisione politica. Si tratta, in altre parole, di quello stesso tipo di inclinazione mentale che – in termini rawlsiani – dovrebbe favorire un “consenso per intersezione”, e che – in termini habermasiani – dovrebbe agevolare il raggiungimento di intese di tipo comunicativo.

In effetti, l’orizzonte della democrazia deliberativa (concepita almeno come ‘ideale regolativo’) sembrerebbe prospettarsi, in linea di principio, come quello potenzialmente più idoneo a promuovere scelte legittimate da diffuso consenso anche sul tormentato versante dei temi eticamente sensibili. Emblematica, in proposito, la posizione di Juergen Habermas. Auspicando che nella fase post-secolare in cui viviamo la produzione del diritto su questioni eticamente controverse scaturisca da intese democratiche fondate su reali interazioni comunicative, Habermas sollecita un confronto dialogico tra credenti e non credenti, caratterizzato dalla disponibilità degli uni a porsi nel rispettivo punto di vista degli altri: così,

²¹⁶ Nell’ambito della copiosissima letteratura sulla democrazia “deliberativa” (peraltro, concettualizzata secondo diverse varianti teoriche che in questa sede non possono essere esplicitate), sia consentito qui limitarsi – con un certo arbitrio – a menzionare: MARTÍ, *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, Madrid-Barcelona, 2006; si vedano, altresì, AA.VV., *La deliberazione pubblica*, a cura di L. Pellizzoni, Roma, 2005; PINTORE, *Democrazia e deliberazione*, in ID., *Democrazia e diritti. Sette studi analitici*, Pisa, 2010, 49 ss.; ID., *I diritti della democrazia*, cit., 43 ss.; SCHIAVELLO, *Diritti umani e pluralismo tra argomentazione e negoziazione*, in *Ragion pratica*, n. 34/2010, 129 ss.

mentre i cittadini religiosamente sensibili dovrebbero sforzarsi di tradurre i loro convinimenti fideistici in ragioni mondane, i soggetti portatori di culture secolari dovrebbero invece impegnarsi a riflettere sui limiti dell'illuminismo e dovrebbero astenersi dal respingere in partenza come assolutamente irrazionali le credenze religiose²¹⁷.

Lasciando per il momento da parte il problema relativo alla possibilità – a prima vista, assai allettante – di interagire con spirito realmente collaborativo da opposte sponde religiose e laiche, v'è a questo punto da chiedersi se un approccio di tipo deliberativo alla democrazia sia oggi suscettibile di vantare titoli di legittimazione non solo teorici, ma altresì rilevanti in una prospettiva più strettamente giuridica.

10.1. Spunti in quest'ultima direzione sembrano, invero, desumibili da una recente e acuta indagine sull'impiego del concetto di democrazia nell'ambito della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo²¹⁸. Ancorché la Corte di Strasburgo non adotti esplicitamente il concetto di democrazia deliberativa, nella sua giurisprudenza sono individuabili – come si mette bene in evidenza nell'indagine ricostruttiva – alcuni filoni sintomatici di un'inclinazione crescente a valorizzare un quid che finisce, nella sostanza, col convergere con quanto di essenziale sta a cuore alle teorie deliberativiste: ciò sino al punto di suggerire la tesi che la Corte ha negli ultimi anni talvolta svolto, e può in futuro continuare a svolgere un ruolo di promozione dei valori che sono alla base dell'idea di democrazia deliberativa²¹⁹.

Tra le possibili indicazioni esemplificative in tal senso, assumono in questa sede una valenza privilegiata proprio quei 'casi difficili', in cui la restrizione di un diritto fondamentale ad opera di una legge statale trova giustificazione nell'esigenza di disciplinare settori sensibili sotto l'aspetto morale. In casi di questo genere, il controllo esercitato dalla Corte – ecco il punto significativo – attribuisce un ruolo rilevante alla 'qualità' del processo di formazione della scelta legislativa limitatrice del diritto in questione: quanto più cioè tale scelta risulta essere frutto di un processo deliberativo vicino allo standard ideale, in termini di scrupoloso scambio di ragioni pro e contro la soluzione adottata, tanto più la Corte è di-

²¹⁷ HABERMAS, *I fondamenti morali prepolitici*, cit., 249 s.

²¹⁸ STARITA, *Democrazia deliberativa e Convenzione europea dei diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2010, 245 ss.

²¹⁹ STARITA, *Democrazia deliberativa*, cit., 253 ss.

sposta a riconoscere un ampio margine di legittima discrezionalità valutativa allo Stato membro nel limitare il diritto tutelato dalla Cedu. Così ad esempio, nella sentenza del 2007 relativa al caso Evans avente ad oggetto la disciplina della fecondazione in vitro da parte del legislatore del Regno Unito²²⁰, la Corte ha ritenuto legittimo che la legge britannica subordini il ricorso a tale tecnica al consenso del donatore dei gameti, facendo leva – tra l’altro – sulla seguente motivazione: “E’ importante rilevare che la legge del 1990 è stata adottata in seguito a un’analisi eccezionalmente minuziosa delle implicazioni sociali, etiche e giuridiche dei progressi nel campo della fecondazione e dell’embriologia umana e che essa è il frutto di un ampio insieme di riflessioni, consultazioni e dibattiti”.

Sarebbe auspicabile che i giudici di Strasburgo possano continuare a svolgere in futuro “un ruolo non trascurabile di promozione della democrazia deliberativa”, anche assumendo il relativo concetto in una accezione nucleare che prescinde dall’adesione a modelli teorici precisi e compiuti²²¹. Rimane tuttavia sul tappeto, per altro verso, il problema preliminare e più generale relativo alle effettive chances di avvicinamento delle democrazie attuali, considerate nelle loro concrete modalità di funzionamento, al modello ideale sotteso alla concezione deliberativista.

10.2. Guardando alla realtà effettuale di non poche democrazie contemporanee, l’approccio teorico deliberativista può certo essere considerato alquanto ‘utopistico’ o ‘irrenico’²²². In ogni caso, può apparire assai ottimistico confidare nelle virtù del confronto dialogico specie quando l’oggetto della deliberazione riguarda – appunto – temi eticamente controversi, la cui discussione non di rado suscita addirittura sentimenti di reciproca ostilità e pulsioni aggressive tra i portatori di visioni contrapposte: in particolare in questi casi, infatti, “può accadere che il dialogo, anziché eliminare o ridurre il dissidio, finisca per esacerbarlo, acutizzarlo e approfondirlo”²²³; anche perché il dialogo ragionato, consentendo di

²²⁰ Corte europea dei diritti umani, Evans c. Regno Unito, ricorso 6339/05, sentenza 10 aprile 2007.

²²¹ Cfr. ancora STARITA, *Democrazia deliberativa*, cit., 275 ss.

²²² Per tutti, PINTORE, *Democrazia e deliberazione*, cit., 51 ss.

²²³ CELANO, *Ragione pubblica e ideologia*, cit., 367.

mettere meglio a fuoco le ragioni di divergenza tra i diversi punti di vista in campo, “potrebbe acuire le divisioni esistenti o crearne di nuove”²²⁴.

In effetti, non è per nulla scontato che uno stile di discussione parlamentare in linea di principio aperto al dialogo costruttivo sarebbe destinato a sfociare di fatto, ad esempio in un campo di materia tormentatissimo come quello del testamento biologico, in soluzioni legislative frutto di ampie intese tra cattolici e laici. Alquanto scetticismo in proposito apparirebbe a maggior ragione giustificato, quanto più un pur approfondito scambio di punti di vista, anziché incentrarsi su concreti problemi di disciplina di specifiche situazioni problematiche, dovesse continuare a svilupparsi sul piano filosofico astratto dei grandi principi in competizione (indisponibilità o sacralità versus disponibilità o qualità della vita ecc.).

A questo punto, considerate le possibili ragioni di problematicità relative alla teoria e alla prassi della democrazia deliberativa; e considerato che, specie nell’ambito dei temi eticamente sensibili, la persistenza di disaccordi costituisce un dato pressoché ineluttabile, dovremmo realisticamente rassegnarci a prendere atto che non si può sfuggire alla cogenza del principio maggioritario, quale criterio di decisione irrinunciabile della democrazia rappresentativa – confidando, tutt’al più, in un possibile (ma per nulla scontato) intervento ‘correttivo’ della Corte costituzionale a tutela di diritti calpestati o trascurati dalla deliberazione politica maggioritaria?

10.3. Non rassegnandoci al destino di una difficile coesistenza tra democrazia e diritti, in particolare nei casi in cui l’applicazione del principio maggioritario comporta una mortificazione del pluralismo etico, mantiene in realtà ragion d’essere un ricorrente dubbio: se sia cioè legittimo decidere in parlamento le questioni eticamente controverse facendo – appunto – ricorso al consueto metodo maggioritario; o se, tra le alternative possibili – oltre alla rinuncia allo strumento della legge, e alla eventuale attribuzione della competenza a decidere a “Comitati etici” od organismi analoghi²²⁵ –, vi siano mezzi correttivi della stessa democrazia rappresentativa, come in particolare la previsione di procedure deliberative aggravate (ad esempio, maggioranza qualificata dei due terzi e simili): un tipo di correttivo della

²²⁴ PINTORE, *Democrazia e deliberazione*, cit., 52.

²²⁵ Cfr. DAHRENDORF, *Dopo la democrazia*, a cura di A. Polito, Roma-Bari, 2001, 112 s.

logica puramente maggioritaria, questo, che non a caso è stato talvolta suggerito – più in generale – per l’approvazione di tutte le leggi concernenti la materia dei delitti e delle pene²²⁶.

A nostro avviso, l’idea di introdurre maggioranze qualificate per deliberare su questioni delicate che suscitano aspri conflitti di valori (o, addirittura, sull’intera materia penale, stante la forte incidenza della sanzione punitiva su diritti fondamentali del singolo) non sarebbe, in linea di astratto principio, priva di plausibili ragioni a sostegno. Diverso è il discorso se, passando dal versante speculativo a quello pragmatico, ci si chiede quali concrete possibilità oggi vi siano perché una simile riforma possa tradursi in realtà.

11. *Considerazioni conclusive: qualsiasi regolamentazione giuridica sottintende, in qualche modo o misura, concezioni generali della vita e del mondo*

Rimedi istituzionali come quelli di cui sopra, utopistici o realistici che siano, attengono pur sempre al versante procedurale della deliberazione democratica. Sicché, sarebbe ancora una volta facile obiettare che un incremento del numero dei voti necessari ad approvare una determinata decisione tra le diverse possibili, non garantisce – per ciò solo – un potenziamento della sua razionalità o ragionevolezza sotto il profilo dei contenuti sostanziali.

Non si tratta a questo punto di impegnarsi nella nota e dibattutissima problematica tra le concezioni cosiddette procedurali e le concezioni cosiddette sostanziali della democrazia. Piuttosto, è appena il caso di rilevare che il raggiungimento di intese più ampie, in sede di regolamentazione normativa di questioni aperte al conflitto assiologico, presupporrebbe – come condizione sostanziale – uno sforzo di superamento dell’attuale pluralismo etico, in vista della costruzione (per dir così) di un nuovo ‘minimo etico’ condiviso: in una prospettiva beninteso che, in particolare oggi, non potrebbe rimanere circoscritta a una sola cultura o a un solo paese, ma dovrebbe estendersi a un orizzonte transnazionale e transculturale. Saremo capaci di costruire un nuovo ethos pubblico, condiviso almeno

²²⁶ In proposito, cfr. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, in *Quaderni fiorentini. Per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 36/2007, 1269 s. Nella dottrina tedesca, per accenni all’idea di una possibile previsione di maggioranze qualificate cfr. AMELUNG, *Der Begriff des Rechtsguts*, cit., 164 e nota 42.

nell'ambito dei paesi occidentali, intorno ai temi della vita e della morte così come ci si prospettano oggi per effetto della continua evoluzione delle biotecnologie²²⁷?

Non è senza significato che, nell'ambito di una recente riflessione a più voci di alcuni tra i più qualificati filosofi italiani – sia laici, sia credenti (ma non seguaci della dottrina ufficiale cattolica) –, chiamati a pronunciarsi su “che cosa vuol dire morire”²²⁸, si registri una tendenziale convergenza di posizioni rispetto almeno a due punti importanti. E cioè, per un verso, è pressoché da tutti riconosciuto il ruolo irrinunciabile dell'autodeterminazione personale nelle scelte che riguardano il come vivere e il come morire; mentre, per altro verso, è condivisa l'esigenza di promuovere visioni etiche più adeguate ai nostri tempi. Come dice assai bene, in particolare, Aldo Schiavone: “Dobbiamo cominciare a riflettere su qualcosa che non abbiamo mai avuto: un'etica della morte, all'interno dei nuovi orizzonti aperti dalla tecnica (...). E serve una coraggiosa elaborazione collettiva. Su questa strada siamo solo agli inizi. Ci vuole coraggio politico, e coraggio intellettuale”²²⁹.

Questa nuova etica della vita e della morte, sollecitata dallo sviluppo scientifico-tecnologico, dovrebbe delineare un quadro assiologico di riferimento capace – nello stesso tempo – di fungere da rinnovato retroterra etico di discipline giuridiche future auspicabilmente meno controverse e più condivise. Non dimentichiamo – anche se il consolidato linguaggio tecnico della teoria del bene giuridico rischia, forse, di farcelo dimenticare – che il tradizionale assetto della tutela penale a tutto campo del bene della vita, concepito come indisponibile, affonda le radici in un complesso intreccio di concezioni morali, credenze ed emozioni²³⁰ risalenti ad epoche e società ancora legate al paradigma di una prevalente ‘naturalità’ dell'esistenza umana. Da questo punto di vista, si potrebbe dire che ogni diritto penale storico ha alle spalle una corrispondente etica pubblica, dalla quale non può non essere anche implicitamente influenzato.

Se ciò è vero, non possiamo d'altra parte essere sicuri che una nuova etica condivisa riesca davvero a vedere la luce, o a consolidarsi a tal punto da fungere da sorgente (prepoli-

²²⁷ Si vedano in proposito i saggi raccolti sotto il titolo *Un'etica pubblica europea?*, a cura di E. Ceva, in *Politeia. Rivista di etica e scelte pubbliche*, n. 95/2009, 3 ss.

²²⁸ AA.VV., *Che cosa vuol dire morire*, a cura di D. Monti, Torino, 2010.

²²⁹ SCHIAVONE, *L'uomo e il suo destino*, in AA.VV., *Che cosa vuol dire morire*, cit., 19. Più diffusamente, ID., *Storia e destino*, Torino, 2007.

²³⁰ NUSSBAUM, *Nascondere l'umanità. Il disgusto, la vergogna, la legge*, trad. it., Roma, 2005, 30 ss.

tica) di scelte normative adeguate alla realtà contemporanea. Al tempo stesso, e per altro verso, come escludere però che un persistente ‘pluralismo’ possa rappresentare un valore positivo anche per il futuro?

Comunque sia, riportando il discorso su di un terreno più specificamente penalistico, è forse superfluo esplicitare che la credibilità e l’efficacia della tutela penale potrebbero in teoria giovare di punti di riferimento assiologici meno controversi e ampiamente accettati: se i cittadini sono in condizione di percepire con chiarezza il discrimine tra il socialmente tollerabile e il socialmente intollerabile, la funzione di orientamento della legge penale si rafforza. Ma questa chiarezza – a sua volta – presuppone che il legislatore sia chiaro nelle opzioni di valore e nelle conseguenti scelte di tutela.

Richiamando l’interrogativo – posto all’inizio di queste riflessioni – sul possibile carattere neutrale di discipline normative aventi ad oggetto materie eticamente sensibili, siamo a questo punto indotti a rispondere - conclusivamente - in senso negativo: qualsiasi tipo di disciplina, nella misura in cui implica scelte e bilanciamenti tra valori influenzati da concezioni della vita e del mondo, esprime inevitabilmente una qualche filosofia, una qualche ideologia. Non esistono spazi liberi dalle pregiudiziali filosofiche, etiche, ideologiche; e questo – piaccia o non piaccia – vale anche nel caso della disciplina penale.

MASSIMO DONINI

Democrazia e scienza penale nell'Italia di oggi: un rapporto possibile?

Sommario: 1. Poteri dello Stato e “questione italiana”. La situazione spirituale del Paese sulla giustizia penale. 2. Politica (del diritto) vs. scienza (giuridica), tra limiti e costanti del *ius positum*. 3. L’oggetto della scienza giuridico-penale oggi. 4. Il metodo di tale scienza. 5. Ulteriori conseguenze relative al metodo. La razionalità “delle leggi”. 6. La motivazione della legge. 7. I limiti del normativismo integrale. 8. Il controllo costituzionale mediante giudizi di fatto. 9. Retorica processuale vs. pluralismo dogmatico: dai *δισσοὶ λόγοι* alla dottrina comune, all’«opinione più scientifica» nell’ambito dei saperi orientati alla pratica. 10. La dogmatica giuridica (principi dottrinari oggetto di dimostrazione argomentata, e non solo di qualificato convincimento) come *tertium genus* tra *πίστις* e *δόξα*. 11. Il riconoscimento dell’altro e l’etica della citazione. 12. Tutela penale del pluralismo? 13. Epilogo quasi antropologico, in realtà soltanto storico.

1. Poteri dello Stato e “questione italiana”. La situazione spirituale del Paese sulla giustizia penale

Qualcuno un domani ci chiederà: e tu dove eri? Ti stavi occupando di dogmatica? Eri impegnato a decidere chi sarebbe stato il prossimo preside, il prossimo direttore di dipartimento, o come si dovevano affrontare le politiche accademiche dei nuovi concorsi universitari? Oppure eri impegnato nei processi penali dei tuoi clientes? Sicuramente portavi avanti le tue normali lezioni, facevi gli slalom tra i crediti formativi e i requisiti minimi dei corsi. O cercavi affannosamente finanziamenti Prin, Jean Monnet, di programmi quadro e quant’altro? Occupavi i fine-settimana a riempire il sistema U-Gov dei tuoi scritti, aggiornando incessantemente il tuo splendido curriculum? Magari ti interessavi della riforma della governance universitaria. E intanto continuavi a fare il convegnista. Però, mentre facevi tutto ciò, dove eri? Ti eri accorto che la democrazia nel tuo paese era cambiata? Che non potevi più parlare del sistema penale, della razionalità delle leggi, dei principi di legalità e di eguaglianza, o della divisione dei poteri, come prima?

Ecco, queste domande possono essere lette da sinistra, ma anche da destra. Esse non riflettono, infatti, un'ottica di partito, o di schieramento, ma istituzionale. C'è una cosa oggi, che è impossibile continuare a fare, diversamente da quanto mi illudevo nel 2004 quando licenziai un libro sottotitolato "la democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà"²³¹. Di quel libro, in realtà, riproporrei pressoché tutto. Tuttavia, oggi mi pare impossibile fare finta di niente, continuare il lavoro scientifico, facendo finta, come troppo spesso ci accade nella vita. Qualunque discorso su questi temi deve affrontare, in modo centrale, o magari parallelo e complementare, ma chiaro, la specificità della questione italiana in tema di diritto penale e di giustizia.

La questione italiana è la seguente. Da alcuni anni ormai, non riusciamo più a vedere nella forma 'legge' lo specchio o l'immagine di una disposizione generale e astratta. Parlo della legge penale, soprattutto (e processuale penale), e mi riferisco ad alcune leggi o a progetti di legge, a quelle approvate e a quelle abortite, anche a quelle dichiarate illegittime. La forma-legge non è più quella scolpita da Rousseau nel § 6 del libro secondo del Contratto sociale²³². Tutto il nostro discorso, invece, partirà dal presupposto che la legge possa e debba tornare a essere solo questo. Un provvedimento generale e astratto, che non può essere implicitamente modellato su una situazione personale. La forma-legge è in funzione, tra l'altro, dell'eguaglianza, e le differenziazioni sono doverose per regolare situazioni diverse. Questo è l'altro lato della eguaglianza formale, non lo stato di eccezione gestito discrezionalmente dal Sovrano.

Le leggi eccezionali sono una realtà di sistema, di per sé non incostituzionale. Mi riferisco, si capisce, alle eccezioni alle regole, non alle eccezioni ai principi. Il normalissimo criterio della differenziazione è il rovescio dell'eguaglianza formale: disciplinare diversamente le questioni differenti.

Esempi di differenziazione-deroga (leggi): imputazione causale di un evento come regola e imputazione senza causalità o con differente declinazione della c.s.q.n. come eccezione; nozione generale della colpa, ma sua differenziazione nei casi di culpa iuris, di colpa

²³¹ DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Giuffrè, Milano, 2004.

²³² ROUSSEAU, *Le contrat social*, tr. it. Einaudi, Torino, 1976, 53 s. Per la storia del requisito della "generalità" della legge, da Platone e Aristotele in poi, cfr. G. KIRCHHOF, *Die Allgemeinheit des Gesetzes*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2009, 69 ss.

in contesto illecito etc.; imputazione oggettiva delle attenuanti anche nel concorso di persone, ma soggettiva in alcuni casi (art. 118 c.p.); regime differenziato o “di eccezione” per i recidivi rispetto a numerosi istituti (prescrizione, sospensione della pena, riabilitazione, amnistia, indulto etc.); possibilità di analogia in bonam partem, ma divieto rispetto alle leggi eccezionali; il ‘fatto’, non il ‘diritto’ come oggetto del dolo, di regola, ma esistenza di fatti specie normativizzate o altrimenti neutre, dove anche il diritto è oggetto del dolo.

C’è poi anche una differenziazione inerente agli stessi principi come sottodistinzione al loro interno (anziché come ‘deroga’ a una regola): per es. il concetto di responsabilità penale “personale” (art. 27 Cost.) può conoscere declinazioni distinte, a seconda che si applichi agli enti o alle persone fisiche.

La situazione attuale ha posto peraltro una questione ben diversa da una normale differenziazione, cioè piuttosto il problema della legittimazione elettorale della violazione dell’eguaglianza. Sono eletto dal popolo come leader nella piena consapevolezza collettiva dei problemi penali in cui mi trovo coinvolto. Dunque occorre modificare le leggi per consentirmi di governare. Il presupposto implicito di questo ragionamento è che ci si trovi in presenza di un *fumus persecutionis* che giustifichi politicamente riforme privilegianti in corso di partita. Per alcuni si chiama attentato alla Costituzione. Il codice penale lo voleva punire all’art. 283 c.p., se il fatto avveniva in modi non consentiti dalla legge. Però, una riforma del 2006 (l. 24 febbraio 2006, n. 85) ha inserito il requisito unico della violenza, con ciò consentendo penalmente (non giuridicamente) di fatto un attentato vero, purché di tipo non violento.

Per altri questa legittimazione elettorale della disuguaglianza si chiama un “voltare pagina”, per occuparsi finalmente dei problemi ‘veri’ del Paese²³³. C’è molto realismo in tale visione, un prendere atto dei limiti attuali dei rapporti di forza in Parlamento e fuori.

Qualunque soluzione si adotti è chiaro che non sarà di tipo socratico, perché non c’è un Socrate che si sottopone alle leggi della città. Qui le leggi vengono o eluse o cambiate, ritenendosi in partenza inammissibile la sottoposizione di una persona al giudizio negativo dei magistrati. E se invece ciò dovesse accadere, in ogni caso è difficile ipotizzare che il

²³³ Su tale dialettica v. l’icastica rappresentazione di F. CORDERO, *Il brodo delle undici*, Bollati Boringhieri, Milano, 2010, 87 ss.

contesto rimanga quello di una normalità istituzionale. Superata, comunque sia, questa situazione di impasse, è chiaro che si dovrà tornare alla normalità, e a una normalità costituzionale che oggi non c'è.

Esiste però anche un altro aspetto della questione italiana, che non possiamo qui sottere, e non certo per voler essere ad ogni costo “bipartisan”.

La divisione dei poteri, che da tempo ha cessato dovunque di essere quella classica che ci hanno insegnato i modelli sette- o ottocenteschi²³⁴, conosce in Italia tensioni ignote nella quasi totalità degli altri Paesi occidentali di democrazia costituzionale, con particolare riferimento ai rapporti tra potere legislativo, o meglio classe politica, e magistratura²³⁵. E' il problema del giustizialismo, dell'uso della magistratura penale, o della disponibilità della magistratura penale ad essere utilizzata, come strumento di lotta politica. La soluzione di questo problema difficilmente potrà essere adottata e resa accettabile in situazioni di conflitto di interessi. E' una questione di etica politica, e non solo di moralità della classe politica.

L'ipotesi da cui muovo è che la cultura della separazione della politica dalla morale non abbia prodotto solo buoni frutti. Di quella cultura siamo tutti figli, da quando studiamo il Principe al liceo o accettiamo l'idea che un amministratore debba essere capace, prima che onesto. Lo stesso dicasi della separazione del diritto dalla morale, che come la prima separazione molto è dipesa, storicamente, in Italia, dall'incapacità di separare la morale da quella cattolica e dal timore di continue ingerenze della Chiesa nello Stato e nel diritto. Ciò ha condizionato culturalmente in modo diretto e profondo il modo di reagire alla amoralità o all'immoralità dei comportamenti politici, producendo a sua volta quella forma anomala di moralismo giuridico che è il giustizialismo: l'unico moralismo del diritto e della politica

²³⁴ Cfr. soltanto PIZZORNO, *Il potere dei giudici. Stato democratico e controllo della virtù*, Laterza, Roma-Bari, 1998; GUARNIERI, PEDERZOLI, *La democrazia giudiziaria*, Il Mulino, Bologna, 1997; ID., *La magistratura nelle democrazie contemporanee*, Laterza, 2002; GARAPON, *Le gardien des promesses. Justice et démocratie* (1996), tr. it. *I custodi dei diritti. Giustizia e democrazia*, Feltrinelli, Milano, 1997; TATE/VALLINDER (Eds.), *The Global Expansion of Judicial Power*, New York University Press, New York, 1995, nonché, volendo, DONINI, *Jueces y democracia. El papel de la magistratura y democracia penal. El uso judicial del derecho penal de los principios*, in *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 2005, 403 ss.

²³⁵ Cfr., da diverse angolazioni, ma tutte “di sinistra”, VIOLANTE, *Magistrati*, Einaudi, Torino, 2009; PALOMBARINI, *Giudici a sinistra*, Esi, Napoli, 2000; AA.VV., *Giudici e democrazia. La magistratura progressista nel mutamento istituzionale*, a cura di N. ROSSI, Franco Angeli, Milano, 1994; AAVV., *Il potere dei giudici*, ManifestoLibri, Roma, 1994; E SCODITTI, *Il contropotere giudiziario*, Esi, Napoli, 1999

attualmente accetto anche a una parte dei giuristi e dei politici che professano la separazione del diritto e della politica dalla morale. Il giustizialismo²³⁶, infatti, non è soltanto una forma di lotta politica dove l'avversario viene combattuto mediante la sua criminalizzazione; è la via italiana del ritorno a un incontro del diritto e della politica con la morale. Separati nella genesi delle norme, e dunque nella loro fisiologia (la costruzione "laica" e amorale di un illecito), li ritroviamo però inseparabili nella patologia (quando l'illecito è davanti agli occhi, in quanto commesso). Ma è una soluzione patologica essa stessa quella della moralizzazione solo a posteriori, dato che quel legame, quel nesso avrebbe dovuto essere meglio concepito, elaborato e costruito prima, fin da principio, a livello giuridico e politico²³⁷.

Si può concepire un'etica senza Dio²³⁸, ma non un diritto o un'etica senza morale²³⁹. Le scelte sono inevitabili ma anche qualificanti la dimensione "pubblica" della ragione come del diritto²⁴⁰.

La soluzione al dilemma sopra descritto andrà cercata – a mio avviso – in una sorta di patto sociale, o di nuova costituzione, che lasci alle spalle il dualismo laici-cattolici e liberali-comunisti, o fascisti-comunisti – etichette divenute insopportabili, credo a molti di noi, e forse neppure più comprensibili per le nuove generazioni non appena cominciano a pensare in autonomia – verso la costruzione di un'etica pubblica, non privata, di comune riconoscimento²⁴¹. La formazione di un nuovo codice penale, cioè di un patto costituzionale sulle libertà e sui valori fondamentali condivisi, non è l'obiettivo di tale rinnovamento costituzionale, ma potrebbe costituire – tra dieci o venti anni, o quando sarà – un momento di quel percorso. In caso contrario, proprio sul piano "etico-politico", non sarà ancora possibile un

²³⁶ Per una sintesi di taglio giornalistico, efficace e anche equilibrata, del fenomeno, v. FASANELLA/PELLEGRINO, *Il morbo giustizialista*, Marsilio, Venezia, 2010.

²³⁷ V. la rivalutazione del pensiero di Welzel riguardante l'importanza della interiorizzazione dei precetti e del valore sociale degli atti (o "sozialethische Handlungswerte") rispetto al semplice "valore d'evento", in HASSEMER, Vor § 1/249 ss. in *Nomos Kommentar zum StGB*, Nomos, Baden-Baden, 1995; e già ID., *Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre*, Europäische Verlagsanstalt, Athenäum Verlag, Frankfurt a.M., 1973, 87 ss.

²³⁸ Cfr. LECALDANO, *Un'etica senza dio*, Laterza, Roma-Bari, 2006; FLORES D'ARCAIS, *Etica senza fede*, Einaudi, Torino, 1992.

²³⁹ Cfr. A. CORTINA, *Ética sin moral*, Tecnos, Madrid, 2000⁴.

²⁴⁰ V. di recente LUZZATI, *La politica della legalità. Il ruolo del giurista nell'età contemporanea*, Il Mulino, Bologna, 2005.

²⁴¹ Non è giustificabile che la "questione morale" sia periodicamente appannaggio di una parte politica o di un attore della vita sociale: essa *non appartiene* ai "cattolici", né ai "comunisti", né al c.d. "partito dei giudici". Appartiene a tutti.

discorso “normale”, sereno, e ancor meno “scientifico” su questi e, quel che pure conta, sui molti altri aspetti della giustizia.

Fatte queste premesse sullo “stato spirituale” dei rapporti tra poteri dello Stato, vediamo alcuni profili più tecnici relativi ai nessi tra politica e scienza, osservando fin da subito che il livello della riflessione sulla scienza giuridica appare in Italia ben più avanzato di quanto non potrebbe sembrare a chi, osservando le cose dall'esterno, si limitasse a considerare lo stato spirituale della situazione italiana sulla giustizia sopra descritta²⁴².

2. *Politica (del diritto) vs. scienza (giuridica), tra limiti e costanti del ius positum*

Dai tempi del “Politico” di Platone sappiamo che è meglio porre la legge come sovrana rispetto all'uomo di Stato²⁴³, e che di quella tecnica di “prendersi cura” degli uomini come società collettiva, in cui consiste la politica²⁴⁴, si può dare una conoscenza o una $\square\pi\sigma\tau\eta\mu\epsilon$. Si tratta di una conoscenza relativa a saperi che hanno finalità operativa, o direttiva, e che attuano bilanciamenti di interessi, esigendo misura, un giusto mezzo, secondo criteri di convenienza e di opportunità, nella scelta tra diverse opzioni²⁴⁵.

Tra le forme più originarie e immediate dell'azione politica va annoverato in primo luogo il diritto, che in uno Stato moderno, costituzionale e democratico di diritto, è strumento principe della politica.

La legge, però, e ancor più il diritto che la conforma, non è una mera «tecnica della politica», non è un mero instrumentum regni. Essa pone, infatti, limiti e anche scopi alla

²⁴² Il discorso vale più in generale per lo stato della riflessione sulla cosa pubblica da parte degli intellettuali, dei quali non sempre è agevole sentire la voce in questi anni. Cfr. ASOR ROSA, *Il grande silenzio. Intervista sugli intellettuali*, a cura di S. FIORI, Laterza, Roma-Bari, 2009.

²⁴³ PLATONE, *Politico*, 294, 297d-e, 300a-c. E' noto che il “Politico”, dedicato all'uomo di Stato, segna il ‘passaggio’ dall'utopia de “La Repubblica” al trattato su “Le leggi” dell'ultimo Platone. In esso si ritrovano in modo non pienamente sistematizzato i concetti qui ripresi, e poi anche resi più famosi da Aristotele, che li ha recepiti criticamente dal suo maestro, rendendoli peraltro anche più coerenti e accettabili, nella “Politica”. Ma erano in buona parte già tutti lì presenti. Poco importa che, poi, nelle “Leggi” platoniche, le preoccupazioni dirigiste di Platone, mai smentite dalla Repubblica in poi, l'abbiano condotto a ipotizzare anche un extralegale e sovraordinato “consiglio notturno” di saggi a tutela della religione e delle stesse leggi. In questa sinistra invenzione si anticipa, purtroppo, una prassi o una tentazione, che noi tutti sappiamo esistere o emergere, a tratti, anche nelle nostre repubbliche democratiche, in ogni contesto assembleare dove poche persone controllano i voti di molti. V. comunque L. STRAUSS, *The Argument and the Action of Plato's “Laws”*, 1975, tr. it. *Le “leggi” di Platone. Trama e argomentazione*, Rubbettino, Soveria Mannelli (CZ), 2006, 249 ss. e PANNO, *Dionisiaco e Alterità nelle “Leggi” di Platone*, Vita e Pensiero, Milano, 2007, 215 ss. (cap. VI).

²⁴⁴ *Ivi*, 275b-276b

²⁴⁵ *Ivi*, 284 a-d

politica, e non ne rappresenta un prodotto integrale. La legge ha quindi a che vedere con l'ideale di giustizia che deve dirigere l'azione politica. La deviazione dal vincolo alla legge (oggi diremmo: dalla legge costituzionale) rappresenta in effetti, già nella riflessione platonica, l'origine della corruzione delle forme di Stato (monarchia, aristocrazia, democrazia vs. tirannide, oligarchia, demagogia)²⁴⁶.

Lo sviluppo del paradigma costituzionale, di una democrazia costituzionale, costituisce oggi una risposta univoca anche contro una cultura marxista o realista che veda nel diritto il semplice epifenomeno, o una sovrastruttura, dell'economia o delle forze che hanno la sovranità o il potere.

Ci poniamo peraltro anche una domanda più radicale: c'è spazio per una dimensione del diritto come sapere in parte autonomo dalla stessa Costituzione? Esiste, nel diritto, qualcosa che non sia attuazione costituzionale, ma conoscenza indipendente dalla politica?

Questi interrogativi devono valere anche per il diritto penale, che di tutti i rami dell'ordinamento è quello più vicino a stati di eccezione, a questioni di *salus rei publicae* o a tipi di autore o di condotte tra i più devianti e pericolosi.

Ci occupiamo qui del diritto: a) come limite della politica, ma anche b) come possibile prodotto scientifico che si realizza attraverso le regole stabilite dalla politica, ma non costituisce un risultato convenzionale di pura creazione legislativa o, se si preferisce, legislativamente arbitrario.

Detto in altri termini: c'è solo una scienza penale costituzionale? O relativa a regole che attuano la Costituzione? Oppure esiste anche una scienza penale indipendente dalla Costituzione e irriducibile a un contenuto tutto integralmente "giuspositivo"? Irriducibile alla dialettica pluralistica e democratica?²⁴⁷

²⁴⁶ *Ivi*, 302d-e, 303a-b

²⁴⁷ Anche se lontana dallo spirito storicistico che domina oggi il metodo giuridico e dal quale non possiamo prescindere, non è mai stata veramente sconfitta la concezione o la prospettiva di una scienza universale, che non lavori necessariamente con nozioni metastoriche o meta positive, ma miri alla scoperta e/o alla costruzione di un diritto o di categorie e soluzioni giuridiche comuni, o di costanti: da ultimo H. J. HIRSCH, *Necessità, approcci e limiti di una scienza penale universale*, in *Studi Marinucci*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2006, 387 ss.; FRISCH, *Zur Bedeutung der Rechtsdogmatik für die Entwicklung des Strafrechts*, in STÜRNER (Hrsg.), *Die Bedeutung der Rechtsdogmatik für die Rechtsentwicklung*, Mohr, Tübingen, 2010, 169 ss., 172 ss.; SIEBER, *Grenzen des Strafrechts*, in *ZStW*, 119, 2007, 1 ss., spec. 51 s. Ma v. già NUVOLONE, *Introduzione a un indirizzo critico nella scienza del diritto penale* (1949), in *Id.*, *Trent'anni di diritto e procedura penale*, vol. I, Cedam, Padova, 1969, 166 ss.; DELL'ANDRO, *Il dibattito delle scuole penalistiche*, in *Arch. Pen.*, 1958, 173 ss., spec. 196 s., 202; WELZEL, *Die deutsche strafrechtliche Dogmatik der letzten 100 Jahre und die finale Handlungslehre*, in *Jur. Schulung*, 1966, 421 ss.; *Id.*, *Vom Bleibenden und vom*

Noi oggi sappiamo che la Corte costituzionale ci impone l'interpretazione conforme a Costituzione come obbligo primario. Non è neppure ammissibile una questione di legittimità costituzionale di una norma, se non si sia prima esercitata fino in fondo l'interpretazione conforme. Lo stesso potrà valere per l'interpretazione conforme al diritto comunitario e alle fonti Cedu. Però se non è grande lo spazio libero dal diritto, è ancora rilevante lo spazio giuridico libero dalla Costituzione e dai vincoli sovranazionali, cioè ammissibile entro gli ampi margini del giuridicamente possibile.

Lo vediamo ogni giorno quando scopriamo che leggi indesiderabili non sono di fatto censurabili davanti ai Tribunali supremi.

Per rispondere a tali domande vediamo di formularle in modo attuale: è possibile fare scienza con le leggi-provvedimento?²⁴⁸ Con le leggi d'emergenza? Con quelle scritte o riscritte per rispondere a qualche emozione collettiva sorta o costruita ad hoc dopo il verificarsi di una serie di delitti? Oppure con le leggi ancora attuali sul falso in bilancio, con quelle sulle immunità? con quelle di condono o di amnistia? Con quelle sullo scudo fiscale? Con le leggi che introducono privilegi? Con le leggi ad personam?²⁴⁹ E' davvero impossibile fare scienza con le leggi sui reati politici, o in materia di sicurezza dello Stato, come riteneva Francesco Carrara? Si può dare un'analisi scientifica delle normative in materia di riciclaggio o di immigrazione? Delle leggi o del diritto puramente "di lotta"? Rispondono tali legislazioni a possibili logiche normative in parte legittime, oppure il nostro compito è solo quello di sancire la loro eventuale illegittimità, escludendole pubblicamente dal diritto "valido",

Vergänglichkeiten in der Strafrechtswissenschaft, in Erinnerungsgabe f. Max Grünhut, Elwert Verlag, Marburg, 1965, 173 ss., 188 ss.; ID., *Die Dogmatik im Strafrecht*, in *Fest. Maurach*, Müller, Karlsruhe, 1972, 3 ss.; e prima ancora VON LISZT, *Zur Einführung*, in ID. (Hrsg.) *Das Strafrecht der Staaten Europas*, Liebmann, Berlin, 1894, XXIV s.), e, in fondo, nella pur distinta prospettiva della mondializzazione di un intervento penale portatore di valori etici sovranazionali, anche DELMAS-MARTY, *Il diritto penale come etica della mondializzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 3 ss. V. pure di recente MIR PUIG, *Grenzen des Normativismus im Strafrecht*, in *B. Schünemann-Symposium zum 60. Geburtstag*, C. Heymanns Verlag, Köln, Berlin, München, 2005, 77 ss. Ogni volta che ci lasciamo affascinare da questi modelli, la delusione maggiore deriva dalle esemplificazioni degli stessi: plausibili in astratto le idee ivi prospettate, esse lasciano perplessi negli esempi di ciò che rispetto alle acquisizioni già consolidate, sarebbe davvero universale, salvo intenderlo come clausola generale o nozione molto generica. Il discorso si fa più promettente se viene spostato verso più incerte ma speranzose aspettative di future acquisizioni. Per l'esistenza già dispiegata di uno *ius commune* di carattere sovranazionale v. comunque i richiami *infra*, nota 69 e testo relativo.

²⁴⁸ Cfr. sul tema C. cost. n. 137/2009, 94/2009, 241/2008, 267/2007, e ulteriori decisioni ivi cit. In dottrina cfr. F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto amministrativo*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. Santaniello, vol. 35, Cedam, Padova, 2004, 85 ss., 90 ss.

²⁴⁹ V. per tutti DOLCINI, *Leggi 'ad personam', riserva di legge e principio costituzionale di uguaglianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 50 ss.

anche se vigenti? Dobbiamo dunque rassegnarci a costruire una razionalità parziale, o ideale, magari solo costituzionale? Una sorta di neogiusnaturalismo senza il quale non rimane che il vecchio tecnicismo agnostico, libero però, esso sicuramente, dall'onere di legittimare per forza le leggi in vigore?²⁵⁰

Ecco, a tale riguardo vorrei enunciare una prima tesi: ferma la distinzione tra diritto valido e diritto vigente, e ribadito il paradigma costituzionale quale orizzonte irrinunciabile dell'epistemologia giuridica²⁵¹, va anche riconosciuto che la conformità costituzionale del diritto non implica la sua condivisione da parte dell'interprete. Esistono numerosissime leggi costituzionalmente conformi e del tutto indesiderabili in quanto illiberali o antisociali, ma non annullabili se non con mezzi politici, anziché giuridici. La conformità a Costituzione non costituisce nessuna patente di giustizia sostanziale. Anche i vincoli sostanziali delle carte costituzionali, infatti, che pure esistono, sono spesso molto generici o vaghi, bisognosi di molte mediazioni e bilanciamenti politicamente liberi. In ogni caso l'interpretazione conforme a Costituzione non impegna il giurista a legittimare politicamente le singole scelte dell'ordinamento giuridico. In ciò va ravvisata una necessaria continuità con le migliori espressioni del tecnicismo giuridico, che garantiscono certo non la apoliticità, ma la libertà del giurista di fronte alla legge, fosse anche quella costituzionale²⁵². Il penalista, infatti, anche se si pone in modo critico e costituzionalizzante rispetto alla legge ordinaria, continua a non essere l'aedo della politica penale del suo tempo, potendo svelarne ogni ratio senza condividerla.

Esempio. Il furto (art. 624, 625 c.p.) come fattispecie di reato è costituzionalmente legittimo, ma rappresenta la via del carcere per troppe persone socialmente discriminate. L'ingiustizia sostanziale delle differenze economiche e retributive condiziona la legittimità politica del reato in termini di giustizia di sistema.

²⁵⁰ Era questa, sicuramente, una forma di "libertà intellettuale dai contenuti della legge" propria del positivismo giuridico in generale. Per tutti, BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di comunità, 1972², 110 ss.

²⁵¹ Cfr. da ultimo FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Vol. II, Laterza, Roma-Bari, 2007; ID., *Democrazia costituzionale e scienza giuridica*, in *Diritto pubblico*, 2009, 1 ss.

²⁵² Non ci importa se qualcuno vorrà vedere in queste affermazioni una sorta di "revisionismo storico" rispetto a giudizi consolidati sul tecnicismo giuridico. Anzi. Ci aspettiamo una tale critica, che ci corrobora nell'idea che occorre superare alcune consolidate certezze degli anni Settanta del secolo scorso su questi temi.

Oppure. Può darsi che il reato di immigrazione clandestina (art. 10-bis t.u., riformato dall'art. 1, co. 16, l. n. 94/2009), che esiste in quasi tutta Europa, sia dichiarato costituzionalmente legittimo²⁵³. Però è nostro compito indicare che si sta attuando una discriminazione geopolitica in tutta Europa tra i reati degli extracomunitari e quelli degli stranieri dell'Unione. Reati di pericolo presunto i primi e di pericolo concreto i secondi. E lo strumento tecnico per attuare tale discriminazione è solo l'appartenenza geopolitica, e dunque una tipologia astratta d'autore²⁵⁴.

Nell'oggetto della razionalità sistematica della scienza ci sono dunque sia le leggi incostituzionali²⁵⁵, sia le leggi costituzionalmente conformi e giustificabili politicamente e sia quelle del tutto indesiderabili oppure oggettivamente discriminanti per quanto legittime.

Per ognuna di esse è possibile un'analisi e una collocazione teorica in un qualche capitolo della fisiologia o della patologia del sistema giuridico. Il giurista e il penalista possono quindi continuare a restare liberi da ogni sudditanza teorica alla sola legge ordinaria, costituzionale o sovranazionale. Solo a queste condizioni è possibile assicurare allo studio scientifico del diritto la sua indispensabile libertà intellettuale.

3. *L'oggetto della scienza giuridico-penale oggi*

Enunciamo in premessa di questo argomento una seconda tesi: la stessa possibilità di raffrontare i contenuti di opere di parte generale anche soltanto dal Cinquecento a oggi e di ravvisare profonde analogie nell'impiego di categorie e istituti, nell'organizzazione sistematica, nella costruzione delle figure tecniche, ci rende palese che esiste un corpo concettuale del diritto penale che è in parte indipendente dalla politica, che non è né "di destra", né "di sinistra" e presenta una stabilità cognitiva. Anche questa componente è oggetto dello studio e della conoscenza del diritto. Ad essa appartengono vere 'scoperte' scientifiche, di quelle

²⁵³ Non lo sapevamo al tempo di questa relazione, ma è quanto è poi avvenuto con la sentenza C. cost. 5 luglio-8 luglio 2010, n. 250

²⁵⁴ *Amplius* DONINI, *Il cittadino extracomunitario da "oggetto materiale" a "tipo d'autore" nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Questione Giustizia*, n. 1/2009, 101 ss. In questo scritto, non avevamo espresso, in effetti, un giudizio di illegittimità costituzionale del reato di ingresso clandestino, quanto al tipo di illecito (altro discorso riguarda l'apparato sanzionatorio), ma di altre incriminazioni (aggravante della clandestinità, inosservanza dell'ordine di allontanamento del Questore). La valutazione politica di fondo, comunque, era quella di cui qui al testo: *ivi*, 125-127, e 119 ss.

²⁵⁵ Anche il "diritto penale del nemico", a maggior ragione in quanto incostituzionale, è oggetto di analisi scientifica, e non solo politica.

che non trovano certo pubblicità nei media, e che la desuetudine dei giuristi alla consapevolezza del proprio ruolo di intellettuali della conoscenza teorica, anziché solo di consulenti legislativi o di pratici, ha persino relegato tra le chimere o i ricordi del passato.

Non sono, queste, mere “technicalities” come dicono oggi i politici mutuando l'espressione dalla lingua inglese, quando ci ricordano che i padroni del diritto sono loro, mentre noi li dovremmo aiutare a risolvere i problemi assecondando gli scopi che la politica ci assegna. Trattandosi di diritto, infatti, accade che in queste categorie e in questi istituti si celino e si attuino principi, regole più generali, che siano anticipati diritti o principi fondamentali, che fanno resistenza a qualsiasi maggioranza parlamentare.

La terza tesi che possiamo enunciare, al riguardo, è che appartiene alla scientificità e all'autonomia del diritto rispetto alla legge il dato per cui ci sono limiti o vincoli per il legislatore, che questi non è libero o arbitro di legiferare: limiti ‘tecnici’ e limiti ‘di principio’ o ‘di valore’.

Nello stesso tempo, questa delimitazione non è tanto giusnaturalistica o pregiuridica, non avvicina il diritto alle scienze naturali, quasi che le leggi illegittime o invalide fossero necessariamente “contro natura”, restando storicamente condizionata la declinazione e attuazione di quei limiti. Tuttavia, il raccordo con un sapere di tipo valoriale, tecnico ed empirico, è oggi necessario per la legittimazione delle leggi, essendo queste orientate non solo a una giustizia di principio, ma anche alle conseguenze. Di qui una quarta tesi: Del diritto è possibile fare ‘scienza’ se si segue un modello integrato di scienze ermeneutiche e di saperi empirici, rifiutando sia un paradigma solo ‘dogmatico’ di scienza giuridica e sia il modello delle scienze della natura come ideale monistico²⁵⁶.

²⁵⁶ Rinvio sul punto ai capitoli 4, 6 e 9 di DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit. Della scienza penale, oggi (come pure della scienza giuridica), non esistono molte elaborazioni teoriche. Non c'è un grande dibattito, in particolare in Italia. Dopo il tecnicismo giuridico è venuto l'approccio costituzionalistico, e all'ermeneutica giuridica (esegesi, interpretazione, dogmatica, critica) si è aggiunta una dimensione di scienza sociale (criminologia, sociologia, statistica, scienze empiriche etc.) e comparata (cfr. ESER, *Funzioni, metodi e limiti della ricerca in diritto penale comparato*, in *Diritto penale XXI Secolo*, 2002, 1 ss.; VINCIGUERRA, *Comparazione penale, dogmatica e politica del diritto penale in Italia al principio del XXI secolo*, in *Diritto penale XXI secolo*, 2002, 241 ss.; CADOPPI, *Cento anni di diritto comparato in Italia*, in *Indice pen.*, 2000, poi in ID., *Introduzione allo studio del diritto penale comparato*², Cedam, Padova, 2004, 4 ss.; E. BACIGALUPO, *Il metodo comparatistico e l'unità del diritto penale europeo*, in *Studi Marinucci*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2006, 3 ss.; DELMAS-MARTY, *Chaire d'études juridique comparatives et internationalisation du droit*, Collège de France, Fayard, Paris, 2003; ID., *L'influence du droit pénal comparé sur l'activité des Tribunaux pénaux internationaux*, in AA.VV., *Crimes internationaux et juridictions internationales*, a cura di A. CASSESE/DELMAS-MARTY, Puf, Paris, 2002, 95 ss.), che nelle espressioni migliori (che riteniamo preferibili) sono tutte

La scienza giuridico-penale (distinta in ciò dalla scienza criminologica, o dalla sociologia criminale, che non sono scienze normative, o “giuridico-penali”) è legittimata dal modello di legislazione vigente a riconoscere che ha due oggetti correlati fra loro, uno primario e uno di secondo grado, che dipendono dal modo col quale lo stesso diritto penale pensa se stesso e viene costruito²⁵⁷:

il diritto, inteso non solo come norma (o meglio non solo come disposizione astratta: principi sovraordinati, legge e fonti richiamate), ma anche come decisione (sentenze che costruiscono le norme dalle disposizioni che applicano) e istituzione (dimensione istituzionale dei poteri che creano e applicano il diritto: per es. vincoli o meno dei precedenti giudiziari, struttura pluralistica e burocratica della magistratura, assenza di controlli da parte del potere politico, struttura accusatoria o inquisitoria del processo, etc.);

le materie regolate dalle norme, il loro ‘oggetto’ (interessi protetti, disciplina giuridica extrapenale, realtà economica, politica, criminologica sottostante, etc.) e le dimensioni sociali della criminalità che ne restano coinvolte, conosciute anche grazie all’impiego di diversi saperi non normativi, ma empirici, in vista degli ‘scopi’ perseguiti dalle leggi penali ed extrapenali.

costitutive del metodo e dell’oggetto dell’indagine, si da comporre un quadro tendenziale di “scienza penale integrata” (cfr. di recente HASSEMER, *Konturen einer gesamten Strafrechtswissenschaft heute*, in *Fest. Eser, Beck, München*, 2005, 115 ss.; DE FIGUEIREDO DIAS, *A “Ciência conjunta do direito penal”*, in ID., *Temas básicos da doutrina penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, 3 ss.; KAISER, *Kriminologie im Verbund gesamter Strafrechtswissenschaft*, in *Fest. Jescheck*, de Gruyter, Berlin, 1985, 1035 ss.; già BARATTA, *Criminologia e dogmatica penale. Passato e futuro del modello integrato di scienza penalistica*, in *La questione criminale*, 1979, 147 ss.; MAIHOFFER, *Gesamte Strafrechtswissenschaft*, in *Fest. Henkel*, Berlin, New York, 1974, 75 ss., via via con altri richiami), e comunque da esigere una interrelazione o una sintesi tra analisi tecnica e garantismo dei principi (PULITANÒ, *Diritto penale*, parte gen., Giappichelli, Torino, 2009, 58-87; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, parte gen.⁶, Cedam, Padova, 2009, 23-38; A. PAGLIARO, *Il reato*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da GROSSO, PADOVANI, PAGLIARO, Giuffrè, Milano, 2007, 1-6; e già DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Cedam, Padova, 1996, 34; ID., voce *Teoria del reato*, in DDP, XIV, 1999, 236 s., § 7, nel solco di un indirizzo consolidato in Italia: v. già BRICOLA, *Rapporti tra dogmatica e politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 3 ss. e qui altri essenziali richiami), tra metodo dogmatico e metodo comparato (DONINI, *Op. loc. ult. cit.*, nonché MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 37 s.), tra diritto penale e criminologia (v. per tutti l’affresco di HASSEMER, *Vor § 1/1* ss., 33 ss., 227 ss., 243 ss., in *Nomos Kommentar* cit. e di FORTI, *L’immane concretezza*, Raffaello Cortina, Milano, 2000, 33 ss., 101 ss. e *passim*). V. pure JAKOBS, *El derecho penal como disciplina científica*, Cizur Menor, Thomson Civitas, 2008; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992, 43-178 (cap. III); MILITELLO, *Dogmatica penale e politica criminale in prospettiva europea*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 411 ss.

²⁵⁷ DONINI, *Il volto attuale*, cit., 91 s.

Per queste ragioni è possibile enunciare una quinta tesi: la scienza giuridico-penale non è meramente normativa, ma è anche scienza sociale²⁵⁸.

4. Il metodo di tale scienza

In questa duplice dimensione si compendia un metodo che, prevedendo in un corretto ordine saperi normativi e saperi empirici, dovrebbe anche unificare le ragioni della scienza e quelle della politica, cioè un discorso più tecnico con uno dialogico rispetto al consenso sociale.

Non ci pare possibile ritornare indietro rispetto all'*actio finium regundorum* contenuta nel programma di Arturo Rocco quanto alla definizione del rapporto primario tra oggetto e metodo riferito alle norme (oggetto) e alla loro esegesi-interpretazione-dogmatica (metodo)²⁵⁹. Ciò delimita insuperabilmente la specificità del nostro sapere, vincolandolo a un prodotto normativo del legislatore e dell'interprete, che dialoga con altri saperi ma non si dissolve in questi in modo confusamente eclettico. Tuttavia, pur evitando le derive di una "scienza interdisciplinare"²⁶⁰, è imprescindibile che il progetto legislativo si nutra di saperi empirici e che, di conseguenza, questo programma che reca nel suo DNA d'origine un di-

²⁵⁸ Sorprende un po' che, in un simile contesto, si possa pensare di delegittimare il sapere penalistico come non scienza, felicemente pago di non esser tale: così, per es., EUSEBI, *Il diritto penale non è una scienza*, in MARCHETTI/MAZZUCATO, *La pena 'in castigo'. Un'analisi critica su regole e sanzioni*, Vita e pensiero, Milano, 2006, XXXIII ss. (e qui un provocatorio raffronto con l'astrologia), sul presupposto della mancanza di una base scientifica nella costruzione della pena, in chiave sia preventiva, e sia di razionalità commisurativa. La ritenuta assenza di una analisi di situazioni fattuali presupposte all'intervento escluderebbe altresì la possibilità di parlare di scienza *sociale*. Ci pare che simili impostazioni – che privilegiano una cultura scientifica parziale, legata solo alle scienze dell' "essere" e ai profili sanzionatori –, contribuiscano a dissolvere il diritto nella tecnica o nella politica, una politica che peraltro viene ritenuta razionalmente controllabile (ma non dalla "non-scienza" penalistica). In effetti, il limite costituito da una irriducibile irrazionalità nella costruzione della pena è reale e insuperabile nel raffronto tra la razionalità aritmetica della sanzione civile e la inconsistenza di ogni parametro di determinazione/commisurazione delle sanzioni penali, caoticamente e volubilmente orientate ora al passato, ora al futuro senza parametri stringenti tra sanzioni irrogate e beni offesi (v. DONINI, *Principi costituzionali e sistema penale. Modello e programma*, in Ius17@unibo.it, 2009, 422 s.). Ciò, tuttavia, dovrebbe motivare la costruzione di un sapere nuovo, l'esigenza di un maggior controllo scientifico del diritto penale, anziché la spinta a una sua delegittimazione radicale (*Op.ult.cit.*, 423).

²⁵⁹ ART. ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale* (Sassari, 1910) in ID., *Opere giuridiche*, vol. III, Biblioteca del Foro italiano, Roma 1933, 263 ss. Non ci soffermiamo qui a illustrare i limiti di tale indirizzo, soprattutto nel suo sviluppo storico che travalica la posizione di Rocco. V. al riguardo quanto osservato nella voce *Teoria del reato*, cit., 226 ss.

²⁶⁰ Contro il sincretismo metodologico di una "scienza interdisciplinare" v. i rilievi di DE FIGUEIREDO DIAS, *A "Ciência conjunta do direito penal"*, cit., 5, che di fatto è allineato con la critica chiarificatrice di ART. ROCCO, *Il problema e il metodo*, cit., 263 ss. rispetto alla confusione metodologica imperante agli inizi del '900 che aveva condotto a "un diritto penale...senza diritto?" (*ivi*, 273 ss.).

scorso relativo alla realtà, all'essere, sia poi recuperabile anche a posteriori, in sede applicativa, sì che la stessa attuazione giudiziale delle norme tenga conto in output del programma legislativo in input, e non si limiti a esprimere giudizi di meritevolezza, censure, rimproveri o discorsi condotti solo sul piano del dover essere normativo.

Già in queste premesse c'è un pluralismo metodologico che contrassegna la vita del diritto: sapere ermeneutico e sapere empirico, analisi sistematica e comparazione internazionale vanno congiunti. Il discorso non è più, dunque, quello aristocratico di esperti di soli valori e norme, di dogmatici che non dialogano con gli attori o i mediatori del consenso sociale²⁶¹.

Come al servizio "giustizia" si chiede di essere amministrazione con bilanci e prestazioni sociali, così alla "legge" si chiedono risultati in output. Il 'sapere' che riguarda queste realtà è necessariamente anche sociale e non solo normativo o deontico, al punto che il raccordo con le conseguenze fa parte del discorso tecnico del dovere essere normativo, e non rappresenta una sua mera appendice politica o sociologica.

La ricomposizione della legislazione e del diritto penale in "sistema" resta peraltro un obiettivo della conoscenza di tale materia²⁶², ma la sistematicità di quell'organizzazione non

²⁶¹ Pare distante dal presente della nostra cultura anche una concezione della scienza penale come attività essenzialmente "dogmatica" (che in realtà costituisce solo una parte del lavoro del giurista, e dello studioso in particolare), quasi un "quarto potere", la cui quintessenza paradigmatica sarebbe costituita dalla scienza penale tedesca di tipo "sistematizzante", capace anche per questo (a suo proprio giudizio) di controllare il legislatore e imporsi a livello europeo quale modello di sapere penalistico "da esportazione": per tutti, in tal senso, SCHÜNEMANN, *Die deutsche Strafrechtswissenschaft nach der Jahrtausendwende*, in *Goldtdammer's Archiv f. Str.*, 2001, 205 ss., 216 ss.; ID., *Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft*, in *Fest. Roxin*, de Gruyter, Berlin-New York, 2001, 1 ss.; con maggiori sfumature, ID., *Aufgaben und Grenzen der Strafrechtswissenschaft im 21. Jahrhundert*, in *Fest. Herzberg*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008, 39 ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Straftatsystematik deutscher Prägung: Unzeitgemäß?*, in *Goldtdammer's Archiv f. Str.*, 2004, 679 ss.; v. pure PAWLIK, *Strafrechtswissenschaftstheorie*, in *Fest. Jakobs*, C. Heymanns, Köln, Berlin, Bonn, München, 2007, 469 ss., in un saggio dedicato a G. Jakobs, del quale si dice: „die axiologische Geschlossenheit seines Systems hat im heutigen strafrechtlichen Denken nicht ihresgleichen“ (*ivi*, 475). Per voci significativamente divergenti e autocritiche, peraltro, nel seno dell'esperienza di lingua tedesca, v. per tutti BURKHARDT, *Geglückte oder folgenlose Strafrechtsdogmatik*, in E-SER/HASSEMER/BURKHARDT, *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, Atti del Convegno di Berlino, 3-6 ottobre 1999, Beck, München, 2000, 111 ss., e nel contesto di coloro che si sono abbeverati a essa nella loro formazione v. per tutti FLETCHER, *Deutsche Strafrechtsdogmatik aus ausländischer Sicht*, in E-SER/HASSEMER/BURKHARDT (Hrsg.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft*, cit., 235 ss. Più in generale di grande interesse l'intero volume degli Atti di questo storico Convegno di Berlino del 1999.

²⁶² ROXIN, *Strafrecht*, AT, Bd. I⁴, Beck, München, 2006, § 7/1 ss., 38 ss.

è sufficiente. Occorre precisione linguistica²⁶³, coerenza (relativa) tra premesse e conclusioni, prevedibilità (di massima) dei risultati²⁶⁴, dialogo con la realtà, capacità di intervenire su di essa secondo schemi collaudati e accettabili.

Occorre una parte generale di categorie e nozioni²⁶⁵ alle quali ricondurre le varie leggi, i diversi istituti, le sanzioni applicate, ma nel contesto complessivo di un discorso ancorato a principi costituzionali e sovranazionali. Occorre, quindi, e in realtà dall'inizio, che la legge ordinaria si conformi ai principi sovraordinati che ne legittimano e condizionano l'introduzione, le forme e parte dei contenuti.

Vero ciò in linea di massima, nessuno chiede a questo sapere di giustificare e legittimare ogni norma, né di legittimare integralmente il sistema. La posizione della scienza penale non è quella dell'Avvocatura dello Stato. Essa svolge, semmai, le funzioni di un "contropotere critico"²⁶⁶.

In questo suo compito essa si occupa dunque sicuramente del problema della legittimazione del diritto penale. Dopo l'Illuminismo, una scienza giuridica che non si ponga questo problema, sarebbe mera tecnica o interpretazione²⁶⁷. L'esperienza penalistica italiana, al riguardo, da oltre quarant'anni ha sviluppato una specifica metodologia critica che riguarda la legittimazione del diritto, e di quello penale, cioè l'approccio costituzionalistico. E' la dimensione dei principi e di una rilettura del diritto penale al vaglio dei diritti fonda-

²⁶³ Accentua questo aspetto, secondo una impostazione di tipo analitico, che mira al rigore linguistico della disciplina, e rivaluta in tale ottica anche l'esegesi, PULITANO, *Quale scienza del diritto penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 1209 ss.

²⁶⁴ V. quanto osservato in DONINI, *Il volto attuale*, cit., 315 s.. La prevedibilità delle singole decisioni è più difficile della prevedibilità della qualificazione giuridica di singoli fatti. Le decisioni giudiziarie sono soggette a troppe variabili, sostanziali, processuali, umane. Né va dimenticata l'intrinseca limitatezza della legge generale e astratta rispetto alle esigenze dei casi singoli sui quali andrà concretizzata. E neppure va esagerato lo scetticismo che deriva dalla rappresentazione degli avvocati che, innamorati della loro difesa, anche per tale ragione non ne hanno previsto bene le conclusioni. Per sapere *esattamente* in anticipo quale sarà l'esito preciso di una causa occorrerebbe ipotizzare di accordarsi con il giudice o di corromperlo, quello di primo, di secondo e magari di terzo grado, dato che anch'egli, se è onesto e ascolta le parti, normalmente non lo conosce in anticipo, salvo che nelle ipotesi più standardizzate e nei casi più facili. Se il prezzo è questo, ognuno capirà che quell'obiettivo è al di fuori di ogni discorso possibile e legittimo.

²⁶⁵ Sul significato della "parte generale" cfr. DONINI, voce *Teoria del reato*, cit., 222 ss.

²⁶⁶ Per questa sua funzione v. ancora DONINI, *Il volto attuale*, cit., 309 ss., 316 ss.; ID., *Principi costituzionali e sistema penale*, cit., 421 ss.

²⁶⁷ In senso conforme, ora, JAKOBS, *El derecho penal como disciplina científica*, cit., 11 ss., 13 ss., 21 ss., 101 s. e *passim*, che anzi ritiene tanto essenziale il problema della legittimazione alla definizione di un approccio giuridico penalistico, al punto da considerare destituito di pieno valore "scientifico" un commentario del codice penale come quello 'storico' di R. Frank, dato che il suo Autore non si poneva, in quel monumento di sapere ermeneutico, il problema della legittimazione del diritto penale.

mentali²⁶⁸. In questo momento storico, è vero, questo metodo e questo approccio, che sono stati e sono giustamente un vanto della penalistica nazionale, vivono l'opacità di una stagione di riflusso e di crisi politica generale della stessa democrazia costituzionale italiana. Ma i governi passano e le istituzioni rimangono. D'altro canto, avere posto il problema della legittimazione della legge penale non significa diventare serventi o perdere l'ancoraggio conoscitivo e critico a punti di vista esterni alla stessa legge.

Un test molto interessante per comprendere il ruolo, e dunque anche lo statuto, della scienza giuridica nei suoi rapporti oggi con la politica è rappresentato dal nesso tra motivazione della legge, riserva di legge in senso sostanziale e controllo pubblico sulla sua presentazione, formazione, attuazione. Ci avviciniamo così, anche, al tema del pluralismo istituzionale e ideologico.

5. Ulteriori conseguenze relative al metodo. La razionalità "delle leggi"

Il tema della razionalità delle leggi rinvia alla scienza della legislazione, ai rapporti fra il sapere dei tecnici, degli esperti, tra i vincoli costituzionali e le scelte concrete del Parlamento. Riguarda i limiti a una democrazia penale di tipo populistico-maggioritario (formazione della legge)²⁶⁹ o di tipo giudiziario (applicazione della legge)²⁷⁰, ma riguarda anche, per converso, i limiti di un sapere troppo aristocratico (modello legislativo o interpretativo

²⁶⁸ V. l'analisi a tutto campo dei principali principi costituzionali nel loro riconoscimento attraverso le sentenze della Corte costituzionale italiana, con amplissimi richiami alla giurisprudenza della Corte, in G. VASSALLI, a cura di, *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Esi, Napoli, 2006; nonché G. VASSALLI, *Giurisprudenza costituzionale e diritto penale sostanziale. Una rassegna*, in A. PACE, a cura di, *Corte costituzionale e processo costituzionale nell'esperienza della rivista "Giurisprudenza costituzionale" per il cinquantesimo anniversario*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 1021 ss.

Per una rilettura complessiva dell'approccio costituzionalistico italiano cfr. anche, di recente, DONINI, *Principi costituzionali e sistema penale. Modello e programma*, cit., 421 ss.

²⁶⁹ Si consenta ancora il rinvio a *Il volto attuale*, cit., 75 ss., 316 ss. Le leggi, soprattutto quelle penali, quando vengono costruite sull'onda emotiva di qualche fatto di cronaca, non sono quasi mai razionali. Si gioca qui l'uso politico del diritto penale quale mero strumento di consenso sociale. Poiché il diritto penale riguarda i diritti fondamentali anche dei possibili autori di un reato, un tale uso deve essere visto come un attentato ai diritti fondamentali: e lo è sicuramente se esso non serve a proteggere meglio le vittime. Le campagne di stampa condotte sul tema della *sicurezza* a livello locale o nazionale attuano forme di sensazionalismo "ufficialmente accetto", mentre non lo sono state a lungo quelle sul *buon costume* (cronaca rosa, gossip, scandalismo). Eppure appartengono al *medesimo genere*. *Ordine pubblico e buon costume* riguardano l'etica dell'informazione, non solo quella dei cittadini. Una volta solo certi giornali erano scandalistici. Oggi, tra ordine pubblico e buon costume, accostati in un'endiadi, lo sono diventati quasi tutti.

²⁷⁰ Cfr. DONINI, *Jueces y democracia*, cit., 2005, 403 ss.

scientifico-aristocratico), ignaro del confronto politico deliberativo²⁷¹, del dialogo necessario con le istituzioni del consenso sociale, o pensato in chiave nazionalistica²⁷². In effetti, qualsiasi sia il tipo di razionalità esigibile dalla legge, deve trattarsi di un discorso presentabile in un'assemblea, in un tribunale, e (entro certi limiti) discutibile nei media e, oggi, contestualizzabile in un'area quanto meno europea se non internazionale. Solo il diritto di uno Stato autoritario o a base religioso-confessionale è, in ipotesi, affrancato da oneri di spiegazioni empiriche, di discussione pubblica e di dialogo internazionale. Possono esserci comunque, in un sistema democratico, parti della legislazione e del diritto che si sottraggono a tale discussione, là dove vi sia davvero un vincolo della "Natur der Sache"²⁷³, o un tecnicismo non oggetto di dibattito politico. Ma se davvero di questo si tratta, tali parti non verranno neppure discusse di fatto, oppure – se discutibili – potranno trovare normalmente una traduzione linguistica per i non addetti ai lavori interessati a conoscerle.

Esempio. Se volessimo riformare il sistema delle circostanze del reato, la disciplina delle concause, o quella del tentativo, potremmo trovare qualche appiglio per una discussione pubblica, però non penso che sarebbe serio (né del resto prevedibile) che si affidi la soluzione a dibattiti massmediatici.

Non c'è dunque, a tale riguardo, solo l'aspetto della ricostruzione a posteriori della razionalità della legge in una visione giuspositivistica vecchio-stile o in una lettura giustizialista di nuovo conio. C'è anche quella della sua costruzione ex ante secondo le migliori tradizioni della scienza della legislazione. Il sapere scientifico è direttamente coinvolto in questa attività. Non se ne può prescindere²⁷⁴. In quale misura ciò avvenga è ovviamente tutto da approfondire.

²⁷¹ Cfr. DONINI, *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto tra diritto penale e politica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 28 ss., 37 ss.

²⁷² Sulla comparazione quale metodo della teoria del reato, e della stessa scienza giuridica (che è nozione più ampia della teoria del reato), oltre a quanto detto *supra* alla nota 25, v. anche i richiami in DONINI, *Il volto attuale*, cit., 191 ss.

²⁷³ Su questo classico tema dell'argomentazione, se non proprio della filosofia, giuridica, v. nella più recente penalistica HASSEMER, "Sachlogische Strukturen": noch zeitgemäß?, in *Fest. Rudolphi*, Luchterhand, Neuwied, 2004, 61 ss.; GIMBERNAT ORDEIG, *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1999, 97 ss., 111 ss.; ART. KAUFMANN, *Rechtsphilosophie*², Beck, München, 1997, 31 ss., 126 ss.

²⁷⁴ Esemplari le istanze di maggiore "scientificità" della legislazione nei contributi di G. ARZT, *Wissenschaftsbedarf nach dem 6. StrRG*, in *ZStW*, 111, 1999, 757 ss., e, da noi, di MOCCIA, *Euforia tecniciste nel laboratorio della riforma del codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 453 ss.

Anziché dilungarmi in questioni metodologiche o in classificazioni di modelli, che altri ha già fatto egregiamente²⁷⁵, preferisco affrontare qui due questioni centrali che attengono all'attuazione del requisito della razionalità della legislazione:

La motivazione della legge.

La praticabilità dei giudizi di fatto in sede di controllo di legittimità costituzionale.

Si tratta di questioni di etica della politica e del diritto che ne condizionano il metodo e hanno bisogno di trovare attuazione tecnica.

6. *La motivazione della legge*

La motivazione della legge è lo strumento tecnico per il controllo dei percorsi della dialettica democratica e del metodo discorsivo nella sua formazione. Ciò che assicura il vincolo della riserva di legge in senso sostanziale: vale a dire il rispetto di una reale controllabilità pubblica e in itinere delle decisioni della maggioranza, al di là del requisito maggioritario numerico di regola presente in Parlamento²⁷⁶. E' chiaro che non è una panacea l'obbligo di motivazione, poiché quasi tutto si può motivare, volendo: accade lo stesso con le sentenze, ma non è una buona ragione per rinunciare a tale garanzia, suscettibile di verifiche giurisdizionali. Infatti, se anche i requisiti della motivazione della legge diventano pregnanti, e soprattutto se c'è la possibilità di un controllo sia politico e sia giuridico su di essa, la loro elusione può evidenziare irragionevolezza, disuguaglianze e vizi di formazione, può conoscere distinte 'sanzioni'.

Da quando ci siamo espressi a favore di tale requisito di costruzione del prodotto legislativo penale, sulla scorta del modello della legislazione CE²⁷⁷, e poi più in generale in se-

²⁷⁵ Mi riferisco, in particolare, al libro di DíEZ RIPOLLÉS, *La racionalidad de las leyes penales*, Ed. Trotta, Madrid, 2003, e nella letteratura italiana agli interventi nei *Quaderni fiorentini*, 2007, dedicati a "Principio di legalità e diritto penale (Per Mario Sbriccoli)", vol. II, di FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, p. 1247 ss., e di F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, 1279 ss., o agli scritti di PULITANO, *Il laboratorio del giurista: una discussione su strumenti e scopi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 108 ss.; ID., *Nel laboratorio della riforma del codice penale*, *ivi*, 2002, 3 ss., e di MOCCIA, *Enforie tecniciste che nel laboratorio della riforma del codice penale*, cit., 453 ss. Nella letteratura tedesca più recente v. in particolare il contributo di VOGEL, *Strafgesetzgebung und Strafrechtswissenschaft*, in *Fest. Roxin*, cit., 105 ss. e il "programma" di SIEBER, *Grenzen des Strafrechts*, cit., 1 ss., 13 ss., 49 ss.

²⁷⁶ Sui profili sostanziali della riserva di legge cfr. DONINI, *Il volto attuale*, cit., 82 ss.

²⁷⁷ Cfr. il nostro *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 157 ss.

guito²⁷⁸, sono passati pochi anni, ma ci sembrano molti di più, e abbiamo assistito a un dato rilevante, che non investe certo il solo settore penale.

Il dpcm 10.9.2008, n. 170 estende l'AIR (l'analisi di impatto della regolamentazione, prima applicato solo ai regolamenti ministeriali), già previsto dalla l. 28 novembre 2005, n. 246 per i decreti ministeriali, ai disegni di legge di iniziativa governativa (art. 2).

Benché restino esclusi dall'AIR gli atti normativi riguardanti le sicurezza interna ed esterna dello Stato (che toccano una parte non secondaria delle leggi penali) e quelli costituzionali (art. 8), e pur potendo essere sempre deliberata dal Consiglio dei Ministri una esenzione dall'AIR (art. 9), rimane decisiva l'esigenza di una motivazione articolata che riguarda le origini e le conseguenze delle riforme legislative. Un discorso dunque che vede nella legislazione uno strumento moderno di soluzione di problemi sociali, e non di etichettamento delle colpe o degli autori, e che, in prospettiva penalistica, potrebbe essere esteso ai profili sanzionatori, e non solo a quelli di qualificazione dei fatti in termini di illiceità penale.

La motivazione della legge²⁷⁹ costituisce la premessa epistemologica e politica per assicurare alla riserva di legge una dimensione sostanziale, che renda possibile l'attuazione dei percorsi della ragione pubblica secondo parametri noti e steps tracciabili e controllabili: un domani, anche in termini di ragionevolezza (razionalità rispetto ai valori e agli scopi) e sussidiarietà (razionalità rispetto alle conseguenze), da parte della Corte costituzionale. Oggi siamo ancora distanti da quell'obiettivo, ma paradossalmente e forse proprio per questo ne sentiamo l'attrazione.

Cito qui soltanto una frase di Francesco Palazzo sulle attuali esigenze della riserva di legge in materia penale, che sono sicuramente aderenti al discorso qui condotto: "La legge è

²⁷⁸ *Il volto attuale*, cit., 89, 272 s.

²⁷⁹ Pur nello scetticismo di fondo circa tale requisito di costruzione, v. l'analisi pubblicistica di BOCCALATTE, *La motivazione della legge. Profili teorici e giurisprudenziali*, Cedam, Padova, 2008. Quasi tutto si può motivare, per giustificarlo *ex post*. Non ci pare, tuttavia, che questo argomento potrebbe persuaderci ad abbandonare la motivazione dei provvedimenti giurisdizionali, non più di quanto possa distoglierci dal richiedere quella degli atti legislativi. Anche in un contesto non democratico è possibile che un Governo si preoccupi di motivare le proprie leggi: ricordiamo soltanto quei saggi di straordinaria dottrina giuridica che accompagnarono le leggi "fascistissime" firmate da Alfredo Rocco, e che si possono leggere raccolti in ALFR. ROCCO, *La trasformazione dello Stato. Dallo Stato liberale allo Stato fascista*, "La Voce" Anonima Editrice, Roma, 1927. Non è dunque la motivazione a garantire la democraticità o la giustizia delle leggi. Però, in un contesto di democrazia costituzionale (ciò dobbiamo presupporlo), è possibile che quel requisito rappresenti la base *normativa* per una trasformazione *epistemologica* del controllo di legittimità sulle leggi.

garanzia non più per la democraticità in qualche modo ‘presunta’ dei suoi contenuti, bensì per il procedimento della sua formazione, che consente la dialettica parlamentare e il controllo dell’opinione pubblica nonostante il regime maggioritario, e per il sindacato di costituzionalità, che è capace di colmare il ‘vuoto’ contenutistico della democrazia con una tavola di valori costitutiva della più profonda identità popolare”²⁸⁰.

7. I limiti del normativismo integrale

Riprendendo cose scritte qualche anno fa, e che non sono state oggetto di discussione nel frattempo, possiamo ribadire che esiste un vizio storico della scienza giuridica rappresentato dall’autopoiesi di un sistema chiuso e autoreferenziale. L’ho chiamato, in altra occasione, il “cerchio idealistico”²⁸¹.

Tutti i critici del tecnicismo giuridico ne hanno in qualche modo fatto cenno²⁸², e lo stesso Arturo Rocco se lo poneva come rischio da evitare²⁸³.

Il «cerchio idealistico» è costituito dal normativismo integrale²⁸⁴, che impone al giurista di conoscere veramente solo le norme: il delitto è esclusivamente, e non in primo luogo, un ente giuridico. In pratica, almeno, il lavoro quotidiano del giurista, sia in fase di costruzione delle norme, sia in fase d’interpretazione, applicazione e sistematizzazione concettuale, è autopoietico: non c’è feedback rispetto alle altre eventuali conoscenze “parallele”, che restano in buona sostanza separate.

Il suo discorso, di conseguenza, è deontologico, concerne solo il dover essere²⁸⁵.

²⁸⁰ F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità*, cit. 1322.

²⁸¹ DONINI, *Il volto attuale*, cit., 281 ss.

²⁸² Ricordo soltanto MALINVERNI, *La Scuola Dogmatica del Diritto Penale*, Premiata Tipografia Gallardi, Vercelli, 1939, 55 ss., 67 ss.; R. DELL’ANDRO, *Il dibattito*, cit., 181 ss.; PETTOELLO MANTOVANI, *Il valore problematico della scienza penalistica. 1961-1963. Contro dogmi ed empirismi*, 2 ed., Cedam, Padova, 1983; ID., *Il diritto penale contro dogmi ed empirismi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, 262 s.

²⁸³ ART. ROCCO, *Il problema e il metodo*, cit., 281 ss. (considerando la questione dal punto di vista del *formalismo*).

²⁸⁴ Ne ho trattato in *Metodo democratico e metodo scientifico*, cit., 27 ss., 43 ss., cui rinvio per altri richiami bibliografici.

²⁸⁵ Tale tradizione idealistica si può accompagnare o meno a ulteriori premesse teoriche sui rapporti tra mondo dei fatti e mondo dei valori, ma queste ultime non ne rappresentano la vera origine. Il riferimento è al tema della fallacia naturalistica e all’ineducibilità del dover essere da proposizioni descrittive della realtà: è la c.d. is/ought question humeana tanto cara ai filosofi analitici che hanno dominato la cultura giuridica del secondo Novecento. La separazione dei mondi, allora, di quello dei ‘fatti’ da quello dei ‘valori’, sembra radicale e pare (incongruamente) giustificare che il giurista si occupi solo di norme. V. sul tema, CELANO, *Dialettica della giustificazione pratica: saggio sulla legge di Hume*, Giappichelli, Torino, 1994. In precedenza, CARCATERA, *Il problema della fallacia naturalistica*, Giuffrè, Milano, 1969; e il manifesto non cognitivista di OPPENHEIM, *Moral*

Alla stregua di tali premesse s'individuano delle "rationes", degli "scopi", ovvero delle "funzioni" in modo puramente teorico-astratto, ideologico, senza mai verificare le conseguenze alla luce di indagini empiriche extrasistemiche. Sono sempre normative le "conseguenze" alle quali è orientata l'argomentazione dogmatica, ma molto spesso anche il discorso de lege ferenda. E' in sostanza un metodo non falsificabile. L'unico controllo che rimane è quello di razionalità rispetto ai valori e agli scopi, non rispetto agli effetti reali²⁸⁶. Di qui il carattere "idealistico" di questo atteggiamento culturale, che conosce solo i correttivi estremi dell'argumentum ad absurdum: o dell'irragionevolezza.

Al contrario, il piano del dovere essere e della sua normatività, quale oggetto specifico e qualificante della scienza giuridica, dovrebbe coordinarsi con il sapere empirico che legittima la genesi della regola e orienta il collaudo della sua applicazione, facendo così, come detto, del diritto (penale) una scienza normativo-sociale, e non solo una generica scienza della cultura, ermeneutica o al limite un sapere "di sole norme"²⁸⁷.

Il mutamento di paradigma deve quindi cominciare a livello della costruzione delle norme, dal progetto legislativo. Ciò che non può apparire legittimo è che l'interprete sconfessi il paradigma idealistico del legislatore introducendo a posteriori il "DNA" di un metodo diverso, se non talora antinomico. Per questo si è indicata come necessaria un'integrazione tra il metodo delle scienze della cultura e il metodo sperimentale: il che assicura uno statuto epistemologico, alla giurisprudenza, di scienza non solo normativa (ciò che rimane in prima istanza), ma anche sociale. Il dialogo con la realtà deve essere assicurato geneticamente dall'origine "sperimentale", e non solo deontologica, della stessa costruzione del progetto legislativo, che non si riduce a mero decalogo. Di qui, anche, la "messa in crisi" della forma-codice che, a differenza della "moderna" legislazione complementare, è più orientata al modello del decalogo, anziché a quello di un programma di intervento integrato tra distinti rami dell'ordinamento e relativi strumenti giuridici.

Principles in Political Philosophy, Random House, New York, 1968, tr. it. *Etica e filosofia politica*, Il Mulino, Bologna, 1968.

²⁸⁶ Per un'opportuna illustrazione del "livello descrittivo" delle reali funzioni del diritto penale, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, cit., 298 ss.

²⁸⁷ Cfr. l'oggetto della scienza giuridico-penale definito al § 3 *supra*.

8. *Il controllo costituzionale mediante giudizi di fatto*

Un profilo strettamente connesso al superamento di una cultura “idealistica” è quello della controllabilità delle scelte legislative, in sede di legittimità del sindacato sulle leggi, rispetto alle premesse di fatto delle decisioni del Parlamento. E’ il tema dei giudizi di fatto da parte della Corte costituzionale. La questione, a lungo inesplorata dalla dottrina penalistica, è stata di recente oggetto di un’attenta disamina da parte di Pulitanò, soprattutto attraverso le sentenze della Corte costituzionale italiana²⁸⁸.

Che si tratti di decisioni sul plagio, sulle presunzioni di pericolosità, sui vincoli pre-giuridici al riconoscimento delle forme di malattia mentale in rapporto all’intossicazione acuta o cronica da stupefacenti, sui limiti costituzionali all’incriminazione del possesso di stupefacenti, della mendicizia, o che si tratti di approfondire i limiti attuali di un sindacato rispetto a incriminazioni in assenza di sapere scientifico o di dubbi scientifici sulla possibilità di rischi gravi (principio di precauzione), in ogni caso è oggi impensabile ritornare al modello autopoietico del puro cerchio idealistico rispetto alle decisioni della Corte. I sindacati di offensività (presunzioni di pericolo, leggi scientifiche disponibili), ragionevolezza e sussidiarietà (razionalità non solo rispetto ai valori, ma anche alle conseguenze) e adeguatezza agli scopi (per es. rieducativi/risocializzativi), di tassatività (possibilità tecnica di applicazione di una norma), di colpevolezza-imputabilità (giudizi e saperi utilizzabili per vagliare le malattie e gli stati che producono infermità di mente), suppongono anche l’impiego di saperi empirici.

La Corte è stata prudentissima finora, ma lo spazio per questi percorsi non è seriamente contrastabile: è la logica conseguenza del riconoscimento della natura sociale e non solo normativo-assiologica dei precetti penali.

Qualcuno potrà continuare a voler limitare l’ingresso di tali saperi per preservare la libertà della politica dai controlli di legittimità e, con ciò, la natura giurisdizionale della Corte quale giudice delle leggi e dei valori. A me, francamente, pare che mai come in questi ultimi tempi sia apparsa evidente la grande debolezza del Tribunale costituzionale, e l’estrema facilità del potere politico nell’aggirare tutte le garanzie che si ritenevano incrollabili e impermeabili. Al punto che, anche di recente, solo un sentenza costituzionale (alludo a quella

²⁸⁸ PULITANÒ, *Giudizi di fatto nel controllo di costituzionalità di norme penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1004 ss.

sul lodo Alfano) ha risollevato l'immagine della democrazia in Italia a livello internazionale. E' triste che ci sia stato bisogno di questo. Però è segno del fatto che occorre almeno una volta essere soddisfatti dell'esistenza del funzionamento di questo controllo, e predisporre a supportarlo, per consolidarne l'esistenza e la cultura, che appaiono ancora fragili nella dialettica con le propagande maggioritarie della democrazia penale. Non parliamo di una politicizzazione della Corte, ma al contrario di un accresciuto sviluppo di criteri tecnici che consentano però di allargare il suo campo intervento a settori apparsi fino a oggi segnati dal limite della political question. Compreso, in prospettiva, il potere di disporre perizie tecniche su questioni di fatto o sui presupposti epistemologici di una disposizione di legge. Chi contrasta un simile obiettivo, di fatto assicura il massimo della politicizzazione delle questioni legislative e, con ciò, indebolisce il disegno già kelseniano per l'operatività giurisdizionale dell'organo. Tra il modello di Schmitt e quello di Kelsen, al riguardo, non possiamo avere e dubbi a favore del secondo, ma dobbiamo essere conseguenti²⁸⁹.

9. *Retorica processuale vs. pluralismo dogmatico: dai δισσοὶ λόγοι alla dottrina comune, all'«opinione più scientifica»*

Esiste oggi un pluralismo scientifico e diremmo dogmatico dispiegato e abbastanza riconosciuto. Le soluzioni si relativizzano. Si può risolvere un caso operando sull'elemento dell'assenza di causalità giuridica, oppure sulla mancanza del nesso di rischio tra condotta ed evento, oppure lavorare mediante un concetto complesso e normativizzato di colpa o di tipicità. L'esito finale pratico può essere il medesimo. Sono diversi linguaggi (non egualmente corretti) per spiegare spesso il medesimo fenomeno. Interpretazioni, letture, paradigmi. La comparazione e l'ingresso di saperi extragiuridici hanno molto aiutato in questo rinnovamento dei paradigmi, che è parte del processo di secolarizzazione del discorso giuridico, di relativizzazione del suo dogmatismo. Non si tratta certo né della «dogmatica» teologico-religiosa che riguarda un complesso di proposizioni di fede²⁹⁰, né della «dogmatica»

²⁸⁹ Il riferimento è a C. SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung* (1931), tr. it. *Il custode della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1981 e Kelsen, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* (in *Die Justiz*, 1930-31), tr. it. *Chi dev'essere il custode della Costituzione?*, in ID., *La giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1981, 229 ss.

²⁹⁰ Cfr. sulla storia dei dogmi della fede cristiana il classico libro di v. HARNACK, *Dogmengeschichte*, 1. Aufl. 1889/91, 6. Aufl. 1931, Neudruck, Mohr Siebeck, Tübingen, 1991, 1 ss., nonché la storia del concetto di

filosofica antica consistente in dottrine in cui comunque si crede fermamente²⁹¹. Si tratta di una forma di pensiero “per principi giuridici” (non solo costituzionali, né di sola origine dottrinale, ma pure giudiziaria) proprio delle scienze della cultura²⁹², depurato di quelle origini autoritarie del dogmatismo della teologia civile, ma non della pretesa di rappresentare un discorso scientificamente collaudato. Sono “dottrine” qualificate, non semplici opinioni, come si vedrà (§ seg.). Oggi nessuno dovrebbe vietare ad altri l’utilizzo di un linguaggio giuridico diverso, cioè pensare di imporre a tutti una sola nozione di causalità, di rischio, di colpa, di dolo etc., purché consentano di pervenire a una soluzione corretta: alcune soluzioni “tradizionali”, infatti, sono di una povertà o confusione concettuale priva di comunicazione semantica per le generazioni successive. In un ordinamento democratico è doveroso riconoscere un pluralismo linguistico-concettuale, sistematico etc. Il pluralismo della produzione scientifica attesta ogni giorno linguaggi diversi che mirano a spiegare identici fenomeni offrendo soluzioni spesso solo diversamente argomentate. La precisione dei distinti universi linguistici (paradigmi alternativi, per es.) non può dunque significare pensiero unico.

L’argomentazione, però, resta una componente essenziale del discorso giuridico, non meno della soluzione finale del problema (assolto/condannato, colpevole/non colpevole, autore del fatto/estraneo al fatto, etc.). Il 90 % dei numerosi manuali di diritto penale si differenziano, infatti, per la diversa argomentazione di soluzioni (per il resto) analoghe, se non spesso identiche²⁹³.

dogmatica teologica in O.H. PESCH, *Katholische Dogmatik aus ökumenischer Erfahrung*, Matthias-Grünewald Verlag, Stuttgart, 2008, 194 ss.

²⁹¹ Per questo utilizzo del concetto di δόγμα nella filosofia greca antica cfr. REALE, *Storia della filosofia antica*, vol. V, Vita e Pensiero, Milano, 1997, 79

²⁹² MENGONI, *Dogmatica giuridica*, in ID., *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Giuffrè, Milano, 1996, 25 ss.; ROTHACKER, *Die dogmatische Denkform in den Geisteswissenschaften und das Problem des Historismus*, estratto del *Verlag der Akademie der Wissenschaften und der Literatur – Abhandlungen der geistes- und sozialwissenschaftlichen Klasse*, Wiesbaden, 1954, 249 ss., 256 ss. Sulla storia millenaria della dogmatica cfr. HERBERGER, *Dogmatik*, Klostermann, Frankfurt a.M., 1981, *passim*.

²⁹³ Che sia così appare del resto augurabile: altrimenti gli studenti dell’Università x dove si adotta il manuale del professore y (la tendenza è: ogni professore un manuale...), non apprenderebbero solo culture penalistiche distinte, ma soluzioni normalmente contrastanti! Il pluralismo dogmatico e scientifico di cui parliamo, invero, non è sinonimo del caos giuridico, dell’incertezza giuridica delle soluzioni.

Tuttavia, come detto, esistono le conclusioni sicuramente sbagliate (o “scorrette”) dove non si nega il pluralismo, ma comincia, appunto, la demarcazione tra opinioni e dottrine “ammissibili”, anziché semplicemente diverse o alternative in termini esplicativi.

Certo anche qui esiste una *communis opinio* o una dottrina “prevalente”, e la sua esistenza svolge una “funzione stabilizzatrice” del consenso (il diritto ha a che vedere con la pace sociale, non con una mera verità storica o sperimentale)²⁹⁴. Tuttavia, sulle verità della scienza giuridica, ancora oggi, non dovrebbe decidersi a maggioranza. Sulle opinioni la soluzione è diversa, e dunque il ragionamento effettuato “alla conta” riguarda le opinioni, ciò che veramente appare opinabile. Su ciò che non riteniamo opinabile non ammettiamo che rilevi il conteggio delle opinioni dottrinali.

Qualcuno dirà: tutto è opinabile, in quanto l'esistenza di diverse dottrine le legittima *ex se*. Però noi sappiamo che non è ciò di cui siamo convinti sul piano pratico, non è la premessa implicita del nostro mestiere: la premessa epistemologica del giurista è che non tutto possa essere (qui e oggi) arbitrariamente opinabile, o ottenere consenso solo perché meglio argomentato. Qualcosa, invece, sarà oggettivamente più solido e vero²⁹⁵, pur trattandosi di una verità che attiene a soluzioni normative, all'applicazione di regole giuridiche o alla descrizione di proposizioni prescrittive. Il nostro lavoro non si riduce pertanto a mera argomentazione retorica, cioè a tecnica della persuasione per risolvere dei casi verso una soluzione indifferentemente accettata o rifiutata in partenza su basi di pura elezione personale, vale a dire alla stregua dei *δισσοὶ λόγοι* dei Sofisti, fino all'eristica, dove si assumevano a turno le posizioni opposte, per difenderle al meglio sul piano argomentativo, in quanto tut-

²⁹⁴ Rinviamo a quanto osservato in *Dogmatica penale e politica criminale a orientamento costituzionalistico*, in *Dei delitti e delle pene*, n. 3/1998, 37 ss., spec. il § 3 (p. 46 ss.) e qui gli essenziali richiami.

²⁹⁵ Nel pensiero classico, notoriamente, è stato Aristotele che ha fondato in modo radicato e profondo uno spazio culturale e scientifico per un sapere (dunque una *conoscenza*, anche se non una *scienza* in senso proprio a suo avviso) di tipo pratico, orientato al verosimile, all'argomentazione, all'azione, che non risultasse solo per questo svalutato rispetto al modello supremo della scienza esatta di tipo matematico (ARISTOTELE, *Etica nicomachea*, VI, 1141a ss. V. sul punto, per tutti, GADAMER, *Wahrheit und Methode*³, Tübingen, 1972, trad. it. *Verità e metodo*², Bompiani, Milano, 1983, 44 ss.; BERTI, *Aristotele nel Novecento*, Laterza, Bari, 1992, 186 ss.). Anche nella tradizione platonica (che invece radicalizza sul piano teoretico la differenza tra una scienza di tipo matematico e l'opinione come convincimento soggettivo, mutevole e privo di basi conoscitive sicure), c'è comunque un fuggevole spazio per una differenza tra opinione (non vera, ma) comunemente accolta (PLATONE, *Teeteto*, 172b) e opinione scientificamente più verificata, cioè “opinione vera” collaudata e fissata concettualmente mediante la “conoscenza della causa”: cfr. PLATONE, *Menone*, 97a-98a.

to e il suo contrario potrebbe essere difeso o sostenuto, ricorrendo certe particolari situazioni²⁹⁶.

Nella vita professionale di un avvocato la logica sofistica dei “discorsi duplici” è certo presente. Si può difendere l'imputato o la persona offesa o la parte civile. Dipende da chi si rivolge al legale, se non sussistono ragioni di opportunità o personali per non assumere un incarico. Però non è che per questo muterà radicalmente il diritto che si applica o l'interpretazione. Certo che a seconda del soggetto processuale assistito si potrà sostenere una tesi in diritto più favorevole alla parte. Ma tutto ciò rientra nelle regole del gioco. Non si tratta di δισσο□ λόγοι, ma di normale dialettica accusa/difesa, la quale contempla anche la possibilità di valorizzare tesi giuridiche accusatorie o difensiviste soprattutto in relazione alla fattispecie concreta, alla applicazione del diritto al fatto. Non si mette in gioco l'unità dell'ordinamento, la ‘verità’ del diritto astratto, ma la si adatta individuando argomenti che caratterizzano e individualizzano la fattispecie, mediando fra il pensiero sistematico-concettuale e quello topico²⁹⁷.

Il pluralismo scientifico non riflette di per sé l'antagonismo delle parti del processo, né tanto meno la loro diversa dialettica argomentativa. Ecco perché la retorica giudiziaria, l'argomentazione dell'avvocato appartengono a dimensioni distinte da quelle dell'argomentazione dogmatica.

In breve. I manuali di diritto penale non sono solo manuali di retorica, o magazzini di argomenti per convincere un giudice, per motivare meglio la medesima soluzione, anche se quando si deve vincere un processo li si può utilizzare in questo senso.

²⁹⁶ Sui “discorsi duplici” (v. la traduzione in *Sofisti. Testimonianze e frammenti*, a cura di UNTERSTEINER e BATEGAZZORE, Bompiani, Milano, 2009, 556 ss.) e l'*Eristica*, cfr. in generale soltanto H.I. MARROU, *Storia dell'educazione nell'antichità*, Studium, Roma, 1971, 83 s.; UNTERSTEINER, *I sofisti* (1949), Bruno Mondadori, Milano, 1996, 463 ss. (e 18 ss. sulle Antilogie in Protagora); MAIER, *Sokrates*, Tübingen, 1913, tr. it. *Socrate*, vol. I, La Nuova Italia, Firenze, 1943, 202 ss., 207 ss., oltre all'*Eutidemo* di Platone e alle *Confutazioni sofistiche* di Aristotele.

²⁹⁷ VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz*, Beck, München, 1953, tr. it., *Topica e giurisprudenza*, Giuffrè, Milano, 1962. Quando, nella cultura contemporanea, si è riscoperta la teoria dell'argomentazione quale erede della retorica (Perelman), o si è vista nella retorica l'antesignana dell'ermeneutica (Gadamer), in realtà ci si voleva richiamare sia alla logica (o dialettica), sia alla retorica, compresenti nella cultura umanistica del Trivio e *ab origine* collegate già in Aristotele: cfr. BERTI, *Le ragioni di Aristotele*, Laterza, Bari, Roma, 1989, 165 ss.

10. *La dogmatica giuridica (principi dottrinari oggetto di dimostrazione argomentata, e non solo di qualificato convincimento) come tertium genus tra \square πιστήμη e δόξα*

Fin dove si discuta in termini di vero/falso, o normativamente corretto/scorretto, non c'è spazio per una soluzione scientifica “a maggioranza”. Per quanto opinabile il discorso del giurista, le dottrine sulle quali sono fondate le soluzioni corrette non sono opinioni qualsiasi. Esse esistono solo in quanto correttamente argomentate. L'argomentazione, di tipo generalizzante (se riguarda l'interpretazione della legge), o di tipo più individualizzante (se riguarda l'applicazione della legge a un caso o a una tipologia di casi), ci introduce in una forma di sapere che, in termini epistemologici, rappresenta un tertium genus nella dialettica binaria (aut/aut) che la tradizione antica e quella moderna ci hanno lasciato con le coppie concettuali verità/opinione (\square πιστήμη e δόξα), oppure scienza/non scienza (scienza esatta o sperimentale vs. verosimiglianza, falsità, errore, irrazionalità etc.).

La dogmatica giuridica, che sia studio dottrinale del diritto orientato alla sistematica, alla costruzione giuridica mediante istituti e principi generali desunti dalla legge, strumento conoscitivo finalizzato a evitare che il diritto si riduca a “sapere rapsodico”, a ridurre la sua molteplicità, a perseguire la funzione di ridurre le antinomie e garantire l'inserimento delle innovazioni giurisprudenziali nella continuità del sistema²⁹⁸, in ogni caso è costituita da principi dottrinari oggetto di dimostrazione argomentata, siano essi di carattere costituzionale-deduttivo, siano essi desunti in via induttiva dal diritto positivo ordinario, siano essi desunti da uno studio comparato tra diversi ordinamenti, o semplicemente ricostruiti secondo una logica razionale degli istituti. Già queste diversità dei percorsi danno contezza della possibilità e legittimità del “pluralismo dogmatico”. Nell'attuale sistema delle fonti, inoltre, è inevitabile assegnare almeno alle stesse giurisprudenze superiori, nazionali e non,

²⁹⁸ Per tutte queste e altre funzioni, anche per i richiami, oltre al bellissimo scritto, già menzionato, di MENGONI, *Dogmatica giuridica*, cit., e agli AA. cit. *supra* alle note 24 e 29, ed escludendo la letteratura più classica, cfr. ROXIN, *Strafrecht*, AT, Bd. I⁴, cit., § 7/1 ss., 37 ss.; MUÑOZ CONDE, *Geglückte und folgenreiche Strafrechtsdogmatik?*, in *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, cit., 199 ss., spec. 207 ss.; GIMBERNAT ORDEIG, *Concepto y método*, cit., 38 ss., 108 ss.; PAWLOWSKI, *Methodenlehre für Juristen. Theorie der Norm und des Gesetzes*³, Müller, Heidelberg, 1999, spec. § 18/756 ss.; 19/821 ss., 21/865 ss.; DONINI, *Dogmatica penale*, cit., 44 s., 46 ss.; MAIWALD, *Dogmatik und Gesetzgebung im Strafrecht der Gegenwart*, in BEHRENDT/HENKEL (Hrsg.), *Gesetzgebung und Dogmatik*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1989, 120 ss.; BRICOLA, *Rapporti tra dogmatica*, cit., 12 ss., 34 s.; HASSEMER, *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, Rowohlt, Reinbek bei Hamburg, 1974, 176 ss.; LUHMANN, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Stuttgart, 1974, tr. it. *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, Il Mulino, Bologna, 1978, 45 ss., 68 ss., 82 ss.; ALEXI, *Theorie der juristischen Argumentation*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1983, 326 ss.

una funzione decisiva di costruzione del sistema giuridico mediante l'elaborazione di principi dogmatici e di massime relativamente vincolanti. Pertanto, lo storico ruolo della dogmatica di rappresentare una tecnica per il controllo dell'esercizio del potere giudiziario appare oggi meno pronunciato, dati i mutamenti in atto dei rapporti tra i poteri dello Stato.

Rimane peraltro decisivo per il suo contenuto epistemologico il richiamo a un sapere connesso a un'ermeneutica costruita sulla logica discorsiva, argomentativa, sulla razionalità di un discorso relativo a scelte pratiche, di valore, aggiornata oggi all'esigenza di giustificare le decisioni pubbliche degli Stati democratici. Nel supportare la legittimazione razionale del diritto, la scienza giuridica (di cui la dogmatica è solo una componente) trasmette nozioni e principi che non si esauriscono nel dettato positivo di una singola legge.

Anche senza aderire a forme neogiusnaturalistiche o a progetti di universalismo penale, dunque, esistono davvero limiti al normativismo di matrice giuspositivistica (*auctoritas, non veritas, facit legem*)²⁹⁹, perché da tempo sappiamo che la norma non coincide con la sola proposizione legislativa astratta, con la disposizione, e ancor meglio che nozioni più generali vengono raggiunte mediante acquisizioni "meta positive", tradotte o meno in regole scritte, che condizionano il consenso sul contenuto del diritto: esistono categorie classiche e figure di reato 'basiche' (dal diritto romano a quello dei glossatori e dei commentatori) e principi postilluministici (costituzionali e non) di comune utilizzo in Europa e nel mondo, così come la logica e anche l'argomentazione sono strumenti nient'affatto "irrazionali" o deboli "in termini scientifici", ma anzi decisivi per una democrazia discorsiva e deliberativa alla quale si adatti il sapere giuridico oggi³⁰⁰.

Non può dirsi dunque che, abbandonato il terreno delle scienze esatte apriori, o quello delle scienze sperimentali e naturali classiche, vi sia spazio solo per una deriva irrazionalistica, o per una gestione razionalmente incontrollabile del potere politico.

²⁹⁹ V. i richiami indicati *supra*, nota 17.

³⁰⁰ Sull'esistenza oggi di uno *ius commune*, sia delle categorie e sia dei principi, che rende possibile il dialogo nazionale e quello internazionale, nel quadro di una riflessione sulla democrazia discorsiva che va al di là della "grammatica penalistica di matrice tedesca del '900", v. il cap. 6 del nostro libro *Il volto attuale*, cit., 141 ss., e spec. 150 ss., 188 ss., in relazione alle pp. 62 ss. e 308 ss., 316 ss.

11. Il riconoscimento dell'altro e l'etica della citazione

Al pluralismo della dogmatica, oggi, appartiene un'etica della ricerca e della sua comunicazione pubblica che poteva sembrare estranea al dogmatismo old fashioned. Ma non tutti si sono accorti del mutamento intervenuto.

Negli spazi ampi della *communis opinio* la prevalenza (dottrina prevalente) è data per definizione o dal numero di coloro che si sono espressi pubblicamente o dall'*auctoritas* presunta e riconosciuta di coloro che sostengono la tesi "dominante". In nessun caso questi criteri sono rigorosi e decisivi. Una opinione comune, la più diffusa, talvolta è solo la più vecchia e polverosa, la meno aggiornata. Accade pure che si citi la dottrina straniera, anziché quella nazionale. Se l'ha detto un americano o un tedesco è à la page, mentre se lo scrisse un Paoli qualsiasi, uno Zuppetta o un Boscarelli, è dottrina vecchia o polverosa, non è trendy.³⁰¹ All'etica della ricerca, peraltro (ma questo non costituisce davvero una novità), appartiene la rigorosa citazione e l'esposizione esatta e fedele delle tesi altrui, anche di quelle avversarie, per quanto risalenti. Non per amore di polemica, ma di verità. E ciò, soprattutto, in trattazioni che siano effettivamente di ricostruzione scientifica generale dello stato dell'arte, a cui appartiene una cornice e una radice storica. Nella prassi degli stessi lavori finalizzati all'università (di regola i più conformisti rispetto ai paradigmi della scienza normale), accade di non vedere rispettate quelle regole. E' talora uno stile ad *excludendum*, una forma di intolleranza e di convenienza scambista ciò che dobbiamo qui censurare. Cito innanzitutto gli autori della mia scuola, oppure quelli che mi citano a loro volta e positivamente in un valzer infinito, e alcuni autori non li cito mai o in misura molto esigua, per dovere di cronaca. Sono scomodi, seguono paradigmi alternativi al mio e lo mettono in crisi. Oppure sono antipatici, o lo sono al mio Maestro, alla mia Scuola, mi inducono alla polemica o alla controversia, e allora preferisco citare altri, magari più risalenti questa volta, op-

³⁰¹ L'assenza di profilo storico è una delle carenze più diffuse nella produzione teorica destinata ai concorsi universitari, a vantaggio talora di quello comparato. Tale aspetto diviene spesso anzi un requisito necessario per l'esportazione di un'idea. Se non ha un evidente retroterra storico (pur avendolo implicitamente sempre...), e magari neppure uno strettamente esegetico-giuspositivo, sembra più esportabile in quanto apparentemente solo razionale e dunque "scientifico". E' questo uno degli *atouts* più rimarchevoli della produzione di lingua tedesca.

pure gli stranieri che abbiano detto quasi le stesse cose³⁰². Ancora. Tratto un'opera scientifica come una memoria "difensiva", privilegiando le figure retoriche, l'*argumentum ad auctoritatem* e le opinioni di "esperti" riconosciuti e "celebrità" autorevoli di qualche branca del sapere ("ipse dixit"), e nascondo gli argomenti scomodi, di intralcio all'applauso del lettore, salvo tradurli in banali tesi-autogol che mi consentono uno stile brillante perché incompleto e infedele.

Ecco, anche questo accade, e si tratta di sicure violazioni dell'etica scientifica: chi segue o vuole consolidare un paradigma dominante non può davvero trascurare le tesi avversarie che lo mettono in crisi. Anche per tale decisivo aspetto la scienza giuridica non è retorica, neppure quella giudiziale.

Questo modo di agire, che tutti noi conosciamo come praticato, è l'esatto opposto del pluralismo nella scienza, dell'informazione scientifica, della completezza della ricerca, del rigore metodologico. Anziché preoccuparci di classificare le riviste scientifiche in fasce di serie A o B, a seconda che abbiano la peer review o no, dovremmo occuparci molto di più della sostanza, dell'etica della ricerca. Ma non solo. Quel *modus operandi* sopra descritto, se mina alle basi la credibilità scientifica di un prodotto, costituisce altresì, in vari casi, una violazione etica del riconoscimento dell'altro come giurista, o come studioso³⁰³.

12. *Tutela penale del pluralismo?*

A livello di macrofenomeni, oltre a un pluralismo esterno al diritto, e anche al diritto penale (culture, politiche, economie, concezioni del mondo, religioni, etc.), vale a dire quella realtà plurale che il diritto penale si trova presupposta e che esso recepisce culturalmente e garantisce, c'è anche un pluralismo interno: è il pluralismo nella magistratura e nel diritto vigente, oltre che, si intende, nella letteratura giuridica privata e quindi anche nella scienza penale.

³⁰² V. specificamente, sul punto, l'aureo "decalogo" stilato ormai un quarto di secolo fa, da A. PAGLIARO, *Regole della citazione faziosa*, in *Indice pen.*, 1984, 665, ora in ID., *Il diritto penale fra norma e società. Scritti 1956-2008*, vol. IV, *Altri scritti - II*, Giuffrè, Milano, 2009, 579 s.

³⁰³ Il discorso riguarda essenzialmente le omissioni intenzionali, non quelle dovute a negligenza, che almeno in parte sono divenute oggi una colpa quasi inevitabile, a motivo della complessità dei temi, dell'estensione della letteratura, tanto più se non solo nazionale.

La dimensione giuridico-istituzionale del pluralismo etico-ideologico, dei valori e interpretativo si manifesta legittimamente anche dentro alle istituzioni che gestiscono il più autoritario dei diritti, qual è il diritto penale. Il pluralismo interno è infatti garanzia del pluralismo esterno, senza che ciò possa sembrare un'opzione per una risposta "debole" o "indulgente" alla criminalità.

Esiste inoltre, in modo trasversale a questa distinzione interno/esterno, anche un pluralismo di fonti (private/pubbliche, nazionali/sovrnazionali, legali/giudiziali), di anti-giuridicità (nazionali, comunitarie e internazionali, hard law/soft law), un pluralismo sistemico: vale a dire l'esistenza non già di un solo sistema penale unitario, chiuso, accentrato, ma di un sistema policentrico, articolato in sottosistemi e in ordinamenti collegati in una rete, più che in una piramide³⁰⁴.

Il pluralismo che avvolge e attraversa il diritto penale, oggi, non è dunque costituito solo dalle realtà extrapenali o extragiuridiche ispirate a logiche plurali, ma persino da una pluralità di ordinamenti e di sistemi punitivi, in un contesto globale di mondializzazione dei fenomeni, che impongono una sorta di interazione, armonizzazione, una "grammatica comune" che metta ordine a tale situazione³⁰⁵.

Ciò premesso a livello di quadro di fondo, resta il fatto che di tutti i rami dell'ordinamento il diritto penale è quello che si pone in termini più problematici con la democrazia e con il pluralismo, perché la sua caratteristica peculiare è quella di stabilire le soglie di intolleranza, oltre le quali non si accettano offese ai diritti fondamentali e agli interessi che li presidiano magari più da lontano. Per quanto sia democratizzato, discorsivo e pluralistico il processo di formazione della legge penale, il suo contenuto è invece per definizione intollerante e autoritario.

Non solo. Il diritto penale, in genere, si astiene da una repressione diretta delle violazioni del pluralismo, affidando la risposta all'autotutela del diritto pubblico o della società civile. Certo ci sono i reati elettorali, c'è la repressione della discriminazione razziale, religiosa, politica etc. che di fatto tutela anche il pluralismo etico e ideologico (v. ancora l'art. 3

³⁰⁴ Sia sufficiente, quanto alla letteratura italiana, rinviare alla rappresentazione "postmoderna" dei saggi contenuti in *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, a cura di M. VOGLIOTTI, Giappichelli, Torino, 2008

³⁰⁵ Incentrata su questo profilo la ricerca di DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné. Les forces imaginantes du droit* (II), Seuil, Paris, 2006, 7 ss., 122 ss. e *passim*.

l. 13 ottobre 1975, n. 654 e succ. mod. in materia di discriminazione razziale, etc.), ci sono forme, assai deboli in verità, di tutela penale della concorrenza, ma la nostra storia viene da una tradizionale e consolidata repressione del pluralismo³⁰⁶, più che dalla sua tutela.

Per vedere la tutela giuridica del pluralismo occorre piuttosto rivolgersi alla società dei diritti, prima che a quella punitiva. Ecco che ritroveremo le scriminanti, anche quelle procedurali, che consentono soluzioni controllate di conflitti anche forti in materia, per es., di bioetica, e dunque l'esercizio di diritti o facoltà legittime.

Ecco perché l'ingresso nel 'penale' di temi come quello del multiculturalismo non riguarda tanto o specialmente le incriminazioni quanto le possibilità tecniche di ridurre la portata o l'impatto sanzionatorio: esimenti, attenuanti, scriminanti, cause di non punibilità, defenses etc.

Il diritto penale (quello delle incriminazioni, per intenderci) è la barriera ultima, è per definizione "assimilazionista", anziché multicultural, ed è quindi nella società dei diritti³⁰⁷, anziché in quella delle pene, che dovremo cercare la "razionalità sistematica" di quel pluralismo che potrà filtrare all'interno del diritto penale attraverso le cause di giustificazione, i diritti e le facoltà sorti nell'intero ordinamento o in quello extrapenale, salvo che, muovendo da lì, si individuino nuove esimenti, scusanti o attenuanti penalistiche in qualche singolo caso di apertura legislativa di impronta multicultural³⁰⁸.

13. *Epilogo quasi antropologico, in realtà soltanto storico*

Il rapporto tra il pluralismo della democrazia e quello della scienza è dunque non solo possibile, ma doveroso, a livelli molto diversi, e comunicanti.

Occorre però che vi sia in primo luogo una società aperta e non costruita su patti segreti e lobbies autoreferenziali. A questo riguardo, purtroppo, mi permetto in chiusura di esprimere un certo scetticismo e di comunicare una nota di preoccupazione. Io non penso

³⁰⁶ Sulla repressione del pluralismo nel codice Rocco cfr. D'AMICO, *Il concetto di pluralismo nel rapporto fra diritto penale e diritto costituzionale*, in *I soggetti del pluralismo nella giurisprudenza costituzionale*. Atti del Seminario di Macerata, 5-6 maggio 1994, Giappichelli, Torino, 1996, 119 ss., spec. 131 ss.

³⁰⁷ V. ora *Il penale nella società dei diritti*, a cura di M. DONINI e R. ORLANDI, BUP, Bologna, 2010.

³⁰⁸ Particolare chiusura in questo senso, nella più recente letteratura italiana, in BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, Giuffrè, Milano, 2010, 466 ss. Maggiori, ma problematiche aperture, in BERNARDI, *Il "fattore culturale" nel sistema penale*, Giappichelli, Torino, 2010; DE MAGLIE, *Società multiculturali e scriminanti*, in *Il penale nella società dei diritti*, cit., 93 s. V. pure *Laicità, multiculturalismo. Profili penali ed extrapenali*, a cura di RISICATO e LA ROSA, Giappichelli, Torino, 2010

che l'amore per la democrazia e per il dibattito, in questo Paese, sia davvero profondo, ma non perché domini uno spirito autoritario o un desiderio di regime. E' che da un lato si coltivano troppo gli interessi settoriali, se non anche personali, le divisioni di campo, le separazioni in consorterie occulte o non dialoganti, le diffamazioni trasversali quale stile costante della lotta politica, economica o professionale, oggi ampiamente "giustificate" dall'esercizio del diritto. Dall'altro lato, secondo lo stile dell'«uomo di Guicciardini», ben scolpito nelle pagine classiche di Francesco De Sanctis³⁰⁹, non si crede davvero nel dibattito e nelle grandi idee, ma piuttosto nel particolare e nella furbizia: «perché quelle cose che dice di amare e di desiderare, la verità, la giustizia, la virtù, la libertà, la patria, l'Italia liberata dai barbari, e il mondo liberato dai preti, non sono in lui sentimenti vivi e operosi, ma opinioni e idee astratte, e quello solo che sente, quello solo che lo move, è "il suo particolare"»³¹⁰.

Se si parte da questo dato di antropologia giuridica³¹¹, può risultare difficile rendere credibile, in un contesto dove operano questi tipi di formanti, qualunque discorso di razionalità di sistema. Quale spazio può essere davvero assicurato alla scienza giuridica in un Paese dove viga la regola pratica, una consuetudine talora più forte della stessa Carta costituzionale, che dice: "fatta la legge, trovato l'inganno"? Eccoci allora a mediare continuamente tra il rigore sistematico e il pragmatismo, tra il sistema e il problema, tra la dogmatica e la topica, tra la legge e la giurisprudenza, tra la disposizione e la norma come veri poli autonomi di una dialettica originaria, anziché come componenti interne a un "sistema unitario" o, staremmo quasi per dire, a uno Stato...unitario³¹².

³⁰⁹ F. DE SANCTIS, *L'uomo di Guicciardini* (1869), in ID., *Saggi critici*, vol. III, Laterza, Bari, 1969, 1 ss., 24

³¹⁰ *Ivi*, 22. Si noti bene che nell'interpretazione comune dell'opposizione all'attuale Governo, e dunque corrente presso milioni di italiani, lo stesso Presidente del Consiglio sarebbe essenzialmente motivato, nella sua carriera politica, solo o prevalentemente, da esigenze e aspirazioni di tipo personale. V., per un'esposizione paradigmatica, il già citato CORDERO, *Il brodo delle undici*, cit., *passim*.

³¹¹ In senso tecnico, diremmo. Cfr. al riguardo SACCO, *Antropologia giuridica*, Il Mulino, Bologna, 2009.

³¹² Muovendo da una tradizione identitaria più marcata di Stato, per una recente espressione della fiducia che una vera "teoria della scienza del diritto penale" sia in grado, con l'impiego di maggiore, anziché di minore forza teorica, di ricondurre a unità l'attuale "abisso" che distanzia teoria e prassi, PAWLIK, *Strafrechtswissenschaftstheorie*, cit., spec. 494 s., in adesione a KANT, *Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis*, (1793), tr. it. *Sul detto comune: «ciò può essere giusto in teoria, ma non vale per la prassi»*, in KANT, *Stato di diritto e società civile*, a cura di N. MERKER, Editori Riuniti, Roma, 1982, 141 ss. Una posizione, questa di Pawlik, come quella più famosa di Kant, che nella dialettica italiana tra gli apoti e gli scafati del diritto (v. per l'immagine DONINI, *Selettività e paradigmi della teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 392 s.) potrebbe essere facilmente aggirata con disincanto antiscientifico. Eppure, se abbiamo raccolto il testimone della ricerca, dall'età romanistica fino a oggi, è perché crediamo nella necessità e nella possibilità di una convergenza fra teoria e prassi.

Chiosava ancora De Sanctis, nell'ottica del tornaconto, della cedevolezza di principi e regole agli interessi particolari: «“Conoscere non è metter in atto”. Pensa come vuoi, ma fa come ti torna»³¹³.

E' un segno dei tempi che questo stile sia trasmigrato dalla società civile alla politica e lo si ritrovi anche nella scienza, nelle “scuole penalistiche”, nei concorsi universitari e nella ricerca, ormai sempre più applicata e non già fondamentale. Anch'essa, se vuole conservare quel nome (di scienza) è tempo che recuperi le coordinate della sua identità.

Ancora De Sanctis: «Mancata era la forza: supplì l'intrigo, l'astuzia, la simulazione, la doppiezza. E pensando ciascuno “al suo particolare”, nella tempesta comune naufragarono tutti»³¹⁴.

Speriamo che si tratti solo di un ammonimento.

³¹³ F. DE SANCTIS, *L'uomo di Guicciardini*, cit., 23.

³¹⁴ *Ivi*, 24.

VINCENZO PACILLO

*Brevi considerazioni preliminari sul ruolo dei valori religiosi
nell'esperienza giuridica contemporanea*

Sommario: 1. I valori nell'esperienza giuridica: il dibattito contemporaneo. 2. I valori e l'ordinamento giuridico come sistema aperto: clausole generali e concetti normativi extragiuridici. 3. I valori delle religioni di fronte al "filtro" del principio di laicità. 4. Valori religiosi, cultural defenses, sistema penale

1. *I valori nell'esperienza giuridica: il dibattito contemporaneo*

In alcuni suoi recenti scritti, Gustavo Zagrebelsky si dice convinto che la tirannia dei valori evocata (e sotto molti aspetti esecrata) quasi cinquant'anni orsono da Carl Schmitt³¹⁵ debba essere messa - in ambito giuridico - istituzionale - inesorabilmente al bando: lo Stato democratico e pluralista - secondo l'autorevole voce citata - non può infatti poter accettare che i valori ("padri nobili di tutte le guerre") siano in grado di muoversi in un terreno diverso da quello metagiuridico, costituendo al più una fonte di ispirazione per l'attività politica precedente ai processi di produzione legislativa³¹⁶. Secondo questa impostazione - come evidente - i valori possono interagire con la sfera normativa solo in maniera estremamente marginale. Questa ostilità nei confronti dei valori e della possibilità che essi possano essere utilizzati all'interno dei processi di produzione ed argomentazione normativa pare evidenziare una significativa discrasia con quanto avviene in altre scuole protagoniste del dibattito filosofico-giuridico: scuole che auspicano un ritorno del giusnaturalismo, ovve-

³¹⁵ CARL SCHMITT, *La tirannia dei valori*, a cura di Paolo Becchi, Brescia, Morcelliana, 2008

³¹⁶ GUSTAVO ZAGREBELSKY, *Diritto per: valori, principi o regole*, in "Quaderni Fiorentini", XXXI, 2002, II, pp. 865 ss.; ID., *Valori e conflitti nella politica*, in "La Repubblica", 22 febbraio 2008

ro di quella teoria che – per dirla con Aldo Schiavello³¹⁷ – individua alcuni valori fondamentali ed auto-evidenti della vita umana di cui il diritto dovrebbe favorire il perseguimento.

Viene qui in particolare rilievo la recente prolusione di Ernst-Wolfgang Böckenförde all'apertura dell'Anno accademico dell'Università Cattolica di Milano³¹⁸: in tale occasione il costituzionalista tedesco ha chiaramente evidenziato come il diritto naturale – pur non possedendo tutti i caratteri propri del diritto positivo vigente – rappresenta “un’etica giuridica normativa” capace a) di legittimare e di operare come criterio per migliorare il diritto positivo; b) di mettere in discussione la norma posta dal legislatore, esaminandola nella sua legittimità e verificando se quest’ultima contraddica le pretese elementari di giustizia. In altre parole – secondo Böckenförde – i valori promananti dal diritto naturale rappresentano il serbatoio di quelle premesse normative (Voraussetzungen) sui quali der freiheitliche, säkularisierte Staat deve fondarsi³¹⁹, e come tale offrono al giurista i cardini assiologici di quel senso pre-giuridico di comunanza e di “ethos sostenitore” che – per il costituzionalista tedesco – sono indispensabili per una pacifica convivenza in un ordinamento laico³²⁰.

Come è noto Böckenförde parte dal presupposto che – affinché vi sia Stato – è necessario un ethos che faccia da “vincolo unificatore”: secondo il costituzionalista tedesco “la cultura presente ed attuale appare un elemento centrale per procurare nella umana convivenza un relativo senso di comunanza e produrre un ethos che sostiene lo Stato. Nella cultura collaborano forze spirituali, dati e tradizioni mentali, che prendono la forma di atteggiamenti abituali, con l’ethos che vi è legato”³²¹.

Il passaggio successivo sarebbe allora quello di individuare quali possono essere i fattori capaci di creare questo “ethos unificatore”: tra questi Böckenförde – a differenza di Zagrebelsky – offre uno spazio limitato ai principi costituzionali, giacché questi ultimi rappresentano un momento giuridico-istituzionale successivo a quello della creazione dell’ethos condiviso. In altre parole, i principi – secondo il costituzionalista tedesco – non

³¹⁷ ALDO SCHIAVELLO, *Accettazione del diritto e positivismo giuridico*, in “Analisi e diritto”, 2001, p. 318

³¹⁸ Il testo è disponibile su <http://blog.centrodietica.it/>

³¹⁹ Si tratta di un evidente richiamo al *Böckenförde-Diktum* enunciato dal giurista tedesco in *Staat, Gesellschaft, Freiheit*, Frankfurt, Suhrkamp, 1976, p. 60

³²⁰ ERNST WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, *Lo Stato secolarizzato nel suo rapporto con la religione*, Relazione al seminario di Reset-Dialogues On Civilizations presso il centro studi americani, 8 ottobre 2007. La relazione è disponibile su www.astrid-online.it

³²¹ ERNST WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, op.ult. cit., p. 8

potrebbero esistere se non vi fosse un “a priori” logico e pregiuridico, ma comunque capace di spiegare i propri effetti sui processi di produzione normativa (anche) di carattere costituzionale³²². Ecco allora che un fattore essenziale capace di conformare assiologicamente la costruzione tecnico giuridica del legislatore - rendendola conforme a quell’ethos sostenitore della convivenza pacifica tra tutti i soggetti dell’ordinamento- è individuato nei valori della religione, e precisamente – quantomeno in Europa occidentale – nei valori della religione cristiana. “La cultura” – scrive Böckenförde - “è stata sostanzialmente formata da essa e, nella misura in cui si è trasformata in cultura secolare, ha in essa anche le sue radici, di essa si alimenta, sia pure in misura sempre decrescente”³²³. In definitiva, per il costituzionalista tedesco, la religione cristiana rappresenta un ineliminabile sostegno per lo Stato laico, giacché ne garantisce il patrimonio assiologico e lascia ai pubblici poteri il ruolo di custodi – imparziali garanti della libertà di religione e dell’uguaglianza formale – dell’ethos condiviso che da tale patrimonio di valori trae linfa.

In base a ciò Böckenförde giunge alla conclusione che lo Stato laico ha un forte interesse nei confronti della vitalità dei valori religiosi che attraversano la società e nei confronti della capacità di questi di creare un patrimonio etico condiviso: tali valori recano infatti un contributo non indifferente alla sua stabilità.

E’ del tutto evidente che questa teoria pare porsi in radicale contrasto con la visione della distinzione tra valori e principi che emerge dalle opere di un altro maestro del pensiero filosofico-politico contemporaneo. Ci riferiamo a Juergen Habermas, il quale – in “Fatti e Norme” – ritiene fondamentale distinguere tra i valori (preferenze intersoggettive non bilanciabili, e che pertanto non possono trovare ingresso nella sfera giuridica), e principi, vere e proprie norme derivanti dal compromesso tra i diversi gruppi, capaci di vincolare tutti i soggetti dell’ordinamento³²⁴.

Il pensiero di Habermas va peraltro riletto in conseguenza del modello di mediazione dialogica e di discussione pubblica recentemente proposto dal filosofo francofortese, per il quale anche la religione ha acquistato un ruolo ed una valenza nelle procedure di produzione legislativa. Nell’ ultima fase del suo pensiero egli ha richiamato l’importanza di porsi cri-

³²² Cfr. ERNST WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, *Stato, costituzione, democrazia*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 472 ss.

³²³ ERNST WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, *Lo Stato secolarizzato nel suo rapporto con la religione*, cit., p. 8

³²⁴ JUERGEN HABERMAS, *Fatti e norme*, a cura di Lorenzo Ceppa, Milano, Guerini e Associati, 1996, pp. 303 ss.

ticamente rispetto alle ideologie che propongono un laicismo dogmatico, il quale si pone come non come metodo ma come ideologia avente per obbiettivo l' assoluta marginalizzazione delle credenze religiose³²⁵, le quali andrebbero espulse dalla sfera pubblica e confinate alla sfera privata (come in qualche modo è avvenuto in Francia con la recente legge che vieta l'utilizzo di simboli religiosi ostensibili nella scuola pubblica)³²⁶.

Habermas si spinge così verso una cooperazione dialogica tra ideologie laiche chiamate a partecipare ai processi di produzione del diritto e valori religiosi (proponendo - nello stesso tempo - la possibilità di un confronto pubblico tra ragione e fede) nella prospettiva di un reciproco ascolto e di un reciproco riconoscimento: "la ricerca di ragioni miranti ad un piano generale di plausibilità potrà dunque evitare di condurre ad una esclusione scorretta della religione dalla sfera pubblica - esito che priverebbe la società secolare di risorse importanti per la fondazione del senso - solo se anche la componente secolare riuscirà a conservare una sensibilità per la forza di articolazione dei linguaggi religiosi" in modo tale che "ciascuna delle parti sia pronta ad accogliere anche la prospettiva dell'altra"³²⁷.

Non si vuole - naturalmente - in questa sede verificare quale tra le teorie di Zagrebelsky, Böckenförde e Habermas sia preferibile: scopo di questa relazione è piuttosto quello di dare un piccolo contributo, partendo dalle analisi dei Maestri menzionati, alle grandi domande che animano questo convegno, partendo da un'asserzione e da una domanda.

L'asserzione è la seguente: i valori si differenziano dai principi, giacchè - mentre i primi rappresentano elementi metagiuridici assoluti considerati il fondamento positivo su cui debbono basarsi la vita e la società umana - i secondi costituiscono vere e proprie norme giuridiche capaci di svolgere una funzione programmatica (di indirizzo e di orientamento per il legislatore), una funzione interpretativa (dal momento che concorrono

³²⁵ Tra gli esponenti di questa teoria possiamo ricomprendere HENRI PENA- RUIZ, *Histoire de la laïcité*, Paris, Gallimard, 2005 e CARLO AUGUSTO VIANO, *Laici in ginocchio*, Roma-Bari, Laterza, 2006

³²⁶ Cfr., quale contributo riassuntivo di molte delle ultime opere del filosofo francofortese, JUERGEN HABERMAS, *La rinascita della religione: una sfida per l'autocomprensione laica della modernità?*, in Alessandro Ferrara (a cura di), *Religione e politica nella società post-secolare*, Roma, Meltemi, 2009, pp. 24 ss. Sulla legge francese che vieta l'utilizzo dei simboli religiosi nella scuola pubblica cfr. FRANCESCO MARGIOTTA BROGLIO, *La legge francese sui simboli religiosi un anno dopo*, in Silvio Ferrari (a cura di), *Islam ed Europa*, Roma, Carocci, 2005, p. 133 ss.

³²⁷ JUERGEN HABERMAS, *Fede e sapere*, in Id. , *Il futuro della natura umana*, tr. it. a cura di Lorenzo Ceppa, Torino Einaudi, 2002, p. 106

all'ermeneutica³²⁸ delle disposizioni-regola e dunque a determinare il contenuto di senso di queste ultime) e una funzione parametrica: quest'ultimo caso si ha allorchè i principi – esplicitamente o implicitamente – vengano ricavati dalle disposizioni della Carta costituzionale e fungano pertanto da parametro di costituzionalità delle leggi ordinarie ovvero (nel caso dei cd. “principi supremi dell'ordinamento costituzionale”) delle leggi ordinarie, di quelle rinforzate e persino di quelle aventi rango costituzionale³²⁹.

La domanda è invece la seguente: i valori sono dunque davvero al di fuori della sfera giuridica? O piuttosto essi costituiscono un fondamento indefettibile del giuridico, costituendone parametro relativamente alla razionalità ed alla giustizia del dettato normativo? Quale può essere il rapporto tra religione, valori e norme in uno stato laico e pluriconfessionale? Procederemo cercando di dimostrare alcuni assunti, tentando infine di verificare quali ricadute pratiche questi possano avere per la scienza del diritto penale.

Il primo assunto sul quale desideriamo iniziare a riflettere è il seguente: “un ordinamento giuridico è un sistema parzialmente aperto, che interagisce continuamente con la società che è chiamato a regolare sia in termini di input che in termini di output, e modifica alcuni dei suoi elementi in dipendenza dei diversi input che riceve”. Si perdonerà l'utilizzo in questa sede di concetti propri della termodinamica e delle scienze economiche, ma è nostra opinione che la cd. “teoria dei sistemi” sia in grado di offrire originali spunti ricostruttivi in merito al rapporto tra diritto, valori e religione.

La struttura dell'ordinamento giuridico come sistema aperto si deve alla necessità di connettere uno degli elementi cardine della sua essenza (la norma) con la necessità di garan-

³²⁸Si intende in questa sede per ermeneutica il procedimento intellettuale – condotto secondo regole semantico-grammaticali, canoni ermeneutici dottrinali, e precetti di diritto positivo – che consiste nell’“attribuire significato” a una o più disposizioni:

- 1) individuando la funzione logica dei vocaboli in esse utilizzati (soggetto, predicato, complemento, ecc.);
- 2) identificandone la struttura sintattica: se semplice oppure complessa, e in quest'ultimo caso, se paratattica o ipotattica;
- 3) determinando il senso dei vocaboli e delle locuzioni in esse utilizzati;
- 4) esplicitando le parti di comunicazione implicite, ma sintatticamente necessarie, omesse per (presumibili) ragioni di economia nella formulazione delle disposizioni;
- 5) esplicitando le parti di comunicazione (asseritamente) implicite, e sintatticamente non necessarie.

Così PIER LUIGI CHIASSONI, *L'interpretazione dei documenti legislativi: nozioni introduttive*, in Mario Bessone (a cura di) *Interpretazione e diritto giudiziale. I. Regole, metodi e modelli*, Torino, Giappichelli, 1999, p. 21 s.

³²⁹ Cfr. ANTONIO D'ATENA, *In tema di principi e valori costituzionali*, in “Giur. Cost.”, 1997, pp. 3066 ss.

tire la stabilità sociale e la giustizia sostanziale (almeno quella “umanamente possibile”)³³⁰. Ciò comporta due conseguenze: la prima è che la norma esistente (la quale risulta – finché non abrogata – sempre vigente e capace di obbligare i consociati³³¹) può essere sottoposta ad un’ applicazione dinamica, nel senso che essa può essere soggetta ad interpretazione estensiva o restrittiva da parte del giudicante³³². La seconda è che il corpo sociale – in democrazia diretta, semidiretta o rappresentativa – può sempre operare un’azione dinamica diretta alla modificazione del diritto vigente per ricondurlo nell’alveo di una determinata concezione morale³³³ (beninteso, entro i limiti della dimensione materiale della democrazia sostanziale³³⁴).

Gli input assiologici che possono agire sul giudicante sono di diverso tipo ed operano secondo differenti modalità³³⁵: si pensi alla cd. “comune coscienza sociale”, come nel caso

³³⁰ Impossibile, naturalmente, tracciare una mappatura (neppure liminare) della bibliografia diretta ad approfondire la questione della strutturazione del diritto come strumento a servizio della stabilità sociale e della giustizia sostanziale “possibile” nei limiti dell’umano. Si richiameranno tuttavia – tra le opere più recenti – almeno quelle di GUSTAV RADBRUCH, *Ingiustizia legale e diritto sovra legale*, in Amedeo G Conte, Paolo Di Lucia, Luigi Ferrajoli, Mario Jori, *Filosofia del diritto*, Milano, Raffaello Cortina, 2002, pp. 149 ss.; JOHN RAWLS, *Una teoria della giustizia*, a cura di Sebastiano Maffettone, II ed., Milano, Feltrinelli, 1999; HASSO HOFMANN, *Il diritto e il giusto: la questione della giustizia*, in “Filosofia politica”, 2001, pp. 57 ss.; MARIO JORI, ANNA PINTORE, *Manuale di teoria generale del diritto*, II ed., Torino, Giappichelli, 1995, spec. pp. 173 ss.; MASSIMO LA TORRE, *Norme, istituzioni, valori*, Roma-Bari, Laterza, 2008, pp. 303 ss.; LUIGI FERRAJOLI, *La questione dell’embrione tra diritto e morale*, in “Notizie di Politeia”, LXV, 2002, pp. 151ss.; PIETRO PERLINGIERI, *L’ordinamento vigente e i suoi valori*, Napoli, ESI, 2006, spec. p. 39, 163 e 198.

³³¹ Sull’abrogazione delle norme, cfr. SALVATORE PUGLIATTI, voce *Abrogazione – Teoria generale e abrogazione degli atti normativi*, in “Enc. dir.”, I, Milano, Giuffrè, 1958, 141 ss.; FRANCO MODUGNO, *Appunti per una teoria generale del diritto. La teoria del diritto oggettivo*, Torino, Giappichelli, 2000, pp. 131 ss.

³³² Cfr. ex multis FRANCESCO VIOLA, GIUSEPPE ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma – Bari, Laterza, 1999, spec. pp. 109 ss. e PIETRO PERLINGIERI, *L’ordinamento vigente e i suoi valori*, cit., pp. 461 ss.

³³³ Cfr. per tutti Cfr. ROBERT ALAN DAHL, *Poliarchia. Partecipazione e opposizione nei sistemi politici*, Milano, Franco Angeli, 1981, pp. 27 ss.; JOSEPH SCHUMPETER, *Capitalismo, socialismo e democrazia*, Milano, Comunità, 1964, pp. 257 ss.

³³⁴ Cfr. LUIGI FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, II, Roma-Bari, Laterza, 2007, pp. 5 ss.

³³⁵ La dottrina, in proposito, ha operato tradizionalmente una distinzione tra diversi strumenti destinati a creare un raccordo tra input assiologici e decisione del giudice: in particolare si sono individuati i concetti di “clausola generale”, “principio generale” e di “concetto giuridico indeterminato”. Ciascuno di essi – secondo la dottrina – concorrerebbe a strutturare in modo differente la possibilità che il giudice attinga a giudizi di valore che percorrono il corpo sociale per decidere su una fattispecie concreta. Cfr. KARL ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, trad. it. Milano, Giuffrè, 1970, pp. 170 ss. Sull’ utilità di tale distinzione v. peraltro LUCA NIVARRA, *Ragionevolezza e diritto privato*, in “Ars Interpretandi, Annuario di ermeneutica giuridica”, VII, 2002, pp. 374-375: “In primo luogo, ci si è interrogati intorno alla possibilità di distinguere tra clausole generali, principi generali, e concetti giuridici indeterminati ... Credo che un certo scetticismo in ordine alla possibilità di individuare criteri distintivi davvero affidabili sia giustificato dal momento che, in ogni caso, si tratta di direttive o standard che reclamano di essere robustamente concretizzate all’atto della loro applicazione in sede giudiziale

in cui occorra giudicare sulla qualificabilità di un fatto come “atto osceno” (che può essere considerato come tale solo laddove esso sia considerato dalla coscienza generale come offensivo del comune senso del pudore³³⁶): ovvero agli elementi socioculturali che caratterizzano una determinata società in un certo momento storico (il “buon padre di famiglia” richiamato dall’art. 1176 del c.c.³³⁷, ma si pensi anche – naturalmente – agli elementi che concorrono a strutturare il concetto di “ordine pubblico” di cui all’art. 16 della l. 218/1995³³⁸). Questi input non possono non agire sulle tecniche argomentative dell’ermeneutica giuridica: e ciò non perché il giudice debba essere aprioristicamente considerato prigioniero di steccati ideologici che – peraltro – gli impedirebbero di giudicare secondo quanto prescritto dal secondo comma dell’art. 101 Cost., quanto piuttosto perché egli si trova sovente chiamato dalle norme ad operare secondo una ricognizione delle norme morali che attraversano la società³³⁹.

... In realtà, a mio avviso, le clausole generali svolgono una diversa funzione che è quella di impartire al giudice una direttiva circa il modo in cui decidere una controversia”.

³³⁶In realtà – in tema di atti osceni – la giurisprudenza si muove fondamentalmente su due linee omogenee ma contrapposte: entrambe individuano la necessità di definire il concetto di “osceno” mediante il riferimento a norme etiche, ma mentre la prima (cfr. Cass. pen., sez. I, 16 febbraio 1966, in Giust. pen. 1968, c. 242; Cass. pen. sez. III, 19 settembre 1988, in Cass. pen. 1989, p. 382) ritiene che queste ultime siano fisse ed immutabili, la seconda afferma che esse sono mutevoli, ed il loro contenuto varia a seguito delle modificazioni dei valori etici di riferimento della maggioranza della popolazione in un determinato momento storico (cfr. Cass. Pen. sez. III, 10 ottobre 1978, in Foro it. 1980, II, c. 431; Cass. Pen. sez. III, 3 febbraio 1984, in Cass. pen. 1984, p. 2023).

³³⁷Come è noto, la figura del *bonus pater familias* richiamata dall’art. 1176 c.c. pare svolgere una funzione oggettivante rispetto alla nozione di diligenza nell’adempimento contenuta nella norma. Il debitore, in forza della clausola di cui sopra, dovrà conformarsi ad un modello etico-comportamentale generale (nel quale non può più trovare spazio la *diligentia quam in suis*) a sua volta determinato in base a parametri assiologici di riferimento. Cfr. RENATO PARTISANI, *La clausola di diligenza ex art. 1176 c.c.*, in Massimo Franzoni (a cura di), *Le obbligazioni. I. L’obbligazione in generale*, Torino, UTET, 2004, spec. pp. 161 ss. Peraltro, ci pare che l’esplicito inserimento della regola dettata dal primo comma dell’art. 1176 c.c. nel novero delle “clausole generali”, operato da autorevole dottrina (RENATO PARTISANI, *La clausola di diligenza...*, cit., pp. 169 ss.), abbia enfatizzato il ruolo del parametro etico-sociale di riferimento per valutare la condotta dell’obbligato nell’adempiere. In altre parole, il “buon padre di famiglia” non rappresenterebbe più “l’uomo medio” o addirittura “l’uomo chiamato ad un mediocre impegno per garantire l’esatto adempimento”, quanto piuttosto il modello di “buon debitore” presente nella comune coscienza sociale in riferimento alla specifica prestazione dedotta nel rapporto negoziale. Cfr. GIOVANNI IUDICA, PAOLO ZATTI, *Linguaggio e regole del diritto privato*, Padova, CEDAM, 2000, p. 223.

³³⁸Sul concetto di “ordine pubblico” richiamato dall’art. 16 della legge n. 218 del 1995 cfr. FRANCO MOSCONI, CRISTINA CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e contratti*, 3a ed., Torino, UTET, 2004, pp. 181 ss.

³³⁹Secondo Wurzel gli strumenti giuridici destinati ad operare un raccordo tra il diritto e l’etica corrente nella società in un dato momento storico sono *Ventilbegriffe*, ovvero – per di dirla con Trabucchi – “... i polmoni vitali dell’ordinamento”, “... valvole di apertura ... per l’adeguamento delle formule legislative alla vita sociale” (Così ALBERTO TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, CEDAM, 1999, pp. 47 ss.). Wurzel usa questa espressione in KARL GEORG WURZEL, *Das juristische Denken*, Wien, 1904, p. 83: la citazione è tratta da

Il diritto privato conosce questa esperienza non solo in virtù dei cd. “concetti indeterminati” (elementi non definiti da un punto di vista linguistico), ma anche (e soprattutto) attraverso la categoria delle “clausole generali”³⁴⁰, espressioni che riescono ad assumere una concreta applicabilità sul piano del diritto alimentandosi di valori etici (o comunque meta-giuridici) che non possono non passare attraverso un’operazione discretiva e valutativa del giudice³⁴¹. Si pensi in particolare al concetto civilistico di “buon costume”: questo – secondo la dottrina dominante – va inteso quale risultante del complesso dei valori etici che – pur non essendosi imposti come principi fondamentali del sistema – entrano nei processi di interpretazione del diritto vigente attraverso una condivisione sociale di tipo sostanziale³⁴². Certo, a questa opinione si potrebbe obiettare – come già autorevolmente si scrisse diversi anni or sono – che la garanzia del pluralismo ideologico, culturale e religioso operata dal Costituente pare impedire l’assurgere della morale della maggioranza al ruolo di precipitato etico comune a tutto il corpo sociale³⁴³: va tuttavia affermato con una certa sicurezza che la giurisprudenza della Cassazione non pare per ora orientata a rinunciare all’individuazione di un “minimo comune denominatore” etico ed assiologico all’interno della società italiana.

Sarà in questa sede sufficiente ricordare alcune pronunce giurisprudenziali: la sentenza n. 4927 del 1° agosto 1986, all’interno della quale la Suprema Corte afferma che “la pro-

JAN SCHRÖDER, *Zivilrechtliche Generalklauseln in der Methodendiskussion des frühen 20. Jahrhunderts*, in Stefan Chr. Saar, Andreas Roth, Christian Hattenhauer (Hg), *Recht als Erbe und Aufgabe. Festschrift für Heinz Holzhauser zum 21. April 2005*, Berlin 2005, p. 271

³⁴⁰ La rilevante produzione dottrinale sul tema delle clausole generali non può che essere – in questa sede – appena profilata. Oltre alle opere citate nelle precedenti e successive note, piace richiamare tre contributi recenti di particolare ricchezza e profondità: VITO VELLUZZI, *Osservazioni sulla semantica delle clausole generali*, in “Etica e Politica”, 2006, 1, www.units.it; CLAUDIO LUZZATTI, *Le metafore della vaghezza*, in Paolo Comanducci, Riccardo Guastini (a cura di), *Analisi e diritto 1999*, Giappichelli, Torino 1999, pp. 117-130; FEDERICO PEDRINI, *Clausole generali e Costituzione. Una (prima) mappa concettuale*, <http://www.forumcostituzionale.it>

³⁴¹ Cfr. ex multis CARLO CASTRONOVO, *L’avventura delle clausole generali*, in “Riv. Crit. Dir. Priv.”, 1986, pp. 21 ss. . In giurisprudenza cfr. Cass. 18 giugno 1987, n. 5371 in Giustizia civile, I, 1988, 197 ss. e Cass. Sez. un. 17 luglio 1981, n. 4414, in Foro it., 1982, I, 1679. Non può peraltro tralasciarsi – in subiecta materia – l’analisi di L. Mengoni, il quale ritiene che la maggiore apertura della giurisprudenza di merito nei confronti dell’utilizzo delle clausole di correttezza e buona fede come strumento di controllo dell’autonomia privata, sia stato determinato da una “progressiva sensibilizzazione della dottrina privatistica ai valori etici della persona istituzionalizzati nella carta costituzionale nella forma di diritti fondamentali”. Cfr. LUIGI MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in “Banca, borsa e titoli di credito”, I, 1997, p. 9 .Cfr. anche le analisi di ANDREA D’ANGELO, *Il contratto in generale. La buona fede*, in Trattato di diritto privato, diretto da Mario Bessone, XIII, 4, Torino, Giappichelli, 2004, p. 155 ss.;

³⁴² Così FABRIZIO DI MARZIO, *La nullità del contratto*, II ed., Padova, CEDAM, 2008, p. 385 Sia consentito il rinvio altresì a VINCENZO PACILLO, *Il simbolo religioso nel corpo*, in Edoardo Dieni, Alessandro Ferrari, Vincenzo Pacillo, *I simboli religiosi tra diritto e culture*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 126.

³⁴³ Cfr. STEFANO RODOTÀ, *Ordine pubblico o buon costume?*, in “Giurisprudenza di merito”, 1970, II. p. 106

stituzione è attività contraria al buon costume, in quanto avvertita dalla generalità delle persone come violatrice di quella morale corrente che rifiuta, sulla scorta delle norme etiche che rappresentano il patrimonio della civiltà attuale, il commercio per danaro che una donna faccia del proprio corpo”³⁴⁴; ovvero la sentenza, nella quale si è argomentato che “la convivenza “more uxorio” tra persone in stato libero non costituisce causa di illiceità e, quindi, di nullità di un contratto attributivo di diritti patrimoniali (nella specie, comodato) collegato a detta relazione, in quanto tale convivenza, ancorchè non disciplinata dalla legge, non contrasta (...) con il buon costume, inteso, a norma delle disposizioni del codice civile come il complesso dei principi etici costituenti la morale sociale di un determinato momento storico”³⁴⁵. In realtà – se pure esiste un “minimo comune denominatore” etico ed assiologico all’interno della società italiana – non pare più possibile sostenere – in virtù del principio di laicità dello Stato – che la morale richiamata dal concetto civilistico di “buon costume” debba necessariamente e completamente riferirsi ai principi fondamentali dell’etica cristiana³⁴⁶: essa appare piuttosto la risultante delle istanze etiche presenti nel complesso della società italiana in un determinato momento storico a prescindere dalla credenza o dalla miscredenza, dalla religiosità o dalla irreligiosità dei suoi componenti. Per dirla con Ferrara, il codice civile richiama “non la morale passata, ma la morale presente, non la morale teorica, ma la morale pratica, non la morale religiosa, ma la morale civile, non la morale internazionale, ma la morale locale, non la morale individuale, ma la morale obbiettiva e generale”³⁴⁷.

Questa osservazione non risolve però tutti i problemi, perché lascia impregiudicato il problema di quanto la religione/le religioni siano in grado di determinare la morale civica corrente, e di come laicità e pluralismo confessionale siano in grado di impedire l’osmosi tra etica cristiana e concetto di “buon costume”. E’ del tutto evidente che le istanze etiche presenti nella società italiana – pur non potendo coincidere in toto con la morale cristiana – saranno da questa inevitabilmente influenzate, vuoi per motivi puramente numerici (oltre

³⁴⁴ in Foro it., 1986, I, c. 493

³⁴⁵ In Nuova Giur. Civ., 1994, I, p. 339

³⁴⁶ Cfr. Cfr. ALBERTO TRABUCCHI, voce “Buon costume (dir. Civ.)”, in “Enc. Dir.”, V, Milano, Giuffrè, 1959, p. 703; GIOVANNI BATTISTA FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, Giuffrè, 1970, p. 77

³⁴⁷ FRANCESCO FERRARA, *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, II ed., Milano, Società editrice libraria, 1914, p. 33

l'80% degli italiani dichiara di appartenere ad una religione cristiana) vuoi per motivi di carattere culturale.

Peraltro anche il diritto penale vede un certo ingresso di input di carattere etico- sociale all'interno del proprio (sotto)sistema normativo: non vogliamo naturalmente in questa sede riproporre la jellinekiana teoria del "minimo etico", in forza della quale il diritto penale sarebbe "vielleicht der beste Kulturmesser, den es gibt"³⁴⁸ ed i divieti da esso posti sarebbero "derivati direttamente dall'etica e considerati solo un settore dell'ampio complesso di norme in cui essa si articola"³⁴⁹: concordiamo infatti con l'autorevole dottrina secondo la quale "esistono comportamenti penalmente irrilevanti che nondimeno sono considerati dalla stragrande maggioranza dei consociati gravemente immorali, e, per converso, comportamenti penalmente rilevanti a dispetto della loro minima o inesistente risonanza etico-sociale, o, addirittura, incriminazioni che contrastano con i più elementari principi etici di una determinata società"³⁵⁰.

Ci riferiamo invece ai cd. "concetti normativi etico-sociali", i quali – come è noto – sono espressioni lessicali che fanno riferimento ad una specifica norma extragiuridica proveniente dalla morale corrente nella società.

Anche i concetti normativi etico-sociali rappresentano una membrana che consente l'osmosi tra valori etici e norme giuridiche. Nel diritto penale, tuttavia, i problemi di questo processo osmotico sono assai più complessi di quelli che emergono nel diritto privato. E' infatti noto che il principio costituzionale di precisione – rispettato quando il rinvio operato dalla legge penale investe norme extragiuridiche tecniche – rischia di subire gravi vulnera allorché alcuni elementi della fattispecie risultino individuati attraverso il richiamo a norme etico-sociali. Ciò si giustifica per la congenita vaghezza di tali norme, sia perché –

³⁴⁸ Così GEORG JELLINEK, *Die sozioethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, II Aufl., Berlin, O. Häring, 1908, p. 122

³⁴⁹ Cfr. FABIO BASILE, *Localismo e non-neutralità culturale del diritto penale 'sotto tensione' per effetto dell'immigrazione*, in [www. StatoeChiese.it](http://www.StatoeChiese.it), p. 34

³⁵⁰ GIORGIO MARINUCCI, EMILIO DOLCINI, *Corso di Diritto penale*, I, Milano, Giuffrè, 2001, p. 418. Così anche STEFANO CANESTRARI, LUIGI CORNACCHIA, GIULIO DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna, Il Mulino, 2007, pp. 225 ss.

in una società pluralistica – i contorni delle disposizioni morali non riescono spesso a trovare un riscontro univoco³⁵¹.

Per vero, sino ad alcuni decenni fa le coordinate etiche dirette a definire i concetti normativi extragiuridici potevano dirsi - nella nostra società- tendenzialmente precise: esse derivavano da un' insieme di disposizioni etiche, giuridiche ed evangeliche che venivano accolte (in una società civile fortemente cristianizzata, per lo meno in apparenza) nell'interpretazione data ad esse dalla tradizione e dai pastori della Chiesa. L'accoglimento della norma confessionale così interpretata era automatico e diffuso, poiché il sostrato sociale recepiva in gran parte i valori confessionali, elevandoli a vere proprie norme di condotta generalizzate³⁵².

La situazione appare oggi completamente mutata. In un contesto secolarizzato e multietnico come quello in cui attualmente viviamo diventa sempre più complesso stabilire dove la dimensione dell'etica inizia a possedere una normatività avvertita come tabù: i parametri etico-socio-culturali cui si richiama autorevole dottrina³⁵³ per caratterizzare le condotte penalmente rilevanti ai fini dell'incriminazione sono in perenne, costante mutamento, proprio perché è lo stesso corpo sociale a vivere in modo assai diverso le forme del sacro³⁵⁴.

Questo non ha comunque ancora indotto il legislatore a cancellare dal dettato normativo espressioni come “morale familiare” o “comune senso del pudore”, e ciò ci consente dunque di confermare che sia il diritto penale che il diritto civile conoscono un processo di ibridazione con la morale corrente nell'ambiente sociale in cui essi si trovano ad operare.

Peraltro, non va neppure dimenticata – in questa sede – la seconda conseguenza derivante dalla qualificazione dell'ordinamento giuridico come “sistema aperto”, ovvero la

³⁵¹ cfr. GIORGIO MARINUCCI, EMILIO DOLCINI, *Manuale di Diritto penale, Parte Generale*, II ed., Milano, Giuffrè, 2006, p. 45

³⁵² Così, alla fine degli anni '50 del secolo scorso, Antonio Trabucchi poteva ritenere di definire il buon costume civilistico come il complesso delle norme etiche proprio della morale cristiana. Cfr. ANTONIO TRABUCCHI, voce “Buon costume (dir. Civ.)”, cit., p. 703

³⁵³ così PLACIDO SIRACUSANO, *I delitti in materia di religione. Beni giuridici e limiti dell'intervento penale*, Milano, Giuffrè, 1983, p. 123

³⁵⁴ Cfr. FRANCO GARELLI, *L'Italia cattolica nell'epoca del pluralismo*, Bologna, Il Mulino, 2006, soprattutto nelle parti in cui si evidenzia la discrasia tra magistero ecclesiastico e comportamento dei fedeli in determinate questioni. Sul tema cfr. altresì GUSTAVO GUIZZARDI, *La pluralità dei pluralismi*, in Franco Garelli, Gustavo Guizzardi, Enzo Pace, *Un singolare pluralismo. Indagine sul pluralismo morale e religioso degli italiani*, Bologna, Il Mulino, 2003, spec. pp. 34 ss.

possibilità per il corpo sociale operare di un'azione dinamica diretta alla modificazione del diritto vigente per ricondurlo nell'alveo di una determinata concezione morale. Negli ordinamenti occidentali contemporanei - perché le procedure elettorali possano dirsi non solo formalmente ma anche sostanzialmente corrette³⁵⁵ - i pubblici poteri sono chiamati a garantire pienamente la libertà comunicativa di tutti gli attori istituzionali ed a tutelare pienamente il pluralismo ideologico. Solo così una democrazia può configurarsi quale democrazia partecipativa basata su libere elezioni, che pone la diffusione di ogni ideologia quale momento irrinunciabile della sua essenza e del suo metodo³⁵⁶; ciò implica non solo che vi sia spazio per esprimere i propri valori all'interno di un "progetto di vita" individuale o comunitario (anche quando essi siano anticonformisti ovvero capaci "scandalizzare" la maggioranza degli individui) ma anche per strutturare gruppi sociali che portino tali valori ad asurgere al rango di principi giuridici di riferimento.

Questa operazione non è naturalmente priva di alcun limite. Va infatti nuovamente sottolineato che la caratterizzazione delle democrazie occidentali come democrazie sostanziali fondate sulla centralità della dignità umana e sul rispetto dei diritti fondamentali³⁵⁷ comporta che come queste debbano essere considerate soggetti giuridici che si fondano principi inderogabili (i quali debbono essere difesi contro ogni offesa che provenga dal potere pubblico e sottratti alle decisioni della politica e del mercato)³⁵⁸.

³⁵⁵ GIOVANNI SARTORI, *Democrazia: cosa è*, Milano, Rizzoli, 1994, pp. 153 ss. Conforme Schumpeter, secondo il quale il meccanismo di elezione dei rappresentanti del popolo a suffragio universale presuppone una serie di precondizioni, quali i diritti sociali, la libertà di stampa e di informazione. Schumpeter pone l'enfasi sul momento elettorale, dal momento che non sta ad indicare una delega in bianco, ma lo strumento di controllo dell'eletto, anche se l'ideale della partecipazione diffusa a tutti i livelli è fortemente compromesso dalla crescente complessità sociale. . JOSEPH SCHUMPETER, *Capitalismo, socialismo e democrazia*, cit., pp. 252 ss.

³⁵⁶ Così CARLO LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Torino, UTET, 1970, p. 465

³⁵⁷ Sul concetto di "democrazia sostanziale" cfr. LUIGI FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, VI ed., Roma-Bari, Laterza, 2000, spec. pp. 905 ss., e ID., *Diritti fondamentali*, in *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di Ermanno Vitale, II ed., Roma-Bari, Laterza, 2002, pp. 5 ss. Come è noto Ferrajoli basa la sua teoria sulla distinzione tra "democrazia politica o formale" e "democrazia sociale o sostanziale", la prima determinata da regole e procedure sul "chi" e sul "come" si deve decidere, la seconda da regole sul "cosa" si può o non si può decidere; una critica a tale lettura in MICHELANGELO BOVERO, *Diritti e democrazia costituzionale*, in *Diritti fondamentali*, cit., pp. 235 ss. Quanto invece all'espressione "diritti fondamentali" ed alle notevoli differenze semantiche di quest'ultima rispetto alla locuzione "diritti umani", cfr. MICHELANGELO BOVERO, *Diritti e democrazia costituzionale*, in *Diritti fondamentali*, cit., pp. 235 ss. ma spec. p. 241, ove si afferma che l'espressione "diritti umani", entrata nel parlare quotidiano, "è divenuta veicolo di una nozione vaga e imprecisa, tanto ambigua quanto predisposta ad usi retorici polivalenti e divergenti".

³⁵⁸ Si riprende in questa sede la teoria di Antonio Baldassarre, secondo il quale "gli inviolabili diritti della persona umana costituiscono l'insieme dei valori non-negoziabili, sottratti alla lotta politica, e perciò stesso diretti

Ma ancora una volta, sono i valori a limitare i valori. Dignità umana e diritti fondamentali rappresentano infatti la traduzione in termini giuridici di valori riconosciuti come essenziali e primari dalla comunità – sia da quella politica, che da quella sociale: essi esprimono le convinzioni profonde che permeano la società in un determinato momento storico³⁵⁹ e senza il rispetto delle quali nessun governo potrebbe legittimamente esercitare il potere³⁶⁰.

Di qui la necessità – per il sistema – di rigettare esplicitamente alcuni valori o alcune ideologie, perché ritenute totalmente incompatibili con la dignità umana e il progresso della società: nasce così la necessità di imporre un valore supremo, quello della cd. “tolleranza orizzontale”. Da un punto di vista strettamente normativo detto valore si traduce nel dovere giuridico – gravante su ogni soggetto - di accettare e rispettare - attraverso un confronto dialogico con altri soggetti, portatori di identità differenti tutte le forme di espressione e dei nostri modi di esprimere la qualità di esseri umani³⁶¹: tale dovere – sancito in Italia principalmente dalla legge 205/1993 e dall’art. 43 del Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell’immigrazione e norme sulla condizione dello straniero – impone infatti ai consociati di non penalizzare – sulle questioni attinenti al “senso ultimo dell’esistenza” - opinioni difformi dalle proprie, attraverso comportamenti discriminatori, violenti o di istigazione alla violenza o alla discriminazione³⁶².

In questa accezione è evidente che la tolleranza “non implica che il credo o lo stile di vita diversi debbano essere condivisi o approvati, quanto che vengano pubblicamente accettati come parti della gamma di variazioni “normali” e che quindi non marchino più i loro portatori con un’identità collettiva stigmatizzata dall’esclusione.”³⁶³ Così intesa, il valo-

a unificare tutti i soggetti e le parti operanti in un determinato ordinamento *under the Constitution*” (così ANTONIO BALDASSARRE, *Globalizzazione contro democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2002, p. 273)

³⁵⁹ Cfr. ANTONELLA MERLI, *Democrazia e diritto penale*, Napoli, ESI, 2009, spec. pp. 157 ss.

³⁶⁰ Cfr. PHILIPPE MASTRONARDI, *Menschenwürde als materielle "Grundnorm" des Rechtsstaates?*, in Daniel Thürer, Jean Francois Aubert, Joerg Paul Müller (Hrsg.), *Verfassungsrecht der Schweiz*, Zürich, Schulthess, 2001 pp. 233 ss.; PAOLO BECCHI, *Il dibattito sulla dignità umana: tra etica e diritto*, in Enrico Furlan (a cura di), *Bioetica e dignità umana. Interpretazioni a confronto a partire dalla Convenzione di Oviedo*, Milano, Franco Angeli, 2009, pp. 113 ss.

³⁶¹ Così la Dichiarazione dei principi dell’UNESCO sulla tolleranza del 1995 sulla quale cfr. FRANCESCO MARGIOTTA BROGLIO, *Un nuovo atto internazionale a difesa dell’uomo. La 'dichiarazione' dell’UNESCO sulla tolleranza* in “Rivista di studi politici internazionali”, 1996, pp. 55 ss.

³⁶² cfr. (anche se in senso parzialmente critico) EMANUELA FRONZA, *Osservazioni sull’attività di propaganda razzista*, in “Riv. int. dir. Uomo”, 1997, pp. 32 ss.

³⁶³ ANNA ELISABETTA GALEOTTI, *La tolleranza. Una proposta pluralista*, Napoli, Liguori, 1994, p. 123

re/dovere di tolleranza implica il rispetto per le diverse Weltanschauung; ed a tale rispetto – in questa prospettiva – non è vincolato solo lo Stato, ma piuttosto ogni consociato.

Ma non basta. Di qui sorge la strutturazione di alcuni valori in “principi supremi”, capaci di limitare l’azione degli altri valori circolanti nell’ordinamento tanto da un punto di vista ermeneutico che da un punto di vista delle dinamiche politiche: per dirla con Domenico Pulitanò³⁶⁴ paiono esistere – nelle democrazie occidentali – alcuni valori oggettivi imprescindibili, senza i quali ogni azione proveniente dai pubblici poteri o addirittura dalla sovranità del popolo darebbe luogo a quella “ingiustizia intollerabile” richiamata da Gustav Radbruch nella sua formula di legittimazione del diritto di resistenza³⁶⁵.

Nasce così il secondo assunto sul quale riflettere: le religioni devono essere considerate come metanarrazioni idonee a produrre valori capaci di contribuire positivamente al progresso della società, ma la loro azione all’interno dell’ordinamento è limitata dal principio di laicità.

Due considerazioni liminari debbono essere anteposte ad una riflessione su questo assunto, ed in particolare alla visione della laicità come valore imprescindibile su cui si fonda la Repubblica italiana. Il primo è che la visione delle religioni come meta narrazioni di segno positivo – o per lo meno come complesso di credenze ritenute accettabili all’interno dell’ordinamento – è una valutazione propria della quasi totalità delle democrazie costituzionali odierne, ma ha avuto e continua ad avere eccezioni significative tanto in via assoluta (si pensi all’URSS, ove le Costituzioni del 1936 e del 1977 garantivano formalmente solo la libertà di propaganda “antireligiosa” ed i pubblici poteri agivano chiudendo le scuole confessionali ed incamerando il patrimonio delle Chiese³⁶⁶; o al Messico anticlericale del dopo Juarez, in cui le religioni furono viste come un fattore negativo per lo sviluppo del Paese³⁶⁷)

³⁶⁴ Cfr. DOMENICO PULITANÒ, *Problema penale e problemi della laicità*, in in Stefano Canestrari, Luigi Stortoni (a cura di), *Valori e secolarizzazione nel diritto penale*, Bologna, Bononia University Press, 2009, pp. 190 ss.

³⁶⁵ Cfr. GIULIANO VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei "delitti di Stato" nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 3 ss.

³⁶⁶ Cfr. GIOVANNI CODEVILLA, *Stato e Chiesa nell’Unione Sovietica*, Milano, Jaca Book, 1972; ID., *I limiti della libertà religiosa nella Costituzione sovietica*, in AA.VV., *Diritto, persona e vita sociale. Scritti in memoria di Orio Giacchi*, II, Milano, Vita e Pensiero, 1984, pp. 230 ss.

³⁶⁷ Cfr. FRANCESCO ZANCHINI DI CASTIGLIONCHIO, *Libertà religiosa e laicità dello Stato nell’esperienza messicana*, in ID., *Fra diritto e storia: itinerari canonistici*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2003, pp. 45 ss.; FRANCESCO ONIDA, *Laicità e libertà religiosa nel Messico di fine secolo*, in ID., *Il giro del mondo in duecentocinquanta pagine. Itinerari di diritto ecclesiastico comparato*, Bologna, Il Mulino, 2010, pp. 189 ss.

quanto in via relativa (non sono pochi gli ordinamenti giuridici che assoggettano le minoranze religiose ad una condizione giuridica fortemente vessatoria, che impedisce a queste ultime di godere delle facoltà promananti dall'art. 18 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e della stessa norma del Patto internazionale sui diritti civili e politici³⁶⁸). Da questo punto di vista, la Costituzione italiana è assai chiara nell'affermare che i pubblici poteri sono vincolati alla tutela della libertà religiosa in regime di pluralismo confessionale e culturale ed alla realizzazione dell'eguaglianza nella libertà di tutte le Confessioni religiose³⁶⁹: questo pluralismo deriva – evidentemente – dalla visione del fatto religioso come uno di quegli elementi capaci di concorrere al progresso spirituale della società (art. 4 Cost.) e dalla volontà di tutelare – pienamente ed allo stesso modo – ogni declinazione della coscienza nei confronti del numinoso, così da garantire effettivamente ed allo stesso modo tutte le visioni del mondo che hanno ad oggetto il rapporto tra uomo e sacro. I lavori preparatori della Carta fondamentale e la giurisprudenza costituzionale che si è venuta a formare fino ad oggi lasciano pochi dubbi su questo, come pochi dubbi esistono sul fatto che la tutela della libertà di credenza e di coscienza debba implicare la neutralità dello Stato e la necessaria fondazione dei processi di produzione legislativa sulla ragionevolezza delle disposizioni normative e non sull'origine divina e/o fideistica delle stesse³⁷⁰. La garanzia della libertà di religione non può essere effettiva se essa non comporta l'apertura nei confronti di tutte le convinzioni religiose e filosofiche e se lo Stato non rifiuta di sorreggersi su autorità religiose e/o di servirsi di argomentazioni confessionali per poter giustificare (o semplicemente per motivare) la propria azione politica, legislativa, amministrativa e giudiziaria³⁷¹. In quest'ottica la laicità dello Stato contemporaneo deve essere interpretata come un corollario

³⁶⁸ United States Department of State, Annual Report on International Religious Freedom 2009, <http://www.state.gov/g/drl/rls/irf/2009/index.htm>

³⁶⁹ Cfr. in dottrina LUIGI LOMBARDI VALLAURI, *Stato laico, pensiero laico, pensiero dello Stato laico*, in Adolfo Ceretti, Loredana Garlati, (a cura di), *Laicità e stato di diritto, atti del IV convegno della Facoltà di Giurisprudenza di Milano Bicocca*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 55 ss.; SILVIO FERRARI, *La nozione di laicità tra identità e pluralismo*, in Adolfo Ceretti, Loredana Garlati, (a cura di), *Laicità e stato di diritto*, cit., pp. 99 ss. e GIUSEPPE CASUSCELLI, *Le laicità e le democrazie: la laicità della «Repubblica democratica» secondo la Costituzione italiana*, in “Quad. dir. e pol. Eccles.”, 2007/1, pp. 169 ss. . Da ultimi in senso conforme ENRICO VITALI, ANTONIO G. CHIZZONITI, *Diritto ecclesiastico. Manuale breve*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 25 ss.

³⁷⁰ Cfr. LUIGI FERRAJOLI, *Stato laico ed etica laica. Laicità e diritto penale*, in Stefano Canestrari, Luigi Stortoni (a cura di), *Valori e secolarizzazione...*, cit., pp. 123 ss

³⁷¹ Cfr. AUGUSTO BARBERA, *Il cammino della laicità*, in Stefano Canestrari, Luigi Stortoni (a cura di), *Valori e secolarizzazione nel diritto penale*, cit., spec. pp. 54 ss. e 86 ss.

del rispetto della dignità umana: essa deriva da un iter storico che affonda le sue radici nelle guerre confessionali del XVI e XVII secolo e nella necessità storica di neutralizzare gli effetti negativi (politici, sociali e giuridici) del pluralismo religioso, ed ha lo scopo di garantire in tal modo la pace sociale³⁷².

Esiste tuttavia un ulteriore problema: e cioè che la definizione giuridica del principio di laicità dello Stato soffre oggi di una tendenziale ambiguità che rischia di metterne in dubbio la stessa capacità parametrica: la Corte costituzionale ha infatti sviluppato il concetto in modo sufficientemente articolato dalla sentenza n. 203 del 1989 fino alla celebre pronuncia n. 508 del 2000, arrestando poi la sua opera a metà del guado.

Sui silenzi della Corte si è innestata la giurisprudenza del giudice amministrativo, la quale ha insistito in modo particolare sul legame esistente tra laicità e radici cristiane della società italiana: sia il T.A.R. Veneto che il Consiglio di Stato hanno individuato nel cristianesimo un elemento fondamentale del percorso storico e culturale del nostro Paese e dell'Europa intera³⁷³.

La religione cristiana viene dunque riconosciuta – böckenfördianamente – come il sistema ideologico fondante dei presupposti culturali dell'ethos politico della democrazia costituzionale italiana, di quelle “premesse normative” che essa – proprio in quanto Stato laico e secolarizzato – non è da sola in grado di garantire. La giurisprudenza amministrativa sembra così avallare un concetto di laicità modellato sul concetto di «società post-

³⁷² Cfr. MAURILIO GOBBO, *Didattica del diritto pubblico e mutamento dei valori di riferimento nell'Europa contemporanea*, in Roberto Scarciglia, Fabio Padovini (a cura di), *Diritto e università: comparazione e formazione del giurista nella prospettiva europea*, Padova, Cedam, 2003., pp.51 ss.

³⁷³ ”. Difficilmente – secondo gli organi giurisdizionali citati – “si può negare che la nostra tormentata storia sia impregnata - nel bene e nel male - di cristianesimo, né il mutare delle analisi storiche, né la stessa indiscutibile laicità dello Stato possono modificare il passato; anche se siamo chiamati a convivere con la nostra tradizione in maniera non certo passiva, ma dialettica, considerandola come sempre aperta ed in evoluzione, essa certo non risulta eliminabile con un atto di volontà sovrana o tramite una sentenza”. E così “il simbolo linguistico laicità” – simbolo linguistico che, nel ragionamento ermeneutico del Consiglio di Stato, indica in forma abbreviata l'essenza di quanto disposto dagli artt. 2, 3, 7, 8, 19 e 20 Cost. – viene (ri)letto in connessione con la tradizione culturale italiana, ed in particolare con l'origine cristiana “dei valori di tolleranza, di rispetto reciproco, di valorizzazione della persona, di affermazione dei suoi diritti, di riguardo alla sua libertà, di autonomia della coscienza morale nei confronti dell'autorità, di solidarietà umana, di rifiuto di ogni discriminazione, che connotano la civiltà italiana”. Cfr. LUCIANO VIOLANTE, *La laicità come principio costituzionale*, in Massimo Adinolfi, Alfredo D'Attorre, *Religione e democrazia. Atti dell'International summer school di filosofia e politica di Marina di Camerota*, Roma, Solaris, 2009, pp. 51 ss.

secolare»³⁷⁴, in cui il cristianesimo – ed in particolare la sua declinazione secondo i principi del cattolicesimo – assurge al ruolo di principale fonte di cultura da cui si alimentano la coscienza normativa ed il patto sociale tra i cittadini. In questa declinazione, la laicità non può più costituirsi come necessità di garantire l'irriducibilità delle scelte normative coinvolgenti la generalità dei consociati ad uno o più punti di vista di carattere religioso, ma si trasforma in una “laicità identitaria”. Laicità identitaria che diventa espressione dell'omogeneità spirituale del popolo, la quale comporta che – all'esigenza di salvaguardare la libertà di religione in regime di pluralismo confessionale e culturale – debba accompagnarsi la necessità di tutelare un'identità collettiva di matrice giudaico-cristiana (beninteso, a prescindere dal fatto che questa sia vera o presunta) anche (e soprattutto) attraverso lo strumento legislativo. Detto strumento si prospetta costituzionalmente legittimo anche se capace di tradursi in un *legal enforcement of christian morals* proprio perché i valori che fanno parte integrante e fondante di quella tradizione appaiono dotati di una priorità assiologica e fondante che li costituisce come nucleo duro (ed irrinunciabile) della democrazia italiana³⁷⁵.

Proprio di qui occorre muovere per proporre la seconda delle considerazioni liminari predette: né la giurisprudenza costituzionale né quella amministrativa sono sufficienti per delineare in modo univoco il concetto giuridico di laicità: questa – intesa come valore/principio capace di limitare le interferenze tra religione e politica nelle democrazie occidentali – rappresenta infatti un patrimonio comune di tutti gli ordinamenti europei. La Corte Europea dei Diritti dell'uomo – oltre ad aver posto in luce il ruolo dello Stato come organizzatore neutrale ed imparziale dell'esercizio delle diverse religioni e delle diverse credenze – ha affermato che solo un ordinamento democratico che si fondi sulla neutralità e

³⁷⁴ Il concetto di *postsäkularen Gesellschaft* – utilizzato da J. Habermas nel suo intervento al convegno *Vorpolitische moralische Grundlagen eines freiheitlichen Staates, Gesprächsabend in der Katholischen Akademie in Bayern am Montag, 19. Januar 2004*, di cui possono leggersi gli atti in “Zur Debatte”, 1, 2004 – deriva da un lavoro di KLAUS EDER, *Europäische Säkularisierung – ein Sonderweg in die postsäkulare Gesellschaft?*, in “Berliner Journ.f.Sociologie”, III, 2002, pp. 331–343

³⁷⁵ Peraltro, “affidare la tutela della laicità al voto di una maggioranza del consiglio di interclasse, o ritenerla “incapsulata” nella stessa esposizione del massimo simbolo di una religione, sia pure quella che più di ogni altra ha concorso a definire l'identità occidentale, oppure ritenere che l'esposizione di quel simbolo sia influente o perché percepito come proprio dai cristiani o perché indifferente per quelli che non lo sono significa allontanarsi, e di molto, da quella equidistanza e imparzialità nei confronti di tutte le confessioni religiose e da quell'onere di pari tutela della coscienza di ciascuna persona che hanno costituito il fondamento della interpretazione costituzionale della laicità come principio fondamentale della Repubblica”. Così LUCIANO VIOLANTE, *op. ult. cit.*, p. 53

sull'imparzialità può garantire l'ordine pubblico, la pace religiosa e la tolleranza. La Corte ritiene che il dovere di neutralità e d'imparzialità dello Stato sia incompatibile con qualunque potere di valutazione - da parte di quest'ultimo - sui principi professati dalle credenze religiose³⁷⁶ ed inoltre che esso imponga allo Stato di garantire la tolleranza tra i diversi gruppi. Secondo la Corte di Strasburgo, la laicità – che costituisce uno strumento di garanzia dei valori su cui si fonda la democrazia – vieta allo Stato di testimoniare una preferenza per una religione o credenza determinata, guidando così i poteri pubblici nel loro ruolo di arbitri imparziali di fronte alle diverse visioni del mondo, garantendo il pluralismo confessionale.

Tale pluralismo confessionale – che secondo quanto affermato dalla Corte di Strasburgo caratterizza la "società democratica" e deve basarsi sul dialogo ed su uno spirito di compromesso tra i diversi gruppi confessionali che si muovono sul medesimo territorio – impegna i pubblici poteri ad osservare una posizione di equidistanza e imparzialità rispetto a tutte le credenze di religione, senza derive identitarie dirette a privilegiare confessioni radicate sul territorio o a danneggiare irragionevolmente un gruppo di recente insediamento³⁷⁷. Ciò da un lato inibisce allo Stato la possibilità di esprimere giudizi di meritevolezza o di biasimo nei confronti dei principi professati da una confessione, ma comporta altresì il dovere, per gli organi ed i funzionari pubblici, di tutelare in maniera piena le minoranze confessionali e di promuovere l'esercizio delle libertà e dei diritti fondamentali in condizioni di uguaglianza.

Ciò non significa che la laicità debba risolversi in una neutralità assoluta che depriva la piazza pubblica di qualunque discorso religiosamente connotato o – addirittura – di qualunque discorso formulato secondo un linguaggio religioso. Il rapporto tra libertà religiosa e laicità si sviluppa piuttosto attraverso un processo di costruzione di un lessico politico –

³⁷⁶ Sentenza Manoussakis ed altri c. Grecia, del 26 settembre 1996, Raccolta 1996-IV, p. 1365, § 47; sentenza Hassan e Tchaouch c. Bulgaria, n. 30985/96, § 78; sentenza Refah Partisi ed altri contro Turchia, 31 luglio 2001, nn. 41340/98, 41342/98 e 41344/98, § 91.

³⁷⁷ Del resto, "le leggi, soprattutto quelle aventi importanti contenuti valoriali, si reggono sull'accordo politico. Se la neutralizzazione laica dello Stato si indebolisce, quello che ne consegue è la crescita della politicità del diritto, insieme alla sua fragilità e conflittualità interna". Così ALFONSO CATANIA, *Stato costituzionale e laicità*, in Massimo Adinolfi, Alfredo D'Attorre, *Religione e democrazia*, cit., p. 65

giuridico comune che nasce fisiologicamente dall'apporto di linguaggi diversi – religiosi e secolari – nel comune spazio della sfera pubblica³⁷⁸.

In quest'ottica la laicità è legata a doppio filo alle procedure democratiche di produzione di diritto, dalle quali emerge quell' "opinione pubblica" che – attraverso le istituzioni della democrazia – è il vero fattore genetico degli ordinamenti giuridici europei: ma tale legame non può permettersi di escludere dal dibattito pubblico i cittadini credenti, i quali hanno il diritto di partecipare alla discussione pubblica "in lingua religiosa"³⁷⁹.

Certo, il diritto dei credenti di partecipare al dibattito politico in lingua religiosa non implica la possibilità di emanare norme giuridiche che fondino la propria ratio nella volontà di rendere obbligatori per tutti i consociati i precetti propri di una determinata fede. La laicità impone piuttosto che lo Stato possa imporre come mezzi per il raggiungimento delle sue finalità solo quei precetti che appaiono rispettosi del principio di ragionevolezza, il quale comporta che la legge deve avere uno scopo razionale che non sia apertamente proibito dalla Costituzione o del tutto incoerente con i principi e valori da essa tutelati³⁸⁰. Ciò potrebbe implicare l'illegittimità costituzionale di ogni provvedimento legislativo che riscontri la sua ratio – esclusiva o prevalente – nella volontà del legislatore di rendere giuridicamente vincolanti per tutti i consociati i precetti comportamentali propri di una determinata credenza di religione, a meno che tali precetti non possano trovare una giustificazione oggettivamente convincente a prescindere da considerazioni di tipo confessionale e intendano tutelare valori non contrastanti con il dettato della Carta fondamentale³⁸¹.

³⁷⁸ Cfr. GABRIO FORTI, *Alla ricerca di un luogo per la laicità: il "potenziale di verità" nelle democrazie liberali*, in Stefano Canestrari, Luigi Stortoni, *Valori e secolarizzazione...*, cit., spec. p. 391 s.

³⁷⁹ Come si accennava, non solo – secondo Habermas – ai cittadini secolarizzati non è permesso negare un potenziale di verità alle immagini religiose del mondo, ma una cultura politica liberale può persino aspettarsi che i cittadini secolarizzati partecipino agli sforzi per tradurre rilevanti contributi del linguaggio religioso in un linguaggio pubblicamente accessibile. Tale opera di traduzione presuppone una secolarizzazione non distruttiva, che non compromette le risorse intellettuali e morali veicolate dal linguaggio confessionale e apre al riconoscimento di un ruolo pubblico del sentimento religioso, in opposizione non solo alla laicità ostile ma anche a quelle correnti di pensiero che attribuiscono alle credenze di fede un ruolo meramente privato esclusivamente diretto a cercare risposte alle domande relative al significato della vita e ai sempre possibili fallimenti esistenziali.

³⁸⁰ Cfr. LUIGI FERRAJOLI, *Lo stato di diritto fra passato e futuro*, in Pietro Costa, Danilo Zolo, (a cura di), *Lo stato di diritto, storia teoria, critica*, Milano, Feltrinelli, 2002; p. 351 e ss.

³⁸¹ Come è noto, già a partire dalla sentenza n. 37 del 1969, i Giudici della Consulta – pur escludendo «l'ipotizzabilità stessa di un vizio di eccesso di potere legislativo rilevabile dalla Corte» e dunque affermando di essere incompetenti ad operare un «controllo sulle scelte politiche in senso lato operate dal legislatore secondo la sua responsabilità» – ritengono di poter giudicare l'incostituzionalità di ogni provvedimento legislativo.

Di qui tre conseguenze:

l'illegittimità costituzionale delle norme che – per rendere universalmente vincolanti i precetti propri di una determinata credenza di religione – prevedano degli obblighi di condotta che confliggano con le regole fondamentali ed inderogabili di un determinato sottosistema normativo. In quest'ottica, il principio di laicità contribuisce a plasmare quella «razionalità intra-sistemica delle norme» che «costituisce uno specifico limite posto alla discrezionalità del legislatore»³⁸² ;

il divieto – per il legislatore – di sanzionare determinati comportamenti per il solo fatto che essi risultano vietati dalle norme di una determinata credenza di religione³⁸³;

il divieto, per il legislatore, di sacrificare in maniera eccessiva o sproporzionata un determinato diritto per salvaguardarne uno di pari rango, solo perchè quest'ultimo rappresenta un bene/valore in un determinato sistema giuridico religioso.

Possiamo dunque avviarcì alla conclusione con il terzo ed ultimo assunto della nostra relazione: il diritto penale di uno Stato laico non può accettare la repressione di “*crimina lesae maiestatis divinae*”, né in senso stretto né in senso ampio. Inoltre il principio di laicità rende problematica la previsione di esimenti o attenuanti religiosamente o culturalmente connotate: ciò rischierebbe di sacrificare la neutralità dello Stato e la tutela di beni giuridici ritenuti d'importanza primaria dal Costituente e del legislatore sull'ara del diritto di vivere integralmente secondo i precetti del proprio credo.

Quanto alla prima parte dell'assunto, abbiamo accennato al fatto che la dottrina penalistica odierna dubita assai poco della necessità di operare una netta separazione tra diritto e morale, in forza della quale la riprovazione etica di un dato comportamento non è da

tivo che sia «inficiato da carenza assoluta di motivi logici e coerenti o da contraddizione palese sui presupposti in modo da incidere negativamente su altri diritti costituzionalmente garantiti».

Da ciò deriva che non può essere ritenuta costituzionalmente legittima una norma che imponga comportamenti che – da un punto di vista logico – siano privi di ogni utilità pratica per i consociati; il legislatore può imporre un contegno C solo allorchè questo:

a) sia fondato su asserzioni considerate “vere” – o perlomeno “valide” – all'interno del gruppo dei soggetti destinatari delle norme ovvero all'interno della comunità scientifica ; b) sia - secondo le leggi di inferenza deduttiva, induttiva, abduttiva o analogica - un presupposto causale almeno astrattamente in grado di produrre il risultato cui tende la legge.

³⁸² così ANDREA MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 155

³⁸³ cfr. le considerazioni di ANDREA MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, cit., pp. 194 ss.

sola una ragione sufficiente a giustificare la proibizione giuridica³⁸⁴. Peraltro tale separazione è imposta dal principio di laicità, in forza del quale – per utilizzare le parole della Corte costituzionale – la religione e gli obblighi morali che ne derivano non possono essere imposti come mezzo al fine dello Stato e ciò comporta – per l'ordinamento giuridico dello Stato e per le sue istituzioni, “il divieto di ricorrere a obbligazioni di ordine religioso per rafforzare l'efficacia dei propri precetti” (sentenza n. 334 dell'8 ottobre 1996).

Di qui l'esigenza che il diritto penale (in quanto laico) sia prodotto in modo che i valori meritevoli di protezione non siano mutuati dal portato ideologico di una determinata concezione del mondo, ma emergano dal dibattito politico e siano sottoposti esclusivamente al vaglio dei principi costituzionali dell'ordinamento³⁸⁵. La permeabilità del diritto penale (laico) nei confronti di valori di derivazione religiosa è – come abbiamo visto – possibile (ed in qualche modo voluta dall'ordinamento), ma essa si svolge sempre entro confini ben definiti di concetti limitati da un punto di vista numerico : in ogni caso rimane l'impossibilità per il legislatore – alla luce dell'assunto precedente – di far assurgere al rango di “beni giuridici” valori di carattere esclusivamente religioso, ovvero di giustificare religiosamente l'inserimento di un valore nel novero degli oggetti meritevoli di tutela penale.

Queste considerazioni aprono naturalmente a questioni che – in questa sede – sarà sufficiente accennare: certo, nel nostro ordinamento non esistono più “*crimina lesae maiestatis divinae*” in senso stretto (anche se – come esposto in altra sede – i delitti previsti nel capo I, titolo IV, parte II del codice penale paiono ancor oggi avere come oggetto giuridico più la tutela della religione in sé che la protezione del sentimento religioso individuale)³⁸⁶.

Tuttavia, nella parte speciale del vigente codice penale ed in alcune disposizioni incriminatrici extra codicem è inoltre possibile trovare un'enfaticizzazione di visioni del mondo fortemente legate ad una visione confessionale della vita: penso naturalmente alle disposizioni penali della legge 40/2004, ma anche a due norme di parte speciale – gli artt. 556 e 558. Se infatti l'art. 556 legittima ogni visione della relazionalità affettiva che si svolga fuori

³⁸⁴ Così LUIGI FERRAJOLI, *Sulla laicità del diritto e la laicità della morale*, in Massimo Adinolfi, Alfredo D'Attorre, *Religione e democrazia*, cit. p. 75

³⁸⁵ Cfr. GIOVANNI FIANDACA, *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, in Studi in memoria di Pietro Nuvoletti, I, Milano, Giuffrè, 1991, pp. 165 ss; LUIGI FERRAJOLI, *Stato laico ed etica laica. Laicità e diritto penale*, in Stefano Canestrari, Luigi Stortoni (a cura di), *Valori e secolarizzazione...*, cit., pp. 131 ss.

³⁸⁶ Sia qui consentito il rinvio a VINCENZO PACILLO, *I delitti contro le confessioni religiose dopo la legge 24 febbraio 2006*, n. 85. *Problemi e prospettive di comparazione*, Milano, Giuffrè, 2007

dall'istituto matrimoniale, vietando le unioni multiple solo nel momento in cui vi sia la celebrazione di un secondo matrimonio, l'art. 558 potrebbe essere in grado di richiamare le stesse norme del diritto canonico, allorchè si ritenga che la condotta vietata riguardi anche l'occultazione di impedimenti puramente canonistici capaci di incidere sugli effetti civili del vincolo.

Quanto invece alla seconda parte dell'assunto, a noi pare che il riconoscimento di cultural defenses – termine con il quale indichiamo “apposite esimenti o attenuanti applicabili agli autori di «reati culturali» (cultural offences)” delle quali “possono in linea di principio beneficiare tutti i soggetti «culturalmente diversi», indipendentemente dalla loro appartenenza ad un gruppo minoritario di nativi ovvero di immigrati”³⁸⁷ – possa risultare problematico, e non solo quando il fatto di reato contrasti con i valori predominanti nella società e i principi fondamentali dell'ordinamento. Certo, la Corte di Cassazione ha affermato che quando le consuetudini culturali si pongono in contrasto coi diritti inviolabili e coi principi supremi dell'ordinamento, esse non possono trovare alcun accoglimento³⁸⁸, ma accanto a questa considerazione non crediamo si possa disconoscere il vulnus che la creazione di un diritto penale “a doppio sistema” - in cui la punibilità sia connessa all'omogeneità culturale e religiosa nei confronti della Weltanschauung maggioritaria – arrecherebbe alla laicità dello Stato ed alla stessa certezza del diritto³⁸⁹.

La costruzione di una società autenticamente plurale – e qui ci permettiamo di seguire le linee di ragionamento di Giovanni Sartori – non sembra poter passare da politiche di riconoscimento che attribuiscono agli “estranei” un fascio di diritti e di doveri differenziati (con conseguenze evidenti anche sulla punibilità) quanto piuttosto attraverso una valorizza-

³⁸⁷ ALESSANDRO BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 66. In tema cfr. ALESSANDRO BERNARDI, *Il diritto penale tra unificazione europea e culture nazionali*, in “Pol. dir.”, 2005, pp. 243 ss; ID. *Minoranze culturali e diritto penale*, in “Dir. pen. proc.”, 2005, 1193 ss; CRISTINA DE MAGLIE, *Multiculturalismo e diritto penale. Il caso americano*, in “Riv. it. dir. proc. Pen”, 2005, pp. 173 ss; ID., *Società multiculturale e diritto penale: la cultural defense*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 215 ss;

³⁸⁸ Cfr. LUCA MONTICELLI, *Le «cultural defenses» (esimenti culturali) e i reati «culturalmente orientati»*, in “Ind. Pen.”, 2003, p. 577 ss. e Cass. 20 ottobre 1999, Bajrami, in *Rivista penale* 2000, p. 238 ss.

³⁸⁹ Su questa linea pare Vito Mormando quando afferma che “una corretta declinazione del principio di laicità obbliga all'assoluto ed insindacabile rispetto di ciascuna clausola del contratto sociale concluso tacitamente tra i cittadini posto alla base della civile convivenza: vale a dire, impone il rispetto dei canoni fondamentali dell'etica laica che governa il moderno Stato democratico e pluralista”. Così VITO MORMANDO, *I delitti contro il sentimento religioso e contro la pietà dei defunti*, Cedam 2005, p. 132

zione delle differenze nel rispetto di un numero piuttosto ampio di valori - propri della cultura 'ospitante' – che debbono essere giudicati preminenti ed inderogabili³⁹⁰.

Per favorire l'integrazione a noi parrebbe più utile un'azione culturale e sociale diretta a ricondurre le scelte del legislatore in materia criminale entro l'alveo di un Diritto penale minimo e di una politica ecclesiastica inclusiva, la quale sappia al tempo stesso tutelare efficacemente le minoranze religiose ed i principi costituzionali supremi su cui si fondano gli ordinamenti europei. Soprattutto, crediamo sia necessario rigettare con forza – per prendere a prestito l'espressione di Günther Jakobs – la creazione di un “Diritto ecclesiastico del nemico”, in cui si fa strada l'idea di una tipizzazione di categorie di soggetti confessionali che – per i principi teologici professati – renderebbero ragionevole la loro messa al bando dal novero dei gruppi sociali capaci di alimentare il progresso morale della società³⁹¹.

Certo, questa idea apre a nuovi e complessi interrogativi: alla luce del principio di laicità, tutte le istanze di carattere religioso possono essere ricomprese tra le particolari motivazioni di carattere morale o sociale richiamate dall'art. 62, numero 1 c.p.? Il giudizio sull'ingiustizia del fatto altrui – rilevante per l'articolo 62, numero 2 c.p. - può essere operato anche sulla base di norme esclusivamente confessionali? Ma il tempo a nostra disposizione è scaduto, e la risposta non può che essere rinviata a nuove occasioni.

³⁹⁰ In questo senso siamo d'accordo con Francesco Belvisi allorché afferma che «pur rispettando il principio della neutralità dello Stato, la società multiculturale non è necessariamente condannata all'azzeramento dei valori, né alla rimozione dei problemi culturali mediante la sterilizzazione del linguaggio simbolico. La società pluralista, piuttosto, deve essere il luogo della co-esistenza di persone, stili di vita, culture e valori: non si può certo pensare di realizzare tale coesistenza nell'atmosfera rarefatta di una sfera pubblica neutrale confinando nel privato, nel “mondo della vita” tutto ciò che fa la differenza». Così FRANCESCO BELVISI, *Società multiculturale, costituzione e diritto: verso un nuovo paradigma giudiziale*, in Alberto Artosi, Giorgio Bongiovanni, Silvia Vida (a cura di), *Problemi della produzione e dell'attuazione normativa*, I, Bologna, Gedit, 2001, p. 228

³⁹¹ Come è noto, Günther Jakobs ritiene che il diritto penale contemporaneo possa accettare la differenziazione tra “Bürgerstrafrecht” - insieme delle norme penali che si rivolgono agli individui quali ci si può legittimamente attendere un comportamento conforme al precetto – e “Feindstrafrecht” - insieme delle norme penali rivolte a reprimere comportamenti capaci di generare particolare allarme sociale, poste nei confronti di soggetti – che ne rappresenterebbero gli autori tipici - in relazione ai quali tale aspettativa non esiste. Il Feindstrafrecht è caratterizzato da innalzamento del carico sanzionatorio e conseguente riduzione delle garanzie processuali Cfr. GÜNTHER JAKOBS, *Diritto penale del nemico*, in *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, a cura Massimo Donini, Michele Papa, Milano, Giuffrè, 2007, p. 5 ss.; SILVIO RIONDATO, *Uno sguardo dall'Europa al nuovo diritto penale di guerra statunitense contro il terrorismo*, in Stefano Canestrari, Luigi Foffani (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea. Quali politiche criminali per quale Europa?*, Milano, Giuffrè 2005, pp. 295 ss.; MASSIMO DONINI, *Il diritto penale di fronte al nemico*, in “Cass. pen., 2006”, spec. pp. 760 ss

CRISTINA DE MAGLIE

Società multietnica e reati culturalmente motivati

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Conflitti culturali e modelli di diritto penale. – 3. Un esempio di modello multiculturale forte: la *cultural defense*. – 4. Un esempio di modello assimilazionista discriminatorio: il reato di “pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili”. – 5. Quali limiti del potere coercitivo dello Stato democratico di fronte ai reati culturalmente motivati? – 6. La nozione di reato culturalmente motivato. – 7. Diritto alla cultura e immunità fondamentali. – 8. Gli effetti sul diritto penale. Le soluzioni *de lege lata*. – 9. La soluzione *de lege ferenda*.

1. *Introduzione*

La composizione multietnica dell’assetto sociale è una realtà che caratterizza in modo costante la maggior parte delle società economicamente avanzate.

In qualche caso, come in Italia, il fenomeno è iniziato in questi ultimi anni, con l’intensificazione dell’immigrazione proveniente da varie aree di povertà del mondo. In altri Paesi europei come la Francia e la Gran Bretagna, esso risale ad epoche meno recenti, essendo legato principalmente alla caduta degli imperi coloniali. Il caso archetipo rimane tuttavia quello degli Stati Uniti, dove le varie ondate migratorie hanno creato una sorta di società di minoranze: rimasto sul piano delle metafore l’ideale del *melting pot*, si è passati poi al modello del *salad bowl*, nel quale i vari ingredienti si sono mescolati senza fondersi, conservando ognuno la propria specificità etnica e culturale. Successivamente, la c.d. “era dell’enfasi della differenza” ha portato all’idea della supremazia del gruppo etnico e alla valorizzazione della sua cultura.

Il multiculturalismo, che oramai domina molte prospettive di analisi delle società at-

tuali, è il segno più importante di questo mutamento di paradigma dal “semplice” al “complesso”: non è una teoria omogenea, dato che ne esistono varie e variabili versioni, ma costituisce comunque una dimensione necessaria nello studio non puramente formalistico di vari fenomeni sociali, e quindi anche giuridici.

Attorno alla tematica del multiculturalismo ruota dunque uno dei problemi più profondi e sconvolgenti della società contemporanea: quello dello spazio da assegnare a chi è *diverso* da noi, perchè portatore di tradizioni e culture estranee alla nostra.

Dalla convivenza forzata con la diversità possono nascere – lo vediamo tutti i giorni – sentimenti di paura, aggressività, atteggiamenti di sospettosa superiorità che possono arrivare ad etichettare “il diverso come il nemico” da combattere, non per quello che ha fatto, ma per quello che è, un individuo portatore di una cultura diversa dalla nostra.

In altre parole, il multiculturalismo diventa la chiave di lettura dell’apertura o della chiusura di un sistema, perché costringe “la democrazia a mettersi in discussione”.

Dall’ampiezza dello spazio concesso all’espressione dell’identità dell’“altro”, un ordinamento – al di là di formali declamazioni sui principi di uguaglianza e di solidarietà – dimostra in concreto se e come risolve una delle manifestazioni più drammatiche del conflitto tra *libertà* e *sicurezza* e quali limiti intende assegnare al valore supremo della *tolleranza*.

Questa sfida diventa decisiva quando ad entrare in azione è il diritto penale, “il braccio armato dello Stato”, tradizionalmente chiamato a presidiare beni e valori con strumenti più forti e invasivi rispetto agli altri diritti.

Veri e propri conflitti di cultura possono infatti emergere tra il c.d. sistema ospitante e i gruppi di minoranza che in esso sono ospitati. Può accadere che un comportamento accettato, approvato, o addirittura imposto nella cultura di uno specifico gruppo etnico sia invece considerato penalmente rilevante per l’ordinamento di accoglienza.

Gli esempi sono innumerevoli; ne cito solo alcuni: casi di poligamia e di mutilazione genitale femminile, illeciti nei sistemi occidentali (il legislatore italiano ha introdotto nel 2006 nel codice penale l’art. 583 *bis*, che incrimina “le pratiche di mutilazione degli organi femminili”); matrimoni tra parenti stretti, ammessi da alcune tradizioni asiatiche ma che da noi integrano l’incesto; “riti matrimoniali” che secondo i codici penali dell’Occidente realizzano i reati di violenza sessuale e sequestro di persona; riti di iniziazione che comportano lo

sfregio del viso o del corpo di minori e che nel nostro sistema integrano il reato di lesione; comportamenti che secondo la tradizione dell'agente rientrano nei poteri del capo-famiglia ma secondo lo Stato in cui egli vive sono considerati "maltrattamenti in famiglia".

Il diritto penale è dunque chiamato a considerare e a risolvere questi *conflitti di culture*.

2. *Conflitti culturali e modelli di diritto penale*

Come reagisce l'ordinamento penale all'impatto con la società multiculturale?

Lo studio comparatistico indica i modelli di diritto penale di fronte alle manifestazioni della criminalità c.d. culturale: modelli diversi, intransigenti, compromissori o tolleranti verso i conflitti culturali.

Non essendo qui possibile dare conto di tutti i modelli, mi limito a fornire qualche indicazione su quelli che definisco come modelli "estremi".

Il primo, decisamente *tollerante*, capitola di fronte alle differenze culturali e non si pone neppure il problema di una possibile integrazione dei gruppi di minoranza nel sistema dominante; la scelta – radicale – è quella di salvaguardare a tutti i costi la "specificità culturale" di un gruppo, anche se questa tutela si scontra con la cultura del Paese di accoglienza.

All'estremo opposto è meritevole di attenzione il modello "cieco di fronte alle culture", denominato da sempre come "assimilazionista", perché rifiuta di riconoscere una specifica identità culturale alle minoranze etniche, obbligandole ad integrarsi nella cultura dominante, pena l'emarginazione e l'esclusione dal sistema.

Riconducibile alla prima categoria, che io chiamo "modello multiculturale forte" è la figura della "*cultural defense*" (esimente culturale): si tratta di un istituto emerso recentemente nell'esperienza dei sistemi di *common law*, che è oggetto di speculazione e di dibattito soprattutto nella letteratura statunitense. Riconducibile al modello assimilazionista, che chiamo di "imperialismo culturale", è l'opzione operata dal nostro legislatore con l'introduzione dell'art. 583 *bis* nel codice penale. La norma incrimina le "pratiche di mutilazione genitale femminile".

3. *Un esempio di modello multiculturale forte. La cultural defense*

L'indagine considera innanzitutto la figura della "*cultural defense*", espressione di un modello di diritto penale ispirato alla massima tolleranza nei confronti delle manifestazioni della criminalità culturalmente orientata.

Sulla nozione di *cultural defense* non vi sono dissensi in dottrina.

Si tratta di una causa di esclusione o di diminuzione della responsabilità penale, invocabile da un soggetto appartenente ad una minoranza etnica con cultura, costumi e usi diversi, o addirittura in contrasto con quelli della cultura del sistema ospitante. Per far valere la *defense*, l'agente deve dimostrare che il comportamento illecito è stato realizzato nel ragionevole convincimento di agire in buona fede, basata sulla sua eredità o tradizione culturale.

In particolare, Alison Renteln, uno dei più accesi sostenitori del riconoscimento formale dell'esimente, distingue la *cultural defense* nelle *species* di *cultural defense* c.d. *cognitiva* e *cultural defense* c.d. *volitiva*: la distinzione, irrilevante sul piano sistematico-sanzionatorio, mira ad evidenziare quali aspetti del processo decisionale dell'agente sono stati investiti dalla motivazione culturale. La prima emerge quando il retroterra culturale dell'agente gli impedisce di capire che il suo comportamento integra un reato; in altre parole, l'imputato non si rende conto che le azioni dettate dalla sua cultura sono invece in contrasto con le leggi del Paese ospitante. La seconda si verifica invece quando il soggetto è ben consapevole del fatto che le sue azioni sono vietate dalla *criminal law* dominante, ma agisce comunque, perché costretto dalla forza imperativa della sua cultura d'origine.

Per quanto riguarda la *tipologia dei reati* culturalmente motivati coperti dalla *defense*, si registrano due tendenze.

A. Il primo orientamento preme per la formalizzazione di una *versione ampia* dell'esimente, che comporterebbe così l'*esclusione* e non la semplice attenuazione della pena per l'autore di una *cultural offense*. Questa costruzione non concepisce però la *cultural defense* come un'esimente *assoluta*, valevole cioè a giustificare la generalità dei reati.

B. Il secondo orientamento propende invece per la *versione ristretta* della *defense* e cioè per la sola diminuzione della responsabilità del soggetto che ha commesso un reato culturalmente orientato, ma opta per un ambito di operatività della *defense totale*, valido cioè per la *generalità* dei reati.

L'analisi della *cultural defense* passa attraverso vari gradi di verifica. Particolarmente interessante è il passaggio che consiste nello stabilire se l'affidamento che l'imputato ha fatto sui modelli culturali del gruppo d'origine piuttosto che su quelli imposti dal diritto americano fosse o non fosse "ragionevole". L'uso del termine ragionevolezza (*reasonableness*) in questo contesto si riferisce alla *serietà* e all'*intensità* del rapporto che esiste tra l'imputato e la sua cultura di provenienza.

L'indagine sulla ragionevolezza mira perciò a valutare la capacità e/o la volontà del soggetto di *non* adeguarsi ai precetti della sua cultura; in altre parole, bisogna qui vedere se l'agente era in grado di resistere alle pressioni culturali della sua tradizione.

Il criterio della "*reasonableness*" chiama in causa gli studi antropologici sul potere di un modello culturale di condizionare i comportamenti individuali in determinate situazioni. I giudici devono così valutare se l'imputato era capace di agire al di fuori dello schema culturale del suo gruppo d'origine: se è così ed emerge che l'agente ha *semplicemente* scelto di non farlo, allora il suo affidamento alla cultura del gruppo sarà molto probabilmente considerato irragionevole.

La letteratura specialistica suggerisce che la c.d. *reasonableness inquiry* debba considerare una serie di requisiti tra cui, in particolare:

- α. il grado di *assimilazione* dell'imputato nella cultura e nella società ospitante;
- β. il grado di *identificabilità* del gruppo culturale di minoranza;
- γ. il grado di *coesione* della *cultural minority*.

α. Per valutare il grado di *assimilazione* dell'*offender* si dovrà esaminare, ad esempio, da quanto tempo egli risiede negli Stati Uniti, qual è il suo grado di istruzione, qual è la sua occupazione.

β. La determinazione del grado di *identificabilità* del gruppo d'origine comporterà invece l'accertamento dell'esistenza di attributi culturali tali da assegnare ad un gruppo etnico un'identità specifica e diversa rispetto a quella degli altri gruppi.

γ. La verifica del grado di *coesione*, mirerà infine a valutare se e in che misura una comunità etnica è fisicamente separata dalle altre.

Tutti gli Autori ribadiscono che l'imputato deve inoltre dimostrare che il suo comportamento era coerente con le pratiche e le consuetudini *correnti*: non potrà perciò inventarsi nuovi usi o far riferimento a riti e a tradizioni passate e ormai estinte.

Solo se questa seconda fase di accertamento si conclude con esito positivo, si potrà far valere la *cultural defense*.

4. *Un esempio di modello assimilazionista discriminatorio: il reato di "pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili"*

Riconducibile ad un modello di diritto penale tipicamente assimilazionista è la scelta fatta dal legislatore italiano, che con la legge 9 gennaio 2006, n. 7, contenente "disposizioni concernenti la prevenzione e il divieto delle pratiche di mutilazione genitale femminile", ha introdotto – tra l'altro – nel codice penale gli artt. 583 *bis* e *ter*, che incriminano le pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili.

Le aporie della normativa sono state già ben illustrate.

Qui vale la pena di evidenziare, sul piano strettamente sistematico, l'*inutilità* della disposizione. L'art. 583 *bis* non interviene infatti a colmare una lacuna legislativa: il nostro sistema prevede già, all'art. 583, il reato di lesioni gravi o gravissime, a cui potrebbe ricondursi, in assenza della nuova fattispecie, la maggior parte delle condotte di MGF.

In particolare, suscita perplessità l'ipotesi prevista al secondo comma, che rischia l'inoperatività, qualificata com'è dal dolo specifico "al fine di menomare le funzioni sessuali", che sembra molto difficile da provare: sono ben altri i fini che qualificano le condotte di MGF, e quello dominante è senz'altro la *motivazione culturale*.

Anche il sistema delle pene, all'insegna della massima severità, non va esente da critiche: si consideri che, per le ipotesi più gravi descritte nel primo comma, la pena detentiva varia da quattro a dodici anni; questa sanzione, vista l'aggravante di cui al terzo comma relativa al fatto commesso a danno di un minore, può arrivare a sedici anni di reclusione: un'asprezza sanzionatoria rinvenibile in reati gravissimi come l'omicidio preterintenzionale o l'associazione con finalità di terrorismo internazionale.

Per non parlare della mancanza di coordinamento con le ipotesi di lesioni gravi e la conseguente, vistosa disparità di trattamento, che ne deriva. Infatti, come già evidenziato,

se non ci fosse la nuova disposizione, la maggior parte delle situazioni riconducibili al primo comma dell'art. 583 *bis* ricadrebbe nell'ipotesi di lesioni gravi o gravissime punite, rispettivamente, con la reclusione da tre a sette anni o da sei a dodici anni. Ma la assodata natura giuridica di circostanze aggravanti delle ipotesi in questione, bilanciabili, *ex art.* 69, con eventuali attenuanti, porta a conseguenze evidenti: basta la presenza di attenuanti generiche per smussare gli effetti dell'aggravante della perdita della capacità di procreare o della perdita di un organo, mentre questo risultato non è possibile nel caso di realizzazione di condotte di MGF, visto che la fattispecie prevista all'art. 583 *bis* è un reato autonomo.

Sul piano politico-criminale vale poi la pena di ribadire il rischio di *ineffettività* dell'incriminazione. L'esperienza comparatistica ha dato ampia dimostrazione sul punto: in tutti i sistemi che si sono attrezzati di norme repressive del tenore della nostra, la pratica di MGF non è stata né sradicata, né contenuta, bensì è rimasta in larga misura occulta e clandestina. Ma il nostro legislatore, completamente a digiuno di studi sul principio di effettività, ha voluto inserire nel sistema un esempio di legislazione simbolica, tesa ad affermare l'ideologia e i valori dell'ordinamento di accoglienza. L'assenza di effetti positivi e la pluralità di effetti negativi di questa opzione normativa sono stati messi in luce in Italia già da venti anni, e approfonditi in relazione al delitto di aborto, opportunamente depenalizzato proprio per il "deficit di convenienza", che l'incriminazione recava.

Sulla scelta legislativa hanno invece pesato maggiormente le valutazioni sulle conseguenze delle MGF, prima evidenziate. Si tratta, come si è visto, di effetti devastanti, anche se – secondo la letteratura specialistica – solo *possibili*.

Ma se è certamente comprensibile la preoccupazione di eliminare le pratiche che causano sofferenza fisica e psichica alle donne, non si può condividere il tipo di soluzione adottata dal legislatore italiano, che ha incriminato le MGF considerandole una "tradizione insensata e disumana".

L'opzione assimilazionista-discriminatoria presuppone evidentemente un concetto di superiorità della razza e della cultura occidentale rispetto alle culture diverse; in altre parole, il legislatore muove dalla premessa che la comprensione occidentale del corpo sia razionale, civilizzata e basata su dati scientifici, mentre quella africana sia basata su superstizioni, riti barbari, credenze incivili.

5. *Quali limiti del potere coercitivo dello Stato democratico di fronte ai reati culturalmente motivati? La nozione di reato culturalmente motivato*

In questa opera di interpretazione diventa cruciale, per la ricerca all'interno del nostro sistema di soluzioni sistematico-sanzionatorie aperte al c.d. fattore culturale, il problema della *definizione* di reato culturalmente motivato.

Come ho già affermato, propendo per una *nozione molto ristretta* di reato culturalmente motivato. A mio avviso, il concetto di *cultura* su cui viene costruita la categoria dei reati in questione, per poter essere provata nel processo penale, deve avere un ambito molto ben definito; in particolare, non deve riferirsi semplicemente alla cultura dell'autore del reato, ma deve invece rapportarsi alla cultura del *gruppo* di cui fa parte l'agente, le cui caratteristiche, che sono state elencate, devono risaltare.

Inoltre, l'elemento normativo extragiuridico "cultura" su cui si costruisce la nozione di reato culturalmente motivato, deve essere considerato in un'accezione meramente *etnica*.

Questa nozione ristretta di reato culturalmente motivato si impone per varie ragioni di politica-criminale. In primo luogo, solo una nozione "chiusa" di reato culturalmente motivato può consentire di valorizzare questa nuova tipologia delittuosa sul piano sistematico e può garantirle una possibile praticabilità sul piano politico-criminale.

Una nozione ampia, che vada oltre la costruzione qui proposta, rischia di provocare un impatto negativo sulla credibilità della categoria dei reati culturalmente motivati. Il rischio è quello di corrodere questa tipologia di reati, rendendone labili i confini, appiattendolo la figura in questione su qualunque manifestazione criminale sorretta da un motivo *lato sensu* culturale espresso dall'agente.

L'effetto di un ampliamento della nozione sarebbe, in definitiva, quello di sovrapporre e di confondere i fatti *culturalmente motivati* con i fatti *qualificati da un motivo culturale*. Il risultato sarebbe allora la dispersione della categoria sul piano sistematico, con l'indebolimento della sua rilevanza sul piano politico-criminale. Questa osservazione diventa decisiva soprattutto se si considerano gli effetti, che possono derivare dall'affermazione dell'esistenza di un fatto *culturalmente motivato*, effetti che riguardano sia l'autore culturale che il suo gruppo etnico di appartenenza.

Per quanto riguarda l'autore culturale, va ribadito che solo dall'affermazione in sede processuale della sussistenza di un fatto culturalmente motivato deriva la possibilità di un trattamento sistematico sanzionatorio *favorevole* per l'agente. In altre parole, sul piano sistematico, se non emerge la prova che la condotta del soggetto è riconducibile alla categoria dei fatti culturalmente motivati, manca il presupposto perché il giudice si debba interrogare se e come accordare qualche beneficio sanzionatorio al soggetto, che vada oltre i fattori di regola ricompresi nei tradizionali criteri di imputazione e di commisurazione.

In altre parole, se il giudice non arriva a qualificare il fatto come culturalmente motivato, significa che non è emerso alcun conflitto culturale che ha prodotto il comportamento, e che quindi non c'è nessuna ragione di porsi il problema di una qualificazione sistematico- sanzionatoria favorevole per il soggetto, che non sia quella che emerge dagli elementi di accertamento ordinario.

In secondo luogo, una nozione ristretta si impone per i riflessi *sociali*, che la qualificazione del fatto come culturalmente motivato comporta per il gruppo etnico di riferimento dell'agente.

Infatti, come la comparazione ha messo in luce, l'affermazione dell'esistenza di un fatto culturalmente motivato, se apre la possibilità di una eventuale valutazione favorevole del soggetto, "vittima" di un conflitto culturale da parte del giudice, si abbatte di fatto, come un boomerang su tutto il suo gruppo etnico di appartenenza.

Detto in altri termini, la prova dell'esistenza di un fatto culturalmente motivato rinforza gli *stereotipi negativi* del gruppo di riferimento.

L'affermazione dell'esistenza di questo tipo di reato comporta invero la dimostrazione che il comportamento tenuto dall'agente non è solo riconducibile alla sua cultura personale e alle sue scelte di vita, ma è invece espressione della cultura di un intero gruppo etnico, i cui componenti si sarebbero comportati come si è comportato il soggetto attivo.

Questa correlazione stretta tra cultura del singolo e cultura del gruppo su cui insisto per ragioni di rigore, allo scopo di evitare il rischio di catalogare come reati culturalmente motivati condotte esclusivamente espressive delle scelte esistenziali del soggetto attivo, ha però un costo pesante sul piano politico-criminale. È un costo, che viene pagato dalla comunità etnica di riferimento del soggetto attivo, che subisce una denigrazione sociale nella

società di accoglienza per poter ottenere una possibile valutazione favorevole del singolo. Esigenze di tutela della reputazione delle minoranze etniche impongono perciò una nozione ristretta di reato culturalmente motivato.

6. *L'accertamento del fatto culturalmente motivato*

Per tutte queste ragioni, la prova del fatto culturalmente motivato *deve* passare attraverso diverse fasi di accertamento, ben distinte e separate tra di loro, collocate in successione logica e cronologica. Questa griglia di accertamento di tipo gradualistico è composta, secondo le indicazioni che provengono dall'analisi comparatistica, da tre gradi di verifica, uno subordinato alla prova dell'esistenza del l'altro. Solo il superamento positivo di tutte le tre fasi di accertamento, disposte l'una di seguito all'altra secondo un ordine logico, porta a ritenere provata, all'interno del processo, l'esistenza di un fatto culturalmente motivato.

In dettaglio:

A. Il primo grado di accertamento è diretto a valutare il *motivo culturale*, che ha spinto il soggetto a tenere il comportamento criminoso: bisognerà perciò accertare se la causa psichica che ha determinato l'agente a tenere la condotta criminosa è riconducibile ai valori culturali di cui è portatore l'agente. Poiché va da sé che non tutti i motivi indicati dal soggetto possono essere rilevanti per individuare il fatto c.d. culturale, il giudice avrà il compito di selezionare tra i motivi espressi dall'agente solo quelli che sono connessi ai suoi principi culturali.

In questa fase, l'attenzione è tutta concentrata sull'individuo-autore del reato, e *non* sul gruppo etnico di appartenenza. In particolare, è bene evidenziare che non è necessario che il soggetto attivo richiami in modo specifico e dettagliato determinante tradizioni o usanze culturali: è sufficiente che questi valori emergano di fatto dal suo comportamento. La letteratura specialistica parla, molto opportunamente, di "spiegazione culturale" invece che di "motivazione culturale" per illustrare il passaggio in questione. Il termine "spiegazione", molto più ampio, implica infatti una valutazione omnicomprensiva del comportamento dell'agente, che va oltre le sue dichiarazioni espresse e che si estende obbligatoriamente ad un esame globale del suo comportamento, dei suoi atteggiamenti, delle circostanze in cui ha operato, di come le ha interpretate.

Infine non sarà sufficiente, per ritenere superato questo grado di accertamento, la semplice invocazione della tradizione culturale: il motivo culturale non deve, cioè, essere citato ad arte dal soggetto, come giustificazione *ex post*.

B. Il secondo grado di accertamento è volto a dimostrare che la *motivazione culturale* non è solo riconducibile alla cultura del singolo soggetto, ma ha anche una *dimensione oggettiva*, perché è espressione della cultura del gruppo etnico di minoranza di cui fa parte l'agente.

La prova del riscontro oggettivo, che io chiamo prova della *coincidenza di reazione*, rappresenta il passaggio più importante e delicato per l'affermazione dell'esistenza di un fatto culturalmente motivato. Il compito del giudice sarà allora duplice: in primo luogo dovrà accertare di *quale gruppo etnico* fa parte l'agente; non basta, infatti per qualificare un fatto come culturalmente motivato, la considerazione che il suo autore è semplicemente un "immigrato" o uno "straniero", individuabile solo in base alla "nazionalità" o alla qualifica di "extracomunitario".

La categoria della criminalità c.d. culturale non combacia con la categoria della criminalità d'immigrazione: si tratta di fenomeni certamente connessi ma non assimilabili. La tipologia dei reati culturalmente motivati ha infatti confini e ambito più ristretti dei reati d'immigrazione.

In secondo luogo, il giudice dovrà accertare che i componenti del gruppo etnico in questione, che rappresenta una minoranza culturale nel nostro sistema, si sarebbero, nella situazione in cui si è trovato l'imputato, comportati nello stesso modo. Se manca la prova di questo *collegamento specifico* tra cultura del singolo e cultura del suo gruppo etnico, manca il requisito fondamentale per l'emersione del fatto culturalmente motivato. In questo caso, l'indagine del giudice sul comportamento culturale dovrà bloccarsi: l'emersione del solo *motivo culturale* del soggetto agente non richiede infatti canali di valutazioni ulteriori rispetto a quelli che rientrano nei doveri di accertamento ordinari del giudice.

Certamente, non si pretende una coincidenza di reazione tra singolo e gruppo di appartenenza che sia assoluta e che provenga perciò dalla totalità dei componenti della comunità etnica di minoranza: basta la prova che la maggior parte dei membri del gruppo avrebbero tenuto lo stesso comportamento dell'imputato.

In ogni caso, l'indagine sulla *coincidenza di reazione* si distingue per la sua difficoltà e delicatezza. Infatti, l'effetto di *stereotipo negativo*, prima segnalato, che irrimediabilmente si accompagna all'affermazione dell'esistenza di un fatto culturalmente motivato, stigmatizza, nella società di accoglienza, il gruppo etnico di riferimento dell'imputato. Per questo, la massima cautela si impone nella procedura di accertamento: è bene infatti evitare affermazioni generalizzanti, offensive per una minoranza etnica, che non siano rigorosamente provate. Senza contare che vi è poi un altro rischio, individuato dalla letteratura specialistica, che va accuratamente evitato: quello di confondere comportamenti causati dal bisogno economico e dal disagio sociale come condotte generate dalla pressione della cultura di un gruppo etnico. È una sovrapposizione dovuta a giudizi superficiali, che tradiscono atteggiamenti di superiorità razziale.

C. Nel terzo grado di accertamento, il giudice dovrà porre a confronto la *cultura* del *gruppo etnico* dell'imputato con quella del *nostro sistema*, mettendo in evidenza le differenze. Solo se risulta un divario *consistente* di valutazione e di trattamento tra i due sistemi, anche questa terza fase di verifica si intenderà positivamente superata.

La conclusione sarà l'affermazione della sussistenza di un fatto *culturalmente motivato*.

Come si nota, la prova dell'esistenza di un comportamento culturalmente motivato, articolandosi in tre fasi diverse, può rivelarsi molto complessa, e richiedere un bagaglio di conoscenze tecniche, che normalmente un giudice penale non possiede.

È per questo che, il più delle volte, sarà auspicabile l'intervento di periti qualificati, che illustrino le caratteristiche del gruppo etnico dell'imputato e si soffermino sulle differenze tra cultura del gruppo e cultura della società di accoglienza.

7. *Diritto alla cultura e immunità fondamentali*

Accertata l'esistenza di un fatto culturalmente motivato, il compito del giudice sarà quello di vedere se esistono degli spazi di manovrabilità all'interno del nostro sistema penale, che concedano all'autore culturale l'immunità, o quantomeno, un trattamento sanzionatorio favorevole.

Il problema, in altre parole, sarà quello di considerare se è possibile trovare una soluzione dei conflitti etnico-culturali all'interno delle categorie classiche del diritto penale.

L'obiettivo è palese ed ambizioso: quello di un sistema penale che riesca ad aprirsi alle culture altre, reinterpretando ed adattando gli istituti tradizionali a questa peculiare forma di criminalità.

Questa affermazione presuppone peraltro il superamento di una serie di difficoltà: bisognerà innanzitutto accertare se il diritto alla cultura sia un *diritto fondamentale*; un diritto che cioè possa essere fatto valere non solo nella sfera privata e nelle proclamazioni astratte dei principi, ma che possa essere invocato in concreto in un giudizio penale.

In secondo luogo, si tratta di considerare la possibilità che il diritto alla cultura entri in *conflitto* con l'esercizio di altri diritti e quindi considerare l'eventuale *prevalenza* o *soccombenza* di questo diritto rispetto agli altri.

Nella letteratura contemporanea, la categoria dei *diritti fondamentali* ha assunto una tale ampiezza e varietà di contenuti, da essere pressoché indefinibile, anche in ragione della diversità dei termini con cui questi diritti vengono di volta in volta indicati.

In un quadro così complesso, e per molti aspetti così vago, emerge comunque un consenso molto ampio sulla collocazione del diritto alla cultura tra i diritti fondamentali, che oltre a risaltare dalle impostazioni teoriche prima enunciate, troverebbe uno specifico aggancio normativo. La letteratura parla chiaramente dell'esistenza di un diritto alla cultura, nella legislazione internazionale. In effetti l'art. 27 del "Patto internazionale sui diritti civili e politici" stabilisce che "in quegli Stati, nei quali esistono minoranze etniche, religiose, o linguistiche, gli individui appartenenti a tali minoranze non possono essere privati del diritto di avere una vita culturale propria, di professare e praticare la propria religione o di usare la propria lingua, in comune con gli altri membri del proprio gruppo". La norma, secondo alcuni Autori, sarebbe la conferma importante di questa interpretazione.

Ma questo rilievo, seppur significativo, non appare a mio avviso decisivo, perché comunque suscita ulteriori interrogativi di difficile soluzione. Si tratta di interrogativi, che riguardano la soluzione di tensioni, anche molto gravi, che possono sorgere tra il diritto alla cultura e altri diritti altrettanto fondamentali: non è agevole, infatti immaginare gerarchie di diritti fondamentali in funzione delle quali un diritto fondamentale possa prevalere su un altro.

Sul punto, l'elaborazione teorica di Luigi Ferrajoli fornisce una risposta convincente. Approfondendo l'analisi dei diritti di libertà, Ferrajoli individua la categoria delle "libertà da", ossia delle *immunità fondamentali*, che segnano i confini invalicabili nella tutela della persona umana, escludendo violazioni, interferenze, costrizioni o limitazioni nella loro manifestazione. In questo senso si può allora parlare di "*libertà-immunità*" per indicare la sfera di protezione, che va riconosciuta ad ogni persona umana.

Le *libertà-immunità* sono numerose, ma alcune acquistano un'importanza particolare in questo contesto. Ad esempio, la libertà religiosa include sia una libertà-facoltà consistente nella libertà di culto, ossia la libertà di praticare i riti e di propagandare le credenze della propria religione, ma anche una libertà-immunità *dinamica*: essa consiste nella immunità da pratiche religiose che comportano lesioni dell'integrità fisica, o che siano coercitive dell'autodeterminazione e del libero sviluppo della coscienza religiosa. Emerge così anche la libertà *dalla* religione, che è sovraordinata alla libertà *di* religione, come immunità dalle lesioni fisiche e dalle costrizioni psicologiche, che possono provenire dall'altrui esercizio della libertà di religione. Questa immunità vale soprattutto nei confronti delle lesioni e delle coercizioni fisiche, come quelle che riguardano gli abusi e le violazioni dell'integrità personale della donna.

Il principale diritto di immunità è comunque il *diritto alla vita*, accompagnato dalla ulteriore immunità fondamentale, che include i *diritti di libertà personale*.

Tra questi diritti, alcuni meritano particolare menzione nel presente contesto.

Il primo comporta l'*esclusione della schiavitù*. Malgrado i divieti ormai generalizzati, di fatto la schiavitù esiste ancora in vari Paesi ed in varie culture, e può manifestarsi tra gli immigrati irregolari e clandestini, in particolare a danno di donne e minori.

Il secondo riguarda l'*immunità da torture* e da *pene corporali*.

Il terzo diritto, particolarmente rilevante, riguarda la *libertà-immunità* delle *donne* e dei *soggetti deboli* da ogni sorta di coercizione e violazione del loro corpo, e include sia il riconoscimento della libertà sessuale, sia la libertà *dalla* costrizione fisica. Il valore di fondo che qui è difeso è quello della *intangibilità del corpo umano*, come presupposto fondamentale, materiale, della libertà.

La somma delle immunità così definite disegna una serie di limiti invalicabili, posti a tutela della persona umana. In quanto immunità inviolabili, esse *non* si pongono sullo stesso piano degli altri diritti, pur fondamentali; la loro tutela non può perciò *mai* venir meno, neppure quando entri in gioco l'esercizio di un diritto qualificato come fondamentale.

Le conclusioni sono allora importanti per il tema che qui interessa. Non c'è dubbio, come si è visto, che il diritto alla cultura possa essere definito come un diritto umano, di carattere universale. Le modalità del suo esercizio non possono però violare le immunità fondamentali sopra indicate.

La conseguenza è allora decisiva per i fatti culturalmente motivati: se il comportamento in cui essi si manifestano viola una delle immunità fondamentali, non sarà possibile attribuire alcun valore positivo alla motivazione culturale della condotta, nel senso di un trattamento favorevole per il suo autore.

8. *Gli effetti sul diritto penale. Le soluzioni de lege lata*

Fatte queste premesse, sarà necessario verificare se la presenza di un *conflitto culturale* possa portare ad una soluzione sistematico-sanzionatoria *favorevole* per l'autore culturale.

L'indagine si muove quindi su due dimensioni:

- A) *De lege lata*, con interlocutore il giudice
- B) *De lege ferenda*, con interlocutore il legislatore.

A) *De lege lata*, bisogna vedere se la *presenza* di un *fatto culturalmente motivato* è in grado di incidere sulla struttura del reato impedendo la configurazione di uno dei suoi elementi strutturali e garantendo un trattamento di favore dell'autore. La stessa analisi va fatta sul terreno della commisurazione della pena.

La verifica che ho fatto mostra che di regola non esiste un modello unitario di soluzione valevole per tutti i tipi di fatto culturalmente motivato.

De lege lata, come ha dimostrato la comparazione, le soluzioni sono *particolari*. Le opzioni sistematico-sanzionatorie (esclusione della tipicità, dell'antigiuridicità e della colpevolezza) sono individuate a seconda della *tipologia* di fatto culturalmente motivato.

Esiste una soluzione generale valevole per tutti i reati culturalmente motivati sul terreno della commisurazione della pena. Mi riferisco in particolare all'attenuante dell'aver agito per motivi di particolare valore morale e sociale.

Si tratta di una norma già segnalata da una parte della letteratura come idonea a regolare le ipotesi di conflitti culturali, qualora si opti per un'interpretazione della fattispecie più aperta rispetto a quella data dalla giurisprudenza tradizionale. Infatti, l'orientamento ben consolidato nella prassi sottolinea la necessità che i motivi "corrispondano a finalità, principi, e criteri che ricevono l'incondizionata approvazione della società in cui chi agisce tiene la condotta criminosa". Ed è proprio l'esigenza che il motivo sia approvato "incondizionatamente" dall'intera collettività e un solo da determinati ambienti sociali, che ha portato, in particolare, a negare l'attenuante in questione alle ipotesi di c.d. eutanasia attiva consensuale o di omicidio per pietà.

La dottrina più sensibile ha invece criticato l'inadeguatezza dell'orientamento dominante. Comunque, l'inadeguatezza e la rigidità dell'impostazione dominante appaiono nella massima vistosità se si tiene conto della struttura multiculturale della società attuale.

L'attenuante in questione è infatti costruita su elementi normativi extragiuridici e quindi, per seguire una definizione classica "apre una finestra sulla società" circostante in modo che il giudice possa integrarne il significato. Rimanendo nella metafora, ci si può allora chiedere che cosa vede *adesso* il giudice quando si affaccia alla finestra. In altri termini, bisogna stabilire quali sono i parametri che il giudice individua per decidere se i motivi per cui il soggetto ha agito presentano il "particolare valore" di cui parla la norma.

È lecito pensare – seppur nei lavori preparatori non ci siano indicazioni vincolanti sul punto – che Alfredo Rocco facesse riferimento ad *un* omogeneo sistema morale (quello della religione cattolica: il Concordato era stato stipulato nel 1929), e ad *un* compatto sistema sociale, ossia quello del fascismo, che lo stesso Rocco aveva contribuito a formare. Nel 1930 la morale cattolica e l'ideologia sociale del fascismo fornivano un sistema di valori sostanzialmente unitario e coerente, in funzione del quale il giudice avrebbe potuto valutare *univocamente* il motivo, che sorreggeva la condotta del singolo.

Se però si prende in considerazione la realtà della nostra, come della maggior parte delle società postmoderne, questa prospettiva omogeneizzante e – tutto sommato – tranquillizzante, sembra entrare in crisi.

Da un lato, in società fortemente secolarizzate e pervase da un sempre crescente pluralismo etico, l'idea che esista *una* morale, magari sostenuta da *una* religione risulta priva di fondamento. Non solo esistono morali laiche di varia natura e di diverso contenuto; esistono anche diverse credenze religiose, ognuna delle quali ha una morale propria.

Dall'altro lato, nell'ambito di società sempre più pluraliste sotto il profilo ideologico e politico, è sostanzialmente impossibile individuare *un* modello sociale che possa servire da parametro stabile ed uniforme per determinare il “particolare valore sociale” di un motivo. È difficile far capo ai valori condivisi da una supposta “maggioranza (più o meno) silenziosa”, sia per evitare di essere vittime di una propaganda puramente politica amplificata dai *media* opportunisti, sia perché rimane da dimostrare che ciò che pensa la maggioranza sia sempre nobile e giusto, e quindi debba essere imposto anche a chi – individuo o minoranza – non condivide ciò che molti pensano.

In questa prospettiva, si può allora pensare all'applicazione dell'attenuante in esame all'autore di un reato culturalmente motivato, che è un soggetto appartenente ad un gruppo etnico specifico, la cui cultura non si identifica con quella dell'ambiente sociale dominante. Il “particolare valore morale o sociale” del motivo andrà perciò determinato in base agli standard etici e sociali del gruppo di cui fa parte l'agente; in altre parole, l'attenuante andrebbe ammessa a favore dell'autore di un reato culturalmente motivato se il movente che ha causato il suo comportamento viene riconosciuto dal gruppo etnico di appartenenza come espressione della sua cultura.

9. *La soluzione de lege ferenda*

Al futuro legislatore propongo una causa di non punibilità che dovrebbe presentare le seguenti caratteristiche:

A. Dovrebbe trattarsi di una causa di esclusione della pena *personale*.

Essa dovrebbe perciò essere costruita sulla figura dell'*autore del reato culturalmente motivato*;

B. più specificatamente come è stato più volte ribadito, per sventare le obiezioni sistematiche, in particolare quelle centrate sul principio di tassatività ed evitare aporie politico-criminali, il legislatore dovrebbe adottare una *nozione ristretta* di reato culturalmente motivato, modellata sull'elemento normativo extragiuridico "cultura" da concepirsi in modo molto limitato, circoscritto alla dimensione rigorosamente *etnica* del termine. Questa definizione di cultura non potrà essere semplicemente riferita a quella dell'autore del reato, ma dovrà anche essere rapportata alla cultura del *gruppo etnico* di cui fa parte il soggetto agente, le cui caratteristiche, già precisate, dovranno emergere.

Per questo, la prova dell'esistenza di un reato culturalmente motivato dovrà passare attraverso *tre fasi di accertamento*, ben distinte e separate tra loro, collocate, secondo la sequenza gradualistica già illustrata, in successione logica e cronologica.

Il primo grado di accertamento riguarderà il *motivo culturale*, che ha spinto il soggetto ad agire; il secondo grado di verifica sarà volto ad accertare la c.d. *coincidenza di reazione*, un requisito fondamentale per provare quella connessione specifica tra cultura del singolo e cultura del gruppo di riferimento, che è indispensabile, a mio avviso, per provare l'esistenza di un reato culturalmente motivato. Il terzo grado di verifica sarà infine volto a mettere *a confronto* la cultura del gruppo etnico dell'imputato con quella del nostro sistema: come ho già detto, solo se tra queste emerge una *differenza rilevante* di valutazione e trattamento, si potrà affermare l'esistenza di un reato culturalmente motivato. La prova della sussistenza di un reato culturalmente motivato potrà richiedere l'intervento di un perito culturale, che illustri gli usi e le tradizioni del gruppo di riferimento dell'agente e le differenze tra la cultura del suo sistema e quella dell'ordinamento ospitante.

C. Per quanto poi riguarda i reati coperti dalla causa di non punibilità in esame, va ribadito con fermezza che sono esclusi dall'ambito del beneficio dell'impunità tutti i comportamenti che, pur essendo riconducibili alla categoria dei reati culturalmente motivati, comportano una violazione delle c.d. immunità fondamentali.

Il diritto alla cultura non potrà perciò essere invocato di fronte all'offesa di beni come la vita, l'incolumità fisica, l'integrità e la libertà morale, la dignità umana e, in definitiva in tutte le ipotesi in cui il diritto in questione entri in conflitto con l'ampia categoria dei di-

ritti inviolabili della persona; né le pretese culturali potranno garantire l'impunità tutte le volte in cui l'offesa sia realizzata attraverso l'uso della violenza fisica e/o psicologica.

Queste limitazioni non dovrebbero, invece, valere qualora l'offesa si realizzi tra soggetti adulti, consenzienti e capaci di consentire.

L'esperienza comparatistica ci fornisce ampie indicazioni sul punto.

Coperti dall'impunità saranno, a titolo meramente esemplificativo, alcuni reati culturalmente motivati già qualificati da parte della letteratura come delitti senza vittima, quali la bigamia, l'incesto, il gioco d'azzardo, il commercio di stupefacenti a scopo terapeutico, nonché altri reati contro l'ordine pubblico (si pensi all'uso del *burqa*), la pietà dei defunti, il sentimento umano per gli animali.

D. Infine, seguendo le indicazioni provenienti dalla comparazione, l'operatività della causa di non punibilità "culturale" sarà subordinata al superamento, da parte del soggetto, della c.d. "prova della ragionevolezza" dell'adesione alla cultura d'origine: come si è visto, si tratta di una verifica tesa ad accertare se l'affidamento che l'imputato ha fatto sui modelli culturali del gruppo etnico di riferimento fosse o non fosse "ragionevole".

La letteratura specialistica dà indicazioni diverse su come valutare il concetto di "ragionevolezza" nel contesto dei reati culturalmente motivati.

Preferibile sembra, a mio avviso, la teoria che io chiamo "intermedia", basata sugli studi di Sherry Ortner: essa, con alcune variazioni, appare utile per verificare l'intensità e la serietà del rapporto esistente tra l'autore del reato culturale e la cultura del suo gruppo.

Si tratta di un'indagine a mio avviso fondamentale, perché in grado di rivelare se il soggetto poteva resistere al condizionamento culturale del gruppo, e di conseguenza agire indipendentemente dalle pressioni della sua cultura.

Se infatti risulta che l'agente era in grado senza difficoltà di adeguarsi alle regole del sistema ospitante, ed ha solo – semplicemente – scelto di non farlo, l'impunità non potrà essere invocata a suo favore. Se invece emerge che il condizionamento è stato rilevante, potrà essere fatta valere l'impunità.

Come è noto, la letteratura nordamericana dà indicazioni precise sugli indici da cui dedurre la ragionevolezza dell'affidamento alla tradizione d'origine.

Alcuni di questi requisiti non mi sembrano decisivi, come ad esempio il grado di *assimilazione* dell'autore nella cultura del sistema ospitante, che viene misurato in base al periodo di tempo di residenza nella società di accoglienza: i termini indicati variano dai cinque ai dieci anni, e sono calcolati a seconda dell'età, dell'occupazione e del tipo di istruzione dell'immigrato. Ma il criterio del "tempo di integrazione" appare troppo rigido e arbitrario, perché non tiene conto né delle condizioni e delle attitudini individuali, né di quelle della comunità di provenienza: si pensi ad esempio ai ROM, un gruppo etnico storicamente refrattario a qualunque tentativo di assimilazione anche molto protratto nel tempo.

Più convincenti mi sembrano invece altri requisiti, come il grado di *coesione* del gruppo etnico, la sua *identificabilità*, la sua *grandezza* e, soprattutto, la sua *chiusura* verso la cultura del sistema ospitante.

In conclusione, il modello della "*causa di non punibilità culturale*", che propongo al legislatore per il controllo dei reati culturalmente motivati mi sembra molto rigoroso: sono di fatto esigui gli spazi di immunità concessi all'autore culturale.

La nozione ristretta di reato culturalmente motivato e la prova dei suoi elementi già limitano l'ambito di praticabilità della nuova causa d'impunità originaria.

La sua forza espansiva viene poi ulteriormente contenuta dalla tipologia dei reati a cui verrebbe applicata, da cui sono esclusi tutti i reati culturalmente motivati che aggrediscono i diritti fondamentali. Senza contare la condizione finale, destinata a ridimensionare le contestazioni sistematiche e i dubbi di praticabilità politico-criminale: la prova della ragionevolezza dell'adesione alla cultura di origine costituisce infatti una garanzia ulteriore.

BIBLIOGRAFIA MINIMA:

BASILE F., *Immigrazione e reati culturalmente motivati: il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, 2010.

BERNARDI A. (a cura di), *Multiculturalismo, diritti umani, pena*, Milano, 2006.

BERNARDI A., *Il fattore culturale nel sistema penale*, Torino, 2010.

CESAREO V., *Società multiethniche e multiculturalismi*, Milano, 2002.

DE MAGLIE C., *Multiculturalismo* (Dir. pen.), voce in *Enc. giur. Sole 24 Ore*, IX, Milano, 2007, p. 732 ss.

DE MAGLIE C., *I reati culturalmente motivati: ideologie e modelli penali*, Pisa, 2010.

FABIETTI U., *L'identità etnica. Storia e critica di un concetto equivoco*, Roma, 2005.

FERRAJOLI L., *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, 2 voll., Roma-Bari, 2007.

FORNASARI G., *Mutilazioni genitali femminili e multiculturalismo: premesse per un discorso giurispensalistico*, in Bernardi A. – Pastore B. – Pugiotto A. (a cura di), *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare*, Milano, 2008, p. 179 ss.

GALLI C. (a cura di), *Multiculturalismo: Ideologie e sfide*, Bologna, 2006.

KYMLICKA W., *La cittadinanza multiculturale*, Bologna, 1999.

ORTNER S., *Theory in Anthropology Since the Sixties*, in *Comp. Stud. Soc' Y Hist.*, 1984, p. 126 ss.

PARISI F., *Cultura dell'altro e diritto penale*, Torino, 2010.

RENTELN A., *The Cultural Defense*, New York, 2004.

INTERVENTI PROGRAMMATI

GUIDO BISCONTINI

*Gerarchia dei valori e principio di legalità costituzionale:
per un diritto penale assiologicamente orientato*

Il «diritto penale», già dalla sua denominazione, risulta evidentemente connotato dalla natura delle sue norme che si contraddistinguono per la particolarità della sanzione e della specificità delle misure che conseguono alla realizzazione della fattispecie criminosa. L'ordinamento reagisce, con il variare del comportamento illegale, in modo più o meno pesante, nei confronti di coloro che hanno tenuto il comportamento vietato. Il diritto penale si caratterizza, massimamente, per la sua positività, sicché, probabilmente, è da escludere l'esistenza di un diritto penale naturale. Non si può, tuttavia, disconoscere che il legislatore trova nella realtà sociale una fenomenologia già strutturata dei comportamenti umani che, molte volte, ne rappresentano una costante. Altre volte, i comportamenti considerati sono il portato dei tempi e la loro valutazione può anche mutare negli anni. Non è rara, poi, l'ipotesi in cui i comportamenti contemplati siano valutati dapprima come reati e poi come contravvenzioni o viceversa. Il diritto penale è sicuramente un diritto vivente ed al legislatore compete il compito di scegliere la pena da comminare ispirandosi, nell'assolvere questa funzione, al disvalore etico-sociale espresso dal comportamento da valutare alla luce dei principi e dei valori presenti nell'ordinamento giuridico vigente. Al contempo, al diritto penale compete altresì una funzione promozionale tesa alla realizzazione di una società moderna, permeata dai valori della solidarietà e del rispetto della persona umana.

Con il diritto penale, infatti, lo Stato proibisce determinati comportamenti umani per tutelare i valori che sono a fondamento di una determinata comunità. Nel nostro ordinamento il diritto penale è chiamato a realizzare la difesa della società, dell'ordine civile ed economico, ma ancor più e soprattutto a consentire la realizzazione della persona umana nella sua dimensione fisica, morale, sociale e politica. In tale direzione va esaltata la funzione propulsiva e di "orientamento del comportamento" che svolge il diritto penale, essendo esso lo strumento che concorre alla realizzazione del modello o degli scopi di promozione umana e sociale prefigurati dalla Costituzione.

Il diritto penale ha natura teleologica e dalla diversità di trattamento sanzionatorio si può comprendere la gerarchia dei valori che il legislatore ha inteso e intende tutelare, sicché ciascuno sappia ad essa conformarsi nella propria scelta comportamentale. Dalla codificazione delle fattispecie penali si può conoscere la scelta dei valori di un popolo e la loro gerarchia, valutazione che oggi si impone di essere espressa superando i confini nazionali, prospettando un codice penale unitario valido in tutti gli Stati dell'Unione affinché la società Europea, nella sua unitarietà, esprima valori condivisi. Come affermava un autorevole penalista, al centro del sistema penale deve essere posto l'uomo con la propria libertà e la propria dignità da tutelare.

Ciò deve indurre ad escludere un diritto penale mutevole, sensibile al variare del mondo sociale con le sue esigenze religiose, morali, politiche, economiche. In un sistema costituzionale rigido, qual è quello italiano, il diritto penale non si può modificare con la trasformazione della realtà sociale. Nel diritto penale, ancor più di quanto è accaduto per il diritto civile, c'è poco spazio per l'accentuazione del profilo sociologico, entro il quale, talvolta, si è voluto spingere lo studio del fenomeno giuridico. Il legislatore, prima di approntare una qualsivoglia tutela penale si deve sentire tenuto al rispetto del precetto costituzionale e del modello di società che vi si rinviene. La discrezionalità legislativa trova un limite invalicabile nella carta costituzionale sicché il legislatore resta vincolato non soltanto al rispetto del principio di ragionevolezza, ma ed ancor più ai valori fondanti il vigente Stato democratico. Il primato del diritto, rispettoso della gerarchia delle fonti, non significa annientamento delle altre componenti culturali esprimendo, invece, ripudio della legge del più forte in quanto l'art. 139 cost., secondo il quale la forma repubblicana non è soggetta a revi-

sione costituzionale, non consente ad alcuna maggioranza di mettere in discussione i fini ed i valori che costituiscono l'essenza della Costituzione italiana. Una violazione di tale precetto dovrebbe essere necessariamente letto come un atto rivoluzionario che chiude un'esperienza e ne riapre un'altra che si fonda su principi e valori differenti.

La Costituzione, come è noto, esce da un compromesso, o meglio da una sintesi di varie ideologie, ed ha dato vita ad un sistema in cui i differenti valori presenti nella società sono gerarchicamente ordinati. Come è noto, le moderne costituzioni mirano ad organizzare e proteggere la libertà umana nella realtà sociale, tenendo conto del contesto in cui è chiamata ad operare nonché delle divisioni e delle contrapposizioni sociali che trovano riscontro nel testo costituzionale. Rifuggendo da una prospettiva classista, la nostra Carta ha posto il lavoro a fondamento della Repubblica in quanto il lavoro è il mezzo privilegiato per la produzione della ricchezza e per assicurare al singolo una vita dignitosa. Persona e lavoro sono indissolubilmente legati e, alla luce dell'art. 4 cost., rappresentano i presupposti per lo sviluppo sociale del Paese. Nell'ambito dell'attività lavorativa va sicuramente ricompresa anche quella dell'imprenditore e del lavoratore autonomo, costituzionalmente garantita dall'art. 41 cost., funzionalizzata, comunque, al raggiungimento di fini non soltanto egoistici, essendo tesa anche alla realizzazione dell'utilità sociale. In questo contesto, per restare in un campo tanto discusso negli ultimi tempi, la stessa libertà di pensiero risulta limitata se espressa nell'ambito di un'attività editoriale, e quindi di un'attività imprenditoriale. Lo stretto collegamento che corre tra informazione e tutela della persona, tra il diritto ad informare ed il diritto ad essere informato impone una scelta equilibrata che tenga conto dei differenti interessi coinvolti e della tutela loro apprestata a livello costituzionale.

Il problema è particolarmente delicato allorché si vuole assicurare adeguata tutela alla persona interessata dalla notizia, specialmente se la persona ha una sua notorietà. È evidente che nel momento in cui il diritto di cronaca è esercitato si invade inevitabilmente la sfera privata sicché è necessario che i mezzi di informazione garantiscano il rispetto della privacy, la garanzia e la tutela di tutti i diritti fondamentali che competono alla persona in quanto tale, specialmente se non strettamente connessi al fatto riferito. Indubbiamente, quanto più è pubblica la persona, tanto più è configurabile il diritto ad essere informati e, quindi, maggiore deve essere trasparente la vita dell'interessato; più, invece, la notizia interessa persone

private, maggiore deve essere l'attenzione a non invadere sfere non direttamente coinvolte dalla notizia che viene fornita. Ne discende che la tutela della persona è forte e solamente la presenza di una pari, anzi maggiore utilità sociale della notizia è idonea a giustificare l'invasione della sfera privata. È su questa linea che ci si deve muovere per equilibrare gli interessi in gioco facenti capo a chi informa ed a chi è oggetto dell'informazione tenendo conto che i mezzi di informazione non devono essere visti soltanto come strumenti che consentono la libera espressione di pensiero, ma, piuttosto, come espressione di un'attività di impresa: in tale contesto, stante anche il dettato dell'art. 41 cost., l'utilità sociale costituisce all'un tempo il limite e la giustificazione della divulgazione della notizia o dell'immagine. Se è vero che esiste un diritto a manifestare liberamente il proprio pensiero (art. 21 cost.), se è vero che esiste un diritto a professare liberamente le proprie ideologie e la propria religione, è vero pure che tali diritti sono protetti in quanto utili allo sviluppo della persona. I diritti fondamentali di cui all'art. 2 ed all'art. 3 Cost., contemplati in norme generali e a contenuto aperto, sopportano l'esistenza, al loro interno di una gerarchia rinvenibile nella stessa Carta Costituzionale. In tale contesto risultano da privilegiare le situazioni personali, esistenziali rispetto a quelle patrimoniali: di ciò risulta essere massima espressione la previsione di cui all'art. 41 cost. che, espressamente, subordina la tutela della libertà di iniziativa economica privata all'esistenza di un'utilità sociale e, comunque, al rispetto della libertà, dignità e sicurezza della persona umana. Ne discende una funzionalizzazione dei rapporti patrimoniali e, quindi, dell'attività economica ai valori sottesi alla persona umana che ne costituiscono un limite invalicabile. La manifestazione del pensiero veicolata nell'ambito di un'attività d'impresa, non può non trovare i limiti ora accennati che si concretizzano nel rispetto inderogabile della persona che ne garantisce l'utilità sociale: il rispetto della persona umana pone un limite inderogabile alla libertà di informazione, l'esistenza dell'utilità sociale costruisce la ragione giustificativa del diritto di cronaca. Le libertà economiche sono ampiamente protette, ma sono viste in posizione subalterna alla tutela della persona, ad una visione solidaristica della società in cui tutti, a prescindere dal sesso, dalla razza, dalla religione abbiano pari dignità e pari opportunità. La stessa proprietà privata, sebbene tutelata, è chiamata a rispondere ad una utilità sociale che ne limita un esercizio esclusivamente egoistico. La presenza della tutela dell'impresa, stante lo sfavore espresso dall'art. 43 cost. verso forme mo-

nopolistiche, giustifica pure la protezione della concorrenza e del mercato, valori che non sono stati assolutamente trascurati dal Costituente il quale, però, li ha subordinati al rispetto della persona umana e li ha funzionalizzati all'attuazione ed alla realizzazione di più equi rapporti sociali. In tale contesto è di primaria importanza l'art. 53 cost. in quanto è in questa disposizione che è stato previsto lo strumento più idoneo per realizzare una vera giustizia sociale il cui costo non può non ricadere su tutti, secondo la rispettiva capacità contributiva.

Orbene, se la funzione del diritto penale è anche quella promozionale e se quella tracciata è la gerarchia dei valori voluta dai Padri costituenti, allora si impone una rilettura delle sanzioni penali ed, eventualmente, una loro riscrittura per renderle coerenti con il disvalore espresso dal comportamento umano rispetto ai valori primari che risultassero essere stati violati. Si pensi, tanto per fare alcuni esempi, ai reati tributari, alla violazione delle norme sulla sicurezza del lavoratore e sul suo trattamento economico, ai reati contro le libertà sessuali, alla tratta degli esseri umani ed alla loro riduzione in schiavitù, a tutti quei comportamenti che integrerebbero ipotesi di microcriminalità ma che, invero, rappresentano seri attentati alla salute della persona o indiscutibili violazioni dei luoghi deputati a consentire ai singoli il pieno sviluppo della propria personalità e della comunità familiare in cui ciascuno svolge la propria vita. Per non dire poi di taluni comportamenti di massa offensivi delle persone di differente razza. Purtroppo, tali atti vengono puniti con sanzioni inadeguate rispetto al disvalore che esprimono.

Il codice penale è datato e non può essere stato rivitalizzato da interventi di settore. Formule che si presentano identiche ed il cui significato non è cambiato negli ultimi settanta anni sono, però, espressione di valutazioni necessariamente mutate con l'entrata in vigore della Costituzione. Se nel campo del diritto civile una lettura della norma costituzionalmente orientata è stata possibile ed ha portato a risultati soddisfacenti, non si può non vedere come, nel rispetto del principio di legalità, l'interprete e la giurisprudenza non possano svolgere analoga funzione nell'ambito del diritto penale. È necessario che intervenga il legislatore per aggiornare il catalogo delle pene uniformandolo ai valori costituzionali, tenendo nel dovuto conto le differenti istanze provenienti dal tessuto sociale. Non tutti i beni giuridici sono tutelati dal diritto penale, attesa la gravità delle conseguenze che derivano dall'in-

flizione in concreto delle misure sanzionatorie criminali. Quali di essi ricevono una tutela così intensa è la legge a stabilirlo sulla base delle scelte che il legislatore compie, dopo avere recepito le manifestazioni dei sistemi di valore su cui si fonda la comunità statuale. Si tratta, pertanto, di scelte di politica legislativa che riflettono la struttura della compagine sociale e degli ordinamenti che essa si è data. Dal momento che i sistemi normativi risentono del succedersi delle leggi e dei mutamenti occorsi nella società e del progredire dei tempi, si può osservare come l'elenco dei beni giuridici tutelati dal diritto penale si modifichi in relazione ai bisogni e allo sviluppo della comunità, risentendo del progresso giuridico, sociale, scientifico, culturale, tecnico ed economico. Detti cambiamenti, in base alle necessità avvertite dai consociati, possono esaltare le esigenze di protezione di taluni beni rispetto ad altri purché non risulti violata la legalità costituzionale.

Si è accennato alla intrinseca gravità delle sanzioni penali, giustificate dalla necessità di apprestare quei rimedi indispensabili per la salvaguardia del corpo sociale e dell'ordinamento giuridico che questo si è dato. Alla loro applicazione consegue il sacrificio di una parte rilevante del complesso di garanzie dell'individuo e questo conduce alla riflessione che a siffatta conseguenza si arrivi solo ove ciò appaia effettivamente necessario, dovendo il diritto penale circoscrivere il suo intervento alla sfera di interessi che si percepiscono come assolutamente rilevanti. Una sua estensione in altri settori in cui le medesime esigenze non si ravvisano apparirebbe improprio e sproporzionato. Anzi, visto che, talvolta, la sanzione finisce con l'essere puramente simbolica non è da escludere che sanzioni di altra natura, se contemplate dall'ordinamento, possano risultare più efficaci.

Il fine del diritto penale, oggi, non è più soltanto quello di apprestare una "giusta" punizione al soggetto che viola le regole dell'ordinamento giuridico, ma è pure quello di realizzare un complesso sistema di norme poste a tutela di valori fondamentali della nostra civiltà (quali, ad esempio, la vita, la salute, l'ambiente, l'incolumità personale), che i rimedi previsti dagli altri settori del diritto non sono in grado di garantire. Per tale ragione le sanzioni devono essere adeguate perché, diversamente, i precetti potrebbero perdere rapidamente la loro capacità conformativa.

Anche il diritto penale mira a disciplinare l'agire dei consociati ed interviene per tutelare alcuni beni giuridici ritenuti così importanti da non poter essere adeguatamente protetti

dalle normali misure di reazione previste da altri settori del diritto. Per tale ragione non pare da condividere l'opinione di chi crede che al diritto penale non sia richiesto di promuovere migliori condizioni di vita, attraverso la prevenzione e repressione dei comportamenti socialmente riprovevoli. Pare un falso problema credere che se si dovesse riconoscere al diritto penale anche una funzione propulsiva o promozionale di comportamenti socialmente approvati, si innescherebbe un processo che vedrebbe una indebita estensione dei precetti penali anche in ambiti di stretta pertinenza di altri rami dell'ordinamento giuridico. Al contrario, il diritto penale, in una visione unitaria dell'ordinamento giuridico, è chiamato a concorrere con altri precetti di differente natura ad apprestare la giusta protezione ad interessi valutati giuridicamente rilevanti e meritevoli di una tutela diversificata.

In questo modo, il sistema del controllo sociale può esplicare tutta la sua operatività attraverso un meccanismo di dissuasione in grado di scoraggiare altri dal violare i precetti di natura penale. Non solo! L'importanza del precetto penale non può prescindere dall'effettività della sanzione che, sola, contribuisce a ribadire e rafforzare nei destinatari la convinzione dell'obbligatorietà dei comandi giuridico-penali. Sotto questo profilo, quindi, il diritto penale costituisce la valvola di sicurezza del sistema.

In conclusione si può osservare che oggi il diritto penale, in una società sempre più complessa ed articolata, è chiamato ancor più a contribuire, anche mediante il coerente utilizzo della pena assiologicamente orientata, a realizzare una giustizia volta a rendere effettiva la legalità costituzionale.

BEATRICE MAGRO

Globalizzazione, mercato, regole. Il diritto penale economico al cospetto delle neuroscienze.

Una critica alla razionalità economica

Sommario: 1) L'analisi economica del diritto costituisce un parametro normativo autonomo e distinto dalla morale di valutazione del diritto? 2) L'economia classica e l'euristica della razionalità e della prevedibilità del comportamento umano. 3) Crisi del Welfare State e della politica economica dirigista e mito della sovranità ed efficienza del libero mercato. 4) La politica della competitività nella regolamentazione nell'epoca della globalizzazione. 5) Il trionfo dell'autonomia privata e dei sistemi di common law. La tendenza verso una "americanizzazione" del diritto. 6) La naturale instabilità del mercato e l'intervento adattivo e prudenziale dello Stato. 7) I fallimenti del mercato: le cause della crisi finanziaria globale del 2008. 8) Gli interventi correttivi dello Stato nella crisi globale: strumenti giuridici e strategie di sollecitazione di comportamenti cooperativi. 9) Il mutamento delle politiche di controllo sociale nel diritto penale economico. La bipolarizzazione dell'intervento penale tra politica della sicurezza e tutela del mercato finanziario. 10) Il diritto penale nell'epoca della globalizzazione: percezione dell'insicurezza e consenso sociale. 11) La crisi delle funzioni di orientamento culturale e l'ampliamento delle agenzie formative e di controllo penale. 12) L'adozione di nuove tecniche di controllo penale che sollecitano comportamenti cooperativi del privato. 13) Le critiche alla teoria della scelta razionale. 14) Herbert Simon e la razionalità limitata. 15) I limiti cognitivi e le procedure decisionali di tipo euristico. 16) L'approccio della finanza comportamentale e le critiche all'efficienza del mercato. 17) Le strategie delle teorie dei giochi e delle scelte in condizioni di complessità ed incertezza. 18) Le teorie del caos. 19) L'illusione monetaria. 20) La neuro economia. 21) Conclusioni. Rapporti tra neuroscienze e etica.

1) *L'analisi economica del diritto costituisce un parametro normativo autonomo e distinto dalla morale di valutazione del diritto?*

Il tema dell'oggetto e dei limiti contenutistici del diritto penale, sotto il profilo del diritto sostanziale, implica l'uso di una precisa metodologia in cui etica e diritto costituisco-

no, a turno e in modo scambievolmente e reciproco, da un lato oggetto di osservazione e descrizione, e dall'altro parametri e criteri di valutazione.

Assumendo infatti una prospettiva di indagine di tipo descrittivo, il diritto e la morale costituiscono oggetti di osservazione connotati per la loro datità e preesistenza. Naturalmente, sotto questo profilo, il diritto assume rilevanza come diritto positivo, e l'etica come morale eteronoma o positiva, in quanto richiede una obbedienza alle regole di un costume sociale collettivamente condiviso senza tenere conto delle intenzioni e principi individuali.

Assumendo invece una prospettiva di indagine di tipo normativo, cioè valutativo e prescrittivo, il diritto (ma stavolta inteso come ideale di giustizia e in una prospettiva di iure contendo) e la morale (qui intesa come etica autonoma o morale individuale, incentrata cioè su principi assunti dal soggetto) costituiscono parametri di valutazione dell'oggetto, ovvero del diritto positivo e del costume sociale.

Solo seguendo questo tipo di approccio, si pongono questioni di valutazione del diritto positivo secondo i principi etici individuali, così come questioni di valutazione del diritto positivo in termini di giustizia ed equità (ma si pone anche il problema dei rapporti tra etica collettiva e etica individuale, che appartiene al campo di indagine del pensiero filosofico)³⁹².

Ebbene, seguendo questo schema così delineato, ci si chiede se l'approccio utilitarista proprio dell'Analisi Economica del Diritto, che introduce argomentazioni attinenti alla funzionalità, alla praticabilità in termini di costo di una determinata decisione, costituisca un modello di valutazione critica, cioè normativo-prescrittivo del diritto positivo, diverso ed autonomo rispetto a quello morale (sia individuale che collettiva) in quanto per definizione non solo relativista e non deontologico, ma soprattutto in quanto metodo di analisi di tipo deliberatamente pragmatico³⁹³.

³⁹² Per queste considerazioni, mi sia consentito il richiamo a MAGRO, *Etica laica e tutela della vita Umana: riflessioni sul principio di laicità in diritto penale*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1994, 1282.

³⁹³ L'analisi economica considera il diritto come un insieme di incentivi rivolti ai consociati affinché venga adottato un determinato comportamento, o altrimenti come un insieme di punizioni e sanzioni che conseguono quel determinato comportamento. In questo schema logico interpretativo, i precetti giuridici introducono un sistema di prezzi impliciti connesso ai comportamenti degli individui, in cui il prezzo è costituito dalla sanzione da scontare, personale o patrimoniale. Per un tentativo di applicazione degli studi di analisi economica al diritto penale, si veda il pregevole saggio di MANGIONE, *Analisi economica del diritto penale e criminalità organizzata*, Monforte Editore, 2008 e ancor prima, il contributo di PALIERO, *L'economia della pena (un work in progress)*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2005, p.1336.

Per una ricostruzione degli indirizzi metodologici di analisi economica del diritto, si richiamano solo alcuni studi, CHIASSONI, *Analisi economica del diritto e teorie economiche: un inventario di strumenti*, in *Analisi economica del di-*

La questione è quindi quella di una terza possibile relazione tra diritto, morale ed analisi economica di tipo utilitarista, non deontologica ed incentrata sulla realizzazione dell'efficienza.

Ed invero, l'analisi della condotta umana in termini di efficienza e capacità rispetto allo scopo è nata storicamente quale reazione alla scissione dell'economia dalla morale e rispecchia l'esigenza di fornire un fondamento oggettivo ed autonomo dal punto di vista epistemologico del discorso economico³⁹⁴.

E' evidente che questo interrogativo si pone in quanto si consideri che l'approccio economico di analisi del diritto può sviluppare tanto una prospettiva descrittiva e di mera osservazione (l'analisi degli effetti delle norme giuridiche sul comportamento umano e le sue conseguenze in termini di capacità di orientamento) tanto una prospettiva di analisi di tipo prescrittivo, volta a riformare e/o criticare il diritto positivo, che riguarda la desiderabilità sociale delle norme giuridiche (cioè come una norma dovrebbe strutturarsi per raggiungere quei dati risultati).

L'approccio in termini di razionalità economica proprio dell'analisi del diritto è quindi sia di tipo descrittivo, sia prescrittivo³⁹⁵.

Per rispondere ad esigenze di tipo descrittivo, l'analisi economica del diritto deve centrarsi su l'uso di modelli stilizzati di comportamento individuale e su test empirici, avvalendosi degli strumenti tratti dalla microeconomia e dalle teorie dei giochi. Sulla base di un modello di agente "razionale" e previdente, si studia ed osserva l'influenza delle norme giuridiche sul comportamento umano.

Diversamente, qualora si assuma una prospettiva normativa e prescrittiva, l'analisi economica del diritto introduce parametri di valutazione del diritto positivo che non sono improntati a valori deontologici come la giustizia o l'equità, ma si limita ad apprestare strumenti di valutazione e valutare i coefficienti di efficienza e di raggiungimento dello sco-

ritto privato, Milano, 1998, p.489; FRIEDMANN D.P., *L'ordine del diritto. Perché l'analisi economica può servire al diritto*, Il mulino, Bologna, 2004.

³⁹⁴ Sui rapporti tra etica ed economia, A.K. SEN, *Etica ed economia*, trad.it. di S. Maddaloni, Roma-Bari, 2004; DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, Milano, 2000.

³⁹⁵ Le funzioni dell'analisi economica del diritto sono quindi molteplici, ed incidono sia nel momento genetico della norma, sia in quello della osservazione del loro impatto rispetto allo scopo perseguito. L'idea che gli individui agiscano razionalmente è suscettibile di almeno due diverse utilizzazioni da parte di chi studia il comportamento degli individui, e precisamente: come fondamentale postulato circa le motivazioni tipiche dell'agire individuale; come ipotesi empirica sull'impatto di una certa disciplina giuridica in una certa materia.

po che le norme possiedono, ovvero la capacità e idoneità della regola giuridica di determinare gli effetti che intende conseguire, e gli oneri che sono posti a carico a tal fine ai soggetti privati e pubblici.

In tal caso, la valutazione delle norme giuridiche viene fatta con riferimento ad una data misura di benessere sociale.

Si pongono quindi una serie di interrogativi: i criteri di valutazione utilitaristico-economica, di analisi economica del diritto, forniscono parametri di valutazione autonomi, potenzialmente conflittuali e distinti rispetto a quelli di tipo morale? La pretesa dell'economia di essere immune da giudizi di valore è reale? Oppure, è sempre insito anche nell'analisi economica del diritto, soprattutto se orientata in una prospettiva critica e normativa, un embrionale giudizio di valore? In fondo, anche l'efficienza è un canone assiologico, una qualità desiderabile del diritto³⁹⁶.

Tuttavia, il benessere individuale, la ricchezza, l'efficienza di un sistema giuridico, sono valori in sé, anche quando la prospettiva di indagine non è quella degli scambi di mercato, ma quella che concerne la tutela dei diritti individuali e dei meccanismi di funzionamento dello Stato, come accade nel diritto pubblico e in particolare per il diritto penale? Quali quindi le condizioni di utilizzabilità di un modello di analisi economica applicato al diritto penale?

Il concetto di utilità, di razionalità, è vittima della tirannia dei fini. L'analisi economica postula che i fini siano dati e che l'unico problema sia quello del loro efficiente perseguimento. Ma è difficile accettare che non vi debba essere alcuna valutazione circa la ragionevolezza o accettabilità morale di questi fini, quando si passa dalla sfera dei comportamenti privati a quella dei comportamenti pubblici che debbono rispondere a standard di tutela oggettiva e quindi a norme che debbono regolare il comportamento collettivo³⁹⁷.

³⁹⁶ BUONGIOVANNI G., *Oggettività e morale. La riflessione etica del 900*, Monduzzi, 2007.

³⁹⁷Per una recente applicazione dell'analisi economica al diritto pubblico, NAPOLITANO G. – ABRESCIA M., *Analisi economica di diritto pubblico*, Il Mulino, 2009.

2) *L'economia classica e l'euristica della razionalità e della prevedibilità del comportamento dell'Homo oeconomicus*

Le teorie economiche neoclassiche, elaborate dalla fine del 700 e agli inizi dell'800, pongono alla base dell'interazione individuale il paradigma della razionalità della scelta umana. Esso assume che l'agente abbia una conoscenza perfetta e completa del contesto in cui egli è chiamato a decidere e delle conseguenze degli atti che può porre in essere. Questa scelta è il frutto di due funzioni: le preferenze individuali, collocate in una scala gerarchica, e la possibilità di scegliere istantaneamente tra le varie alternative possibili.

Nella teoria economica classica, il concetto di razionalità postula che gli individui siano in grado di prevedere le conseguenze delle proprie decisioni, valutino le diverse opzioni sulla base delle loro conseguenze, dispongano di criteri valutativi sufficientemente coerenti e idonei a individuare la decisione migliore (coerenza delle preferenze), adottino realmente la decisione che ad essi pare migliore (coerenza delle azioni), e aumentino effettivamente il proprio benessere a seguito dell'adozione della decisione migliore (massimizzazione dell'utilità individuale).

Questa applicazione del postulato della razionalità ipotizza una stabilità e costanza del sistema delle preferenze individuali, e quindi la prevedibilità del comportamento umano. L'approccio economico classico si incentra quindi su modelli stilizzati di comportamento individuale, sul presupposto che gli attori sociali siano prevedenti, razionali e quindi prevedibili, in quanto ispirati da sempre la medesima logica di base e dal medesimo principio.

Inoltre, tutta la costruzione accoglie una nozione di utilità e all'obiettivo della massimizzazione della utilità che si realizza attraverso un calcolo tra costi e benefici e attraverso l'anticipazione di una certa esperienza, ma non attraverso un'esperienza propriamente detta.

Da qui la pretesa all'oggettività e alla neutralità dell'approccio economico come parametro di valutazione del diritto diverso dalla morale.

Le teorie della scelta razionale si collegano idealmente con la concezione economica classica propria di Adam Smith. Smith sosteneva che ogni individuo agisce sul mercato per massimizzare il proprio benessere e nel massimizzare il proprio benessere contemporaneamente massimizza il benessere della società e dell'intero mercato in virtù dell'esistenza di

una “mano invisibile” (ovvero le regole del mercato stesso) che indirizza gli interessi ed i bisogni del singolo verso l’interesse ed il bisogno della collettività.

La concezione economica basata sul libero mercato di Smith influenza le teorie della scelta razionale perché da un punto di vista sociologico il meccanismo della massimizzazione dei bisogni presupporre l’esistenza di individuo razionale capace di fare un’analisi costi-benefici oppure mezzi-fini ³⁹⁸.

Le teorie della scelta razionale quindi, nella loro elaborazione originale, suppongono un individuo razionale a livello psicologico, cioè capace di identificare i suoi bisogni e di analizzare il livello in cui si ha la massima soddisfazione del bisogno, ma anche un individuo razionale a livello sociale, nel senso che è un individuo che sa fare un’analisi costi-benefici di tutte le varie alternative d’azione che può compiere per realizzare la sua massimizzazione del bisogno e quindi è capace di analizzare l’utilità dei diversi mezzi che la società gli mette a disposizione per raggiungere quel fine.

Da qui il postulato secondo cui la realizzazione del massimo benessere individuale coincide con la realizzazione del benessere collettivo.

3) Crisi del Welfare State e della politica economica dirigista e mito della sovranità ed efficienza del libero mercato

L’affermazione culturale degli strumenti di analisi economica del diritto e di questo modello di individuo sociale si collega storicamente ad un programma di riduzione della sfera pubblica che rappresenta una netta inversione di rotta rispetto alla tendenza propria della fine dell’800 favorevole ad una accentuata moltiplicazione degli interessi pubblici e ad conseguente dilatazione dei compiti dello Stato.

Tra la fine e l’inizio dello scorso secolo, infatti si apriva il varco ad un intervento pubblico nell’economia di tipo diretto ed indiretto e ad un’azione pubblica statuale conno-

³⁹⁸ Si tratta di un individuo capace di identificare quali sono i suoi bisogni ovvero i fini che vuole raggiungere, di capire ed analizzare il grado attuale in cui quel bisogno può essere soddisfatto ed il mezzo più idoneo per raggiungere quel fine, ed individuare il livello di massimizzazione dei bisogni. Infatti, nelle società esistono più mezzi per raggiungere lo stesso fine; pertanto l’individuo deve essere capace di individuare qual’è il mezzo più idoneo per raggiungere quel fine e contemporaneamente di valutare anche il costo, rappresentato dalla rinuncia dell’azione che si sarebbe potuto compiere.

tata dagli obiettivi della crescita economica, la stabilità dei prezzi, la piena occupazione, in altre parole, il benessere sociale³⁹⁹.

Poi, con la globalizzazione dei mercati, le trasformazioni che hanno investito i rapporti tra politica ed economia mettevano in atto una tendenza opposta: il livello delle prestazioni sociali e assistenziali si abbassa fino a ridursi all'osso, il ruolo della politica si ridimensiona fortemente lasciando fuori molte delle preoccupazioni che fino ad allora l'avevano animata, sul piano della politica sociale, del mercato del lavoro e della politica economica.

La ricetta istituzionale di questo fenomeno è fondata su primato dei meccanismi del libero mercato e sulla fiducia illimitata sulle sue capacità naturali di autoregolamentazione.

Lo Stato è costretto a ritirarsi: non deve più preoccuparsi del benessere dei suoi cittadini: a ciò provvede il mercato, dominus del benessere, con le sue innumerevoli e differenziate offerte, opzioni, gamma di scelte. Lo Stato, divenuto ormai "debole", di fronte all'incedere delle lobbies economiche, si ritrae dal compito di indicare l'agenda delle opzioni individuali e il codice di scelte individuali, ormai in balia, non più delle istituzioni politiche, ma delle forze economiche e del mercato.

Le teorie della razionalità umana che postulano una capacità di calcolo razionale dei cittadini si collegano a teorie economiche che affermano la superiore efficienza del mercato come strumento di allocazione dei beni e delle risorse e che ripongono una grande fiducia sulla capacità naturale del mercato e sulla logica dello scambio a realizzare la giustizia sostanziale, a realizzare un'etica orientata al benessere.

In un mercato perfettamente concorrenziale⁴⁰⁰, l'incontro spontaneo tra domanda e offerta determinato dalle scelte di consumo e di produzione degli attori economici, consente il raggiungimento dell'efficienza allocativa e quindi la realizzazione del benessere. Ciò

³⁹⁹ Lo Stato assume il ruolo di "imprenditore", di "finanziatore", di "elaboratore" di leggi in materia economica. Su questi temi, MELIS G., *La storia dell'Amministrazione italiana*, Bologna, 1996; CASTRONUOVO V., *Storia economica d'Italia, dall'Ottocento ai giorni nostri*, Einaudi, Torino, 1995; CASSESE, *I pubblici poteri nello Stato pluriclasse*, in *Riv.trim.dir.pubbl.*, 1985, p.374; ROSSI G., *Pubblico e privato nell'economia di fine secolo*, in *Quad. del pluralismo*, 1996, p. 3.

⁴⁰⁰ In un mercato vi è concorrenza perfetta quando ricorrono le seguenti condizioni: a) vi è piena libertà di ingresso sul mercato; b) nessuna impresa e nessun consumatore possono influenzare il prezzo di mercato con le proprie decisioni individuali; c) il prodotto è omogeneo; d) il mercato è trasparente.

significa che non esiste alcun'altra distribuzione delle risorse che permetta di aumentare l'utilità di un soggetto senza contemporaneamente diminuire l'utilità di un altro.

Quando sono soddisfatte le condizioni della concorrenza perfetta, il prezzo e la quantità di equilibrio si trovano sul punto di intersezione delle curve di domanda e di offerta. Le decisioni spontanee dei consumatori circa quanto acquistare a quel prezzo e quelle dei produttori circa quanto vendere al medesimo prezzo si incontrano magicamente, e le decisioni spontanee di imprese e consumatori conducono in modo spontaneo ad una situazione di equilibrio, che può definirsi ottimale, sia dal punto di vista allocativo ma anche dal punto di vista produttivo.

4) La politica della competitività della regolamentazione nell'epoca della globalizzazione

Con la riduzione del ruolo del Welfare State sul fronte economico cade il dirigismo economico statale, la cultura del sostegno pubblico, si trasforma il controllo pubblico sull'economia, che abbandona il modello della regolamentazione autoritaria degli scambi, a favore di una valorizzazione delle libertà d'impresa e della cultura del mercato e della libera concorrenza.

Questo sovvertimento dei rapporti tra politica ed economia è in buona parte legato ad un fenomeno per certi versi nuovo, per altri versi antico: la globalizzazione.

Il termine globalizzazione descrive il fenomeno della transnazionalizzazione del confini del libero mercato, ovvero la creazione di una cornice in cui opera il mercato diversa da quella tratteggiata geograficamente dagli Stati nazionali⁴⁰¹.

La nuova economia capitalistica si muove a livello "globale", cioè ignora i vincoli fisici e normativi dello Stato nazionale consentendo agli attori sociali, anche grazie alla rivolu-

⁴⁰¹ Sul temine globalizzazione, quale fenomeno economico e giuridico, sono stati sollevati fondati dubbi. Esso racchiude sinteticamente una serie di cambiamenti che contrassegnano la società contemporanea: la tecnologia informatica e la rete, l'immigrazione, le imprese multinazionali, le organizzazioni non governative, l'affermazione dei diritti umani individuali, etc.; V. BARRICO, *Next*, Milano, 2006; DIONIGI, *Globalizzazione e fonti del diritto. Primi rilievi*, Bari, 2006; BECK U., *Che cos'è la globalizzazione? Rischi e pericoli della società planetaria*, Carocci, 1999, Roma. La bibliografia sul tema è sconfinata, essenziale è il richiamo ad alcuni fondamentali saggi: STIGLITZ, *La globalizzazione e i suoi oppositori*, Torino, 2002, ID., *La globalizzazione che funziona*, Torino, 2006; SEN, *Globalizzazione e libertà*, Milano, 2003; HABERMAS J., *La costellazione postnazionale. Mercato globale, nazioni e democrazia*, Milano, 2002. Per una analisi storica, OSTERHAMMED-PETERSSON, *Storia della globalizzazione*, Bologna, 2005; ALAGNA, *Mondializzazione degli affari e globalizzazione giuridica*, in *Mercato globale e diritto dell'impresa*, 2009, Cedam, p. 6 e ss.

zione tecnologica, di dislocare le proprie attività in differenti zone del pianeta, scegliendo di volta in volta la sede più conveniente⁴⁰².

In tal modo, il fenomeno economico della globalizzazione determina un ribaltamento dei processi politici e segna l'inizio di una trasformazione strutturale del sistema economico mondiale che limita fortemente la capacità di azione degli attori statali, producendo conseguenze di difficile gestione sul piano economico e politico.

Uno tra i principali effetti della globalizzazione è quello di rendere indisponibile alla politica l'ordine della produzione e della economia, che diviene così un dato oggettivo ed imm modificabile: l'economia globalizzata si sottrae all'intervento dello Stato nazionale gestore e regolatore dell'economia. Sotto la pressione dei mercati globalizzati, i governi nazionali perdono la capacità di influenzare politicamente il ciclo economico, perdono la capacità di regolare i conflitti sociali.

In altre parole, la globalizzazione penalizza nettamente l'autonomia e i margini di azione degli Stati nazionali, che vedono ridotto all'osso il loro potere politico, la funzione di controllo per la quale sono stati creati. Una volta apparati di razionalizzazione e di controllo delle forze economiche, sociali, politiche e tecnologiche, si trovano oggi detroneggiati, esautorati dei loro ruoli, impotenti di fronte ad un "trasferimento di sovranità ai mercati".

Crolla la vecchia, rassicurante immagine dello Stato sovrano territoriale, provocando la disgregazione di dipendenze anche autoritarie, ma al contempo, anche una emancipazione da rapporti protettivi e orientati. Allo Stato centrale non resta che assumere un "atteggiamento adattivo" nei confronti delle esigenze del mercato globale: quello di garantire condizioni "allettanti" al funzionamento del mercato: formulare politiche in grado di attira-

⁴⁰² L'espansione dei mercati si scontra con i confini del pianeta e lo sfruttamento delle risorse con i limiti della terra. Il restringersi dell'orizzonte non consente di scaricare più all'esterno le conseguenze di queste azioni. La società si connota per una elevata complessità, in cui l'interazione individuale ha raggiunto livelli sconosciuti, e in cui le sfere individuali di organizzazione non sono più autonome, ma correlate ed in rapporto di reciprocità e di interdipendenza, così, HABERMAS J., *La costellazione postnazionale. Mercato globale, nazioni e democrazia*, Milano, 2002, p.9 e ss.. Le ripercussioni sul senso di identità personale sono notevoli e devastanti. Svincolati da un mondo fortemente orientato, i singoli individui si trovano esposti a un ambivalente allargamento dei loro margini di azione e di opzione. Se da un lato si assiste ad un intensificarsi dei rapporti di traffico e di comunicazione che crea un ampliamento delle scelte e degli ambiti di libertà, dall'altro si realizza un'uniformante mercato che annulla le differenziazioni individuali e di gruppo. La globalizzazione minaccia la coesione delle comunità nazionali anche per il fatto di diffondere prodotti, mode, una cultura standardizzata, stili di vita identici in tutto il mondo. Tuttavia recenti studi sociologici affermano che il processo di globalizzazione e l'affermazione di una cultura uniformante consente la nascita di nuove differenze culturali, consente la creazione di forme ibridate.

re sul territorio gli investimenti di capitale e che, a tal fine, abbattano quei vincoli di ordine giuridico che rendono meno attraente per gli investitori. Lo scopo è attrarre capitali e investimenti, rendere più accattivanti i mercati nazionali, con ogni mezzo, anche a costo di tollerare margini di spregiudicatezza⁴⁰³.

Nella caccia al profitto vengono poi in considerazione gli svantaggi dell'ubicazione: condizioni fiscali svantaggiose, obblighi ambientali rigorosi, etc., elevati standard di sicurezza, tutti elementi negativi che disincentivano la speculazione e gli investimenti.

Allo Stato non resta che formulare politiche in grado di attirare sul territorio gli investimenti di capitale e che, a tal fine, abbattano quei vincoli di ordine giuridico, che rendono meno attraente per gli investitori. Lo scopo è di attrarre capitali e investimenti, di rendere più accattivanti i mercati nazionali, con ogni mezzo, anche a costo di tollerare margini di spregiudicatezza. Accade che, nel quadro di una economica globalizzata, gli Stati nazionali riescono a migliorare la competitività internazionale delle loro posizioni solo attraverso un auto-ridimensionamento del loro potere.

5) *Il trionfo dell'autonomia privata e dei sistemi di common law. La tendenza verso una "americanizzazione" del diritto*

Il governo dell'economia, sfuggito al controllo, non può che avere un atteggiamento adattivo nei confronti delle esigenze del mercato globale.

In questo contesto, si assiste ad un notevole ridimensionamento del ruolo dello Stato e al proliferare di modelli giuridici di nuovo conio e di origine negoziale destinati a regolare uno spazio in cui non operano parlamenti, giudici, Stati sovrani e vengono alla luce altre e nuove forme di regolazione del mercato.

La sconfitta della politica nella determinazione delle regole e dei comportamenti delle imprese, a favore del prevalere delle ragioni dell'economia, svincolate dal qualsiasi condizionamento esterno, lascia fiorire liberamente l'autonomia privata, cui sono concessi mag-

⁴⁰³ Si potrebbe ritenere che, nel quadro di una economica globalizzata, gli Stati nazionali riescono a migliorare la competitività internazionale delle loro posizioni solo attraverso un auto-ridimensionamento del loro potere, e quindi attraverso un processo di ri-dimensionamento del loro potere sia dall'alto, che dal basso. Per una visione critica di questo fenomeno, interpretato come semplice ed antico progetto di spostamento di confini tra entità "statuali", superiori, ognuna delle quali continua a pretendere spazi geografici sempre più vasti, e che richiede soprattutto una riorganizzazione politica su scala macro-regionale, FERRARI V., *Quesiti sociologici sulla lex mercatoria*, in *Sociologia del diritto*, 2005, p.7.

giori spazi: si impongono così spontaneamente regole che scaturiscono dall'esigenza concreta del mondo imprenditoriale di sfuggire alle maglie e soprattutto alla diversità dei singoli sistemi nazionali e di operare nello spazio transnazionale privo di condizionamenti fisici e giuridici⁴⁰⁴.

In questo contesto fioriscono gli studi di analisi economica del diritto e si assiste all'affermazione del primato del common law, quale sistema giuridico che garantisce un'allocatione delle risorse migliore di quella offerta da un sistema di regolazione pubblica⁴⁰⁵.

I sistemi giuridici di common law, similmente al mercato, creano naturalmente e spontaneamente un ordine giuridico che individua la regola giuridica più adeguata caso per caso, in cui l'applicazione e la vigilanza sul rispetto delle leggi è affidata ad agenzie amministrative che agiscono a diversi livelli e che possono porsi in concorrenza tra loro.

Sulla base di queste premesse, si assiste, soprattutto nel settore del diritto economico, ad un processo di progressiva omogeneizzazione dei sistemi giuridici degli Stati nazionali, che recepiscono modelli normativi mutuati dall'esperienza nordamericana, sulla base del convincimento della loro maggiore efficienza e appropriatezza⁴⁰⁶.

Quindi, anche l'armonizzazione del diritto a livello europeo, non esprime la vocazione ad una tendenziale convergenza tra distinti ordinamenti indipendenti, ma un processo crescente di "americanizzazione" del diritto civile e del diritto penale economico. Non c'è

⁴⁰⁴ Il contrattualismo, l'autonomia privata esprimono le loro potenzialità senza subire grossi controlli e trovano in se stessi legittimazione. Ogni settore dell'economica globalizzata, in virtù del contrattualismo, è in grado di disciplinarsi con regole molto dettagliate rispetto alle quali manca soltanto l'effettività garantita dall'esecuzione forzata. Si tratta di un diritto vivente che nasce e si diffonde in una sfera a-nazionale, di prassi normative nate spontaneamente e consolidate, talvolta frutto dell'opera di trattative tra organi pubblici, enti di rilevanza pubblica, di un cartello di imprese europee assistite dalle loro associazioni; cfr. DENOZZA F., *Le regole della globalizzazione tra (pretesa) efficienza e (finti) mercati: il caso dei modelli di "corporate governance"*, relazione al XVII colloquio dell'associazione italiana di diritto comparato, Brescia, 12-14 maggio 2005; CARBONE, *Corporate governance, internazionalizzazione dei rapporti economici e accountability dell'impresa*, in *Dir. comm. intern.*, 2005; SAPIR, *Politiche sociali efficaci al passo della globalizzazione*, in *Il Mulino*, 2005, p.1003.

⁴⁰⁵ Lo studio delle interrelazioni tra diritto e economia non è certo recente, ma la analisi economica del diritto, così come diffusamente riconosciuta e praticata, si caratterizza per il fatto di aver elevato l'approccio economico a metodo generale di ricostruzione e interpretazione dell'ordinamento giuridico attraverso l'uso di strumenti concettuali e conoscitivi propri della microeconomia e della teoria dei giochi.

⁴⁰⁶ Invero, l'armonizzazione europea dovrebbe rappresentare nel contesto mondiale, una reazione di resistenza attiva contro il fenomeno della globalizzazione, in quanto, attraverso di essa, si crea un'entità giuridica che delimita il processo di dilatazione dei confini globali, e si ripropone una "sovranità allargata" e comune agli Stati nazionali. L'armonizzazione si sviluppa mediante una tecnica che riproduce i meccanismi della stessa globalizzazione, ma in scala più ridotta, in ambito europeo.

un libero scambio, una osmosi tra diverse tradizioni giuridiche, ma un modello imperante che si estende a tutto il resto del mondo⁴⁰⁷.

Questo fenomeno investe maggiormente il settore civile e del diritto penale economico. Ed è evidente: il diritto penale economico, per sua natura accessorio, costituisce una conseguenza del processo di armonizzazione del diritto, a sua volta conseguenza del processo di globalizzazione; se le norme di convergenza sono simili, altrettanto lo sono quelle sanzionatorie.

6) *La naturale instabilità del mercato e l'intervento adattivo e prudentziale dello Stato*

Tuttavia le crisi finanziarie che investono l'intero mercato globalizzato mettono a dura prova la pertinenza logica e la coerenza del sistema, evidenziando la straordinaria e intrinseca debolezza del modello economico su cui si fonda.

Le teorie economiche classiche ipotizzano che i mercati siano sempre in un efficiente equilibrio. Secondo questa visione, ogni scostamento dall'equilibrio tra domanda e offerta e tra prezzo e valore intrinseco del bene è da ricondurre causalmente ad un evento esterno. Ne segue quindi che una forte variazione dell'indice di borsa è la conseguenza di una altrettanto forte causa, secondo un rapporto diretto di causa – effetto.

Tuttavia un punto di vista differente, supportato da recenti studi, contesta questo assioma, affermando che i mercati possono evolvere spontaneamente verso una situazione instabile e che non vi è alcuna relazione causale tra comportamenti ed fenomeni economici, ma un complesso sistema di interazione tra agenti tipico dei sistemi complessi⁴⁰⁸. Secondo questo approccio, quindi, l'evento scatenante è del tutto irrilevante ed insignificante in termini causali, e diviene centrale individuare i punti di stabilità intrinseca del sistema.

Il mercato soffre di quindi di strutturali e sistemiche imperfezioni che ostacolano l'aspirazione ad un migliore funzionamento e ad una ottimale allocazione delle risorse. Le regole del mercato, le sue magnifiche capacità selettive e di soluzione naturale dei conflitti, anche se tradotte e positivizzate in regole giuridiche, garantiscono al massimo un'efficienza in termini produttivi, ma non possono darsi carico nè del momento distributi-

⁴⁰⁷ NIETO A.,

⁴⁰⁸ PIETRONERO, *Complessità e altre storie*, Di Renzo Editore, Roma, 2007.

vo della ricchezza né di altri valori che sono assolutamente necessari per consentire l'equilibrio naturale del mercato, nonché - sogno di tanti economisti - un mercato libero dallo Stato.

Alla fine del secolo scorso, il progressivo smantellamento di quello Stato interventista e l'affermarsi di una libera economia di mercato non sono stati in grado di garantire l'operatività di una "invisible hand", tale da assicurare equità e benessere generali, parità di condizioni iniziali, di accesso e di informazione⁴⁰⁹.

La ricerca di una diversa razionalità, di una nuova etica che dovrebbe garantire l'ordine dei mercati e la loro sopravvivenza nella società contemporanea è il leit motiv delle analisi sulle politiche di controllo dell'economia pubblica. Sullo sfondo, l'interrogativo: come contemperare l'obiettivo del profitto dell'imprenditoria, il motore dell'economia capitalistica, e l'indispensabile esigenze di giustizia ed equità?

L'idea di Adam Smith che da un modello di homo oeconomicus moralmente indifferente possa svilupparsi una morale orientata al benessere, viene oggi quotidianamente posta in discussione.

Caduta l'illusione di un naturale e razionale, automatico e autoregolato, ordine delle cose, resta la realistica constatazione di una innata tendenza ad un'ingiusta distribuzione di oneri e rischi.

In questo contesto, si intravede sullo sfondo la necessità di un persistente ruolo degli attori istituzionali che, accanto ad un sistema regolativo di tipo privato, si apprestano a fornire parametri uniformi di controllo per assicurare la realizzazione di alcuni obiettivi.

Il processo di progressivo esautoramento dello Stato, che sembrava inesorabilmente avviato, si inceppa.

Lo Stato rivendica un primato, un ruolo esclusivo: dettare nuove regole necessarie per uscire dalla crisi e di tutelare il mercato. Compito dell'intervento statale non è quello di sovrapporsi al mercato, ma di rimuoverne gli ostacoli e le resistenze che gli impediscono di funzionare correttamente. Il controllo pubblico, che si esprime in una incessante e ab-

⁴⁰⁹ Si allude ai due stereotipi che hanno accompagnato la storia del pensiero economico: da un lato la concezione della "mano invisibile" che agisce attraverso il mercato, dove liberamente interagiscono in regime di concorrenza soggetti economici che perseguono il profitto; dall'altro una "mano invisibile" costituita da istituzioni e da regole, con l'obiettivo di tutela di interessi collettivi.

bondantissima produzione normativa proprio in quella materia economica che sembrava sottratta alla competenza nazionale, è quindi sempre più spesso invocato e percepito come necessario strumento di tutela dei diritti e di giustizia.

7) I fallimenti del mercato: le cause della crisi finanziaria globale del 2008

Il fallimento del mercato e la necessità di correlativi interventi correttivi dello Stato è da ricondurre a diversi e svariati fenomeni, alcuni dei quali sono insiti e connaturati al libero mercato⁴¹⁰, mentre altri sono da ricondurre a gravi e periodiche recessioni, rilevanti disequilibri macroeconomici o improvvise crisi finanziarie.

Dopo il crollo della borsa americana del 1929, le economie occidentali hanno conosciuto un lungo periodo di stabilità, ma negli ultimi venti anni tuttavia la crescente cartolizzazione del sistema economico ha aumentato il rischio di crisi finanziarie sistemiche. Queste si sono manifestate ciclicamente e in forme diverse su scala locale.

La crisi più grave è quella esplosa negli Stati Uniti nel 2008, i cui effetti, diversamente dalle crisi precedenti, si sono rapidamente propagati a livello globali, accompagnati da gravi fenomeni di bolle speculative e di frodi finanziarie. Pertanto, economisti, politici, studiosi di varie aree di formazione, a seguito dei recenti episodi di crack finanziari su larga scala e con effetti globali, si sono interrogati sui rapporti tra crisi finanziaria, bolle speculative e comportamenti abusivi, al fine di verificare se e in che misura il libero mercato sia in grado di arginare naturalmente tali fenomeni (che si pongono come disfunzioni rispetto al modello ideale) o se invece sia lo stesso sistema a generare la crisi avendo già strutturalmente i germi delle patologie.

Quindi ci si chiede in che misura e se le condotte abusive e in generale le frodi societarie hanno avuto una certa influenza su un mercato azionario affetto da c.d. bolle finanziarie.

Certamente, sono stati riscontrati numerosi fattori distorsivi del meccanismo di funzionamento del mercato. Recenti studi pongono l'accento sui "fallimento dei cancelli", in-

⁴¹⁰ Sul tema, STIGLITZ, *Economics of the Public Sector*, New York- London, 1986-2000, w.w. Norton & Company. Ad esempio, tra le cause delle crisi "sistemiche" del mercato, si annovera la presenza di beni pubblici in senso economico, l'esistenza di asimmetrie informative, l'esistenza di esternalità, la presenza di beni meritori, ritenuti socialmente desiderabili dall'autorità pubblica, come è il caso dell'istruzione o della fruizione di beni culturali.

tendendo riferirsi al fallimento del sistema dei controlli e di monitoraggio della professionalità degli intermediari, così come dei controllori, degli analisti finanziari, delle agenzie di rating e di tutti coloro che sono addetti alla protezione degli azionisti e del mercato. Tali sistemi di controllo, e in particolare il meccanismo dell'audit, svolgono un importante ruolo nella certificazione e diffusione delle informazioni, fornendo un servizio al mercato, sia in termini di protezione degli investitori che di mantenimento dell'efficienza del mercato.

Il fallimento di questi sistemi di controllo, spesso paralizzati da situazioni di conflittualità che ne hanno impedito l'effettiva funzione, ha ridimensionato la naturale capacità del mercato di prevenire disfunzioni e frodi.

Altri studi pongono invece l'accento sul meccanismo degli incentivi economici a favore dei professionisti del mercato e in particolare al perverso sistema di remunerazione dei managers, calcolata con un pacchetto di azioni proporzionale ai profitti ottenuti (le c.d. stock option). Questo meccanismo di retribuzione ha costituito un forte incentivo a gonfiare i risultati, ha determinato un fenomeno di azzardo morale, creando un movimento dei prezzi nel breve termine in ascesa, ma nel lungo termine destinato a ricadere.

Altri recenti studi hanno invece tratto dall'esperienza della crisi globale spunto di riflessione più ampio per "convalidare" la tesi della "razionalità limitata" dell'operatore economico. In altri termini, questo indirizzo pone l'attenzione sul comportamento irrazionale e ingenuo degli investitori, cui fa riscontro un atteggiamento moralmente esecrabile e disincantato dei managers e degli investitori istituzionali, che modellano le loro performance nel breve termine, ignorando gli interessi nel lungo termine dei loro clienti e del mercato.

Invero bolle finanziarie, manipolazioni, crash finanziari degli ultimi anni rivelano non solo la debolezza dei sistemi dei controlli, delle garanzie di informazione, la presenza di situazioni di conflittualità di interessi, l'irrazionalità degli investitori - ma ancor più, l'intrinseca e sistemica fragilità del libero mercato⁴¹¹.

⁴¹¹ "Il terremoto finanziario che ha avuto come epicentro il famoso caso Enron ha messo in crisi la fiducia dei risparmiatori nei meccanismi di controllo "libero" del mercato e l'immagine di una roccaforte inespugnabile alle attività scorrette e illegittime. Irregolarità delle procedure contabili, profitti artificialmente gonfiati, rettifiche dei risultati reddituali, hanno dimostrato la carenza di controlli interni ed esterni cui sono sottoposte le società e i loro organi in tutti i paesi occidentali. Tutti i produttori di informazioni coinvolti nelle vicende elencate hanno efficacemente contribuito a rendere i mercati per nulla trasparenti: è stato il trionfo delle asimmetrie informative e delle false informazioni contabili a danno dei mercati", così, CAVAZZUTI F., *La trasparenza dei mercati finanziari*, *La trasparenza dei mercati finanziari*, in *Banca, Impresa, Società*, 2004, p.426.

Si afferma quindi una lettura secondo cui sussiste un rapporto di inestricabile collegamento reciproco tra comportamenti fraudolenti ed abusivi e bolle finanziarie, le quali favoriscono il diffondersi di fenomeni di euforia collettiva durante le bolle stesse. Infatti il diffondersi di euforici rumors conduce ad un rilassamento dei riflessi degli investitori, costituendo un fertile humus delle più dannose bolle finanziarie. Secondo questo approccio, ipotizzando che per un lungo tempo il mercato vada bene e le posizioni degli investitori producano profitti elevati, può succedere che gli investitori vengano affetti da una sorta di “mania speculativa”, da una particolare e irrazionale esuberanza, che non consente una oggettiva e distaccata osservazione ed analisi di tutte le informazioni disponibili. In questa situazione non controllabile di euforia collettiva, l’etica del mercato comincia a vacillare, aprendo ampi varchi a comportamenti abusivi e fraudolenti.

Può accadere che investitori si siano abituati ad un mercato in cui il prezzo delle azioni è troppo alto, accompagnato da dichiarazioni di continui aumenti, non sempre dovuti ad una razionale analisi finanziaria circa gli andamenti e degli indicatori economici. Gli investitori così, cedono alla tentazione di sempre maggiori profitti.

La sopravvalutazione, l’euforia collettiva, i comportamenti abusivi, il fallimento dei sistemi di monitoraggio e di controllo non sufficientemente indipendenti, la proliferazione di conflitti di interessi, un certo sistema di corporate governance, tutti questi perversi meccanismi, combinati tra loro, sono causa delle crisi finanziarie.

8) *Gli interventi correttivi dello Stato nella crisi globale: strumenti giuridici e strategie di sollecitazione di comportamenti cooperativi*

La recente crisi globale si manifesta come fenomeno di cattivo funzionamento del mercato, falsato dall’abbondante disponibilità di capitale a costo ridotto e dalla spregiudicata creazione di nuovi e fantasiosi strumenti finanziari volti a garantire titoli, come quelli legati a mutui fondiari il cui valore è improvvisamente crollato. Si può naturalmente ritenere che il sistema capitalistico, conducendo al fallimento degli intermediari più esposti, abbia funzionato perfettamente, espellendo dal mercato operatori che hanno tenuto condotte sbagliate o irresponsabili.

Ma quanto la crisi non colpisce solo alcuni operatori, ma diventa sistemica, l'intervento pubblico diviene necessario per garantire stabilità al paese, dare liquidità al mercato, ripristinare la fiducia dei risparmiatori.

La crisi prima statunitense e poi globale del 2008 evidenzia quindi l'esistenza di un ulteriore paradosso: il sistema presta il fianco ad un nuovo intervento del potere pubblico, non di tipo repressivo, ma salvifico (Napolitano, 2008).

Lo Stato è chiamato ad intervenire svolgendo un'attività di stabilizzazione attraverso la politica monetaria, la gestione del debito pubblico, il mantenimento di un appropriato livello di domanda aggregata.

Il salvataggio pubblico, che si sostanzia nella copertura della esposizione debitoria degli intermediari, si giustifica in quanto finalizzato a tutelare la stabilità e la fiducia del sistema economico e del risparmio. Questo tipo di intervento pubblico non tende a negare il valore del mercato, ma a ripristinarne il corretto funzionamento.

Tuttavia, qualsiasi forma di intervento dello Stato può generare un ulteriore problema di azzardo morale, finendo per incentivare condotte opportunistiche degli operatori, una volta che questi apprendono di poter comunque contare sul soccorso pubblico perché troppo importanti per fallire (*too big to fail*).

D'altra parte, la rivoluzione politica, sociale, ed economica messa in atto dalla globalizzazione prima, l'abbattimento dello Stato assistenziale, ed infine la crisi globale, producono un sensibile mutamento dei contenuti delle politiche di controllo sociale ed aprono il varco a nuovi strumenti di intervento.

Si apre così una nuova stagione della regolazione pubblica, caratterizzata dall'introduzione di analisi in termini di costi benefici e di altre forme di analisi dell'impatto della regolazione, dalla costruzione di meccanismi di incentivazione tipici del mercato, dalla ricerca di intervento secondo moduli alternativi alla tradizionale formula del *command and control*, che si fondano su tecniche cooperative, collaborative, consensuali proprie delle teorie dei giochi.

L'affermarsi di queste tecniche di collaborazione descrive, allo sfondo, un forte ribaltamento dei rapporti tra azione pubblica statale e mercato. Compito fondamentale dello Stato salvifico non è solo quello di correggere i fallimenti del mercato, ma anche quello di

promuovere condotte individuali e collettive di tipo cooperativo, in situazioni di dilemma del prigioniero in cui la soddisfazione del benessere individuale non corrisponde ad un benessere collettivo.

Lo Stato interviene quindi per assicurare la fornitura di quei beni che l'iniziativa privata non è in grado di fornire ad un livello socialmente desiderabile e per mettere in atto azioni finalizzate a realizzare un miglioramento nell'efficienza, agendo con strumenti che non alterano le dinamiche fondamentali di un sistema economico concorrenziale e quindi nell'ambito di una logica di tutela del mercato dai suoi fallimenti.

9) *Il mutamento delle politiche di controllo sociale nel diritto penale economico. La bipolarizzazione dell'intervento penale, tra politica della sicurezza e tutela del mercato finanziario*

La crisi di legittimazione democratica che ha attraversato il mondo delle regole giuridiche ha coinvolto anche il tradizionale diritto penale, oggi al centro di forti e contrastanti spinte.

Allo smantellamento dello Stato sociale, alla forte compressione dei compiti dello Stato nazionale corrisponde un inedito sviluppo dell'apparato repressivo dello Stato e un forte inasprimento delle politiche repressive: inizia l'espansione del diritto penale, esperienza che accomuna ormai da più di un secolo la maggior parte degli ordinamenti occidentali contemporanei, caratterizzati tutti per un'ampia, incontrollata e frastagliata dilatazione dell'area della illiceità penale⁴¹².

Le spinte che conducono a tale processo di espansione del diritto penale, di natura assai eterogenea, non sono contenibili né quanto meno superabili. L'espansione si presenta ormai come un fenomeno non più tollerato come devianza eccezionale da un modello teorico, che comincia a godere di una sua copertura ideologica, ponendosi così in termini di antinomia concettuale con il principio di intervento minimo. Nella complessità dell'odierna

⁴¹² SILVA SANCHEZ, *L'espansione del diritto penale. Aspetti della politica criminale nelle società postindustriali*, Milano, 2004, pref. all'edizione italiana di Militello.

società civile, il diritto penale non è al riparo il diritto penale da acute contraddizioni che lo connotano ormai strutturalmente⁴¹³.

Soprattutto nell'ambito economico, il diritto penale, ormai dai contorni sempre più ampi e dilatati, assume una pluralità di modelli esplicativi del tutto autonomi ed indipendenti tra loro, finalizzati a generare stati emozionali diversi e a produrre regolamentazioni differenziate.

Infatti, il ruolo del diritto penale è, per certi versi, ritratto fino al massimo qualora si tratti di fenomeni di macrocriminalità economica che non suscitano allarme e paura sociale (si tratta del diritto penale societario, tributario e fiscale), mentre per altri versi è amplificato e concepito come guardiano di un complesso di regole sulla disciplina della concorrenza, sulle concentrazioni e sui comportamenti abusivi delle imprese dominanti su determinati mercati, affinché siano oggetto di una regolamentazione secondo parametri sempre più omogenei (ciò avviene nel settore del diritto penale del mercato finanziario).

Considerato come un vigilante inutile e antieconomico, secondo una impostazione accentuatamente liberista in determinati settori della macrocriminalità⁴¹⁴, è poi caldamente invocato nei momenti di crisi finanziaria in particolari settori come un rimedio indispensabile per il rigore sanzionatorio, e a favore di un'applicazione esemplare.

Il diritto penale è chiamato sommamente a garantire che le regole e le norme dei mercati finanziari e della corporate governance siano intensamente controllate, onde evitare comportamenti abusivi, elusivi, che ne minino le fondamenta. Questo perché la percezione della stabilità, sicurezza, osservanza delle regole del mercato è affidata a quello strumento

⁴¹³ PALAZZO, *Riflettendo su trasformazioni e proiezioni nel diritto penale degli anni novanta*, in *Il diritto penale alla svolta di fine millennio*, Atti del convegno in ricordo di Franco Bricola, Bologna, 1995, a cura di Canestrari, Torino, 1998, p.115.

⁴¹⁴ E' quanto accaduto a proposito dei reati societari. In posizione fortemente critica alle scelte operate dalla riforma del 2002, ALESSANDRI, *I nuovi reati societari: riflessioni sul danno patrimoniale*, in *Dir. prat. soc.*, 2002, n. 2, p.7; Id., ALESSANDRI, *Simbolico e reale nella riforma del diritto penale societario*, in *Mercato, Concorrenza, Regole*, 2001, n.1, p.146; CRESPI, *Le false comunicazioni sociali: una riforma faceta*, in *Riv.soc.*, 2001, p.1364; DONINI, "Abolition criminis" e nuovo falso in bilancio, in *Cass.pen.Mass.ann.*, 2002, p.1240; FOFFANI, *Rilievi critici in tema di riforma del diritto penale societario*, in *Dir.pen.proc.*, 2001, p.1193; MARINUCCI, "Depenalizzazione" del falso in bilancio con l'avallo della SEC: ma è proprio così?, in *Dir.proc.pen.*, 2002, p.137 (che suggerisce una questione di legittimità costituzionale del decreto legislativo); PALIERO, *Nasce il sistema delle soglie quantitative: pronto l'argine delle incriminazioni*, in *Guida al diritto*, 2002, n.16, p.37; PALMIERI, *Pubblicità a maglie larghe per i "nuovi reati societari"*, *Dir.prat.soc.*, 2002, n.10, p.7; PEDRAZZI, *In memoria del falso in bilancio*, in *Riv.soc.*, 2001, p.1386; PULITANO, *Falso in bilancio: arretrare sui principi non contribuisce al libero mercato*, in *Dir.pen.proc.*, 2002, n.39, p.2; SEMINARA, *False comunicazioni sociali, falso in prospetto e nella revisione contabile ed ostacolo alle funzioni dell'autorità di vigilanza*, in *Dir.pen.proc.*, 2002, p.676.

che per definizione ha funzione simbolica. Il senso dello Stato è quello di assicurare un'apparente stabilità, forza, controllo della osservanza delle regole del mercato, a stabilire senso di fiducia.

Dunque, il diritto penale dell'impresa da una lato si restringe, ma parallelamente, si espande in altre direzioni: accanto alle figure classiche di reati societari, nasce un "nuovo" diritto penale più moderno, che recepisce le istanze favorevoli ad un ampliamento dello spazio del rischio penale.

Ma questa nuova sensibilità non sfrutta le tradizionali categorie di reato, non tocca le tradizionali corde del diritto penale classico, piegato e frustrato tuttavia dall'evoluzione tecnologica, dall'incertezza scientifica, dalla nuova epistemologia. Il diritto penale del mercato finanziario, fortemente repressivo e sanzionatorio, si avvale degli organismi di vigilanza pubblica che vivono un momento di forte sovraesposizione sotto il profilo sia della prevenzione dei reati che sanzionatorio, ricorre alle sanzioni amministrative, si avvale di meccanismi di cooperazione internazionale che abbattano le barriere territoriali, inculca e difonde una politica fondata sul sospetto.

Il diritto penale globalizzato non solo produce ed accentua le diseguaglianze, ma assume strutturalmente una funzione espressiva e di canalizzazione di emozioni collettive: l'ansia e la paura, la rabbia e la delusione, l'omertà sociale, il sospetto.

10) *Il diritto penale delle nell'epoca della globalizzazione: percezione dell'insicurezza e consenso sociale*

Il fenomeno è generale e non investe solo il diritto penale economico. I processi di globalizzazione evidenziano sempre più i limiti di politiche sociali, l'indivisibilità dei rischi e la connessione dei destini collettivi. La globalizzazione fa infatti come "da cassa di risonanza" agli accadimenti locali, in modo che un solo evento catastrofico verificatosi in qualunque parte del mondo, è in grado di influenzare, nel breve periodo, i mercati di altre parti del mondo⁴¹⁵.

⁴¹⁵ In tema di informazione sul rischio e percezione dei rischi, SUNSTEIN, *Irreversible and Catastrophic: Global Warming, Terrorism and other Problems*, in *Pace Environmental Law Review*, 2005-2006, p.10; CHEN A., H. - SIEMS T.F., *An empirical Analysis of the Capital Market's response to Cataclysmic Events*, Berlin DIW, 6 giugno 2002.

Pertanto, il nuovo potere, che assume una dimensione globale, mette in atto politiche di controllo sociale che si riflette la forte polarizzazione della popolazione mondiale, divisa tra una minoranza “globalizzata”, (alla quale cioè la globalizzazione concede immense opportunità), e una maggioranza “localizzata”, sempre meno capace di scegliere il proprio destino⁴¹⁶.

In questo nuovo contesto, il diritto penale assume il ruolo di strumento di lotta al “nemico”, ovvero di colui che intacca nelle fondamenta l’ideologia economica occidentale⁴¹⁷.

Allo Stato debole, esautorato dai suoi compiti di realizzazione della giustizia sostanziale, non resta che realizzare un controllo su coloro che si pongono “fuori” dal mercato, contro le sue leggi. Intenti a dare la caccia al “nemico”, queste politiche di controllo sociale non interferiscono come limiti o freni nelle libertà delle imprese globali, al libero esercizio delle attività finanziarie, ma costituiscono una merce di scambio di consenso sociale: Stati deboli, impotenti nei confronti delle élites transnazionali, ma fortissimi con quei cittadini cui l’accesso alla dimensione globale è negato e che trascorrono le loro vite prigionieri di mondi locali.

L’emersione e la diffusione su scala mondiale di specifiche politiche criminali etichettate “del nemico” è finalizzata a preservare la sicurezza di una c.d. “transnational middle class” ovvero della classe sociale in grado di adattarsi e di svilupparsi nella globalized market society, e per la quale si impongono regole e categorie di tipo ben diverso, libertarie, garantiste. Ciò determina una forbice sociale: da un lato le classi egemoni che garantiscono la propria incolumità costruendo corridoi di sicurezza, e dall’altro il proliferare di una subcultura gravida di meccanismi criminogenetici⁴¹⁸.

⁴¹⁶ RE L., *La trasformazione delle politiche di controllo sociale nell’era della globalizzazione*, in *Dei delitti e delle pene*, 2001, p.141 ss.

⁴¹⁷ Sulla categoria del “diritto penale del nemico”, da intendersi come nemico delle istituzioni, della società, dello Stato, da abbattere e neutralizzare, utilizzata a proposito della criminalità organizzata, terroristica, etc., v., tra gli altri, DONINI, *Il diritto penale di fronte al “nemico”*, in

⁴¹⁸ Il fondamento “classista” della legislazione penale viene denunciato da DONINI, *Il volto attuale del diritto penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, Giuffrè, 2004, il quale distingue un diritto penale del soggetto pericoloso (il terrorista, il mafioso, l’emarginato che rompe non occasionalmente con il patto sociale e le sue regole) ovvero di una categoria di soggetti da emarginare dal contesto esterno e da combattere, da un diritto penale che concerne tipi d’autore normali che trasgrediscono soglie, che si inseriscono in una linea di superamento graduale del rischio consentito nel compimento di attività lecite, se non anche utili e produttive, che non portano i segni stigmatizzanti della devianza (i datori di lavoro, gli imprenditori, o profes-

La tendenza ad autonomizzare il senso di sicurezza collettiva, conduce ad attribuire forza all'affermazione della tutela penale in sé, prima ancora di una netta definizione dei suoi oggetti (e dei suoi contenuti); ciò che conta è l'esibizione della criminalizzazione non verificata realmente nei suoi singoli contenuti. A ingenerare nell'opinione pubblica un senso di insicurezza soggettiva che spesso non corrisponde al livello oggettivo di rischio di reato e alla sua oggettiva consistenza, contribuiscono le istituzioni pubbliche e incidono le modalità di rappresentazione del problema criminale: stampa e televisione⁴¹⁹. Questi media, tradizionali ma anche ormai arcaici strumenti di diffusione collettiva delle informazioni (a fronte ad esempio della comunicazione telematica), nell'enfatizzare spettacolarmente alcuni temi e nel confezionare le cronache in termini di gravità sempre crescente, ostacolano la prevenzione del crimine e ingenerano una errata percezione del rischio di subire personalmente i reati.

Il paradosso è che, accresciuto il livello di benessere collettivo, aumenta in senso proporzionale la percezione dell'insicurezza. L'effetto immediato è la produzione di una legislazione penale che alimenta e accresce le richieste di sicurezza. Questo circolo vizioso è alla base della spirale dell'insicurezza⁴²⁰.

La partita della lotta alla criminalità si gioca tutta a livello di emozioni collettive: ansia, paura, sospetto, omertà, rabbia e delusione. Sullo sfondo, chi ne beneficia, è un'accezione miope e non distesa del modo di intendere la politica sociale e penale.

sionisti, gli impiegati, coloro che rivestono ruoli all'interno della società). Rispetto a tali soggetti spiccano, accanto alle incriminazioni classiche, quelle che si centrano su inosservanze di provvedimenti amministrativi e che assumono il ruolo di garanti della produzione di norme e attività esecutive e organizzative di una fonte di rischio.

⁴¹⁹ All'insicurezza percepita dai cittadini non corrisponde esattamente il grado di esistenza obiettiva di rischi controllabili. Il punto è che la insicurezza non è solo una sensazione collettiva, ma genera una reale domanda sociale di sicurezza, la pretesa che lo Stato possa e debba dare una risposta a questi rischi. Da ciò nascono le richieste di ampliamento della protezione penale che metta fine almeno nominalmente all'angustia derivata dall'insicurezza. Tra le cause di questa espansione devono anche includersi i media, che concorrono a deformare i contorni netti e nitidi della realtà oggettiva, trasmettendo un'immagine a volte non veritiera, a volte esagerata. In proposito, *La televisione del crimine*, a cura di BERTOLINO-FORTI, *Vita e Pensiero*, Milano, 2005.

⁴²⁰ Sul ruolo del diritto penale nella gestione del rischio, da ultimo, STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Giuffrè, 2001; PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dogmatici e politico-criminali*, Giuffrè, 2004; CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici. Il problema del congedo dal diritto penale*, Giuffrè, 2004.

11) *Diritto penale tra simbolismo ed effettività*

Alla sterilizzazione delle pretese di controllo pubblico e giudiziario della regolarità e trasparenza della vita societaria, si contrappone, in un pendolarismo assai eloquente, il ricorso alla sanzione penale, sempre disponibile a fornire, simbolicamente, una risposta immediata per “toccare” i punti nevralgici della tutela del mercato. Il simbolismo, causa della cronica ineffettività, ne agevola oggi, paradossalmente, l'utilizzo, l'unico possibile.

Nell'odierna riflessione circa i legittimi confini dell'intervento penale diviene sempre più insistente la contrapposizione tra “razionalità” e “simbolismo”, accompagnata da un piglio palesamente critico verso quest'ultimo polo di aggettivazione. Due modelli di legislazione, due modelli di intervento penale.

Molte delle norme penali dei nostri tempi infatti, insieme ad altri vizi quali la sciattezza, la sperimentaltà, la non definitività, presentano una spiccata o prevalente funzione simbolica. Il fiume di aggettivazioni, in un crescendo di ricerca linguistica, non basta per evidenziarne un aspetto, un carattere, tanto costante, quanto spregevole.

Ma l'espressione “simbolismo”, usata abbondantemente in diversi capi di produzione culturale, presenta una certa dose di ambiguità: essa rinvia a qualcosa di convenzionale, che può anche trascendere il piano della realtà oggettiva e descrittiva, evidenziando anche la creatività e la mutevolezza del rapporto tra significante e significato⁴²¹. Il simbolismo si contrappone ad effettività, ad un diritto penale vincolato al fatto, razionale, nel senso di essere più o meno consapevolmente idoneo a realizzare concretamente lo scopo di tutela dichiarato.

Tuttavia, non è neppure possibile escludere del tutto dalla norma penale le funzioni simboliche che storicamente possiede, a vantaggio di quelle strumentali. Funzione strumentale e funzione simbolica sono strettamente intrecciate e la distinzione tra l'una e l'altra

⁴²¹ BONINI, *Quali spazi per una funzione simbolica del diritto penale?*, in *Ind.pen.*, 2003, p.491 ed in particolare citazione in nota n. 4 a p.493, che osserva: “il valore simbolico di A è qualcosa di diverso da ciò che A è, e dipende in larga misura da ciò che l'osservatore di A ha bisogno di vedere”. In proposito, SGUBBI, *Il diritto penale incerto e efficace*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*

risulta possibile solo in una prospettiva astratta, analitica, e comunque in termini di predominanza e non di esclusività⁴²².

In questo modo la legislazione simbolica non si oppone, almeno in linea di principio, al raggiungimento della funzione strumentale del diritto penale ed inoltre, dato il radicato bisogno di simboli dell'uomo, non è escluso che possa sortire concreti effetti sociali anch'essa. Simbolico non è, di per sé, irrazionale. Al contrario, il linguaggio psicanalitico ha rivelato il significato profondo, inconscio, e profondamente reale della connotazione simbolica di ogni oggetto e di ogni concetto⁴²³. Ma se anche così fosse, occorre accettare l'idea che i bisogni punitivi – la richiesta di giustizia – affondano le loro radici nel carattere simbolico che il diritto penale oggettivamente possiede. E' la distorsione del simbolico a scopi di pura retorica, di demagogia, in un'epoca di crisi delle funzioni pubbliche e private di orientamento culturale, a destare preoccupazione.

12) *La crisi delle funzioni di orientamento culturale e l'ampliamento delle agenzie formative e di controllo penale*

In uno scenario di crisi economica, produttiva ed occupazionale, l'evento principale è il declino dell'ideale risocializzativo che, a partire dal secondo dopoguerra, aveva caratterizzato la politica criminale⁴²⁴.

Il linguaggio penalistico degli anni settanta, informato a logiche di cura, prevenzione, riabilitazione, reinserimento, investimento, ha subito forti ridimensionamenti e perdita di credibilità. E ciò è accaduto non soltanto per le critiche mosse alla carenza di verificabilità empirica e dimostrabilità pratica di quell'idea, per il fallimento delle basi e applicazioni crimino-

⁴²² BONINI, *Quali spazi per una funzione simbolica*, cit., p.499. Si tratta quindi di contemperare la presenza di funzioni simboliche rispetto a quelle strumentali, di garantire la preminenza di queste, senza escluderle però concettualmente dall'orizzonte giuridico.

⁴²³ Il binomio tra razionalità / strumentalità rispetto allo scopo e simbolismo/irrazionalità è il frutto di un preconconcetto che vuole allontanare qualsiasi componente soggettiva, umana nella scienza della legislazione e che concepisce la produzione normativa come qualcosa di asettico, meccanico.

⁴²⁴ Il concetto di orientamento culturale nel corso del tempo ha assunto contenuti differenti evolvendosi di pari passo con le trasformazioni sociali, economiche e culturali della società. In tempi recenti, la definizione dei processi formativi ed educativi è avvenuta utilizzando paradigmi volti a soddisfare aspettative sociali di integrazione. Tuttavia sono note le critiche mosse alla carenza di verificabilità empirica e dimostrabilità pratica di quell'idea, e il fallimento delle sue applicazioni criminologiche. Su queste tematiche, LODIGIANI R., *Orientare alla scelta nella società dell'incertezza tra riflessività e responsabilità*, in *Studi di sociologia*, 2005, p.317; GARLAND D., *La cultura del controllo. Crimine e ordine sociale nel mondo contemporaneo*, Il Saggiatore, Milano, 2004, p.447.

logiche, ma anche perché la crisi del correzionalismo e assistenzialismo penale si inserisce in un contesto politico e sociale di enormi cambiamenti che hanno accompagnato la crisi, e poi il suo lento ritirarsi, del Welfare State.

L'assistenzialismo penale segue quindi le sorti dello Stato sociale: la sua crisi va ricercata non soltanto nelle difficoltà e contraddizioni insite nel modello stesso, quanto in fattori endogeni che hanno contribuito all'affievolirsi dell'euforia assistenzialista per lasciare il passo a politiche post assistenziali, che mettono in disparte l'idea della prevenzione.

Ma anche la vecchia idea della prevenzione generale risulta defraudata in un simile contesto: la disomogeneità dei valori ostacola una funzione pedagogica e di orientamento, ponendosi in potenziale conflitto con i valori della dignità umana. Inizia così una riflessione sul c.d. diritto penale multiculturale.

Peraltro, la giustificazione preventiva della pena è affetta da evidenti difficoltà esplicative, legate alla sua contraddittorietà intrinseca: ad onta delle sue premesse di verificabilità pratica e verificabilità scientifica, non è suscettibile di dimostrazione, non essendo possibile dimostrare la sua funzione di orientamento culturale su quanti non abbiano commesso delitti⁴²⁵.

Se da un lato questa situazione dà il via a nuove filosofie che si adeguano alla politica post assistenziale, dall'altro è ben radicata la consapevolezza della necessità di meccanismi di prevenzione situazionale diversi dal diritto penale, idonei ad eliminare le opportunità a delinquere.

Questo processo culturale conduce ad un ampliamento della tipologia delle agenzie considerate "formative", cui viene affidata la funzione di orientamento nel senso più classico del termine: l'impresa, il datore di lavoro, gli enti collettivi, devono favorire il radicarsi di una cultura della legalità, non solo attraverso l'assunzione istituzionale di compiti di "gestione del rischio", ma anche contribuendo ad ampliare la conoscenza e diffusione delle informazioni relative alle aggregazioni locali.

⁴²⁵ Inoltre, le obiezioni mosse alla concezione della prevenzione generale come intimidazione toccano tanto il piano della compatibilità con i fondamentali valori connessi alla dignità umana quanto il livello della plausibilità empirica dei presupposti e degli effetti da essa postulati. Sul punto, DE VERO, *L'incerto percorso e le prospettive di approdo dell'idea di prevenzione generale positiva*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2002, p.439; GIUNTA F., *Quale giustificazione per la pena? Le moderne istanze della politica criminale tra crisi dei paradigmi preventivi e disincanti scientifici*, in *Pol. dir.*, 2000, p.265.

La complessità delle economie e del mercato impediscono allo Stato centrale, ormai ritratto da una diretta regolazione della vita economica e sociale, di avere una adeguata cognizione delle situazioni locali. Le istituzioni pubbliche, nell'assumere il ruolo di determinazione di regole formali e di vincoli, hanno bisogno del necessario apporto dei privati per potere acquisire e diffondere quel differenziale di informazioni di cui questi dispongono, rispetto a quelle a disposizione dell'autorità pubblica⁴²⁶.

E così, la funzione preventiva, oggi in crisi per il diritto penale classico delle persone fisiche (soprattutto se speciale, ma anche generale), per la sua incapacità a motivare e orientare le decisioni individuali, viene scoperta ed efficacemente attuata con le persone giuridiche e gli enti, il cui processo motivazionale può maggiormente spiegarsi in termini razionali di pianificazione degli obiettivi e di valutazione dei rischi, ossia attraverso un raffronto tra costi e benefici. La strategia consiste nel delegare di fatto al singolo la pianificazione di strumenti preventivi del crimine della cui omessa o inesatta attuazione può rispondere penalmente.

13) *L'adozione di nuove tecniche di controllo penale che sollecitano comportamenti cooperativi del privato*

Le linee di tendenza presenti nell'attuale scenario giuridico sono certamente in favore di parametri di valutazione economica nel diritto penale.

In tal senso, certamente si può constatare la recezione generalizzata da parte dei diversi sistemi giuridici appartenenti alla tradizione del civil law di modelli normativi che mutano le loro fondamenta teoriche dalle teorie dei giochi nonché da criteri di analisi economica del diritto diffusi principalmente nei sistemi giuridici nordamericani.

Soprattutto nell'ambito del diritto penale economico, questa tendenza alla c.d. americanizzazione del diritto si esprime mediante l'adozione di strategie di controllo politico criminale che puntano su desumere per scontato che ogni individuo preso a sé è un individuo razionale che agisce per massimizzare i suoi bisogni momentanei, se facessimo la

⁴²⁶ In tal senso assume un fondamentale ruolo nella predisposizione del sistema di regolamentazione dell'economia anche l'impresa privata, c.d. "*gerarchia corporate*", ovvero struttura ed organizzazione economica autoritaria che definisce regole di condotta e forme di controllo di tipo manageriale, insieme e a completamento del controllo pubblico. Sulla concezione dell'impresa come istituzione, COASE R.H., *The firm, the market and the law*, Chicago, University of Chicago Press, 1988.

somma di tutti questi individui allora dovremmo arrivare alla conclusione che tutta la società è una società razionale che agisce per massimizzare i propri bisogni e si troverebbe in una situazione in cui tutti i bisogni degli individui raggiungono la massima soddisfazione possibile.

Questo non è però quello che in realtà si verifica.

Perché non si raggiunge la massima soddisfazione dei bisogni all'interno della società, quindi perché non possiamo parlare di un individuo perfettamente razionale alla maniera economica?

La ragione risiede nel fatto che non vi sono le condizioni di base per l'esistenza della razionalità, perché la teoria della scelta razionale (che suppone: conoscenza della situazione e controllabilità; rappresentazione dell'arco delle conseguenze delle proprie azioni; graduazione di un ordine di preferenze) trascura deliberatamente il contesto della scelta, le emozioni, le formazioni, i processi mentali di rappresentazione e costruzione delle situazioni di rischio, sottovaluta il peso di fattori simbolici e normativi e culturali che esercitano pressioni e influenze sulle scelte.

Il modello dell' *homo oeconomicus*, ovvero di un individuo essenzialmente provvisto di capacità razionali ideali, portatore di valori finalizzati solo al guadagno e all'interazione con il mercato, invero posto alla base dell'analisi economica della responsabilità giuridica secondo gli approcci di *law and economics*, è attualmente sottoposto ad accese critiche che evidenziano il coinvolgimento emotivo del singolo nei rapporti sociali e nel contesto affettivo in cui si colloca.

Quel modello di uomo economico non è reale, in quanto, come dirà Herbert Simon, l'individuo è dotato di una razionalità limitata.

La Rational Choice Theory pecca di irrealismo e di artificialità. E' una teoria basata sull'autarchia (*closed world*) ovvero una rappresentazione dell'autore come individuo isolato e che controlla tutte le variabili nella ricerca costante della massimizzazione delle utilità, che agisce in un ambiente chiuso e senza eventi imprevisti.

Si poggia sulla finzione che il decisore debba decidere singolarmente e senza alcuna interferenza altrui, in condizioni di certezza e di perfetta informazione.

Ma nessuna di queste condizioni sussiste nella realtà. Il processo decisionale è invece il risultato della proiezione speculare delle possibili decisioni altrui, quindi connotato da un forte grado di complessità e di incertezza, essendo impensabile che il decisore conosca tutte le variabili. Al contrario, è più realistico ritenere che strategie del tutto nuove: la autoregolamentazione e il proliferare di fonti private (codici etici e compliance) sulla collaborazione e delazione, sulla contrapposizione tra benefici e sanzioni, che valorizzano il ruolo di agenzie di controllo diverse dal diritto penale, pubbliche o private, come ad esempio le autorità di vigilanza, con sempre crescenti funzioni non solo di regolazione, ma anche sanzionatorie, ovvero che coinvolgono in modo cooperativo alla realizzazione della giustizia anche soggetti privati come l'impresa privata o il cittadino qualunque.

Questo modello di analisi economica del diritto di tipo normativo prescrittivo che si basa su un'idea di giustizia di tipo correttivo e compensativo, e non retributiva o punitiva, e che tende a promuovere comportamenti di compensazione delle vittime e a promuovere comportamenti cooperativi⁴²⁷.

14) *Le critiche alla teoria della scelta razionale*

Il paradigma centrale dell'approccio economico è costituito dalla razionalità dell'agire umano. Tuttavia, tale postulato della razionalità perfetta dell'homo oeconomicus è stato progressivamente abbandonato in favore del ricorso a realistiche concezioni della razionalità limitata o procedurale⁴²⁸.

Le teorie della scelta razionale proprie della concezione economica classica non riescono a descrivere effettivamente la realtà, dal momento che neppure in teoria può prospettarsi una contemporanea e massima soddisfazione di tutti i bisogni degli individui. Infatti se le scelte si compiono in condizioni di incertezza e complessità indipendenti da un deficit di cognizione e di informazione.

Come vedremo, i risultati delle teorie dei giochi dimostrano che l'agente economico non agisce come una monade isolata, ma interagisce con gli altri partecipanti al gioco, e che le soluzioni ai problemi decisionali sono la risultante tra differenti strategie di azione a di-

⁴²⁷ SHAVELL, *Analisi economica del diritto*, Giappichelli, Torino, 2007, p.25.

⁴²⁸ SIMON 1947, trad. it. *Il comportamento amministrativo*, Il Mulino, Bologna, 2001.

sposizione degli agenti. Ne segue quindi che insito nel modello è lo stato di incertezza in cui verte il decisore, cioè la consapevolezza di quest'ultimo di non conoscere qualcosa che è rilevante per il problema di scelta da affrontare.

15) *Herbert Simon e la razionalità limitata*

Herbert Simon, premio Nobel per l'economia, nel libro "a Behavioral Model of Rational Choice", ipotizza ed applica un modello alternativo ed opposto all'idea di intelligenza umana proprio delle teorie economiche classiche: il concetto di razionalità limitata, secondo cui l'agente esprime una scelta in condizioni di incertezza, complessità e limiti informativi e cognitivi ⁴²⁹.

L'espressione "razionalità limitata", applicata all'analisi delle decisioni degli investitori, suole descrivere la limitata capacità degli individui nel ricevere, ricordare, elaborare e valutare tutte le informazioni di cui dispongono al fine di giungere ad una decisione ottimale. Questa teoria offre una paradigma di comprensione delle scelte individuali e sociali in condizioni di incertezza diverso da quello tradizionale proprio dell'economia classica, che etichettava come "irrazionale" tutto ciò che fosse inquadrabile in termini di razionalità economica e di costi – benefici.

Il concetto di razionalità limitata parte dall'assunto secondo cui l'individuo non ha piena consapevolezza dei suoi bisogni, per il fatto che egli agisce in più sfere dell'esistenza, assume più ruoli, e pertanto non è capace contemporaneamente di definire quali sono i suoi bisogni nelle diversi spaccati della società in cui agisce, né qual è il grado di soddisfazione che dovrebbe arrivare a raggiungere per avere la massima soddisfazione di tutti questi bisogni.

Inoltre, la razionalità è limitata perché l'individuo non ha a disposizione tutte le informazioni che sarebbero necessarie per valutare innanzitutto la congruità tra i diversi episodi, cioè nel senso che mancano all'individuo le informazioni per capire se la realizzazione di un bisogno in una determinata sfera dell'esistenza coincide o è conflittuale con la realizzazione di un bisogno in un'altra sfera dell'esistenza. Quindi nella realtà succede che si pre-

⁴²⁹ SIMON H., *A Behavioral Models of Rational Choice*, in *Quarterly Journal of Economics*, 1955, p.99; ID., *Rational Choice an the Structure of the Environment*, in *Models of Man: Social and Rational*, New York, 1957; *Il comportamento amministrativo*, Il Mulino, 2001; *Causalità, razionalità, organizzazione*, Il Mulino, 1985.

ferisce un bisogno rispetto all'altro e che c'è una situazione di conflittualità tra i due bisogni⁴³⁰.

Un altro aspetto importante che limita la razionalità dell'individuo è la mancanza di consapevolezza della complessità dei mezzi che la società pone all'individuo per raggiungere soddisfazione di un suo bisogno. Ne segue che la razionalità non solo è limitata dal fatto che gli individui non sono a conoscenza di tutti i mezzi possibili con cui è possibile raggiungere un determinato fine, ma è limitata anche dal fatto che l'individuo non sempre si trova nella condizione di poter utilizzare quei mezzi, a causa di una carenza di opportunità di accesso all'utilizzo dei mezzi, ed è perciò costretto a dirigersi verso quei mezzi di cui dispone.

In pratica, secondo i sostenitori della teoria della razionalità limitata, l'individuo non può costruire una mappa di tutti i bisogni che ha in tutte le sfere del sociale perché a lui mancano le informazioni necessarie, perché non ha la capacità di capire e di valutare quanto la soddisfazione di un bisogno determina la non soddisfazione di un altro bisogno.

La razionalità è quindi limitata da un punto di vista informativo, a causa di una carenza di informazione sui mezzi, e dal punto di vista sociale a causa della oggettiva impossibilità di accedere a tutti i mezzi esistenti.

Ne segue quindi una falsificazione del modello di uomo razionale che agisce soppesando attentamente costi e benefici, alla luce di un patrimonio informativo completo e di una piena disponibilità dei mezzi necessari, in tal modo realizzando il massimo benessere possibile. Al contrario, la scelta operata in condizioni di razionalità limitata sfocia in una decisione compromissoria che non realizza la massima soddisfazione possibile.

16) I limiti cognitivi e le procedure decisionali di tipo euristico

Dunque, secondo la teorie della razionalità limitata e procedurale, gli individui assumono decisioni, piuttosto che soppesando costi e benefici razionalmente sulla base di tutte le informazioni ottenibili, ma utilizzando logiche euristiche, anche chiamate regole del pollice (rules of thumb).

⁴³⁰ In questo caso, secondo le teorie della scelta razionale, non si ha un comportamento razionale perché nel non raggiungere la soddisfazione massima in nessuno dei due bisogni in realtà i costi dell'individuo sono più alti dei benefici che ottiene, perché perde in entrambe le sfere del sociale.

Le euristiche sono procedure cognitive adottate dagli individui per la formulazione di stime e previsioni nella percezione del rischio attraverso le quali gli individui affrontano in modo flessibile, non formale ed intuitivo, la scelta e la decisione quando hanno mezzi limitati di immagazzinamento e di elaborazione delle informazioni.

Recenti studi tratti dalla psicologia della decisione e cognitiva hanno dimostrato che gli individui non utilizzano modelli formali nella elaborazione di decisioni, anzi spesso trascurano la distribuzione delle frequenze e una valutazione dei rischi in termini probabilistici, valutando un evento sulla base della facilità e familiarità con cui si ricorda o si è in grado di pensare ad esempi pertinenti⁴³¹.

La psicologia sperimentale considera i limiti di capacità attentive, mimetiche e di calcolo dell'individuo, limiti che vincolano il calcolo computazionale, e fa riferimento alle euristiche che sono un trade off tra i limiti della mente umana e le prestazioni di calcolo richieste da problemi complessi, e che tuttavia possono spesso generare errori di tipo cognitivo che si protraggono nel tempo (c.d. biases).

L'economia comportamentale ha sviluppato una teoria unitaria che classifica una serie completa di comportamenti umani economici caratterizzati da errori cognitivi e che pone al centro della sua riflessione le c.d. distorsioni cognitive ed emozionali⁴³².

⁴³¹ La logica euristica suppone che gli individui percepiscono la frequenza di un evento in base dalla quantità di richiami e di istanze di verifica di tale accadimento, a prescindere dall'effettiva verifica di tale evento. In Italia, sul tema delle euristiche, FORTI, *Accesso alle informazioni sul rischio e responsabilità: una lettura del principio di precauzione*, in *Criminalia*, 2006, p.155 e ss.; ALEMANNI, *Psicologia e finanza, L'investitore irrazionale*, Banca ed. 2003.

⁴³² La lista di tali inclinazioni personali o pregiudizi è varia ed include: a) *overconfidence*, un termine usato per decidere le tendenze individuali a sovrastimare le abilità; b) *loss aversion*, la tendenza della gente ad assumere un rischio avverso per opportunità di guadagno, piuttosto che evitare una perdita; c) *anchoring* (ancoraggio) la tendenza a prendere decisioni basate su una iniziale stima (ovvero: più tardi tutto si aggiusta), ma non in maniera sufficiente ad eliminare l'influenza della valutazione iniziale; d) *framing effects*, valorizza gli effetti della rappresentazione, secondo cui gli agenti economici vengono condizionati dal modo in cui viene presentato il problema decisionale, per cui si ha la tendenza a fare differenti scelte, ad esempio, in certi termini di probabilità di buona riuscita o in termini di probabilità di cattiva riuscita; e) il c.d. *herding in the street* o fare il gregge (si ha un comportamento "a gregge" quando un soggetto *decision maker*, sia un operatore o altro partecipante del mercato, imita le azioni di un altro ignorando le proprie informazioni e i propri giudizi e convincimento in merito alle decisioni che assume); g) l'abitudine, la tradizione comportamentale, l'inclinazione allo *status quo* (ovvero gli individui tendono a non reagire tempestivamente all'immissione nel mercato di notizie nuove); h) l'illusione monetaria o il *compress effects*. A causa di queste euristiche, ricordiamo e sopravvalutiamo le stime di eventi di grandi proporzioni per quanto infrequenti e trascuriamo le stime di eventi particolari ma più frequenti, siamo influenzati da conti mentali, a sfregio dell'assunto della fungibilità del danaro, etc.

In poche parole, l'esser umano è vittima della euristiche e non riesce a fare a meno della intuizione in molte delle situazioni problematiche della vita quotidiana. Le preferenze, lungi dall'essere costruite come insieme predefinito di curve di indifferenza, vengono cognitivamente costruite nel processo di scelta e subiscono un effetto domino, in quanto alcune opzioni dominano le altre⁴³³.

Da circa due decenni a questa parte, l'economia ha cominciato ad importare idee dalla psicologia⁴³⁴. Si è aperto il varco alla economia c.d. comportamentale che, braccetto con le teorie cognitive della decisione, ha dato origine a svariate applicazioni nei settori quali la finanza, la teoria dei giochi, la macroeconomia.

Secondo la finanza comportamentale, l'irrazionalità degli investitori ha un'importante influenza sul mercato: essa crea un rischio non considerato dalle teorie tradizionali (il noise trader risk) e che deriva da illusioni ed errori di valutazione non eliminabili, rendendo possibile un allontanamento duraturo dei prezzi dai fondamentali.

L'approccio sperimentale comportamentale mostra la fallibilità del comportamento umano mettendo in discussione il principio di invarianza, in base al quale se un esito viene preferito ad un altro, l'ordine delle preferenze non può essere modificato per effetto del modo in cui le differenti opzioni sono messe a confronto. Viceversa si assume che ogni strumento di previsione è soggetto ad illusioni ed errori di valutazione: illusione monetaria, illusione della conferma, errori retrospettivi, eccessiva sicurezza, limitate capacità di calcolo, fattori di disturbo di natura culturale e biologica come le emozioni, influenzano le decisioni umane.

⁴³³ Si tratta della c.d. *Prospect Theory* secondo cui, più che le probabilità di verificaione, ciò che conta è il segno delle previsioni, perché la scelta dell'investitore è condizionata dal diverso atteggiamento di questi di fronte alle possibilità di perdita (*loss aversion*). In altre parole, gli individui considerano più dannoso aver perso una piccola somma di denaro piuttosto che non aver guadagnato una grossa somma, KAHNEMANN- A. TVERSKY, *Prospect theory: an analysis of decision under risk*, in *Econometrica*, 1979- Sul tema, LARS, *Psicologia della finanza*, Milano, Etas, 2002.

⁴³⁴ Si segnalano alcuni saggi RHEINBERG F., *Psicologia della motivazione*, Il Mulino; GIROTTO V. – LEGRENZI P., *Psicologia del pensiero*, Il Mulino, 2002; MAGNI, *L'etica delle capacità*, Il Mulino 2006.

17) *L'approccio della finanza comportamentale e le critiche all'efficienza del mercato*

La finanza comportamentale studia i mercati finanziari includendo nei propri modelli una prospettiva psicologica⁴³⁵ ed analizzando il comportamento degli agenti economici secondo un approccio empirico e cognitivo.

La sua nascita può essere collocata nei primi anni '80, quando furono diffusi alcuni studi che ponevano seri interrogativi alla teoria basilare del tempo: la teoria dell'efficienza dei mercati finanziari.

Infatti, l'approccio comportamentale mette in dubbio l'assunto secondo cui i prezzi incorporano istantaneamente tutte le informazioni disponibili, evidenziando deviazioni tra il prezzo reale e il c.d. valore intrinseco, calcolato sulla base dei tradizionali modelli matematici.

Il punto di vista assunto è quello di una diversa attenzione alla relazione tra prezzi, valore intrinseco e nuove informazioni, che viene analizzata partendo dal totale abbandono del modello di agente razionale. Si assume infatti che molti cambiamenti nel mercato e la stessa volatilità dipendano dal comportamento irrazionale dell'investitore, piuttosto che dal contenuto delle informazioni. In altre parole: viene messa in discussione la stessa idea di efficienza del mercato, intesa come capacità del mercato di incorporare nel prezzo tutte le informazioni pubbliche disponibili.

Evidenziano gli studi presenti in letteratura che fattori emotivi possano influenzare le scelte di investimento degli individui, che non sembrano comportarsi in modo perfettamente razionale. Le informazioni possono essere buone o cattive, ma l'effetto che esse sortiscono dipende dalla risposta dell'investitore: un investitore esuberante reagisce facendo alzare il prezzo, un investitore pessimista facendolo abbassare. Questo approccio offre gli strumenti teorici per affrontare una analisi e spiegazione dell'affermarsi del fenomeno delle bolle finanziarie e del c.d. herding (seguire a pecorone, fare gruppo).

Gli assertori della Behavioral Finance dimostrano che gli individui tipicamente assumono decisioni facendo uso dell'euristica, cioè delle leggi del pollice, piuttosto che incor-

⁴³⁵ In realtà la finanza comportamentale non è al momento una teoria strutturata organicamente come modello teorico compiuto tale da contrapporsi in modo esaustivo alla teoria della utilità attesa, su cui si fonda l'impianto teorico neoclassico. Tuttavia questa lacuna strutturale può essere considerata un elemento non solo fisiologico, ma soprattutto propulsivo della stessa, per il fatto di disdegnare gli strumenti teorici tradizionali.

porando tutte le informazioni ottenibili. Questo atteggiamento non è il frutto di ignoranza, ma piuttosto della natura dell'intelligenza umana e della sua complessità.

Infatti la finanza comportamentale sovverte il modello di agente razionale dell'operatore economico assumendo al contrario che i comportamenti degli investitori siano irrazionali ed imprevedibili, e quindi refrattari a recepire tutte le informazioni⁴³⁶. Di conseguenza, gran parte dei movimenti delle quotazioni si deve imputare a fattori estranei alle notizie sui fondamentali.

Quindi, l'approccio psicologico comportamentale, allontanandosi da una visione completamente razionale, propone uno studio dei comportamenti degli operatori sui mercati più aderente alla realtà rispetto alla ipotesi dei mercati efficienti e che recepisce una prospettiva psicologica che consente un graduale abbandono delle ipotesi tradizionali neoclassiche; suggerisce un approccio alternativo alla teoria finanziaria classica in grado di fornire risposte al reale andamento dei mercati finanziari che prescindono dall'esistenza di fattori che inceppano il sistema, e che rivelano la fragilità dei presupposti stessi su cui la teoria dei mercati efficienti si fonda.

18) *Le strategiche delle teorie dei giochi e delle scelte in condizioni di complessità ed incertezza*

Tuttavia, anche supponendo esistenti le condizioni ottimali di completa informazione e di disponibilità totale dei mezzi necessari, anche prescindendo dai biases ovvero dagli errori cognitivi conseguenti alle euristiche, non è realistico pensare che l'agente possa mettere in atto una procedura decisionale ottimizzante, e ciò per il fatto che i processi deliberativi sono sempre connotati da complessità e incertezza.

Ed infatti, un altro fattore che mina alle base il modello di agente razionale proprio dell'economia neoclassica è evidenziato dalla teoria dei giochi. Questa studia le decisioni individuali assunte in situazioni in cui si sono interazioni tra i diversi soggetti, tali per cui le

⁴³⁶ SHILLER, *Human Behavior and the Efficiency of the Financial System*, 1981. Gli scritti di Shiller sono numerosissimi. Tra gli ultimi *Irrational Exuberance*, tradotto in italiano con il titolo *Euforia irrazionale. Analisi del boom di borsa*, Il Mulino, Bologna; ed anche *Behavioral Economics and Institutional Innovation*, in *Cowles Foundation Discussion Paper*, no. 1499; Per la letteratura italiana, RIGONI, *Finanza comportamentale e gestione del risparmio*, Giappichelli, Torino, 2006; G. BELSKY- T.GILOVICH, *Soldi al vento. Perché tante persone brillanti prendono decisioni irrazionali in campo finanziario*, ETAS 2003.

decisioni dell'uno influiscono sui risultati conseguibili dell'altro, secondo un meccanismo di reazione anticipata dato dalla previsione del comportamento altrui.

Nella teoria dei giochi e nei suoi dilemmi il ruolo delle regole è proprio quello di influenzare il comportamento dei giocatori tenendo conto delle scelte strategiche che essi porrebbero in assenza di regole e cercando di favorire condotte di tipo cooperativo⁴³⁷.

La teoria dei giochi, nata nell'ambito degli approcci di law and economics, studia il problema della decisione della scelta d'azione, individuale o collettiva, concretizzandola in rapporto alla presenza dinamica e reattiva di un altro soggetto, in un contesto in cui i soggetti si relazionano ripetutamente, e in cui ciascun partecipante al gioco dispone di analoghe possibilità e capacità decisorie.

Il merito della teoria dei giochi è di aver evidenziato l'effetto, tavola perverso, delle conseguenze intenzionali che scaturiscono da sistemi indipendenti, quali sono per definizione le attività umane. Tutti i giocatori posseggono consapevolezza del contesto di relazione, orientano le proprie scelte in base alle previsioni e aspettative circa la contro mossa dell'altro giocatore. Ciascuno di essi può modificare la decisione dell'altro e quindi influire sul suo livello di benessere attuale.

Ma pur supponendo esistenti le condizioni ottimali di completa informazione, l'agente non si comporta secondo i parametri della scelta ottimale, ma finisce per impiegare euristiche che gli facilitano il compito decisionale, evitando l'ardua se non impossibile esplorazione dell'intero set informativo. Il bravo giocatore di scacchi è, a ben vedere, colui che è in possesso di un maggiore bagaglio di euristiche e che è in grado di saperle selezionare ed esplorare.

⁴³⁷ Il dilemma del prigioniero è uno dei più famosi esempi di gioco non cooperativo, in cui il perseguimento di una strategia razionale volta alla massimizzazione della propria utilità da parte dei singoli individui conduce ad esiti collettivi sub ottimali.

Ecco il gioco: due criminali sono accusati con prove indiziarie di aver compiuto una rapina. Gli investigatori li arrestano entrambi per favoreggiamento e li tengono separati l'uno dall'altro. A ognuno di loro sono concesse due scelte: confessare di aver commesso il reato, oppure non confessare. Viene inoltre spiegato loro che se soltanto uno dei due confessa, il pentito evita la pena, e l'altro però sarà condannato a 7 anni di carcere. Se entrambi confessano, vengono condannati a 6 anni ciascuno. Infine se nessuno confessa, entrambi sono condannati a 1 anno. La soluzione al dilemma è che la strategia migliore è quella di confessare, qualunque sia la strategia dell'altro prigioniero, perché solo in questa scelta si minimizza la condanna: ogni prigioniero, confessando, rischia a 0 o 6 anni; mentre non confessando, rischia 1 o 7 anni. Il paradosso è che, in questa condizione, anche l'altro prigioniero farà il medesimo ragionamento, ma il risultato finale, così raggiunto, non è ottimale per nessuno dei due perché entrambi verranno condannati a 6 anni di carcere.

19) *L'illusione monetaria*

Si è osservato che alcune operazioni di mercato, quali ad esempio i raggruppamenti o i frazionamenti di azioni quotate, pur non avendo un reale effetto economico, producono ciononostante un effetto illusivo tale da provocare reazioni di mercato in termini di tendenza alla oscillazione dei prezzi.

Se si fraziona una azione vecchia in n azioni nuove, oppure si raggruppano n azioni vecchie in una azione nuova, non aumenta né riduce il capitale di rischio a disposizione dell'impresa, né vi è ragione di ritenere che influisca sulla redditività degli investimenti in essere sulle opportunità di crescita. La torta è la stessa, cambia solo il numero di fette⁴³⁸.

Eppure la peculiarità di tali osservazioni è che tali operazioni, prive di un effetto in termini economici, producono un effetto sull'andamento dei prezzi, modificandolo.

La giustificazione di tali fenomeni non si spiega con le classiche teorie esplicative quali quella dell'optimal price range⁴³⁹. L'ipotesi esplicativa fornita dalla finanza comportamentale si fonda sulla teoria dell'illusione monetaria: ovvero l'ipotesi che il livello di prezzo in sé abbia implicazioni sul comportamento degli investitori, perché l'attenzione è focalizzata più sul valore nominale che sul valore reale. La ragione è che il denaro non è uno strumento indiretto di soddisfazione, ma è un bene in sé, quindi fonte diretta di soddisfazione e utilità.

L'esempio riportato delle operazioni di raggruppamento o di frazionamento delle azioni vuole dimostrare che i fenomeni finanziari sono luoghi in cui dominano imponderabili fattori emotivi e irrazionali e che le scelte economiche possono essere viziate da un fenomeno denominato "illusione monetaria" o anche c.d. compression effect, ovvero la tendenza a valutare le differenze di prezzo secondo il loro valore monetario assoluto piuttosto che relativo. Si spiegano in tal modo gli effetti che si producono sulla volatilità anche nelle operazioni puramente cosmetiche, quali frazionamenti e raggruppamenti che, modificando il livello solo nominale della quotazione, che possono comportare una diversa percezione delle variazioni di prezzo e con essa indurre mutamenti nella propensione allo scambio.

⁴³⁸ Così testualmente, FERRETTI – PATTARIN, *Le reazioni di mercato alle operazioni di raggruppamento e frazionamento: il caso italiano*, in *Banca, Impresa, Società*, 2005, n.3, p. 401 ss.

⁴³⁹ Cioè che esista un intervallo di valori ottimale all'interno del quale dovrebbe collocarsi il prezzo dell'azione al fine di raggiungere determinati obiettivi ritenuti desiderabili dagli *insiders* dell'impresa, i *managers* o gli azionisti di controllo.

20) *Teoria del caos e causalità nei mercati*

La teoria del caos⁴⁴⁰ è un approccio rivoluzionario di analisi e studio dei sistemi complessi e dinamici, come ad esempio i mercati finanziari⁴⁴¹. Il suo maggiore contributo è costituito dall'utilizzo di un metodo matematico caotico, non lineare, e di strumenti di calcolo e di modelli matematici non tradizionali, per studiare la presenza di anomalie e inefficienze di mercato e per determinare quali sono gli effettivi rischi e guadagni potenziali di una scelta degli investitori, mettendo in discussione l'assunto della logica lineare di un necessario e costante rapporto proporzionale tra informazione e prezzo di mercato.

Si tratta dei modelli deterministici del comportamento umano basati sulle logiche frattali e la fuzzy logic⁴⁴², che ripudiano il modello dell'andamento e della relazione causale.

La teoria del caos vede i mercati finanziari come sistemi dinamici, e assume che formazione del prezzo non avviene secondo meccanismi causali legati al diffondersi e all'incorporare informazioni, perché i prezzi seguono modelli interni caotici e non causali.

I mercati, in quanto sistemi caotici slegati dalla logica causale, sono soggetti al fenomeno della "dipendenza sensibile alle condizioni iniziali". Se infatti fosse possibile conoscere esattamente le condizioni iniziali di una traiettoria, sarebbe possibile distinguere tra il comportamento aperiodico dovuto al caos e quello dovuto ad un disturbo esterno, cioè si potrebbe prevedere il comportamento futuro integrando le condizioni iniziali con equazioni di evoluzione temporale. Tuttavia, non essendo possibile conoscere tutte le condizioni iniziali di un comportamento, si deve affermare che il comportamento futuro di un sistema caotico è indeterminabile e sostanzialmente imprevedibile, nonostante il sistema sia deter-

⁴⁴⁰ La parola caos è utilizzata per descrivere un particolare tipo di comportamento proprio dei sistemi complessi. L'ambito di ricerca è, in via generale, quello delle dinamiche non lineari; cioè lo studio del comportamento dinamico di un sistema non lineare (per dinamica si intende lo studio sistematico del cambiamento e delle forze che lo generano). Un sistema non lineare è un sistema le cui equazioni di evoluzione temporale sono non lineari, cioè, le variabili dinamiche che descrivono le proprietà del sistema (ad esempio: posizione, velocità, accelerazione, pressione, ecc.) nell'equazione compaiono in forma non lineare. Ciò significa che, nei sistemi dinamici, per specificare la posizione di un punto sul piano, non sono sufficienti le coordinate cartesiane, ma occorre specificare sia la posizione sia la velocità con equazioni differenziali che descrivono il modo in cui il sistema cambia in modo continuo nel tempo.

⁴⁴¹ BLANCK, *Chaos in the Financial Market? A Nonlinear Dynamical Analysis*, in *Journal of Futures Markets*, 1991, p.711; PETER, *Chaos and Order in the Capital Markets: A New View of Cycles, Prices and Market Volatility*, New York, 1996.

⁴⁴² KOSKO, *Fuzzy Thinking. The New Science of Fuzzy Logic* (1993), tr. it. *Il fuzzy-pensiero*, Baldini&Castoldi, Milano, 1997.

ministico⁴⁴³. Il fattore di “dipendenza sensibile alle condizioni iniziali” si esprime con un’elegante metafora conosciuta come effetto farfalla: “lo sbattere delle ali di una farfalla in Brasile potrebbe provocare un tornado in Texas”⁴⁴⁴.

Pertanto, per fare alcuni esemplificazioni, secondo le teorie del caos, è possibile che l'immissione nel mercato di nuove informazioni non influenzi il livello dei prezzi, perché potrebbero esservi informazioni specifiche che continuano ad avere valore e ad incidere sui prezzi anche nel lungo periodo, solo per il fatto di essere state già utilizzate e di avere una certa familiarità con l'investitore. Così, secondo la teoria del caos, tutte le informazioni sono allo stesso modo di cruciale importanza nella determinazione del prezzo e non è possibile quantificare l'impatto sui prezzi di false dichiarazioni o di pratiche operative, non essendo possibile distinguere l'interazione delle informazioni distorte con le altre informazioni.

21) *La neuro economia*

La neuro economia è un campo di ricerca emergente che coinvolge poche centinaia di studiosi al mondo; anche essa intende fornire un contributo alla comprensione di una varietà di comportamenti umani che sono riferibili alla sfera economica, ma che i modelli economici classici trascurano o non spiegano fino in fondo, senza tuttavia aspirare a sostituirsi a tali modelli cognitivi, nè pretendere di dare una spiegazione globale del comportamento economico.

Neuro economia significa individuazione dei meccanismi cerebrali relativi a certi comportamenti di tipo economici che non sono comprensibili secondo la teoria economica classica e che sembrano sfuggire a priori ad ogni analisi che assuma modelli razionali di

⁴⁴³ I modelli matematici possono essere classificati come deterministici o stocastici. Un processo deterministico è un processo che quando ripetuto esattamente nello stesso modo darà sempre lo stesso risultato. Viceversa, quando viene ripetuto un processo stocastico, questo potrà dare risultati diversi. Si potrebbe concludere che i sistemi deterministici esibiscono solo un comportamento regolare e che una volta che è disponibile un modello deterministico, si sia in grado di prevederne l'evoluzione futura. Su questi temi, trasportati nelle categorie penalistiche, ALEO, *Causalità, complessità e funzione penale*, Milano, 2003; ID., *Diritto penale e complessità. La problematica dell'organizzazione e il contributo dell'analisi funzionalistica*, Torino, 1999.

⁴⁴⁴ Questa espressione apparve per la prima volta nel titolo di un discorso del meteorologo E. N. LORENZ nel Dicembre 1972 ad un meeting della “*American Association for the Advancement of Science*” a Washington. Lorenz voleva sottolineare che se l'atmosfera avesse un comportamento caotico, allora anche un piccolo effetto, come lo sbattere delle ali di una farfalla avrebbe reso la previsione di lungo periodo dell'atmosfera completamente inutile.

comportamento. Essa si avvale dell'apporto delle neuroscienze, poiché utilizza le nuove tecniche di rappresentazione e visione dei meccanismi cerebrali.

Nata nel 2002 con i premi Nobel per l'economia, Daniel Kahneman⁴⁴⁵ e Veron Smith, si riallaccia alle scoperte scientifiche di Antonio Damasio diffuse negli anni 90 sul ruolo delle emozioni nel processo decisionale. Damasio ha evidenziato che in molte situazioni le emozioni costituiscono un fattore determinante in modo più o meno mediato delle nostre scelte, anche quelle di tipo economico. L'idea di fondo è che le emozioni, contrariamente a quanto si possa credere, contribuiscono in modo fondamentale alla razionalità, in quanto consentono di selezionare il comportamento migliore da adottare nella vita quotidiana⁴⁴⁶.

Le emozioni sono dei processi decisionali talmente abbreviati e veloci da apparire istintivi, scaturiscono da meccanismi di adattamento all'ambiente e dall'esperienza, ma sono alla base del processo cognitivo e deliberativo dell'uomo.

La neurobiologia e neuroeconomia descrive i processi neuronali coinvolti in situazioni in cui l'individuo effettua delle scelte economiche, mettendo in crisi concetti economici di base come quelli di razionalità, di utilità personale, di efficienza sociale, di valutazione del benessere, e riconoscendo al comportamento umano tratti morali, affettivi e motivazionali complessi⁴⁴⁷.

Il filo conduttore della neuroeconomia è che una buona decisione non è solo quella di cui siamo intellettualmente soddisfatti in quanto ne abbiano soppesato i pro e i contro, ma è quella che provoca in noi un piacere immediato per il semplice fatto di sentire che stiamo facendo una cosa giusta⁴⁴⁸.

⁴⁴⁵ KAHNEMAN, *L'economia della felicità*, Il Sole 24Ore, Milano, 2007.

⁴⁴⁶ DAMASIO A., *L'errore di Cartesio: emozione, ragione e cervello umano*, Milano, Adelphi, 2008.

⁴⁴⁷ In particolare, il senso di disgusto e di fiducia sono fenomeni emozionali che suscitano un certo interesse per gli economisti. Si pensi a senso di ripugnanza che è alla base della proibizione di certe transazioni come ad esempio il commercio di organi, la prostituzione, etc., oppure alla fiducia nell'effettuare certi investimenti. Il senso di ripugnanza è alla base degli stimoli legati alla percezione delle iniquità di una determinata scelta e questa percezione è a sua volta alla base della scelta razionale di rifiuto di quella determinata opzione, e quindi di un processo cognitivo superiore e razionale. I nostri atteggiamenti di fronte a fatti giusti o ingiusti rinviano a meccanismi cerebrali complessi che sono legati tanto a reazioni fisiche viscerali tanto a scelte motivate.

⁴⁴⁸ Lo studio psicologico del comportamento economico permette di identificare gli errori o le conferme della teoria dell'azione razionale propria dell'economia neoclassica e la neuro economia cerca di corroborare o meno queste ipotesi, individuando quei meccanismi cerebrali che ne sono responsabili. L'approccio della neu-

La neuroeconomia, come l'economia comportamentale, non intende contrapporsi alla teoria della scelta razionale, ma intende ampliarne gli orizzonti prendendo in esame variabili considerate non misurabili dall'economia tradizionale⁴⁴⁹. In definitiva, l'obiettivo della neuro economia è fornire una spiegazione matematica, comportamentale e meccanicistica (cioè basata dei modelli causali di tipo cerebrale) del comportamento umano, in modo da migliorare le capacità di spiegazione e il grado di prevedibilità del comportamento umano.

Lo sviluppo delle tecniche per individuare questa base meccanicistica che aumenta le capacità predittive ed esplicative è legato alle risonanze magnetiche. Queste tecniche di visualizzazione del cervello e dell'attività cerebrale (sono tre le tecniche principali: EEP, PET fMRI) consentono di aprire la scatola nera del cervello e di costruire ipotesi più realistiche sulle cause del comportamento umane, consentendo una misurazione diretta dei pensieri e dei sentimenti.

Uno dei risultati più importanti di queste tecniche è la prova della prevalenza, nell'attività psicologica, della componente affettiva e automatica su quella cognitiva e controllata⁴⁵⁰.

Queste acquisizioni hanno conseguenze falsificanti sulla psicologia sottesa alla teoria della razionalità economica neoclassica, tutta focalizza sulla capacità cosciente e deliberativa dell'attore economico. La maggior parte della vita mentale è determinata da processi au-

ro economia può essere debole, quando la neuro economia accetta di riformare gradualmente al teoria economica standard alla luce delle modifiche sperimentali dell'indagine psicologia confermate a loro volta dalle tecniche di analisi delle neuroscienze. L'approccio forte ha l'obiettivo di rifondare l'economia sulla base dei concetti neurali, affermando che l'unica realtà causale del comportamento visibile dell'uomo è il sistema nervoso e che solo da esso derivano i concetti che lo spiegano.

⁴⁴⁹ GIRONDE, *La neuro economia, come il cervello fa i nostri interessi*, Il Mulino, 2010; CAMERER, *La neuro economia*, Il Sole24 ore, 2008; ANTONIETTI A.- BALCONI M., *Mente ed economia. Come psicologia e neuroscienze spiegano il comportamento economico*, Il Mulino, 2008; LEGRENZI P., *Psicologia e investimenti finanziari. Come la finanza comportamentale aiuta a capire le scelte di investimento*, Il Sole 24 Ore, 2006; LEGRENZI F. – UMITA' C., *Neuro-mania. Il cervello non spiega chi siamo*, Il Mulino, 2009; BABILONI F. – MERONI V. – SORANZO R., *Neuroeconomia, neuromarketing e processi decisionali*, Springer Verlag, 2007; FRANCHI M. – SCHIANCHI A., *Scelte economiche e neuroscienze. Razionalità, emozioni e relazioni*, Carocci, 2009.

⁴⁵⁰ GOLEMAN D., *Intelligenza emotiva. Che cos'è, perché può renderci felici*, (Emotional Intelligence) BUR Saggi, 2005. Daniel Goleman è uno studioso psicologo cognitivista che ha aperto un orizzonte fino a qualche decennio sconosciuto. Egli sostiene che bisogna collegare l'intelligenza alle emozioni, e che bisogna cominciare a considerare le emozioni stesse come intelligenti, in quanto solo le emozioni hanno la capacità di registrare informazioni di grande importanza ai fini della formazione del pensiero. Prima di Goleman la psicologia cognitiva concentrava i suoi studi sull'intelligenza limitata, ovvero il quoziente di intelligenza tradizionalmente misurabile, che si limita a classificare gli individui in modo statico. L'intelligenza emotiva al contrario non è misurabile, è dinamica in quanto apre a riflessioni e trasformazioni.

tomatici e inconsci, e si è sempre influenzati, più o meno consapevolmente da variabili emotive ed affettive, in quanto il cervello umano ha una caratteristica strutturale del cervello umano: l' inaccessibilità cognitiva a buona parte della sua attività.

Ciò apre nuovi orizzonti nella comprensione della propensione o avversione al rischio dell'attore economico, che è guidato da risposte immediate di paura (che si collega allo stimolo di una parte del cervello, detto amigdala), da fenomeni affettivi come la fiducia e l'indignazione verso un comportamento non conforme ad aspettative di reciprocità (tali fenomeni, osservati attraverso vari giochi di cooperazione quali l' Ultimatum Game, il Trolley Problems, lo Iowa Gambling Test, attestano un aumento dell'ormone della ossitocina⁴⁵¹).

I concetti tradizionali dell'economia sono ridefiniti e messi in discussione: un caposaldo dell'economia neoclassica e dell'economia del benessere è la tesi secondo cui le scelte rivelano preferenze non osservabili. Una teoria economica, per essere predittiva, deve presupporre che vi sia una costanza delle preferenze nel tempo; d'altra parte senza la possibilità di una misurazione diretta, i sentimenti sono inutili costrutti, e quindi ciò che conta è quella preferenza che è attuata e rivelata attraverso la decisione. Invero, anche gli economisti classici ammettono che le persone, in carne ed ossa scelgono senza granché deliberare, ma i modelli stilizzati di comportamento rappresentano invariabilmente il comportamento umano come il risultato di un equilibrio deliberativo, un misto di deliberazione, computazione, riflessione.

Viceversa, i neuro-economisti affermano che i processi deliberativi sono il risultato di processi emotivi affettivi ed automatici, tanto che, se i sistemi affettivi e emotivi fossero danneggiati, anche il sistema deliberativo entrerebbe in crisi. Il comportamento è il risultato dell'interazione tra questi sistemi automatici e controllati, emotivi e cognitivi. In contrasto con la concezione secondo cui il comportamento umano è governato da meditate decisioni contenenti una valutazione in termini di costi e benefici, è possibile affermare che ruolo primario nel comportamento umano è la dimensione emotiva ed affettiva.

⁴⁵¹ ROSSI-MOTTERLINI, *Homo Neuro-economicus: implicazioni epistemologiche della svolta neuro-cognitivo-sperimentale in economia*, in *Neuroetica tra neuroscienze etica e società*, Utet, 2009, p.69.

Il cervello umano infatti “etichetta” affettivamente pressoché ogni oggetto e ogni concetto, e queste etichette affettive si presentano alla mente in modo automatico ogniqualvolta questi concetti o quegli oggetti sono evocati.

La neuroscienza mette in discussione importanti capisaldi dell'economica, come il costrutto della avversione al rischio, della preferenza temporale, dell'altruismo, evidenziando come l'intelligenza e il suo opposto (cioè la razionalità limitata) siano fortemente dipendenti dal contesto cui si colloca il decisore.

La scienza economica assume che le persone abbiano capacità cognitive generali applicabili ad ogni tipo di problema e che di conseguenza, abbiano prestazioni equivalenti in problemi con la medesima struttura. Al contrario, le neuroscienze affermano che le prestazioni e le risposte dipendano in modo essenziale dal modo in cui un concetto viene presentato ed emotivamente elaborato dal sistema neurologico.

21) Conclusioni. Rapporti tra neuroscienze e morale

La teoria economica neoclassica tentava di recidere il cordone ombelicale con l'etica, costruendo un modello di agente parametrato alla massima soddisfazione dell'utilità e del benessere. La finanza comportamentale, le teorie della razionalità limitata e della razionalità procedurale affondano le loro radici nel profondo dell'uomo ed evidenziano i limiti della scelta umana: ambientali, relazionali, interattivi.

Le neuroscienze insinuano l'idea che i giudizi morali trovano radici naturali e biologiche nel nostro cervello e scaturiscono dalle emozioni, da un'immediata empatia, piuttosto che da una razionalità fredda e raggiungibile in tempi più lunghi.

Gli studi di Brain imaging sembrano convalidare l'ipotesi che le aree cerebrali implicate nei giudizi morali sono quelle deputate a fornire risposte emotive. Si afferma quindi una interpretazione affettiva e emozionale dei giudizi morali.

Infatti, una delle caratteristiche dei giudizi morali è che essi si basano generalmente su un principio di reciprocità, vale a dire trattare l'altro come vorremmo essere trattati noi stessi.

Dal punto di vista delle neuroscienze, questo principio si ricollega a forme di empatia che derivano dall'entrare in risonanza con l'altro, e che ha una precisa base neurofisiologica, costituita dai c.d. neuroni a specchio.

L'empatia è un fenomeno di proiezioni affettiva dei propri stati mentali su altri individui oppure, al contrario, degli stati mentali di altri individui su di sé.

I dati neurobiologici sull'empatia sono all'origine di fecondi sviluppi concettuali, poiché grazie ad essi si individuano le basi neuronali delle motivazioni dei comportamenti pro sociali o antisociali. L'attività neuronale legata all'empatia dimostra che gli individui sono quindi spontaneamente cooperativi ed altruisti e si aspettano in cambio che anche gli altri si comportino in modo altruista ed equo. L'empatia può essere una delle motivazioni del comportamento cooperativo e pro sociale, cioè connotato dalla reciprocità e dalla equità, e permette di spiegare reazioni di soddisfazione o di disgusto, di frustrazione o di sollievo, allorché un altro individuo frustra le aspettative di reciprocità.

Questa nuova prospettiva di ricerca biologica immette in campo una serie di questioni del tutto inedite che, inevitabilmente, accedono alle categorie giuridiche e al senso e significato del diritto punitivo statale⁴⁵².

⁴⁵² Approfondisce per la prima volta queste tematiche, DI GIOVINE, *Per un diritto penale empatico? Diritto penale, bioetica e neuroetica*, Giappichelli, 2009.

FEDERICA RESTA

*Ancora su terrorismo e stato della crisi*⁴⁵³

Sommario: 1- Premessa- 2. La strategia statunitense di contrasto al terrorismo: degiurisdizionalizzazione e prevalenza del ruolo delle autorità amministrative- 3. La legislazione anti-terrorismo in Europa: limiti e virtù del diritto (penale) – 4. Forme di diritto penale del nemico nelle norme italiane più recenti -5. Poteri e garanzie nella strategia di contrasto al terrorismo

1. *Premessa*

E' particolarmente significativa la frase con cui si apre il saggio di Alan Dershowitz sul terrorismo: *Why Terrorism works*⁴⁵⁴. E' la frase pronunciata dal generale Dalla Chiesa nel 1978, secondo cui "L'Italia può sopravvivere alla perdita di Aldo Moro, ma non all'introduzione della tortura". Quest'affermazione ricorda quella frequente nei 55 giorni del sequestro Moro, volta a contrastare la proposta degli Onn. Almirante e La Malfa di introdurre la pena di morte per i terroristi. A entrambe queste considerazioni è sottesa una domanda: fino a che punto può derogarsi a principi fondamentali dello Stato di diritto in nome della ragion di Stato, della ragion politica o dell'esigenza di contrastare crimini particolarmente efferati e che, come nel caso del terrorismo, destabilizzano la stessa natura di una democrazia costituzionale?

Problema, questo, che emerge in particolare dopo che, in seguito all'11 settembre, l'esigenza di contrasto del terrorismo internazionale-jihadista ha introdotto discipline derogatorie di principi fondamentali nella legislazione di molti Paesi europei (tra cui anche

⁴⁵³ Richiamo volutamente il titolo del volume V, n.1, del 1979, de "*La questione criminale*", anche per sottolineare continuità e discontinuità nel rapporto tra terrorismo (ieri interno, oggi internazionale) e democrazia costituzionale, dagli anni settanta ad oggi.

⁴⁵⁴ A. DERSHOWITZ, *Why Terrorism works*, New Haven-London, 2002

l'Italia), oltre che degli Usa, al punto che Tony Blair, nel 2002, legittimava tali deroghe affermando: "The rules of the game are changing" e lo stesso Presidente del Consiglio, seguito da illustri editorialisti⁴⁵⁵, asseriva⁴⁵⁶ che "non si può combattere il terrorismo con il codice in mano", invocando addirittura la legittima previsione di una sorta di zona grigia tra illegalità e legalità, che consentisse agli inquirenti e ai servizi di contrastare il terrorismo anche derogando al rispetto della legge, per difendere la società da coloro che non rappresentano soltanto dei criminali, ma dei veri e propri nemici per la sicurezza dello Stato. Di fronte ai rischi del terrorismo quindi, qualsiasi deroga ai principi e alle garanzie previsti dal nostro sistema penale sarebbe in questa prospettiva legittima purché efficace, ritenendosi che "i principi servono solo se si resta vivi", e che sarebbe questo il male minore da scegliere, di fronte ai pericoli cui il terrorismo espone la democrazia. Che insomma non potrebbe agire con una mano dietro la schiena⁴⁵⁷: lo stato di eccezione sarebbe quindi legittimato dallo stesso attacco ai principi dello Stato di diritto sferrato dal terrorismo.

Il terrorismo jihadista mira infatti a destituire le democrazie occidentali delegittimando in primo luogo i valori su cui si fonda: dal pluralismo alla laicità fino al principio personalista, nei suoi corollari della tutela della dignità (violata dalla stessa fungibilità e quindi dalla spersonalizzazione delle vittime) e della vita umana. Si pensi al corpo del kamikaze 'offerta in sacrificio', che si fa da un lato arma di distruzione di massa, e dall'altro, che si considera corpo misto con il proprio nemico. Ciò non solo rende inapplicabili a questa forma di terrorismo gli istituti premiali fondativi della legislazione anti-terrorismo degli anni di piombo, ma denota anche il valore simbolico attribuito alla corporeità della violenza e alla carica offensiva del corpo, così delineando un singolare parallelismo con la strumentalizzazione del corpo martoriato con la tortura che singolarmente ritorna proprio in relazione al

⁴⁵⁵ A. PANEBIANCO, *La nuova guerra (negata). Perché l'Italia senza poteri d'emergenza non può affrontare il terrore globale*, in *Corriere della Sera*, 3.9.2006, 1 ss... Tali affermazioni sono di recente ricordate da A. SPATARO, *Ne valeva la pena. Storie di terrorismi e mafie, di segreti di Stato e di giustizia offesa*, Roma-Bari, 2010.

⁴⁵⁶ In sede di conferenza stampa tenutasi nel dicembre 2005, ai giornalisti della stampa estera

⁴⁵⁷ Come invece afferma A. BARAK, *La natura della discrezionalità giudiziaria e il suo significato per l'amministrazione della giustizia*, in *Pol. Dir.*, 2003, 1, 11., nella consapevolezza che rinnegare, da parte della democrazia, i propri principi costitutivi avrebbe significato cedere alla sfida terrorista, fare il gioco dei „nemici“

terrorismo, in un'epoca, quale la nostra, che ha visto il progressivo sottrarsi del corpo alla pena, divenuta da "arte di sensazioni insopportabili", "economia di diritti sospesi"⁴⁵⁸.

In questo senso, il terrorista (l'unlawful enemy combatant) sembrerebbe quel nemico capace di "mettere in questione Noi come figure"⁴⁵⁹ e non stupisce che attorno al terrorismo jihadista si sia costruito quel paradigma del diritto penale del nemico di cui parla Jakobs⁴⁶⁰, funzionale alla creazione di una categoria di 'non-persone' sottratte alle garanzie ordinarie riconosciute agli imputati - in applicazione di quel 'diritto del cittadino' riservato solo a coloro che riconoscono il sistema - e nei confronti dei quali il legislatore sembra o-

⁴⁵⁸ M. FOUCAULT, *Sécurité, Territoire, population. Cours au Collège de France*. 1977-1978, Paris, 2004, 22; ID., *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France*. 1978-1979, Paris, 2004, 15 ss.

⁴⁵⁹ C. SCHMITT, *Theorie des Partisanen. Zwischenbemerkung zum begriff des Politischen*, Berlin, 1963; trad. it. :Milano, 1981, 68.

⁴⁶⁰ G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico*, (trad. it. A cura di F. RESTA), in M.DONINI-M.PAPA, (a cura di), *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Milano, 2007, 5 ss. Si tratta di un paradigma caratterizzato dalla sostituzione del principio di colpevolezza per il fatto con quello di pericolosità per la condotta di vita o per tipo d'autore (punibilità di atti preparatori ben oltre la soglia del tentativo, che dissimula la punibilità in ragione della mera pericolosità); dall'attribuzione alla pena di finalità non già rieducative ma di mera neutralizzazione e segregazione; tendenza alla degiurisdizionalizzazione delle misure limitative della libertà personale e riduzione della discrezionalità giudiziale nell'applicazione di misure restrittive o nella stessa commisurazione della pena (circostanze aggravanti sottratte al bilanciamento; custodia cautelare obbligatoria; predeterminazione del contenuto e dell'intensità delle restrizioni applicate in virtù di regimi penitenziari speciali quali quello di cui all'art. 41-bis ord. Pen.). Sul tema cfr. E. CANCIO MELIA', *Diritto penale del nemico? Ibid*, 65 ss.; G. FIANDACA, *Diritto penale del nemico. Una teorizzazione da evitare, una realtà da non rimuovere*, in A. GAMBERINI-R. ORLANDI, *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Bologna, 2007, 179 ss.; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 2° ed., 1996; ID., *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia, II. Teoria della democrazia*, Roma-Bari, 2007, 511 ss.; M. PAVARINI, *la giustizia penale ostile: un'introduzione*, in *Quest.crim.*, 2007, n. 2, 1 ss.; S. RODOTÁ, *La vita e le regole*, Milano, 2006; E.R. ZAFFARONI, *Alla ricerca del nemico: da Satana al diritto penale cool*, (trad. it. A cura di F. RESTA), in E. DOLCINI-C.E. PALIERO, (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol.1, Milano, 2006, 757 ss.; M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al nemico*, in *Cass. Pen.*, 2006, 772 ss.; F. VIGANO', *Terrorismo, guerra e diritto penale*, *Riv. It. Dir. proc. Pen.*, 2006, 648 ss.; T. UWER (Hrsg.), *Bitte bewahren Sie Ruhe. Leben im Feindrechtsstaat*, Berlin, 2006; A. DERSHOWITZ, *Why Terrorism works*, New Haven-London, 2002; B. HUDSON, *Justice in the Risk Society*, London-Thousand Oaks-New Delhi, 2003, spec. 70 ss.; J. BUTLER, *Precarious Life: The Power of Mourning and Violence*, London-New York, 2004; A. D. APONTE, *Krieg und Feindstrafrecht*, Baden-Baden, 2004; A. MANNA, *Erosione delle garanzie individuali in nome dell'azione di contrasto al terrorismo: la privacy*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen., cit.*, 33 ss.; L. VIOLANTE, "La formazione della prova nei processi di criminalità organizzata", in *Cass.pen.* 1992, 484 ss.; R. BARTOLI, *Lotta al terrorismo internazionale. Tra diritto penale del nemico jus in bello del criminale e annientamento del nemico assoluto*, Torino, 2008; R. BORSARI, *Diritto punitivo sovranazionale come sistema*, Padova, 2007. Per una distinzione tra diritto penale del nemico degli Stati totalitari o non di diritto e legislazioni penali derogatorie (sia pur in parte) della disciplina ordinaria, negli Stati di diritto, v. F. MANTOVANI, *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell'amico, il nemico del diritto penale e l'amico del diritto penale*, in *Riv. It. Dir. proc. Pen.*, 2007, 470 ss. Per un'interessante analisi della legislazione penale nel regime fascista, v. G. NEPPI MODONA, *Diritto e giustizia penale nel periodo fascista*, in AA. VV., *Penale Giustizia Potere. Metodi, Ricerche, Storiografie. Per ricordare Mario Sbriccoli*, Macerata, 2007, 341 ss. e volendo, F. RESTA, *Nemici e criminali. Le logiche del controllo*, *Ind.Pen.*, 2006, 56 ss.; EAD., *Nemici o criminali? Paura e libertà dopo l'11 settembre*, in *Quaderni fiorentini*, 2009, n. 38, 1761 ss..

rientato a tenere un “zero-sum approach”: ogni garanzia (anche soprattutto giurisdizionale) viene ritenuta come un cedimento al ‘nemico’.

Inoltre, la struttura acefala, delocalizzata, atomistica di Al Qaeda – che la rende refrattaria al paradigma tradizionale dei reati associativi – e la tendenza delle azioni intraprese contro i taliban a prescindere dalla stessa soggettività internazionale per l’instaurazione di un conflitto – modificano profondamente la stessa figura del nemico: non più *justus hostis* ma criminale e nemico insieme, e come tale soggetto a una disciplina del tutto peculiare, che oscilla tra guerra e diritto. Laddove poi, come nel caso di Al Qaeda, il nemico è costantemente ridefinito nell’identità e nell’ideologia, ne deriva simmetricamente una profonda rimodulazione dei criteri (già clausewitziani) dello *jus in bello*: l’azione terroristica si confonde con il pericolo di guerra. La guerra, da reazione eccezionale, rischia così di ridursi a stato continuo di emergenza, in un contesto in cui cade la distinzione fra sicurezza interna ed esterna, fra militare e civile, fra pace e guerra, e la logica della belligeranza finisce per assomigliare sempre di più a quella di polizia.

La stessa marginalizzazione del ruolo dei Parlamenti⁴⁶¹ rispetto a quello assunto dai Governi nella gestione di questi conflitti internazionali denota il progressivo assottigliarsi del confine tra guerra e azioni militari di polizia internazionale anche a fini ‘sanzionatori’, che sposta il baricentro dell’equilibrio tra poteri dello Stato a livello interno, declinando in forme nuove e diverse i confini della sovranità a livello globale.

2. La strategia statunitense di contrasto al terrorismo: degiurisdizionalizzazione e prevalenza del ruolo delle autorità amministrative

⁴⁶¹ Prevale infatti l’abbandono della deliberazione parlamentare preventiva (limitata ai soli casi più gravi), in favore del mero vaglio successivo delle azioni governative. In Italia ad esempio la prassi recente denota il ricorso a procedure informative da parte del Governo alle Commissioni esteri e difesa delle Camere, anche in caso di attuazione di decisioni del Consiglio Atlantico di attivare l’art. 5 del Trattato). In Francia si è seguita analoga procedura, censurata peraltro proprio per l’insufficiente consultazione preventiva del Parlamento. In Germania, il Governo federale ha presentato al Bundestag il 7 novembre 2001 una espressa richiesta di assenso ai fini dell’uso della forza armata per il contrasto al terrorismo internazionale “a fini di garanzia del diritto di autodifesa individuale e collettiva nell’ambito e secondo le regole di un sistema di mutua sicurezza collettiva”, ai sensi dell’art. 24 GG. Cfr., G. DE VERGOTTINI, *Guerra e Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, 2002, n. 1, 29.

Si delinea così una nuova strategia di azione: la War on Terror⁴⁶², capace di sottrarre i terroristi tanto alle garanzie del diritto bellico e umanitario, quanto alle regole del diritto penale. Questa impostazione caratterizza in particolare l'approccio degli Usa al terrorismo, che privilegia misure non- o extra-giurisdizionali per la repressione di quella che viene considerata non tanto e non solo quale forma - sia pur del tutto peculiare - di criminalità quanto piuttosto espressione di ostilità, di una guerra volta a minare gli stessi valori su cui si fondano le democrazie occidentali. Più che di accertare reati perseguendone i responsabili, si tratta insomma di neutralizzare i nemici della democrazia, ricorrendo a misure di prevenzione e anticipando la soglia di punibilità ben oltre il tentativo, con il ricorso a misure extragiudiziali - non meno afflittive ma meno garantiste di quelle penali - ritenendosi che il controllo giurisdizionale rappresenti un ostacolo al perseguimento degli obiettivi dell'amministrazione.

Si pensi ad esempio alle National Security Letters - provvedimenti amministrativi legittimati dai Patriot Acts e dal Foreign Intelligence Surveillance Act, che consentono l'intercettazione e la data retention anche in assenza di controllo giurisdizionale -; al controllo amministrativo dei dati bancari e alla raccolta dei PNR (Passenger Name Records) ovvero di numerosi dati di passeggeri non statunitensi non in possesso di visti⁴⁶³; all'inclusione nelle black lists di soggetti sulla base di segnalazioni di servizi, così da applicare agli interessati misure di prevenzione patrimoniali in assenza di controllo giurisdizionale; alla confluenza nel processo penale di elementi di prova acquisiti dai servizi e pertanto secretati (closed materials); al ricorso alle extra-ordinary renditions quali misure idonee a consentire la tortura nei confronti di sospetti terroristi inviati in zone non soggette alla giurisdizione americana; alla qualificazione, da parte dell'amministrazione Bush, come "tecniche

⁴⁶² J. YOO, *War by Other Means: An Insider's Account of the War on Terror*, Washington, 2006, 143; D. ROSE, *Guantanamo: America's War on Human Rights*, London, 2004; R. DWORKIN, *terror and the Attack on Civil Liberties*, in *The New York Review*, 6.11.2003, 15 ss.; R. C. LEONE- J.X. DEMPSEY, *The war on Our Freedom. Civil Liberties in Age of Terrorism*, Washington, 2003. Resta da rilevare come l'Amministrazione Obama sembri intenzionata a mutare significativamente l'indirizzo politico in materia, in particolare in relazione alle modalità, ai presupposti e ai limiti della detenzione dei sospetti terroristi, con l'annuncio - invero significativo- dell'emanazione, il 22.1.2009, di un provvedimento presidenziale che dispone il divieto di interrogatori realizzati mediante tortura, la revisione dei processi svoltisi dinanzi alle Military Commissions e la prossima chiusura del carcere di Guantanamo.

⁴⁶³ Raccolta che, nelle forme in cui era prevista dalla decisione 2004/496/CE, è stata censurata dalla Corte di giustizia con sent. 46/2006.

d'interrogatorio" (es. il waterboarding) ammissibili nei confronti di sospetti terroristi di talune forme di tortura, in contrasto con la giurisprudenza consolidata della Corte Suprema nei *Miranda Warnings cases*; al racial profiling⁴⁶⁴.. E a dimostrazione del carattere meramente strumentale delle accuse mosse ai soggetti detenuti, si consideri che tra il 2002 e il 2007 vi è stato un solo condannato per delitti di terrorismo e solo 10 formalmente imputati⁴⁶⁵.

E si pensi ancora all'istituzione, prima con il *Detainees Treatment Act* e, da ultimo, con il *Military Commissions Act* del 2006, di apposite giurisdizioni militari di nomina presidenziale, cui devolvere la cognizione in ordine ai provvedimenti che dispongono la detenzione – in zone sottratte alla giurisdizione Usa - di "enemy aliens" sospettati di terrorismo, con modalità incompatibili sia con il diritto penale (es. uso processuale di *closed materials*)⁴⁶⁶

⁴⁶⁴ Metodo d'indagine che, in violazione del principio della *color-blindness* della legge, assume la razza a indicatore di pericolosità, fondativo di misure 'preventive' o del fermo e della perquisizione di persone, in base ad un profilo che comprende, quale parametro primario, il dato etnico-razziale.

⁴⁶⁵ A. SPATARO, *Otto anni dopo l'11 settembre*, *Quest. Giust.*, 2009, 145 ss..

⁴⁶⁶ Ne deriva una significativa marginalizzazione della funzione giurisdizionale - limitata finanche nella conoscenza di fonti di prova spesso segretate per ragioni di sicurezza - sempre di più percepita come interferenza indebita nell'operato dell'esecutivo. Si pensi ad esempio alle procedure di riesame della qualificazione come 'nemico combattente' e della conseguente detenzione amministrativa a tempo indeterminato del soggetto così classificato, istituite negli Stati Uniti ai sensi del *Detainee Treatment Act of 2005* e del *Military Commissions Act of 2006*, ove né al ricorrente né al suo difensore è concesso di prendere visione degli elementi di prova adottati dal Governo a sostegno della qualificazione e della legittimità della detenzione, qualora essi siano segreti e la relativa disclosure possa pregiudicare la sicurezza nazionale. Ove si consideri come la maggior parte, se non la totalità dei ricorsi di questo tipo si fondano su elementi di prova segreti, si comprende come l'esercizio del diritto alla difesa, proprio in materia *de libertate*, sia sostanzialmente precluso; ragione che ha indotto la Corte Suprema a ritenere questo tipo di ricorsi 'unfair' e come tali inidonei, secondo gli standards della *due process clause*, a costituire un valido sostituto dell'*habeas corpus* proceedings, costituzionalmente sancito proprio a tutela della libertà rispetto a detenzioni arbitrarie (cfr., ad es. U.S. Supreme Court, in re *Boumediene et al. V. Bush*, 12 giugno 2008). Del resto, pur senza giungere a questi estremi, quasi tutti gli ordinamenti europei e non, hanno previsto delle procedure particolari per l'acquisizione in giudizio delle prove segretate per ragioni di sicurezza nazionale, proprio in relazione ai processi in materia di terrorismo internazionale, dopo l'11 settembre 2001, a dimostrazione di come questo tema comporti la commistione di istituti e logiche del diritto e del processo penale con politiche di sicurezza e attività o fonti di intelligence. La questione è stata discussa nel nostro ordinamento, recentemnte, nell'ambito dei lavori preparatori della l. 124/2007 di riforma della disciplina del segreto di Stato e del sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica, proprio a seguito delle indagini della Procura di Milano sul sequestro e sulla *extraordinary rendition* di Abu Omar. La soluzione alla fine prevista dall'art. 41 della legge sembra lasciare spazio proprio alla possibilità – sin qui esclusa dalla legge (art. 51 c.p. in tema di esercizio del diritto di difesa) e, senza alcuna pronuncia difforme, anche dalla giurisprudenza (Cass. Sez. Penale, Sez. VI, 10.3.87 in CED n. 175919, sia pure riferita alla normativa del Cpp abrogato e, soprattutto, Cass. Sez. Penale, Sez. I, 24.1.89 in *Cass. Pen.*, 1990, n. 1505)- che il segreto possa essere opposto, oltre che dai testimoni (come previsto dall'art. 202 cpp) anche da indagati ed imputati, con conseguenti limiti all'esercizio del diritto di difesa, con ulteriori ed evidenti limiti al principio di obbligatorietà dell'azione penale ed, infine, con conseguente configurabilità dello status di appartenente ai Servizi quale vera e propria causa, in sé, di non punibilità. Eppure, tale conclusione è stata sin qui esclusa anche

e di torture evidences), sia con la legge marziale, sia con il diritto umanitario. Tale forma di sottrazione dei sospettati di terrorismo al diritto comune è stata resa possibile in virtù della classificazione dei sospetti terroristi catturati in ogni parte del mondo quali “unlawful enemy combatants”, la cui qualifica di “criminali” è funzionale unicamente alla loro sottrazione allo status di lawful combatants (ed alle sia pur minime garanzie connesse a tale qualità), ma non è comunque sufficiente ad attribuire loro la qualifica di imputati, che ne impedirebbe la detenzione a tempo indeterminato, la sottrazione alla giurisdizione ordinaria (anche militare) in favore della procedura speciale dinanzi alle Military Commissions, la loro sottoposizione a “tactical questionings”, etc.

La detenzione di tale categoria di “nemici”, qualificata come “simple war measure”, non costituisce né una misura cautelare custodiale in senso stretto, né una vera e propria misura di prevenzione, “poiché adottata e finalizzata allo scopo di intelligence gathering e gestita con modalità afflittive e caratterizzate da estrema severità, spesso integranti tratta-

dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale: sentenze n. 110 del 9.4.1998 e n. 410 del 10.12.98, ove si afferma che la attuale disciplina del segreto di Stato e, dunque, la sua eventuale opposizione “non delinea alcuna ipotesi di immunità sostanziale collegata alla attività dei Servizi informativi...e non ha l'effetto di impedire che il pubblico ministero indaghi sui fatti di reato cui si riferisce la *notitia criminis* in suo possesso ed eserciti se del caso l'azione penale (sulla base di elementi di conoscenza e di prova altrimenti acquisiti) ma ha l'effetto di inibire all'autorità giudiziaria di acquisire e conseguentemente di utilizzare gli elementi di conoscenza e di prova coperti dal segreto”. E' pur vero che il comma 6 dell'art. 41 citato prevede ancora una volta che “Non è, in ogni caso, precluso all'autorità giudiziaria di procedere in base a elementi autonomi e indipendenti dagli atti, documenti e cose coperti dal segreto”, ma ciò verosimilmente non impedirà il sorgere di un prevedibile contenzioso giurisprudenziale, anche per il contenuto dei commi 1, 2 e 3 dell'articolo, non conforme ai principi costituzionali in tema di diritto di difesa ed obbligatorietà dell'azione penale.

La soluzione prevalente negli altri Paesi, soprattutto di *common law*, è stata invece nel senso di istituire regole processuali speciali, tali da coniugare esigenze di segretezza a tutela della sicurezza nazionale con la garanzia del diritto alla difesa, senza impedire all'autorità giudiziaria di procedere all'acquisizione dei relativi elementi di prova. Ad esempio, Regno Unito e Canada hanno previsto che qualora la soluzione del giudizio in materie *de libertate* dipenda dalla produzione in giudizio di informazioni segretate (*closed materials*), ad esse possa accedere uno “*special advocate*” o “*security-cleared attorney*” che, tenuto a non divulgare il contenuto delle prove in virtù del segreto professionale, possa comunque rappresentare gli interessi dell'assistito (cfr. per il Regno Unito, lo Special Immigration Appeals Commission Act 1997, chapter 8, section 6 e successive modificazioni, o il Prevention of Terrorism Act of 2005, chapter 2, schedule 7)⁴⁶⁶. Ancora, in re *Charkaoui v. Canada*, 1 S.C.R. 350, 71-74 (2007), la Corte Suprema del Canada ha dichiarato l'illegittimità di norme che, diversamente da quelle descritte sul “*security-cleared attorney*” applicabili in materia di terrorismo, impedivano tout court al ricorrente avverso il provvedimento di espulsione, di accedere ad informazioni riservate per ragioni di sicurezza nazionale, inducendo il legislatore ad estendere ai procedimenti in materia di espulsione o detenzione dei cittadini stranieri la norma sullo “*special advocate*”. Benchè compromissoria e come tale comunque in parte limitativa degli interessi in gioco – tra i quali in primis il diritto alla difesa – tale soluzione appare comunque preferibile alla scelta di precludere tout court l'acquisizione delle informazioni riservate, che rischia di sottrarre del tutto al controllo giurisdizionale elementi di prova importanti, soprattutto in materia di terrorismo, impedendo di fatto l'esercizio del diritto alla difesa.

menti inumani e degradanti se non vere e proprie forme di tortura”⁴⁶⁷. Del resto nello stesso Order che rende unlawful tutti i nemici, il Presidente chiarisce che “naturalmente i nostri valori “as a nation” (..) sanciscono per noi un richiamo a trattare con umanità i detenuti, inclusi coloro che non hanno un titolo legale a tale tipo di trattamento”. L’umanità non sarebbe quindi un carattere necessario e indefettibile del trattamento punitivo, da riconoscere a tutte le persone per il solo fatto di essere “human beings”, ma una graziosa concessione del sovrano, una “matter of policy” la cui gestione rientra nella discrezionalità politica.

Questa forma di sottrazione dei sospetti terroristi alle garanzie minime del diritto penale, umanitario, finanche bellico, è stata tuttavia censurata dalla Corte suprema che, con le sentenze Hamdi (2004), Hamdan v. Rumsfeld (2006); Humanitarian Law Project (2006) ma soprattutto Boumediene (12 giugno 2008) ha sancito come l’attribuzione al Presidente, con l’Authorization for Use of Military Force (AUMF, di cui alla Joint Resolution 18.9.2001⁴⁶⁸) dei poteri necessari nella prevenzione del terrorismo e nella repressione dei responsabili degli attacchi alle Twin Towers, non possa rappresentare una ‘legal basis’ sufficiente per determinare la sospensione dell’habeas corpus ai sensi dell’art. I, section 9, clause 2, della Costituzione⁴⁶⁹, non solo perché nella risoluzione non si richiama in alcun punto l’esigenza di istituire giurisdizioni speciali tenute a giudicare degli habeas proceedings, ma anche perché – nella misura in cui le procedure dinanzi alle Military Commissions privano il detenuto del diritto alla difesa⁴⁷⁰ – legittima la negazione, nei confronti dei sospetti terroristi, del writ of

⁴⁶⁷ V. FANCHIOTTI, *Il diritto penale del nemico e i nemici del diritto (Strategie antiterrorismo e giurisdizione negli Stati Uniti)*, in *Quest. Giust.*, 2006, n. 4, 707

⁴⁶⁸ Con la quale il Congresso ha conferito alla Presidenza USA un potere di fatto amplissimo nella prevenzione del terrorismo e nella repressione dei responsabili degli attacchi alle Twin Towers. Potere, questo, esercitato anche mediante l’emanazione di decreti recanti norme di attuazione e integrazione delle disposizioni previste dai Patriot Acts e che, forse anche più di questi ultimi, hanno contribuito alla creazione di un sottosistema giuridico del tutto peculiare per i delitti di terrorismo e il giudizio a carico dei soggetti (in particolare, gli stranieri) sospettati o accusati di tali reati. Si ricorda che la risoluzione parlamentare congiunta non ha valore di atto di indirizzo come da noi, ma ha invece efficacia legislativa.

⁴⁶⁹ Cfr., in tal senso, la sentenza resa dalla Corte suprema in re Ex parte Bollman, 4 Cr. (8 U.S.) 75, 101, 1807, secondo cui la norma di cui alla clause 2 della section 9 dell’art. I della Costituzione stabilirebbe ‘a limitation of power, not a grant of power’, attribuendo cioè soltanto al Congresso la potestà di disporre la sospensione dell’habeas corpus.

⁴⁷⁰ Il procedimento giurisdizionale previsto dal Detainees Treatment Act è per la Corte un mezzo inadeguato per sostituire l’habeas writ, anche in ragione dell’assenza di previsioni che consentano al ricorrente di contestare la legittimità del potere presidenziale di ordinare, ai sensi dell’AUMF, la detenzione per una durata indefinita degli *enemy combatants*; di integrare il quadro probatorio con elementi di prova a favore del ricorrente, eventualmente acquisiti successivamente alla celebrazione del processo dinanzi alle corti militari; di contestare la ricostruzione dei fatti fornita dal CSRT e infine di richiedere la liberazione del detenuto. Dal momento che

habeas corpus, garantito dalla Costituzione non al solo cittadino ma alla persona in quanto tale (si nega così il double standard aliens/citizens su cui si fondano i Patriot Acts).

Nel concludere in tal senso, la Corte richiama infine l'esigenza di delineare, nel contesto della lotta al terrorismo, un equo bilanciamento tra libertà e sicurezza, considerando tuttavia che la sicurezza consiste anche, se non soprattutto, “nella fedeltà ai principi che sanciscono libertà fondamentali, primi fra tutti la libertà da forme di restrizione arbitrarie o illegittime e la libertà personale, una delle cui garanzie essenziali è il rispetto della separazione dei poteri”; principio richiamato per censurare l'abuso del Governo nell'esercizio dei poteri conferiti con l'AUMF, al punto da disciplinare (in merito all'habeas corpus) principi costituzionali, in difformità dal V Emendamento. La Corte cita peraltro Hamilton nel ribadire che “The practice of arbitrary imprisonment has been, in all ages, the most favourite and formidabile instrument of tyranny”.

Se ai fini della decisione in re Boumediene ha avuto un peso determinante il carattere universale dell'habeas corpus (espressivo di un diritto fondamentale della persona e non di un diritto di cittadinanza), stupisce l'enfasi posta da Scalia, nella sua dissenting opinion, sulla cittadinanza quale parametro esclusivo cui subordinare il riconoscimento di diritti fondamentali quali l'habeas corpus, non estensibile a “some undefined, limitless class of noncitizens who are beyond our territory”, giungendo ad affermare che “The Nation will leave to regret what the Court has done today”.

3. La legislazione anti-terrorismo in Europa: limiti e virtù del diritto (penale)

Gli eccessi della legislazione e della prassi statunitense non caratterizzano allo stesso modo la normativa antiterrorismo emanata nei Paesi europei, principalmente per il diverso approccio che vi è sotteso, volto a ribadire la natura criminale del terrorismo e quindi la centralità del ruolo della giurisdizione nell'accertamento di tali reati⁴⁷¹, anche grazie all'intervento delle giurisdizioni superiori e della Corte EDU, che nell'interpretare il margi-

tali requisiti sono del tutto carenti nell'ambito delle previsioni di cui al § 7 Military Commissions Act (MCA) relative al procedimento giurisdizionale dinanzi alle corti militari, tale norma è incompatibile, ad avviso della Corte, con la *Suspension Clause*.

⁴⁷¹ M. DONINI, *Il terrorista-straniero come nemico e le contraddizioni di una giurisdizione penale di lotta*, in *Quaderni fiorentini* 209, n. 38, 1699

ne nazionale di apprezzamento⁴⁷² di cui all'art. 15 CEDU ha ribadito la non comprimibilità di taluni diritti fondamentali quali quello all'immunità dalla tortura e dal refoulement⁴⁷³, il principio di legalità penale e il nucleo essenziale delle garanzie del due process of law. In relazione a tale ultimo aspetto è significativa l'estensione, operata dalla Corte (cfr., ad es., 13.11.2007, Bocellari e Rizza c. Italia; 5.1.2010, Bongiorno c. Italia), di tali garanzie anche al procedimento di prevenzione disciplinato in Italia dagli artt. 4 l. 1423/1956 e 2-ter l. 575/1965, con sentenze il cui contenuto è stato infine recepito da Corte cost., 93/2010, la

⁴⁷² Le principali pronunce nel cui ambito è stato enunciato questo principio sono: Commissione europea dei diritti umani, decisione 2.10.1958, Grecia v. Regno Unito, Annuaire, 2, 175; EAD., rapporto del 19.12.1959, Lawless v. Irlanda, Serie B, 1960-1961, 9 ss.; Corte europea dei diritti umani, De Wilde, Ooms e Versyp v. Belgio, 8.6.1971; EAD., Irlanda v. Regno Unito, 18.1.1978; EAD., Brannigan e Mc Bride v. Regno Unito, 26.5.1993; EAD., Murray v. Regno Unito, 28.10.1994; Brogan v. Regno Unito, 29.11.1988; Aksoy v. Turchia, 26.9.1997; Sakik v. Turchia, 26.9.1997; Demir et al v. Turchia, 23.9.1998; Marshall v. Regno Unito, 10.7.2001 (sia pur nell'ambito di una pronuncia di irricevibilità) e, sia pur con alcuni distinguo, Klass v. RFA, 6.9.1978. Per un'applicazione del criterio del margine nazionale di apprezzamento in materia di rito camerale (e conseguentemente di deroga al principio della pubblicità delle udienze) nei procedimenti di prevenzione e rispettivamente, in materia di regime penitenziario di cui all'art. 41-bis l. 3547/1975, cfr.: Corte EDU, 7.6.2005, Morabito c. Italia; 28.10.2004, Bocellari c. Italia; 16.3.2006, Rizza c. Italia; 11.7.2002, Goc c. Turchia; 22.2.1994, Raimondo c. Italia e rispettivamente: Corte EDU, 13.11.2007, Schiavone c. Italia e Attanasio c. Italia; Öcalan c. Turchia [GC], no 46221/99, § 191, CEDH 2005-IV, e Ramirez Sanchez c. Francia [GC], no 59450/00, § 123, 4 luglio 2006; Valašinas c. Lituania, no 44558/98, § 117, CEDH 2001-VIII, e Iwanczuk c. Polonia, no 25196/94, § 59, 15 novembre 2001; McLeod c. Regno Unito, sentenza del 23 settembre 1998, Recueil des arrêts et décisions 1998-VII, p. 2791, § 52. In merito al marginale nazionale di apprezzamento circa la presunzione di pericolosità prevista dall'art. 275 comma 3 c.p.p. cfr. Corte EDU, 6.11.2003, Pantano c. Italia; 6.4.2000, Labita c. Italia. Su questo tema, cfr., ad es., E. FRONZA, *Legislazione antiterrorismo e deroghe ai diritti fondamentali: riflessioni sulla teoria del "margine nazionale di apprezzamento"*, *Studi sulla questione criminale*, 2006, n.2, 31 ss.; G. FIANDACA, *Diritto penale del nemico, etc., cit.*, 192 ss.; M.A.CASEY, *Community Standards and the Margin of Appreciation*, *Human Rights Law Journal*, 2004, XXV, 1-4, 10 ss.; P. MAHONEY, *Marvellous Richness of Diversity or Invidious Cultural Relativism?*, *ibid.*, 1998, XIX, n.1, 1 ss.; I. WINISDOERFFER, *The Margin of Appreciation and Article 1 of Protocol no.1*, *ibid.*, 1998, XIX, 1, 18 ss.; O.GROSS-F. NI AOLAÍN, *From Discretion to Scrutiny: Revisiting the Application of the Margin of Appreciation Doctrine in the Context of Article 15 of the European Convention of Human Rights*, in *Human Rights Quarterly*, 2001, n. 3, 625 ss.; E. KASTANAS, *unite et diversité: notions autonomes et marge d'appréciation des états dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 1996, spec. 32 ss.; J.A. SWEENEY, *Margins of Appreciation: Cultural Relativity and the European Court of Human Rights in the Post-Cold War Era*, *International and Comparative Law Quarterly*, 2005, LIV, n.2, 459 ss.; F. TULKENS-L. DONEY, *L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme. Paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature?*, *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, 2006, XXII, n.1, 3 ss.. Sul margine nazionale di apprezzamento cfr., nella giurisprudenza interna, da ultimo, Corte cost., sentt. 311 e 317/2009.

⁴⁷³ CEDU, sent. 20 febbraio 1991, *Cruz Varas and others v. Sweden* (Applications no. 46/1990/237/307); CEDU, sent. 11 luglio 2000, *Jabari v. Turkey* (application no. 40035/98); CEDU, sent. 15 novembre 1996, *Chahal v. the United Kingdom* (Application n. 22414/93); CEDU, sent. 15 Novembre 1996, *Chahal v. the United Kingdom* (Application n. 22414/93); CEDU, Naseem Saadi v. Italia, appl. N. 37201/2006. La Corte ha precisato (sent. 29 aprile 1997, *H.L.R. v. France* (24573/94), par. 39) che l'art. 3 si applica anche nel caso in cui la causa del rischio non derivi da azioni compiute da autorità pubbliche ma da persone o gruppi di persone private, come un'organizzazione criminale. Spetterà ovviamente al ricorrente dimostrare la fondatezza del rischio alla stregua di un criterio di prognosi anche postuma, valutando a tal fine se le autorità dello Stato di destinazione non siano in grado di evitare tale rischio, garantendo la protezione adeguata

quale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di tali articoli, “nella parte in cui non consentono che, su istanza degli interessati, il procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione si svolga, davanti al tribunale e alla corte d'appello, nelle forme dell'udienza pubblica”.

Ancora in relazione alla giurisprudenza delle corti sovranazionali e in particolare della Corte di giustizia Ue, si ricordino la sentenza Kadi e al Barakaat del settembre 2008 (su cui v. infra), che ha dichiarato l'illegittimità (tra l'altro per violazione del diritto di difesa) di un regolamento attuativo di decisioni del Consiglio di sicurezza Onu che consentiva il congelamento dei beni delle persone fisiche e giuridiche incluse nelle blacklist in assenza di adeguate garanzie giurisdizionali o alla citata sentenza sui PNR. E si ricordi ancora (ancorché si tratti di organo non giurisdizionale) la Risoluzione del Parlamento europeo del 21 agosto 2003, in cui si raccomanda agli Stati membri di introdurre una clausola di revisione nella legislazione antiterrorismo dopo un ragionevole lasso di tempo, al fine di evitare la “normalizzazione dell'emergenza” introducendo ‘a regime’ norme limitative di diritti e libertà civili, così da valutarne periodicamente la perdurante necessità e proporzionalità.

Per quanto concerne la giurisprudenza nazionale si pensi ad es. alla negazione, da parte dell'House of Lords dell'8 dicembre 2005⁴⁷⁴, della acquisibilità di materiale probatorio ottenuto mediante tortura; alla garanzia del due process of law anche in relazione ai control orders⁴⁷⁵ (provvedimenti amministrativi fortemente limitativi della libertà personale di sospetti terroristi non processabili a causa della segretezza imposta sulle fonti di prova a loro carico); alla declaratoria di incostituzionalità della norma retroattiva della legge francese che autorizza la custodia di sicurezza, anche a vita, in centri di ritenzione socio-medico-giudiziari in seguito all'espiazione della pena per gli autori di gravi reati⁴⁷⁶; al BVerG che al

⁴⁷⁴ House of Lords, Session 2005-2006, [2005] UKHL 71, A (FC) and others (FC) (Appellants) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent) (2004), A and Others v. Secretary of State for the Home Department (Respondent), (Conjoined Appeals), 8. 12.2005, in www.publications.parliament.uk. Sul punto, vds. G. DI PAOLO, *Una recente decisione della House of Lords inglese sul divieto di utilizzo di prove ottenute tramite la tortura*, in *Cass. Pen.*, 2006, n. 7-8, 1970 ss..

⁴⁷⁵ Secretary of State for the Home Department v. JJ [2007], UKHL 45 [2007] 3, W.L.R., 642; Secretary of State for the Home Department v. MB; Secretary of State for the Home Department v. AF [2007], UKHL 46 [2007] 3, W.L.R., 681; Secretary of State for the Home Department v. E [2007], UKHL 47 [2007] 3, W.L.R., 720.

⁴⁷⁶ Cons. Const., dec. 2008/562. Ne ha parlato L. VIOLANTE nell'ambito del Convegno organizzato dalla Fondazione Italianeuropei il 24 febbraio 2010 in occasione della presentazione del fascicolo della Rivista dedicato alle riforme del processo penale.

fine di limitare la sfera di applicazione delle intercettazioni ambientali ha richiamato, con la decisione del 3 marzo 2004, l'esigenza di un'interpretazione pregnante del diritto alla riservatezza e alla dignità. Ancora, il valore della dignità, sancito all'art. 1 della Costituzione tedesca, è stato determinante nella declaratoria di incostituzionalità della "Luftsicherheitsgesetz" del 15 febbraio 2006, secondo cui il Ministro della difesa avrebbe potuto autorizzare l'uso delle forze armate, anche aprendo il fuoco, contro aerei civili dirottati e suscettibili di essere scagliati contro persone o zone abitate. E infine, il BVerfG con decisione del 2 marzo 2010 ha ritenuto che le norme introdotte dalla legge di modifica della sorveglianza delle telecomunicazioni (Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung) del 21 dicembre 2007, che prevedono la conservazione per 6 mesi, ad opera dei fornitori di servizi di TLC accessibili al pubblico, dei dati di traffico che consentono di ricostruire chi ha comunicato o ha provato a comunicare con chi, da dove, quando e per quanto tempo, violano l'art. 10 della Costituzione (relativo al segreto postale e della corrispondenza). L'incostituzionalità è stata rilevata non nell'obbligo di conservazione dei dati in sé, ma nella violazione del principio di proporzionalità. Le disposizioni in questione non garantiscono infatti la sicurezza dei dati né adeguate limitazioni del loro uso, né i requisiti costituzionali della trasparenza e della tutela in giudizio. Le disposizioni sono perciò incostituzionali ed annullate.

Per l'Italia, ove la legislazione non ha introdotto simili norme, non va trascurato il rilievo della giurisprudenza costituzionale formatasi sulle norme antiterrorismo degli anni di piombo (ad es. il decreto Cossiga, d.l. 625/1979 che prolungava i termini della carcerazione preventiva), che ribadendo come nel nostro ordinamento l'emergenza (connessa a fenomeni criminali di particolare rilievo) non costituisce fonte del diritto, ha utilizzato tale parametro nello scrutinio di ragionevolezza, conducendo anche a sentenze di 'incostituzionalità differita', che se da un lato hanno lanciato un monito al legislatore circa l'eccezionalità delle limitazioni dei diritti previste, dall'altro hanno le hanno giustificate proprio in ragione del carattere temporaneo della misura (cfr., ad es., Corte cost., sentt. 15/1982; 29/1979; 87 e 88/1976), contestualmente invitando i giudici a un'interpretazione appunto costituzionalmente orientata delle norme di riferimento.

Tuttavia, anche l'approccio europeo al terrorismo presenta dei rischi: in primo luogo perché non involge integralmente la strategia di contrasto al terrorismo – caratterizzato, sia pur in parte, da una tendenza alla degiurisdizionalizzazione – e in secondo luogo perché rischia di introdurre nel sistema penale distorsioni suscettibili di espandersi, poi, ad altri settori.

Con riguardo al primo profilo si ricordino ad es., (oltre alla connivenza delle autorità di molti Paesi europei nelle extraordinary renditions⁴⁷⁷), nel Regno Unito, i control orders sanciti dall'Anti Terrorism Act del 2005; la giurisprudenza (poi smentita da House of Lords, dic. 2005, cit.) volta ad attribuire rilevanza processuale a torture evidences e a fonti di intelligence non soggette a disclosure; il fermo di sospetti terroristi protratto sino a 28 giorni⁴⁷⁸ (corrispondente alla garde à vue francese, che consente alla polizia di detenere e interrogare per 4 giorni i sospetti terroristi in assenza dell'intervento del difensore e del giudice); in Germania il conferimento alla polizia del potere di disporre la trattazione massiva di dati personali (Rasterfahndung⁴⁷⁹) e le disposizioni estensive dei poteri investigativi della polizia, soprattutto di frontiera e dei servizi di sicurezza, nei confronti di banche, providers, società finanziarie, compagnie aeree, consentendo la data retention anche in deroga

⁴⁷⁷ Pratiche fortemente criticate tuttavia dal Parlamento Europeo che, con la Risoluzione del 14.2.2007 sul "presunto uso dei Paesi europei da parte della CIA per il trasporto e la detenzione illegali di prigionieri" (2006/2200 INI) ha ribadito l'inviolabilità della dignità umana e dei principi affermati dalla CEDU. La medesima posizione è stata ribadita in un'analoga Risoluzione del 19.2.2009, che esorta "l'Unione europea, gli Stati membri e le autorità statunitensi a svolgere indagini e a fare piena luce sugli abusi e le violazioni commessi nel contesto della "guerra al terrorismo" e concernenti il diritto umanitario internazionale e nazionale, le libertà fondamentali, la proibizione della tortura e dei maltrattamenti, le sparizioni forzate e il diritto a un processo equo, al fine di individuare le responsabilità per quanto riguarda i centri di detenzione segreti(..) e il programma di consegne straordinarie (..) e di garantire che la lotta al terrorismo venga condotta senza violare i diritti umani, le libertà fondamentali, la democrazia e lo Stato di diritto". Non dissimile la posizione assunta nella Risoluzione sulla situazione dei diritti fondamentali nell'Unione Europea 2004-2008 del 14.1.2009. anche il Consiglio d'Europa, prima nel giugno 2006 e quindi con il rapporto del 7 giugno 2007, nonché con la Risoluzione n. 1562 e la Raccomandazione n. 1801 del 27 giugno 2007 ha condannato la prassi delle extraordinary renditions e l'uso del segreto di Stato per coprire così gravi violazioni dei diritti umani.

⁴⁷⁸ Che Gordon Brown voleva prolungare sino a 42 gg. La proposta di legge, approvata nel giugno 2008 dall'House of Commons, fu poi respinta nell'ottobre successivo dalla House of Lords. Per la proroga a 28 giorni si è invocata la deroga ex art. 15 CEDU. La Special Immigration Appeal Commission (SIAC) ha tuttavia dichiarato illegittima tale norma, per la discriminazione operata nei cfr degli stranieri.

⁴⁷⁹ Forma di controllo preventivo di polizia già largamente usato in Germania dagli anni '70, per la lotta al terrorismo interno, che in conseguenza del grave attentato dell'11 settembre 2001 alle Torri Gemelle, era stato da molti legislatori statali (Berlino, Hessen, Nordrhein-Westfalen) ulteriormente potenziato nell'intento di poter individuare e neutralizzare potenziali terroristi "infiltrati" nella società civile tedesca, in attesa di passare all'azione. La relativa disciplina è stata dichiarata parzialmente incostituzionale dal BVerG con sent. 4 aprile 2006

alle norme sulla protezione dei dati personali e sul segreto bancario⁴⁸⁰. E si pensi alla generale previsione di espulsioni amministrative di stranieri sospettati di terrorismo, prive di convalida giurisdizionale e non sospendibili dal giudice⁴⁸¹ (es. art. 3 d.l. 144/2005, convertito, con modificazioni, dalla l. 155/2005, più volte censurato dalla CEDU per violazione dei principi del corretto processo e del divieto di *refoulement*, aggirato mediante la prassi delle *diplomatic assurances*).

E per quanto concerne l'Italia si pensi ai dd.ll. 144/2005 e 92/2008, che hanno previsto: l'estensione, operata già dal d.l. 374/2001, convertito, con modificazioni, dalla l. 438/2001, delle misure di prevenzione personali (artt. 2, 3 e 4 l. 1423/1956, nonché l. 575/1965, come modificati da ultimo dalla l. 94/2009) e patrimoniali (artt. 2-bis ss. l. 575/1965, come modificato da ultimo dal d.l. 92/2008, convertito, con modificazioni, dalla l. 125/2008 e dalla l. 94/2009) rispetto a coloro che realizzino "atti preparatori, obiettivamente rilevanti, diretti(...) alla commissione dei reati con finalità di terrorismo anche internazionale"; l'acquisizione dei dati relativi al traffico telefonico e telematico in base al mero decreto motivato del pubblico ministero, in deroga all'art.132, co.3, d.lgs.196/2003, che (allora) richiedeva invece l'intervento del giudice (art. 6 d.l. 144/2005); intercettazioni telefoniche, telematiche e ambientali preventive di competenza degli organi amministrativi e di intelligence sulla base della mera autorizzazione del Procuratore generale presso la Corte d'appello e prive di valenza probatoria e processuale (art. 226 disp. att.c.p.p., come modificato dall'art. 4 d.l. 144: l'atto motivato dell'autorità giudiziaria di cui all'art. 15, cpv., Cost., è

⁴⁸⁰ L'esigenza di limitare il più possibile il conferimento alla polizia del potere di disporre misure limitative del diritto alla riservatezza ha peraltro indotto la Corte costituzionale tedesca a dichiarare, con sentenza resa il 27 luglio 2005, l'illegittimità di una legge del Land Niedersachsen che autorizzava le autorità di pubblica sicurezza all'acquisizione e alla conservazione di dati personali e in particolare dei dati di traffico, per violazione del principio di proporzionalità e sussidiarietà delle misure (avendo peraltro il Bund disciplinato esaustivamente la materia) nonché del diritto alla riservatezza individuale, non essendo state previste misure adeguate a tutela della *privacy*.

⁴⁸¹ Il d.l. 144/2005 ha inoltre previsto la sospensione del ricorso avverso il provvedimento di espulsione qualora la decisione dipenda dalla cognizione di atti per i quali sussiste il segreto d'indagine o il segreto di Stato, sino a quando l'atto o i contenuti essenziali dello stesso non possono essere comunicati al tribunale amministrativo, prevedendosi che il TAR decida allo stato degli atti se, dopo il decorso di due anni, l'amministrazione non abbia provveduto, nel termine fissato dal giudice, a produrre nuovi elementi per la decisione o a revocare il provvedimento impugnato. Tale norma dimostra il rilievo che il ricorso – frequente soprattutto nei procedimenti per terrorismo – a fonti di prova spesso coperte da segreto di Stato assume, anche ai sensi della legge 124/2007, non solo rispetto al diritto di difesa e al contraddittorio sulla prova, ma anche alla valutazione giudiziale degli elementi probatori.

qui degradato ad autorizzazione del pubblico ministero⁴⁸²); nuove fattispecie di ammissibilità delle operazioni sotto copertura e delle attività degli agenti provocatori di competenza della polizia, che giungono sino a provocare al reato cittadini innocenti, per acquisire prove da portare in giudizio (art.7-bis d.l. 144/2005; v. poi art. 9 l. 146/2006 sul crimine transnazionale); ulteriori casi di misure di prevenzione personali e reali (artt. 14 d.l. 144/2005 e l. d.l. 92/2008, convertito, con modificazioni, dalla l. 125/2008); ampliamento dei poteri di intervento autonomo, anche precautelare, della polizia giudiziaria e l'estensione da 12 a 24 ore della durata del fermo per identificazione personale (art. 10 d.l. 144/2005); l'impiego delle forze dell'ordine in compiti di controllo del territorio, attività di pubblica sicurezza e "prevenzione della criminalità" che a volte sconfinano nell'ambito delle funzioni della polizia giudiziaria, come avviene a proposito dell'identificazione e della perquisizione personali (art. 7-bis d.l. 92/2008, ma anche art. 18-bis d.l. 144/2005); l'attribuzione al prefetto della competenza in ordine alla sospensione, all'omissione o alla revoca di provvedimenti espulsivi, sulla base della valutazione dal medesimo effettuata, di esigenze che pur appaiono di natura strettamente giudiziaria (art.3, comma 3, d.l. 144); ma anche la prevista impossibilità di deporre su fatti coperti da segreto di Stato finanche per gli imputati, che finisce con il conferire al Governo (e al Presidente del Consiglio, quale responsabile della politica di sicurezza) un potere di non poco momento e un condizionamento significativo finanche in ordine all'accertamento dei reati (art. 41 l. 124/2007, su cui cfr. Corte cost., sent. 106/2009); allo scioglimento cautelativo- pur soggetto a convalida giudiziale- da parte del Presidente del Consiglio dei Ministri di organizzazioni, di associazioni, movimenti o gruppi ritenute idonee a favorire la commissione di reati di terrorismo (con un procedimento analogo a quello di cui alla l. 17/1982), nonché allo scioglimento governativo degli stessi gruppi in seguito a condanna per terrorismo (art.3, c. 34, l.94/2009).

Si pensi infine al rilievo attribuito da regolamenti comunitari di recepimento di decisioni del Consiglio di sicurezza ONU all'inserimento nelle black lists di soggetti sospettati di terrorismo ai fini dell'emanazione di provvedimenti di congelamento di beni (freezing) in assenza della possibilità per l'interessato di conoscere gli elementi a carico (in quanto provenienti da fonti segrete) e di potersi difendere dinanzi a un giudice. Sul punto la stessa

⁴⁸² M. DONINI, *o. l. u.c.*

Corte di giustizia, con la sentenza Kadi e al Barakaat del settembre 2008 ha dichiarato l'illegittimità di un siffatto regolamento, perché lesivo dei diritti di proprietà, alla difesa e alla tutela giurisdizionale nei confronti dei soggetti inclusi nelle liste. Proprio nel diritto alla difesa, anche nei confronti di sospetti terroristi, la Corte ha individuato una sorta di contro-limite all'ingresso del diritto internazionale nell'ordinamento comunitario, ribadendo una caratteristica tipicamente europea (in particolare continentale) dell'approccio al terrorismo, ossia una resilience, più forte che negli Usa, dei principi dello Stato di diritto rispetto alle torsioni imposte dal contrasto a questa forma, tutta particolare, di criminalità.

E tuttavia, l'approccio europeo al terrorismo – pur preferibile a quello Usa- presenta un'ulteriore criticità: il rischio, cioè, di estendere le deroghe ai principi essenziali del diritto penale e delle garanzie⁴⁸³ anche a settori diversi, individuati (discrezionalmente) dal legislatore sulla base di esigenze di sicurezza e contrasto all'allarme sociale asseritamente prodotti da tali reati, con una sorta di espansione di quello che potremmo definire diritto penale del nemico.

4. Forme di diritto penale del nemico nelle norme italiane più recenti

Sbaglieremmo quindi se pensassimo che le deroghe ad alcuni principi fondamentali dell'ordinamento e del diritto penale in particolare, siano limitate al solo settore del terrorismo. Infatti soprattutto di recente, e non solo in Italia, si moltiplicano le norme (in particolare, ma non solo penali) che in nome di esigenze di 'sicurezza' o di contrasto a fenomeni di

⁴⁸³ Oltre alle garanzie del *due process of law*, ai diritti fondamentali che devono essere assicurati anche in carcere se si vuole che la pena svolga davvero una finalità rieducativa, si pensi ad es., sul terreno sostanziale, al principio di tassatività, colpevolezza per il fatto, materialità e offensività, di dubbia compatibilità con fattispecie quali ad es. quella di cui al 270-quinquies c.p. che punisce anche l'addestramento passivo ad attività con fini di terrorismo anche internazionale; delitto cui si estende la cospirazione politica mediante accordo (art. 304 c.p.). Si consideri infine che l'AS 852 (Ratifica della Convenzione CdE per la prevenzione del terrorismo, Varsavia, 16 maggio 2005) introduce all'art. 270-octies un delitto di istigazione al terrorismo (soggetto alla condizione di procedibilità della richiesta del Ministro della giustizia), che incrimina con la reclusione da 2 a 6 anni l'incitamento, anche indiretto, alla commissione di atti di terrorismo o eversivi, "cagionandone il pericolo". La condizione obiettiva di punibilità perde il suo valore selettivo in quanto legata alla verifica di un mero rischio, finendo quasi per limitarsi a conferire valor di pericolo concreto alla fattispecie. In merito al ricorso ai "filtri politici" (in questo caso funzionali al bilanciamento tra criminalizzazione dell'avversario nei casi più gravi e necessità operative) all'apertura di indagini si consideri, ancorché in relazione ai caveat imposti ai nostri militari all'estero, alla richiesta dei Ministri della difesa e della giustizia per reati commessi dallo straniero in danno di militari italiani, cfr. art. 5 d.l. 209/08 (convertito, con modificazioni, dalla l. 12/2009; art. 7 d.l. 1/010).

particolare 'allarme sociale' introducono sotto-sistemi di disciplina del tutto peculiari e caratterizzati da deroghe, più o meno intense, al diritto comune e in alcuni casi anche a principi fondamentali in materia penale-sanzionatoria.

Nella presente legislatura infatti, con vari provvedimenti (quasi tutti decreti-legge) si sono previste norme quali, in primo luogo (d.l. 11/2009, convertito, con modificazioni, dalla l. 38/2009, meglio noto come decreto-legge sullo stalking) l'estensione della c.d. custodia cautelare obbligatoria (o meglio, la presunzione di necessità della misura custodiale di cui all'art. 275, c.3, c.p.p.) ben oltre la sfera dei delitti c.d. di mafia, sino a ricomprendere reati certamente gravi ma, oltre che monosoggettivi, non caratterizzati dalle peculiarità proprie invece dei delitti di mafia, sulla cui rilevanza si fondava la disciplina originaria del 275, c.3, c.p.p.. Si introduce infatti sia l'obbligatorietà sia dell'arresto in flagranza per i delitti di violenza sessuale, di gruppo e monosoggettiva (salvi i casi di minore gravità), sia della custodia cautelare per questi reati, nonché per quelli di pornografia e prostituzione minorili, iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile (c.d. turismo sessuale) e atti sessuali con minore ultrasedicenne. Tale disposizione estende quindi la presunzione di adeguatezza della sola custodia cautelare (sempre che ovviamente sussistano le esigenze cautelari), prevista per i soli delitti di mafia a fattispecie che nulla hanno a che vedere con questi ultimi, né con la ratio della norma originaria, che – come si è evidenziato già in relazione alla 'legge Valpreda'- mira essenzialmente a sollevare il giudice dall'onere di motivare la scelta della misura custodiale, proteggendolo da indebite pressioni dei clan di appartenenza dell'imputato⁴⁸⁴. Tale norma, fino al 2009 limitata ai soli delitti di mafia, è stata più volte impugnata dinanzi alla Consulta e alla CEDU per violazione dei principi di ragionevolezza, uguaglianza, diritto all'equo processo e diritto alla difesa, nonché della presunzione di innocenza (la Consulta però ha ritenuto che tale principio non sia di per sé violato dalla custodia cautelare, nella misura in cui essa risponda ad esigenze strettamente processuali e non rappresenti invece un'anticipazione della pena). Entrambe le Corti hanno 'salvato' tale norma (figlia del vecchio mandato di cattura obbligatorio) solo in quanto limitata esclusivamente ai delitti di mafia. E' infatti evidente l'irragionevolezza di una disciplina, quale

⁴⁸⁴ Sul tema della custodia cautelare e del rapporto tra libertà personale e poteri coercitivi dello Stato, cfr. GIUL. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, 200 ss..

quella di cui all'art. 275, comma 3, c.p.p., fondata sull'opzione secca tra custodia cautelare in carcere (presunta come misura adeguata nei confronti dell'imputato raggiunto da gravi indizi di colpevolezza per delitti di mafia) e assenza di ogni altra misura in presenza della prova positiva in ordine alla totale insussistenza di esigenze cautelari; caso nel quale il giudice non potrebbe applicare una misura più tenue della detenzione ante iudicium, essendo quindi costretto a scegliere tra misura custodiale e libertà⁴⁸⁵.

Con l'ordinanza 450/1995 la Consulta ha sostanzialmente 'salvato' la disciplina di cui al comma 3 dell'art. 275 c.p.p. e se da un lato ha precluso, pro futuro, la possibilità di introdurre presunzioni assolute di sussistenza del periculum libertatis - affermando che "la sussistenza in concreto di una o più delle esigenze cautelari prefigurate dalla legge (l'an della cautela) non può, per definizione, prescindere dall'accertamento della loro effettiva ricorrenza di volta in volta" - dall'altro non ha ravvisato profili d'illegittimità in relazione alla presunzione assoluta dell'adeguatezza della custodia cautelare, ovvero al quomodo della cautela, sempre che la disciplina risponda a criteri di ragionevolezza.

Afferma infatti la Corte che la scelta del tipo di misura, rilevata come necessaria in concreto, non impone "ex se l'attribuzione al giudice di analogo potere di apprezzamento, ben potendo essere effettuata in termini generali dal legislatore, nel rispetto della ragionevolezza della scelta e del corretto bilanciamento dei valori costituzionali coinvolti". Tuttavia, nella scelta della Consulta di 'salvare' la norma in esame è stata determinante la considerazione della sua limitazione esclusivamente a imputati per delitti di particolare efferatezza, quali quelli di mafia. La Consulta ha infatti ritenuto non illegittima per violazione del principio di ragionevolezza la disciplina differenziata prevista dal comma 3 dell'art. 275 c.p.p. in quanto limitata ai soli delitti di mafia, osservando come "la delimitazione della norma all'area dei delitti di criminalità organizzata di tipo mafioso (...) rende manifesta la non irragionevolezza dell'esercizio della discrezionalità legislativa, atteso il coefficiente di pericolosi-

⁴⁸⁵ Ne consegue inoltre un regime differenziato anche in ordine alla motivazione richiesta al giudice circa la decisione *de libertate*. Infatti, almeno secondo l'indirizzo prevalente, il provvedimento di applicazione o conferma della custodia cautelare in carcere di soggetto gravemente indiziato di delitti di mafia non necessita di specifica motivazione ulteriore rispetto alla mera constatazione dell'inesistenza di elementi tali da vincere la presunzione relativa di pericolosità, salva la dimostrazione dell'inidoneità delle circostanze eventualmente allagate dalla difesa a revocare in dubbio tale presunzione.

tà per le condizioni di base della convivenza e della sicurezza collettiva che agli illeciti di quel genere è connaturato”.

Analoghe considerazioni hanno consentito alla CEDU (sent. Pantano del 2003) di non censurare la norma, solo in quanto limitata a delitti particolarmente efferati e pervasivi come quelli di mafia. E' quindi evidente che estendere la custodia cautelare obbligatoria anche a reati monosoggettivi che, nonostante la loro gravità, non sono sintomatici dell'appartenenza dell'autore a gruppi criminali organizzati, ovvero a delitti (quali quelli di pedopornografia, ad es.) che sono stati attribuiti alle procure distrettuali non certo per la loro gravità ma per mere esigenze di coordinamento delle indagini, contrasta con gli artt. 3, 24, 111 Cost., nonché con l'art. 6 CEDU (corretto processo).

Appare quindi pienamente coerente con tali precedenti la sentenza n. 265 del 2010 della Corte costituzionale, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 275, comma 3, secondo e terzo periodo, c.p.p., come modificato dall'articolo 2 del decreto-legge 23 febbraio 2009, n. 11, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 aprile 2009, n. 38, nella parte in cui – nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti di cui agli articoli 600-bis, primo comma, 609-bis e 609-quater del codice penale, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure. Non si ravvisano infatti, ad avviso della Corte, in relazione ai suddetti delitti (strutturalmente monosoggettivi), quelle esigenze eccezionali correlate ai delitti associativi di tipo mafioso, che consentono di derogare al principio del minore sacrificio necessario cui s'ispira il sistema della custodia cautelare.

La maggior parte dei reati introdotti nel 275, c.3., nel 2009, è stata attratta dallo stesso decreto-legge nella categoria dei reati ostativi di cui all'art. 4-bis primo periodo l. 354/1975, per i quali le misure alternative sono concesse soltanto se l'imputato o il detenuto collabora con la giustizia. Ora - a prescindere dalla dubbia legittimità costituzionale della norma in sé, proprio il riferimento alla collaborazione evidenzia l'irragionevolezza della novella proposta, che estende una disciplina modellata sulle caratteristiche dei delitti di criminalità organizzata, che mancano nel caso dei delitti a sfondo sessuale. Infatti, se relativamente alla prima categoria la subordinazione della concessione dei benefici penitenziari alla collabora-

zione si spiega con l'esigenza di destrutturare dall'interno l'organizzazione criminale di riferimento attraverso la dissociazione e il contributo fornito alle indagini dal 'pentito', in relazione a delitti – quali quelli sessuali – monosoggettivi e comunque svincolati da gruppi criminali organizzati, tale limitazione e la correlativa subordinazione dei benefici penitenziari alla collaborazione rischia di avere davvero poco senso. Vanno infine sottolineate le ulteriori conseguenze suscettibili di derivare dalla ricomprensione dei delitti sessuali all'interno della categoria dei reati ostativi di cui al primo periodo dell'art. 4-bis o.p., in termini di applicabilità del regime penitenziario speciale di cui all'art. 41-bis qualora ricorrano, ovviamente, i presupposti ulteriori previsti dal comma 2⁴⁸⁶. Ai nuovi delitti ricompresi nell'art. 4-bis l. 354/1975 non si applica inoltre la sospensione automatica dell'esecuzione della pena, in virtù del rinvio formale, non recettizio (Cass., SS.UU., 30.5.2006, Pm in c. D'Aloi) all'art. 4-bis, contenuto nel comma 9 dell'art. 656 c.p.p.

La legge n. 94/2009 ha previsto – peraltro con un voto quasi unanime in Parlamento – un ulteriore inasprimento del regime del 41-bis l. 354/1975⁴⁸⁷ che ha esteso la durata del provvedimento ministeriale e delle sue proroghe, precisando peraltro che il mero decorso del tempo non costituisce, di per sé, elemento sufficiente per escludere la capacità di mantenere i collegamenti con l'associazione o per dimostrare il venir meno dell'operatività della stessa e si è esclusa la possibilità di revoca, anche d'ufficio, del provvedimento, da parte del Ministro della giustizia qualora, prima della scadenza, vengano meno le condizioni che hanno determinato l'adozione o la proroga. Inoltre, la novella ha escluso la scindibilità del cumulo giuridico delle pene irrogate per il reato continuato, per «isolare» le condanne per i delitti di cui all'art. 4-bis l. 354/1975, annullando il regime penitenziario speciale per la par-

⁴⁸⁶ Tale scelta del legislatore si inserisce in un solco già tracciato da anni dalla politica penale, secondo una tendenza destinata a radicarsi in tale contesto. Tendenza alla cui stregua, a seconda della emergenza del momento e delle richieste di «penalità» di volta in volta prevalenti, si individuano i reati di maggior allarme sociale come ostativi alla concessione dei benefici penitenziari, spostandone la collocazione in una fascia o nell'altra dell'art. 4-bis, conformemente al regime ritenuto più idoneo ad assicurare un'esecuzione della pena improntata alla segregazione, presumendosi che per alcuni «tipi di autore», per i quali si sancisce una presunzione pressoché assoluta di pericolosità, la rieducazione non sia possibile, o comunque rappresenti un *privilegio* non dovuto. Di modo che basterebbe rifarsi al criterio discrezionale adottato nell'art. 4-bis per individuare le figure di criminali per cui l'ordinamento italiano prefigura un «diritto penale del nemico», destinato ad escludere e non a rieducare, mediante l'irrogazione di una pena orientata prevalentemente a finalità di difesa sociale, *selective incapacitation*, di dubbia compatibilità non solo con il principio di eguaglianza nell'esecuzione della pena, ma soprattutto con la dignità e con il divieto di strumentalizzazione della persona per fini che la trascendano.

⁴⁸⁷ Su cui cfr. E. NICOSIA, *Il c.d. 41-bis è una forma di tortura o trattamento crudele, inumano o degradante?*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2009, 1240 ss.,

te di pena relativa a reati comuni, in controtendenza rispetto a SS.UU., 30.6.1999, Ronga. Ma soprattutto, la novella, ridefinendo il contenuto dei provvedimenti ministeriali, ha ulteriormente ridotto le possibilità per questi detenuti di esercitare taluni diritti fondamentali. Si è infatti in primo luogo escluso ogni margine di discrezionalità in ordine alle misure restrittive imposte al detenuto, che dovranno quindi essere sempre applicate nella loro totalità; i colloqui mensili sono ridotti da due a uno e devono essere sempre sottoposti a controllo auditivo, a registrazione e a videoregistrazione; il colloquio telefonico mensile può essere autorizzato unicamente nei confronti dei detenuti che non effettuino colloqui de visu; con i difensori potrà effettuarsi, per massimo 3 volte a settimana, una telefonata o un colloquio della stessa durata di quelli previsti con i familiari; la permanenza all'aperto non potrà svolgersi in gruppi superiori a 4 persone e non potrà protrarsi per più di 2 ore al giorno (durata dimezzata rispetto alla disciplina previgente); disponendosi altresì che devono essere adottate tutte le necessarie misure di sicurezza anche attraverso accorgimenti logistici sui locali di detenzione, per assicurare l'assoluta impossibilità di comunicare tra detenuti appartenenti a diversi gruppi di socialità, scambiare oggetti e cuocere cibi.

Tali ulteriori restrizioni, che si sommano a quelle già previste dalla disciplina previgente, e che dovranno essere comunque tutte disposte – essendosi escluso ogni margine di discrezionalità in ordine alle misure applicabili – rischiano di irrigidire eccessivamente l'istituto, privandolo della necessaria flessibilità in rapporto alle effettive esigenze di prevenzione che dovrebbero legittimare l'adozione delle sole restrizioni effettivamente idonee e indispensabili allo scopo, senza ammettere limitazioni dei diritti e delle libertà dei detenuti a tal fine non necessarie. In assenza della necessaria individualizzazione del contenuto del provvedimento, infatti, l'istituto del 41-bis rischia di ridursi a misura dal carattere prevalentemente retributivo, a scapito delle reali funzioni special-preventive su cui invece esso si fonda.

Tali ulteriori restrizioni del regime penitenziario speciale appaiono tanto più gravi ove si consideri la giurisprudenza sulla compatibilità con la CEDU del regime penitenziario speciale, giunta in un caso addirittura a condannare l'Italia in proposito, sia pur limitatamente alla violazione del diritto alla segretezza della corrispondenza e dell'obbligo di motivazione del provvedimento applicativo della misura, redatto su moduli-fotocopia e dunque

in assenza di ogni considerazione in ordine alla adeguatezza della disciplina penitenziaria imposta rispetto alle caratteristiche del detenuto e della condizione di riferimento⁽⁴⁸⁸⁾. Decisioni importanti, soprattutto nel dimostrare come il regime del 41-bis sia disposto spesso in assenza di una effettiva valutazione di necessità e proporzionalità, alla stregua delle esigenze manifestatesi nel caso concreto e basato quindi su di una sorta di presunzione di pericolosità del detenuto derivante esclusivamente dal titolo di reato contestato ovvero, in relazione ai condannati, accertato.

Non possono poi sottacersi le disposizioni in materia di immigrazione. Sul punto certamente rilevano norme quali quelle che estendono da due a sei mesi il periodo massimo di trattenimento nei CIE (senza neppure le cautele previste dalla direttiva 2008/115/CE) o che ampliano l'area del "penale" in materia: dalla locazione di immobili a stranieri irregolari, agli obblighi sanzionati in capo ai titolari di servizi di money-transfer che non acquisiscano i documenti dei migranti, alla stessa configurazione come contravvenzione dell'ingresso o della permanenza irregolare nel territorio dello Stato (art. 10-bis dlgs. 286/1998, inserito dalla l. 94/2009, che rileva più che altro per le particolari disposizioni processuali di dubbia compatibilità con il diritto di difesa, consentendosi la procedibilità e quindi anche la possibilità di ottenere un proscioglimento nel merito solo qualora il migrante non sia espulso). Tali norme appaiono tanto più irragionevoli alla luce del monito rivolto dalla Consulta (sent. 22/2007) al legislatore, rilevando "l'opportunità di un sollecito intervento, volto ad eliminare gli squilibri, le sproporzioni e le disarmonie rilevate nella disciplina dell'immigrazione". Tuttavia, con sentenza 250/2010, la Consulta ha respinto le questioni di legittimità costituzionale sollevate in relazione alla norma in esame, disattese principalmente in nome della discrezionalità del legislatore nelle scelte di politica penale, non ravvisandosi lesione di quei principi di ragionevolezza e offensività che neppure le Camere, nella loro sovranità, possono violare, nella selezione delle condotte da incriminare. La Corte, in particolare, ha ritenuto non irragionevole la scelta di elevare da illecito amministrativo a penale l'ingresso e il soggiorno illegali in quanto funzionale alla finalità di gestione delle migrazioni, che costi-

⁽⁴⁸⁸⁾ Corte europea dir. uomo, 13 novembre 2007, *Asciutto c. Italia*. In merito alle pronunce con cui la Consulta ha tentato, soprattutto con sentenze interpretative di rigetto, di fornire un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 41 bis, riconducendolo ai principi fondativi del trattamento penitenziario, cfr., in particolare, le sentenze nn. 349 e 410 del 1993, 351 del 1996, 376 del 1997.

tuirebbe espressione peculiare di quella prerogativa essenziale della statualità consistente nel controllo del territorio.

La sentenza rappresenta tuttavia l'occasione, per la Corte, per fornire anche talune precisazioni rilevando da un lato che anche al reato di clandestinità si applicano le scriminanti generali e le cause di esclusione della colpevolezza, nonché la causa di improcedibilità per particolare tenuità del fatto prevista per i processi dinanzi al giudice di pace e il principio generale secondo cui "ad impossibilia nemo tenetur". Dall'altro lato, però, la Corte esclude che al reato di clandestinità possano applicarsi in funzione scriminante quelle più ampie ipotesi di giustificato motivo (es. impossibilità di recarsi alla frontiera) riconosciute per il reato di trattenimento ingiustificato nel territorio dello Stato, in quanto, diversamente da quest'ultimo, il primo non presuppone l'esecuzione dell'espulsione da parte dello stesso migrante.

Ma ciò che in materia rileva in maniera particolare è l'aggravante c.d. di clandestinità di cui al 61, c.I, n.11-bis) c.p. che, ancorché rimodulata nel tenore letterale⁴⁸⁹, sembrava inasprire il trattamento sanzionatorio davvero in virtù di una mera condizione personale anche del tutto estranea al reato-base (una sorta di responsabilità oggettiva o per la condotta di vita), più che di una circostanza oggettiva espressiva di per sé di disvalore penale. E ciò soprattutto prima dell'introduzione del reato di immigrazione illegale, come dimostra il rinvio degli atti ai giudici a quibus per una nuova valutazione, disposto dalla Consulta. Si consideri che con sent. 78/07 la Consulta aveva già dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 47, 48 e 50 o.p. per contrasto con gli artt. 2 e 27, c. III, Cost., che precludevano la concessione di misure alternative agli stranieri irregolari, rilevando come la clandestinità non possa costituire una condizione sintomatica di pericolosità sociale⁴⁹⁰. Significativamente e in coe-

⁴⁸⁹ Nella sua versione originaria, la norma richiama infatti "il fatto commesso da "soggetto che si trovi illegalmente sul territorio nazionale". La formulazione approvata dall'Aula in prima lettura e confermata nel testo definitivo ancora invece l'aggravante all' avere "*il colpevole commesso il fatto mentre si trova illegalmente sul territorio nazionale*". Certamente, rispetto alla versione originaria, la norma appare più omogenea alla formulazione delle altre aggravanti di cui all'art. 61 c.p., ove le varie circostanze previste si riferiscono alle modalità di realizzazione della condotta o alle sue finalità. La formulazione originaria della norma invece, si riferiva *tout court* alla condizione amministrativa dell'autore. Tale rilievo semantico, ritenuto da alcuni, nel corso dell'esame parlamentare, espressivo della natura discriminatoria dell'aggravante, ha indotto il Governo ad accettare la richiesta di riformulazione, sia pur parziale, dell'aggravante, ma la sostanza cambia poco. Infatti, l'aggravio di pena resta legato alla condizione amministrativa dell'autore del fatto e non ad esempio, come da alcuni proposto, alla inottemperanza dello straniero all'ordine di espulsione o allontanamento.

⁴⁹⁰ Come ben rileva M. DONINI, *Il terrorista-straniero etc., cit.*, 1712 ss.

renza con tali precedenti, la sent. 249/2010 della Consulta ha dichiarato incostituzionale la norma in esame, per violazione dei principi di ragionevolezza, offensività e materialità, rilevando peraltro come, con tale disposizione, la qualità di immigrato «irregolare» diventi uno «stigma», che «funge da premessa ad un trattamento penalistico differenziato del soggetto, (...) in base ad una presunzione assoluta, che identifica un «tipo di autore» assoggettato, sempre e comunque, ad un più severo trattamento».

E infine, ancorché in relazione al contrasto alla pirateria, si consideri l'art. 1 d.l. 61/2009 (convertito, con modificazioni, dalla l. 100/2009) che, peraltro conformemente ad Azioni comuni del Consiglio Ue, autorizza la detenzione a bordo del vettore militare delle persone che hanno commesso o che sono sospettate di aver commesso atti di pirateria, per la successiva consegna alle autorità keniate. Considerando che in questo caso si applica il regime giuridico dello stato di pace, il fermo dei pirati (che non hanno accesso all'a.g. né sono estradabili) finisce per rappresentare una detenzione amministrativa in contrasto con la riserva di giurisdizione di cui all'art. 13 Cost.

5. Poteri e garanzie nella strategia di contrasto al terrorismo

Certamente queste forme di disciplina speciale per alcuni reati (o tipi d'autore?: dal mafioso al sexual offender, dal migrante al recidivo) sono meno significative - sotto il profilo della deroga al 'diritto comune' - rispetto alla disciplina che caratterizza la legislazione anti-terrorismo, ma sottolineano comunque quella tendenza alla deformalizzazione del diritto penale in alcuni settori, che Jakobs ha definito diritto penale del nemico, con un'espressione che va certamente avversata (come osserva Ferrajoli⁴⁹¹) nella sua idoneità a legittimare tale tendenza di politica penale, ma che risulta comunque utile a individuarne la linea d'azione, per criticarne lo stesso fondamento, ossia che il diritto possa farsi strumento di 'lotta', costruendo categorie di non-persone sottratte alle garanzie e ai diritti riconosciuti ai 'cittadini'.

Ma una delle peculiarità essenziali della legislazione antiterrorismo consiste nella stretta correlazione tra le deroghe ai principi e alle garanzie del diritto penale e le alterazioni nel rapporto tra i poteri dello Stato, sottesi a tale normativa e caratterizzati da una margina-

⁴⁹¹ L. FERRAJOLI, *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, II. *Teoria della democrazia*, cit., 512.

lizzazione (non solo della giurisdizione, ma anche e soprattutto) delle Camere in favore del Governo.

Tendenza, questa, particolarmente evidente negli Usa, ove, con la Joint Resolution del 18.9. 2001 (Authorization for Use of Military Force), il Congresso si è di fatto spogliato come mai prima dei propri poteri normativi e di indirizzo e controllo in favore del Governo, conferendosi al Presidente finanche quel potere di designazione del nemico, che ha rappresentato in altre epoche la prerogativa essenziale della sovranità. L'AUMF prevede infatti il conferimento di poteri straordinari al Presidente USA quale Commander in chief delle forze armate, comprensivi dell'uso «di tutta la forza necessaria ed appropriata contro quelle nazioni, organizzazioni o persone (il Presidente) ritenga abbiano pianificato, organizzato, commesso o favorito gli attacchi terroristici dell'11 settembre 2001, ovvero dato rifugio a tali organizzazioni o persone, allo scopo di prevenire futuri atti di terrorismo internazionale contro gli Stati Uniti». Comprendendo l'AUMF l'attribuzione alla Presidenza di poteri anche nomotetici straordinari, è stato possibile per Bush riscrivere integralmente la normativa antiterrorismo anche grazie all'emanazione di norme primarie, di disposizioni di attuazione della legislazione federale o di ordinanze e circolari anche riservate (soprattutto in materia di attività di intelligence), senza peraltro soggiacere a un corrispettivo dovere di informazione del Congresso da parte del Governo. Gli è stato anche possibile disporre un notevole rafforzamento dei poteri dell'esecutivo (e delle agenzie d'intelligence in particolare) a detrimento di quelli della magistratura e della polizia giudiziaria, limitando in misura significativa le libertà civili e delineando un regime differenziato per la tutela dei diritti delle persone coinvolte in indagini antiterrorismo, a seconda della cittadinanza dell'indagato. Se è vero che l'estensione dei poteri presidenziali in condizioni di emergenza sono legittimate dalla stessa Costituzione e dalla tradizione anglosassone del Bill of Indemnity, e vanta precedenti numerosi nella storia statunitense, è anche vero però che per la prima volta dopo la guerra civile il Governo ha sottratto taluni soggetti alle garanzie dell'habeas writ, nonostante la declaratoria di incostituzionalità degli analoghi provvedimenti adottati durante la guerra civile (U.S. Court, ex parte Milligan, 71 U.S. 2, 1866).

Per quanto concerne l'equilibrio istituzionale in Italia, si consideri che la maggior parte delle norme antiterrorismo (anche di carattere penale) sono contenute in decreti-legge (in

disparte quelli degli anni di piombo (c.d. legislazione dell'emergenza), si pensi ai dd.ll. 369/2001; 374/2001; 144/2005) apparendo la decretazione d'urgenza il terreno d'elezione per l'introduzione di norme incriminatrici o comunque limitative dei diritti civili. La stessa gestione dei conflitti internazionali susseguitisi a Ground Zero è stata segnata da una significativa marginalizzazione del ruolo delle Camere in favore del Governo, prevalendo l'abbandono della deliberazione parlamentare preventiva (limitata ai soli casi più gravi), in favore del mero vaglio successivo delle azioni governative. Si pensi alla prassi italiana recente, che denota il ricorso a procedure informative da parte del Governo alle Commissioni esteri e difesa delle Camere, anche in caso di attuazione di decisioni del Consiglio Atlantico di attivare l'art. 5 del Trattato.

Tale tendenza alla marginalizzazione delle Camere in favore del Governo si affianca all'estensione dei poteri delle autorità amministrative (polizia giudiziaria, intelligence), a detrimento delle prerogative degli organi giurisdizionali. Si pensi all'estensione dell'area delle intercettazioni preventive (solo autorizzate dal pm ma mai vagliate dal giudice); all'espulsione ordinata dal Ministero dell'interno ai sensi dell'art. 3 d.l. 144/2005, di stranieri nei confronti dei quali sussistano "fondati motivi di ritenere che la [loro] permanenza nel territorio dello Stato possa in qualsiasi modo agevolare organizzazioni o attività terroristiche, anche internazionali", eseguibile anche (sino al 31.12.2007) in assenza di convalida giurisdizionale e non sospendibile da parte dell'autorità giudiziaria chiamata a decidere il ricorso avverso il provvedimento espulsivo; al tentativo (sostenuto da un indirizzo giurisprudenziale poi smentito) di desumere la natura terroristica di un'associazione dal suo inserimento nelle blacklists, giocando sulla distinzione, spesso sfumata, tra fonti di intelligence e prove utilizzabili processualmente, anche ai fini della prova in ordine alla colpevolezza dell'imputato⁴⁹².

Ovviamente, oltre che alla politica, spetta in primo luogo alle Corti costituzionali nazionali garantire il rispetto del principio di separazione dei poteri; profilo in relazione al quale non può che auspicarsi, da parte delle Corti, un rigore e un coraggio analoghi a quelli manifestati (dalle giurisdizioni interne e sovranazionali) in relazione alla tutela delle garanzie

⁴⁹² Cfr. Gip di Brescia, ord. 31 gennaio 2005, in *Foro it.*, 2005, II, c. 218 ss.e Cass. pen., sez. I, 21 giugno 2005, est. Fazzioli, imp. Drissi, in *Foro it.* 2006, II, c. 342 ss; contra: Cass. pen., sez. I, 15 giugno 2005, est. Pepino, imp. Tartag, in *Guida dir.*, 2006, n. 40, 60 ss.

processuali e dei diritti umani. Perché anche la separazione dei poteri e il rispetto delle reciproche sfere di attribuzioni sono principi essenziali su cui si fondano le nostre democrazie, e che proprio l'azione del terrorismo vorrebbe destabilizzare.

ROBERTO FLOR

*Le recenti sentenze del Bundesverfassungsgericht e della Curtea Constituțională
sul data retention*

Sommario: 1. Introduzione - 2. La sentenza del Bundesverfassungsgericht sul c.d. data retention – 2.1. Le norme oggetto del giudizio di incostituzionalità - 2.2. La sentenza del Bundesverfassungsgericht: il bilanciamento con i diritti fondamentali dell'individuo - 3. La sentenza della Curtea Constituțională della Romania sul c.d. data retention - 4. Gli elementi argomentativi comuni dei Giudici delle leggi tedesco e rumeno - 5. Conclusioni

1. Introduzione

Il Bundesverfassungsgericht con la sentenza del 2 marzo 2010⁴⁹³ ha adottato una decisione epocale nell'ambito della conservazione e del trattamento dei dati di traffico telematico, dichiarando incostituzionali i §§ 113a e 113b del Telekommunikationsgesetzes (TKG, come modificato dall'art. 2, n. 6 della legge di riforma del settore delle telecomunicazioni e delle altre misure d'indagine sotto copertura, in attuazione della direttiva 2006/24/CE, che modifica la direttiva 2002/58/CE), nonché il § 100g, co. 1, prima parte, StPO in quanto in contrasto con l'art. 10 co. 1 del Grundgesetzes (GG)⁴⁹⁴

⁴⁹³ Vedi [1 BvR 256/08, 1 BvR 263/08, 1 BvR 586/08](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20100302_1bvr025608.html), in http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20100302_1bvr025608.html. Per un primo commento in lingua italiana si consenta il rinvio a FLOR, *Investigazioni ad alto contenuto tecnologico e tutela dei diritti fondamentali della persona nella recente giurisprudenza del Bundesverfassungsgericht: la decisione del 27 febbraio 2008 sulla Online Durchsuchung e la sua portata alla luce della sentenza del 2 marzo 2010 sul data retention*, in *Cyberspazio e Diritto*, 11, 2, 2010.

⁴⁹⁴ La sentenza della Corte costituzionale tedesca giunge a poca distanza di tempo da un'altra importante decisione della medesima Corte che, con la sentenza del 27 febbraio 2008 sulla c.d. *Online Durchsuchung*, ha dichiarato incostituzionali i § 5 co. 2, n. 11, § 7 co. 1, § 5 co. 3, § 5a co. 1 e § 13 della Legge sulla protezione della Costituzione del North Rhein Westfalia (*Gesetz über den Verfassungsschutz in Nordrhein-Westfalen* - VSG - come modificato il 20 dicembre 2006), che prevedevano la possibilità di effettuare, da parte dell'agenzia per la protezione della Costituzione e per la lotta contro gravi crimini, l'accesso segreto a sistemi informatici ed il monitoraggio segreto della rete. Vedi BVerfG 370/07 –595/07, 27.2.2008, in CR, 2008, 306 e ss. Per un primo

Si trattava di norme adottate anche per rispondere alle minacce del terrorismo internazionale⁴⁹⁵, che prevedevano la conservazione dei dati di traffico telefonico e telematico per un periodo di sei mesi, senza distinzioni né limitazioni rispetto ai generici presupposti di fatto del tutto indipendenti dalla commissione o preparazione di tal genere di reati.

La sentenza della Curtea Constituțională della Romania del 8 ottobre 2009⁴⁹⁶ ha affrontato alcune questioni simili a quelle oggetto della menzionata decisione del Bundesverfassungsgericht ed assume rilevanza per tre ragioni fondamentali.

In primis la Romania è inclusa, da alcuni studi del project on cybercrime del Consiglio d'Europa, fra i paesi che possono costituire un esempio di best-good practices nell'implementazione della Convenzione Cybercrime, contenente norme fra l'altro in materia di conservazione dei dati di traffico telematico, che devono essere coordinate, nell'ordinamento interno, con quelle di attuazione delle direttive europee in subiecta materia.⁴⁹⁷

In secondo luogo, l'ordinamento romeno ha attuato queste ultime direttive - in specie la direttiva 2006/24/CE in materia conservazione di dati generati o trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione, che ha modificato la direttiva 2002/58/CE - con la L. n. 298 del 2008, adottando correttivi alla L. n. 506 del 2004 relativa al trattamento ed alla protezione dei dati personali nel settore delle comunicazioni elettroniche.

Infine, la L. n. 298 del 2008 ha previsto l'obbligo per i fornitori di servizi pubblici di comunicazioni elettroniche o i fornitori di reti pubbliche di comunicazione di archiviare i dati generati o trattati durante la loro attività per renderli disponibili alle autorità competenti nell'ambito di attività di indagine e nei procedimenti contro gravi reati. Ai sensi dell'art. 15 della stessa legge, infatti, il provider è obbligato a rendere accessibili tali informazioni alle autorità competenti, sulla base di una loro richiesta a seguito della legittima autorizzazione motivata del giudice, prevista dal successivo art. 16.

commento in lingua italiana si consenta il rinvio a FLOR R., *Brevi riflessioni a margine della sentenza del Bundesverfassungsgericht sulla c.d. Online Durchsuchung. La prospettiva delle investigazioni ad alto contenuto tecnologico ed il bilanciamento con i diritti inviolabili della persona. Aspetti di diritto penale sostanziale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 3, 2009, 695 e ss.

⁴⁹⁵ Vedi BGBl I S. 3083, 25 dicembre 2008.

⁴⁹⁶ Cfr. *Decizia* 1258 del 8 ottobre 2009, in *Monitorul Oficial* n.798 – 23 novembre 2009.

⁴⁹⁷ Vedi

http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/cybercrime/cy%20Project/projectcyber_en.asp.

Queste decisioni sono caratterizzate da una linea argomentativa fondamentalemente comune, basata sulla questione di legittimazione di metodologie tecniche di investigazione e di archiviazione dei dati e delle informazioni rispetto alla tutela dei diritti fondamentali dell'individuo e, più in particolare, della sfera esclusiva di estrinsecazione della sua personalità.

2. *La sentenza del Bundesverfassungsgericht sul c.d. data retention*

2.1. *Le norme oggetto del giudizio di incostituzionalità*

La decisione della Corte Costituzionale tedesca⁴⁹⁸ in materia di conservazione dei dati di traffico telematico ha avuto ad oggetto la questione di costituzionalità dei §§ 113a e 113b TKG e sul § 100g, co. 1, prima parte StPO.

⁴⁹⁸ Vedi [1 BvR 256/08](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20100302_1bvr025608.html), [1 BvR 263/08](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20100302_1bvr025608.html), [1 BvR 586/08](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20100302_1bvr025608.html), in http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20100302_1bvr025608.html. Si consideri che in Italia, per quanto attiene al c.d. *data retention*, prima del Codice Privacy (D. lgs n. 196 del 2003) era assente una specifica disposizione in materia di conservazione dei dati relativi al traffico telematico mentre, per quelli relativi al traffico telefonico, non era previsto né un obbligo giuridicamente rilevante né un limite di durata per i dati (oltre a quelli necessari per la fatturazione) utili alle indagini. L'art. 132 Codice Privacy costituisce, in verità, il risultato di importanti novelle intervenute con il D.L. n. 345 del 2003, convertito, con modificazioni, dalla L. n. 45 del 2004 ed il D.L. n. 144 del 2005 convertito, con modifiche, dalla L. n. 155 del 2005. La L. n. 48 del 2008 aveva ritoccato nuovamente la disposizione inserendo tre nuovi commi volti ad obbligare i fornitori o l'operatore di servizi informatici o telematici a conservare per un periodo di novanta giorni prorogabile fino a sei mesi, su richiesta di diversi soggetti, i dati di traffico per finalità preventive (co. 4 *ter*); ad assoggettare lo stesso *service provider* al segreto sull'ordine ricevuto con esplicito rimando, in caso di violazione, al reato previsto dall'art. 326 c.p. (co. 4 *quater*); a regolamentare la procedura di convalida da parte del pubblico ministero (co. 4 *quinquies*). L'attuale formulazione della norma è dovuta ad un ulteriore intervento legislativo avvenuto con il D.lgs n. 109 del 2008 di attuazione della direttiva 2006/24/CE riguardante la conservazione dei dati generati o trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione, che modifica la direttiva 2002/58/CE. *De jure condito*, dunque, i dati relativi al traffico telefonico, sono conservati dal fornitore per ventiquattro mesi dalla data della comunicazione, per finalità di accertamento e repressione dei reati, mentre, per le medesime finalità, i dati relativi al traffico telematico, esclusi comunque i contenuti delle comunicazioni, sono conservati dal fornitore per dodici mesi dalla data della comunicazione. Entro tale termine, i dati sono acquisiti presso il fornitore con decreto motivato del pubblico ministero anche su istanza del difensore dell'imputato o della persona sottoposta alle indagini, della persona offesa e delle altre parti private. Il difensore dell'imputato o della persona sottoposta alle indagini può richiedere, direttamente al fornitore i dati relativi alle utenze intestate al proprio assistito con le modalità indicate dall'art. 391 quater c.p.p. (che prevede la richiesta di documentazione alla pubblica amministrazione e stabilisce che in caso di rifiuto può essere chiesto al pubblico ministero il sequestro dei documenti), ferme restando le condizioni di cui all'art. 8, co. 2, lett. f) (in base al quale i diritti dell'interessato di accesso ai dati, ex art. 7 del Codice Privacy, non possono essere esercitati con richiesta al titolare o al responsabile o con ricorso ai sensi dell'art. 145 dello stesso codice, se i trattamenti di dati personali sono effettuati da fornitori di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico relativamente a comunicazioni telefoniche in entrata, salvo che possa derivarne un pregiudizio effettivo e concreto per lo svolgimento delle investigazioni difensive) per il traffico entrante. In subiecta materia basti il rinvio a CAJANI F., *Alla ricerca del log (perduto)*, in *Dir. Internet*, 2006, 573 e ss.; ID., *Internet Protocol. Questioni*

In sintesi, la Corte ha ritenuto i §§ 113a e 113b TKG - come modificati dall'art. 2 n. 6 della legge di riforma del settore delle telecomunicazioni e delle altre misure d'indagine sotto copertura (Gesetzes zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen) e di attuazione della direttiva 2006/24/CE del 21 dicembre 2007 - incostituzionali in quanto in contrasto con l'art. 10, co. 1 GG.

Inoltre, il § 100g, co. 1, prima parte StPO - come modificato dall'art. 1, n. 11 della menzionata legge di riforma del settore delle telecomunicazioni e delle altre misure d'indagine sotto copertura in attuazione della citata direttiva 2006/24/CE - è stato ritenuto (in relazione all'acquisizione dei dati di traffico telematico ex art. 113a TKG) in contrasto con gli artt. 1 e 2 GG, nonché 10, co. 1 GG.

Pertanto, i dati archiviati sulla base di queste disposizioni devono essere cancellati e non possono essere trasmessi alle autorità richiedenti⁴⁹⁹.

La complessità della sentenza e le molteplici questioni puntualmente affrontate dalla Corte non permettono in questa sede, per ovvi motivi, una completa disanima critica⁵⁰⁰. Appare sufficiente riportare i soli passaggi relativi alla questione di costituzionalità sul c.d. data retention, facendo un breve cenno al rapporto fra ordinamento interno e diritto europeo.

Sotto questo ultimo aspetto, infatti, i Giudici costituzionali hanno evidenziato che la verifica di legittimità costituzionale riguarda non le disposizioni della direttiva europea, ma le soluzioni legislative adottate dal legislatore tedesco per raggiungere gli scopi prefissati dall'Unione.

La questione della prevalenza del diritto comunitario e della sua eventuale incidenza sui diritti fondamentali non è stata, dunque, in discussione o, almeno, non direttamente. La direttiva, infatti, conferisce agli Stati un'ampia discrezionalità e le sue previsioni sono limita-

operative in tema di investigazioni penali e riservatezza, in *Dir. Internet*, 2008, 545 e ss., nonché, dopo la ratifica della Convenzione Cybercrime, LUPÁRIA L., *La ratifica della Convenzione cybercrime del Consiglio d'Europa*, cit.

⁴⁹⁹ Precedentemente, infatti, sono state emesse l'ordinanza sospensiva del 11 marzo 2008 nel procedimento 1BvR 256/08 (Bundesgesetzblatt Teil I Seite 659), ripetuta ed estesa in data 28 ottobre 2008 (Bundesgesetzblatt Teil I Seite 2239) e ripetuta in data 15 ottobre 2009 (Bundesgesetzblatt Teil I Seite 3704), relative alle richieste di accesso ai dati da parte delle autorità competenti ai *service providers*.

⁵⁰⁰ Per un approfondimento, anche in relazione al concetto di "*Ip address*" ed alle sue "forme", si rinvia alle motivazioni della decisione, in http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20100302_1bvr025608.html

te essenzialmente all'obbligo di conservazione dei dati, non prevedendo la disciplina sull'accesso e l'utilizzo degli stessi da parte delle autorità statali.

In questo contesto la direttiva poteva essere attuata dal legislatore tedesco senza comportare una forte compressione o limitazione dei diritti fondamentali.

Con riferimento all'oggetto della decisione, è utile premettere che il § 113a TKG prevedeva l'obbligo, per il fornitore di servizi pubblici di comunicazioni elettroniche, di conservazione dei dati di traffico telefonico (da rete fissa, mobile, fax, sms e mms), email e servizi Internet, esteso a tutte le informazioni necessarie per risalire a chi ha effettuato la comunicazione o ha tentato di effettuarla (fra cui quelle relative a quando, per quanto tempo, a chi e da dove, nonché identificativo telefonico ed Ip address). Il contenuto della comunicazione e di conseguenza i dettagli su quali pagine Internet fossero state visitate dagli utenti non dovevano essere archiviati. Al termine di 6 mesi i dati dovevano essere cancellati entro un mese.

Lo scopo perseguito dal legislatore era quello di adeguare la norma, nella lotta al terrorismo ed alla criminalità organizzata, alle condizioni poste dalle moderne tecniche di comunicazione.

Il successivo § 113b aveva previsto che l'obbligo di archiviazione avesse ad oggetto, ai sensi del § 113a, i dati necessari per perseguire i reati, per evitare gravi minacce alla sicurezza pubblica o per adempiere ai compiti istituzionali delle autorità di protezione della Costituzione della federazione o di un Land, nonché dei servizi segreti federali e di intelligence. Oltre a disciplinare i presupposti per la conservazione dei dati, la seconda parte del medesimo comma co. 1 conteneva l'autorizzazione all'utilizzazione indiretta dei dati nella forma di richiesta di informazioni al service provider per identificare l'Ip address. In altri termini, se l'autorità era a conoscenza di tale informazione poteva richiedere ulteriori dati relativi all'utente "titolare" dell'indirizzo Ip⁵⁰¹.

Il § 100g StPO, invece, conteneva le norme applicabili in relazione all'obbligo dei providers di rendere accessibili i dati necessari alle investigazioni in materia penale disponendo che, per la repressione di gravi reati (previsti dal precedente § 100a, co. 2, che defini-

⁵⁰¹ L'indirizzo Ip, dunque, non rientrerebbe nell'area di tutela del nucleo essenziale del diritto fondamentale alla riservatezza da preservare tramite la previsione di stringenti limiti al potere coercitivo dello Stato.

sce i “gravi reati” – “Schwere Straftaten im Sinne des Absatzes 1 n. 1 sind [...])⁵⁰² o per quelli commessi con mezzi di telecomunicazione, fosse consentita l’acquisizione dei dati di traffico, nella misura necessaria per l’indagine. In realtà, la norma disciplinava qualsiasi accesso ai dati di traffico telematico permettendo anche quello alle informazioni archiviate dai service providers per altre ragioni (per ipotesi relative, fra le altre, all’effettuazione di transazioni economiche).

Inoltre, il legislatore non aveva distinto fra l’uso di dati archiviati ai fini del § 113a TKG ed altri dati di traffico, ma aveva ritenuto opportuno permettere l’utilizzazione indipendentemente da una lista di reati significativi o per perseguire quelli commessi tramite sistemi di telecomunicazione.

2.2. La sentenza del Bundesverfassungsgericht: il bilanciamento con i diritti fondamentali dell’individuo

Le citate norme, secondo i giudici costituzionali, incidono sull’area di tutela dell’art. 10, co. 1 GG, ossia sul diritto fondamentale alla riservatezza ed alla confidenzialità dei sistemi informativi, quali espressioni del generale diritto della personalità, che include anche il c.d. diritto all’autodeterminazione informativa.

I fornitori di servizi pubblici di comunicazioni elettroniche, pur essendo, nella maggior parte dei casi, soggetti privati, svolgono attività di rilevanza pubblica di collaborazione con le autorità statali e, attraverso gli atti legittimi di queste ultime, rappresentano una manifestazione del potere coercitivo dello Stato in subiecta materia.

Le disposizioni sulla memorizzazione delle informazioni per un periodo di 6 mesi non sono incompatibili con l’art. 10 GG in termini assoluti e non è preclusa ab origine l’archiviazione di tali dati da parte di service providers, se tali previsioni sono integrate in una struttura legislativa “appropriata”, ossia capace di soddisfare il principio di proporzionalità. I rilievi di incostituzionalità hanno dunque riguardato anzitutto l’obbligo di memorizzazione, che prescinde da specifici presupposti (anlasslos gespeicherten Daten), riguarda tutti gli utenti ed è previsto per qualsiasi dato in modo indiscriminato.

⁵⁰² A titolo di esempio, sono considerati “gravi reati” quelli contro la pace, la difesa nazionale, la libertà personale, di banda armata, contro l’identità sessuale.

Simili operazioni, anche se non coinvolgono il contenuto delle comunicazioni, afferiscono alla sfera intima dei soggetti, potendo attrarre, seppur potenzialmente, informazioni di natura sensibile (ad esempio di carattere politico o sulle inclinazioni e preferenze personali), e comportare il “tracciamento” e la “profilazione” degli utenti.

In altri termini, tale attività comporta il rischio, da un lato, di sottoporre uno o più soggetti ad indagini o ad ulteriori indagini senza che essi vi abbiano dato in alcun modo occasione, dall'altro lato di abusi da parte delle medesime autorità.

Di conseguenza, considerate le potenzialità dei sistemi di archiviazione e la natura dei dati ivi memorizzati, è indispensabile, a parere dei Giudici, non solo la previsione dei presupposti, ma anche l'adozione di misure di sicurezza proporzionate che assicurino uno standard elevato, la cui valutazione ed implementazione non può essere lasciata all'apprezzamento soggettivo del provider o a mere valutazioni economiche.

Deve essere il legislatore a determinare in modo trasparente i presupposti, il tipo, la natura ed il livello delle misure di sicurezza, nonché i limiti di utilizzazione dei dati⁵⁰³.

La Corte, riprendendo la sentenza sulla c.d. Online Durchsuchung, ha affermato, inoltre, la necessaria presenza di un pericolo concreto per la vita o la libertà delle persone, oppure per la sicurezza della Federazione o di un Land, affinché la compromissione dei diritti fondamentali possa essere ritenuta legittima.

Con l'obbligo di conservazione dei dati il legislatore deve prevedere, dunque, nel rispetto del principio di tassatività, una lista esaustiva dei reati in relazione a determinati ed importanti beni da proteggere.

L'utilizzo e la trasmissione dei dati archiviati deve comunque essere soggetta al controllo dell'autorità giudiziaria anche se, nell'ambito della discrezionalità legislativa, l'atto

⁵⁰³*De jure condito* è assente, secondo i giudici, una garanzia di uno standard elevato di sicurezza. La norma fa solo riferimento, infatti, al generale bisogno di sicurezza (§113a.10 TKG) non definendo quali debbano essere tali misure introducendo solo considerazioni generali sull'adeguatezza economica nei singoli casi (§109.2, 4 TKG). In altri termini viene lasciato al singolo ISP ogni apprezzamento, che deve offrire servizi in condizioni competitive ed è soggetto alle regole di mercato nonché alla pressione dei costi. In questo contesto l'ISP non è né obbligato a seguire le indicazioni degli esperti in un dato momento storico in ordine alle misure idonee a garantire la sicurezza dei dati (archiviazione separata per tipologie di dati, crittazione asimmetrica, principio dei “quattro occhi” in congiunzione con procedure di autenticazione avanzate per l'accesso alle chiavi, audit – proof recording dell'accesso e cancellazione dei dati), né un livello comparabile di sicurezza è altrimenti garantita. Nemmeno vi è un sistema equilibrato di sanzioni che attribuisca rilevanza alle violazioni della sicurezza dei dati rispetto alle violazioni dei doveri di immagazzinamento.

normativo potrebbe richiedere che alcune informazioni possano essere fornite anche indipendentemente dai limiti previsti o imposti per specifici reati o da una lista di illeciti o beni giuridici, sulla base di autorizzazioni generali previste da disposizioni di legge.

Per quanto riguarda la soglia di interferenza, però, secondo i giudici si dovrebbe garantire che le informazioni non possano essere raccolte a “random”, ma solo sulla base di un obiettivo sospetto o di un pericolo concreto sulla base dei fatti relativi al caso concreto.

Nelle indagini penali, inoltre, è possibile la previsione dell’uso dei dati in modo segreto solo se tale utilizzo risultasse indispensabile, previa comunque l’autorizzazione da parte dell’autorità giudiziaria. In simili situazioni il legislatore dovrebbe prevedere un obbligo di informazione susseguente.

De jure condito, il §100g, co. 1, n. 1 StPO non assicurava che l’archiviazione dei dati avvenisse solo per perseguire gravi reati ed il n. 2 della stessa disposizione include ogni reato commesso mediante mezzi di comunicazione, indipendentemente dalla sua gravità, quale presupposto per il recupero dei dati, sulla base di una valutazione generale nel corso di un controllo di proporzionalità.

In sintesi, queste disposizioni rendevano i dati memorizzati ex § 113 bis TKG utilizzabili praticamente per tutti i reati.

In tale contesto, considerando l’incremento di importanza dei mezzi di comunicazione nell’attuale società dell’informazione, l’utilizzo di tali dati perderebbe il carattere eccezionale che lo dovrebbe connotare⁵⁰⁴.

Inoltre, la norma permette il recupero di dati non per casi individuali supportati da una decisione giudiziaria, ma quale regola generale anche senza la conoscenza da parte del soggetto interessato (§100g.1, StPO).

Sull’uso indiretto degli Ip address, invece, i giudici tedeschi hanno specificato che per tali informazioni non è necessario prevedere standard stringenti e nemmeno il rigido requisito della richiesta all’autorità giudiziaria. In ogni caso, però, le persone interessate devono essere informate quando questi dati sono trattati/raccolti.

⁵⁰⁴ Questo passaggio della motivazione si rinviene anche nella sentenza della Corte Costituzionale della Romania (vedi *infra*, 4).

E' necessario rilevare la dissenting opinion del giudice Schluckebier, il quale ha ritenuto che l'obbligo di conservazione dei dati per un periodo di 6 mesi non contrasti con il diritto fondamentale protetto dall'art. 10, co. 1, GG. I dati di traffico rimangono nella sfera riservata dell'ISP sui suoi servers, per ragioni tecniche, e gli utenti possono fare affidamento, sulla base del rapporto contrattuale, che i dati siano trattati in stretta confidenza e protetti. Se è garantita l'adozione di misure di sicurezza corrispondenti allo stato dell'arte non ci sono obiettivamente le basi per sostenere che l'utente potrebbe subire delle limitazioni rilevanti al diritto fondamentale. Infatti, l'archiviazione non si estende al contenuto delle comunicazioni.

I sostanza, le disposizioni impugnate non sarebbero inappropriate essendo ragionevoli e proporzionate, soprattutto considerando la materia delle intercettazioni, in cui vi è l'effettivo rischio di invasione nella sfera privata, che non sarebbe lesa in sé dalla mera archiviazione, ma eventualmente dal recupero dei dati e dal loro utilizzo nei singoli casi.

In conclusione, se la rilevanza degli interessi da proteggere è tale da giustificare di per sé la compressione di diritti fondamentali dell'individuo, i principi costituzionali richiedono che la limitazione di tali diritti debba avvenire tramite una regola che preveda elevati standards di chiarezza e tassatività, che persegua uno scopo legittimo e sia idonea, necessaria ed opportuna quale mezzo per il raggiungimento di questo scopo, nel rispetto del principio di proporzionalità.

3. *La sentenza della Curtea Constituțională della Romania sul c.d. data retention*

La decisione della Corte Costituzionale della Romania⁵⁰⁵, che precede quella del Bundesverfassungsgericht del 2 marzo 2010 ed è successiva a quella della Corte Suprema bulgara,⁵⁰⁶ ha riguardato la questione di incostituzionalità relativa alle disposizioni della L. n. 298 del 2008 e della L. n. 506 del 2004, che prevedono l'obbligo per i fornitori di servizi pubblici di comunicazioni elettroniche o i fornitori di reti pubbliche di comunicazione di archiviare i dati generati o trattati durante la loro attività per renderli disponibili alle autorità

⁵⁰⁵ Sulla sentenza della Corte Costituzionale della Romania si veda RINCEANU J., *Das Urteil des rumänischen Verfassungsgerichtshofs zur Verfassungswidrigkeit der Vorratsdatenspeicherung*, in *Jahrbuch für Ostrecht*, 2011/I (in corso di pubblicazione).

⁵⁰⁶ Si veda la sentenza della Corte Suprema Amministrativa della Bulgaria (SAC) del 11 dicembre 2008.

competenti nell'ambito di attività di indagine e nei procedimenti contro gravi reati. La Corte, in particolare, ha ritenuto convincenti le obiezioni relative alla compromissione dei diritti di libertà di movimento, di intimità e del rispetto della vita privata, nonché gli effetti sul diritto alla segretezza della corrispondenza ed alla libertà di espressione protetti dalla Costituzione romena.

I Giudici, infatti, hanno premesso che la conservazione dei dati di traffico necessari a determinare tipo, ora e durata della comunicazione, il tipo di dispositivo utilizzato e la sua localizzazione, la provenienza e la destinazione, nonché i “dati connessi” per l'identificazione dell'utente, in difetto di una loro specificazione normativa, incide sui diritti di natura personale, non patrimoniale ed intrinsecamente complessi, il cui denominatore comune è quello di riguardare la sfera intima e riservata di ogni individuo.

Tale argomentazione è stata motivata anche tramite il richiamo al riconoscimento internazionale del diritto alla privacy ed alla vita familiare, protetto dall'art. 26 della Costituzione romena, come risulta dall'art. 12 della Dichiarazione universale sui diritti dell'uomo, dall'art. 17 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, dall'art. 8 della Convenzione per la tutela dei diritti umani e delle libertà fondamentali.

Tali diritti, incluso quello alla libertà di espressione previsto dall'art. 30 della Costituzione e dall'art. 10 della citata Convenzione, non sono però assoluti.

In questo contesto, da un lato, né la Convenzione per la tutela dei diritti umani e delle libertà fondamentali né la Costituzione nazionale vietano soluzioni legislative limitative dei diritti fondamentali; dall'altro lato, simile intervento è legittimo se rispetta specifici requisiti, espressamente richiesti dall'art. 8 della Convenzione e dall'art. 53 Cost., ed è volto alla tutela di importanti interessi e diritti di altre persone, quali possono essere la sicurezza nazionale, la salute pubblica, la difesa dell'ordine pubblico, oppure alla prevenzione dei reati. Esso, però, deve essere necessario in una società democratica, proporzionato rispetto alla situazione che lo ha determinato, applicabile in modo non discriminatorio e non deve minare l'esistenza del diritto o della libertà fondamentale.

I giudici hanno richiamato le decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo sui casi Klass e altri vs. Germania, del 1978 e Dumitru Popescu vs. Romania, del 2009, caratte-

rizzate dall'affermazione dei limiti dell'intervento dello Stato nell'esercizio dei diritti, da parte dei cittadini, della libertà di espressione ed alla vita privata e familiare⁵⁰⁷.

La Corte ha evidenziato, inoltre, che l'attuazione delle direttive europee comporta degli obblighi per quanto concerne gli scopi, ma non le modalità per raggiungerli, lasciando dunque agli Stati membri un certo margine di discrezionalità.

La L. n. 298 del 2008, regolando l'obbligo imposto ai fornitori di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione di conservare i dati per un periodo di 6 mesi, esprime l'intenzione del legislatore di limitare l'esercizio di questi diritti fondamentali.

La norma, però, deve ritenersi incostituzionale.

In primis la Corte ha rilevato il mancato rispetto del principio di precisione nel determinare la sfera dei dati necessari per identificare gli utenti, che apre la possibilità ad abusi nell'attività di conservazione, trattamento ed utilizzo delle informazioni archiviate dai fornitori di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione.

Le limitazioni ai diritti fondamentali della riservatezza, della segretezza della corrispondenza e della libertà di espressione devono, infatti, essere previste in modo chiaro e non ambiguo, per evitare valutazioni arbitrarie da parte delle autorità. I soggetti su cui incide la normativa sono membri della società civile e devono essere messi nella condizione di comprendere le leggi applicabili, in modo da adattare le loro condotte e rappresentarsene le conseguenze.

In secondo luogo, secondo i Giudici il legislatore non ha delimitato la portata della locuzione "per la prevenzione ed il contrasto di minacce alla sicurezza nazionale, le istituzioni statali [...] possono avere accesso, secondo le condizioni stabilite dagli atti normativi che regolano l'attività di sicurezza nazionale, ai dati conservati presso i fornitori di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione".

⁵⁰⁷ La Corte Costituzionale della Romania richiama la propria giurisprudenza in materia di intercettazioni di comunicazioni telefoniche e elettroniche, che aveva confermato la costituzionalità dell'art. 911 c.p.p. (vedi in particolare *Decizia* 962 del 25 giugno 2009, in *Monitorul Oficial* n.563 del 13 agosto 2009). Cfr. RINCEANU J., *Das Urteil des rumänischen Verfassungsgerichts zur Verfassungswidrigkeit der Vorratsdatenspeicherung*, cit.

La norma non definisce, in particolare, le “minacce alla sicurezza nazionale”, per cui difetta di precisione e contribuisce ad accrescere il rischio che azioni di routine possano essere attuate sulla base di criteri arbitrari ed in modo abusivo.

Alla stessa conclusione si può giungere rispetto alla locuzione “possono avere”, che induce a ritenere che i dati non siano conservati per l'utilizzo esclusivo da parte delle istituzioni dello Stato aventi attribuzioni specifiche per la tutela della sicurezza nazionale e dell'ordine pubblico ma, viceversa, che possano essere accessibili anche da parte di altre autorità.

In terzo luogo, la Corte ha rilevato che la L. n. 298 del 2008 stabilisce, in generale, la regola della conservazione dei dati per un periodo di 6 mesi e l'obbligo del provider è di carattere intrinsecamente continuo.

La direttiva 2002/58/CE, la L. n. 677 del 2001 sulla protezione dei dati personali e, successivamente, la L. n. 506 del 2004 consentono dei limiti eccezionali al diritto alla riservatezza sulla base delle condizioni espressamente previste dalla Costituzione e dalla normativa internazionale applicabile in subiecta materia.

Ma mentre nel caso, ad esempio, delle intercettazioni e delle registrazioni audio – video l'art. 911 c.p.p. rispetta il carattere eccezionale della limitazione, ammettendola sulla base di stringenti circostanze dal momento dell'autorizzazione motivata dell'autorità giudiziaria e per un periodo limitato di tempo non superiore a 120 giorni in totale, per la stessa persona e per lo stesso fatto, la L. n. 298 ha “trasformato” l'eccezione in “regola” obbligando l'archiviazione dei dati per un periodo di 6 mesi, i quali possono essere poi utilizzati con l'autorizzazione motivata del giudice, che vale quindi “per il passato e non per il futuro”⁵⁰⁸. Perciò la previsione di un obbligo positivo relativo alla limitazione continuativa dei diritti

⁵⁰⁸ Si consideri che in Italia ex art. 132 D.lgs n. 196 del 2003 i dati relativi al traffico telefonico, sono conservati dal fornitore per ventiquattro mesi dalla data della comunicazione, per finalità di accertamento e repressione dei reati, mentre, per le medesime finalità, i dati relativi al traffico telematico, esclusi comunque i contenuti delle comunicazioni, sono conservati dal fornitore per dodici mesi dalla data della comunicazione. Il co. 3 della disposizione prevede che entro il termine di cui al co. 1, i dati sono acquisiti presso il fornitore con decreto motivato del pubblico ministero anche su istanza del difensore dell'imputato, della persona sottoposta alle indagini, della persona offesa e delle altre parti private. Il difensore dell'imputato o della persona sottoposta alle indagini può richiedere, direttamente al fornitore i dati relativi alle utenze intestate al proprio assistito con le modalità indicate dall'articolo 391 quater c.p.p., ferme restando le condizioni di cui art. 8, co. 2, lett. f), per il traffico entrante.

fondamentali alla riservatezza ed alla segretezza della corrispondenza comporta un'intrusione non proporzionata nella sfera esclusiva di pertinenza della persona⁵⁰⁹.

L. n. 298 del 2008, invece, non considera la necessità della cessazione della limitazione e, a parere dei Giudici costituzionali, l'intrusione nel libero esercizio dei diritti fondamentali coinvolti avviene in modo "continuativo ed indipendente dal verificarsi di un fatto che la giustifichi, di una causa determinante e solo per la prevenzione e la scoperta, dopo la perpetrazione, di gravi reati".

Inoltre, le disposizioni oggetto del giudizio di costituzionalità, pur utilizzando una terminologia tecnica di stampo penalistico, sono oggetto di una generale applicazione e coinvolgono anche coloro che utilizzano i servizi di comunicazione elettronica o reti pubbliche di comunicazione, che abbiano o meno commesso dei reati o che siano o meno soggetti ad indagine, "rovesciando in tal modo la presunzione di innocenza".

Infine, anche se ai sensi dell'art. 1, co. 3, la L. n. 298 del 2008 non si applica al contenuto delle comunicazioni o delle informazioni, secondo i Giudici la quantità e la qualità dei dati sono determinanti, potendo essi indicare tipo, ora e durata della comunicazione, tipo di dispositivo utilizzato e sua localizzazione, provenienza e destinazione, nonché i soggetti coinvolti nella comunicazione, oltre ai c.d. "dati connessi" (ossia qualsiasi dato) utili all'identificazione dell'utente.

In questo contesto, gli strumenti legali di tutela rispetto al concreto utilizzo dei dati conservati dai providers, per i quali l'inosservanza dell'obbligo comporta l'applicazione di una sanzione pecuniaria (ammenda) ex art. 18 della medesima legge, non sono stati ritenuti dalla Corte sufficienti ed appropriati affinché la compromissione dei diritti fondamentali coinvolti possa ritenersi legittima.

I Giudici hanno precisato che non si rigetta il proposito perseguito dal legislatore con l'adozione della L. n. 298 del 2008, ma vi è un urgente bisogno di assicurare un'adeguata ed efficiente tutela compatibile con il continuo processo di modernizzazione e di aggiornamento tecnologico dei mezzi di comunicazione, che consideri quale oggetto di protezione i

⁵⁰⁹ Anche in questo caso i Giudici hanno richiamato, quale parametro di paragone, l'art. 911 c.p.p., considerato compatibile con il principio di proporzionalità sia con riferimento alla durata della limitazione, che per quanto attiene l'immediata cessazione della misura non appena siano scomparse le circostanze che l'hanno determinata.

diritti della persona: questi possono essere legittimamente limitati, o costituire “oggetto di restrizioni”, solo in relazione alla protezione di diritti collettivi ed interessi pubblici inerenti alla sicurezza nazionale, all’ordine pubblico o alla prevenzione dei reati. Occorre, dunque, un bilanciamento fra i diritti individuali fondamentali, da una parte, ed i diritti e gli interessi dell’ordine sociale, dall’altra parte.⁵¹⁰

In conclusione, le norme previste dagli artt. 1 e 15 L. n. 298 del 2008, così come le modifiche alla L. n. 506 del 2004, sono state dichiarate incostituzionali.

La decisione non ha eliminato certo l’obbligo per la Romania di recepire le direttive europee anche se, nel frattempo, l’applicazione delle norme coinvolte è stata sospesa.

4. Gli elementi argomentativi comuni dei Giudici delle leggi tedesco e rumeno

Le importanti decisioni del Bundesverfassungsgericht e della Curtea Constituțională si inseriscono nel contesto attuale della società dell’informazione, in cui le nuove tecnologie sono ormai indispensabili in ogni settore della vita umana e costituiscono, al contempo, sia un mezzo per la preparazione e la commissione di reati, che un’efficace strumento investigativo, di contrasto della criminalità e/o preventivo.

In tutte le decisioni riportate i giudici hanno considerato la distinzione fra le opportunità fornite dall’evoluzione tecnologica nella lotta alla criminalità ed i presupposti ed i limiti per il loro legittimo utilizzo. Le prime hanno in genere natura neutra, mentre sono le loro “destinazioni” e le loro “modalità di attuazione”, fra le molteplici applicabili, ad assumere rilievo giuridico.⁵¹¹

⁵¹⁰ La Corte richiama la decisione della Corte europea dei diritti dell’uomo nel caso *Klass e altri vs. Germania*, 1978, in cui i giudici hanno affermato che le misure di sorveglianza adottate senza sufficienti garanzie possono “distruggere la democrazia”.

⁵¹¹ Sia consentito il rinvio già a FLOR R., *Brevi riflessioni*, cit, che cita KRANZBERG M., *The Information Age: Evolution or Revolution?* in GUILÉ B. R. (ed.), *Information Technologies and Social Transformation*, Washington, D.C., 1985, 50. Per alcuni riferimenti derivanti dall’analisi della sentenza della Corte Costituzionale tedesca sulla c.d. *Online Durchscheidung* si vedano HORNUNG G., *Ein neues Grundrecht. Der verfassungsrechtliche Schutz der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme*, in [CR, 2008, 299, 302](#); KUTSCHA M., *Mehr Schutz von Computerdaten durch ein neues Grundrecht?*, in NJW, 2008, 1042; GERCKE M., *Die Bekämpfung der Internetkriminalität als Herausforderung für die Strafverfolgungsbehörden*, in MMR, 2008, 291-298; HOEREN T., *Was ist das Grundrecht auf Integrität und Vertraulichkeit informationstechnischer Systeme?*, in [MMR 2008, 365-366](#); BEUKELMANN S., *Die Online-Durchscheidung, StraFo, 2008, 1 e ss.*; WEISS A., *Online Durchsuehungen im Strafverfahren*, cit., 89 e ss.

Dalle motivazioni delle sentenze è possibile ricavare alcuni elementi argomentativi comuni, oltre che la fonte ispiratrice delle rispettive discipline giuridiche interne, di natura europea.

In primo luogo è innegabile il riconoscimento, esplicito o implicito, del ruolo essenziale dei service providers e della loro attività, che è anche di rilevanza pubblica, come emerge dalla stessa disciplina europea, in specie dalla direttiva 2006/24/CE⁵¹². Pertanto, i limiti e le garanzie legati allo svolgimento delle operazioni considerate non possono essere lasciati al loro apprezzamento soggettivo, ma devono essere previsti e regolati dal diritto.

In secondo luogo, per le potenzialità della rete e la rapidità dei rapporti che possono instaurarsi attraverso di essa, non può non rilevare l'utilità pratica, nell'ambito dei procedimenti penali o di attività investigative, dell'archiviazione dei dati degli utenti relativi al traffico telematico, oltre alla possibile finalità preventiva di questi innovativi strumenti di indagine.

Già nella sentenza sulla c.d. Online Durchsuchung, il Bundesverfassungsgericht non solo ha fatto riferimento alla possibilità di utilizzare Internet e le nuove tecnologie per la preparazione di attentati terroristici, ma ha anche evidenziato l'utilità preventiva del monitoraggio segreto della rete e dell'accesso segreto a sistemi informatici.

E' utile ricordare, inoltre, che la sentenza della Corte Costituzionale tedesca sul c.d. data retention ha avuto ad oggetto proprio alcune delle norme introdotte in Germania dal "pacchetto anti-terrorismo" e volte ad adeguare le misure di contrasto al mutato contesto comunicativo globale⁵¹³.

In terzo luogo, la questione centrale investe la stessa legittimazione dei mezzi di indagine cibernetici, di archiviazione elettronica e di controllo dei dati di traffico telematico rispetto alla tutela dei diritti fondamentali della persona.

⁵¹² L'importanza del ruolo dell'ISP e della necessità di tutela dei diritti fondamentali è rinvenibile anche nelle linee guida *Human rights guidelines for Internet service providers*, sviluppate dal *Council of Europe* in cooperazione con l' *European Internet Services Providers Association* – (EuroISPA).

⁵¹³ Si veda, fra tutti, SIEBER U., *Legitimation und Grenzen von Gefährdungsdelikten im Vorfeld terroristischer Gewalt – Eine Analyse der Vorfeldtatbestände im "Entwurf eines Gesetzes zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten"*, in NStZ, 2009, 353 – 364; SIEBER U., BRUNST P., *Cyberterrorism and Other Use of the Internet for Terrorist Purposes – Threat Analysis and Evaluation of International Conventions*, Council of Europe Publishing, 2007, 9 - 105.

Né le singole Costituzioni, né la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 4 novembre 1950 vietano ab origine soluzioni legislative limitative di tali diritti e, in particolare, del diritto alla riservatezza ed alla corrispondenza.

Sul piano del riconoscimento internazionale del diritto fondamentale alla riservatezza, infatti, l'art. 8 CEDU (Diritto al rispetto della vita privata e familiare) stabilisce che ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza. “Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria per la sicurezza nazionale, per la pubblica sicurezza, per il benessere economico del paese, per la difesa dell'ordine e per la prevenzione dei reati, per la protezione della salute o della morale, o per la protezione dei diritti e delle libertà altrui”.

La qualificazione degli interventi pubblici nella sfera dei diritti individuali, inoltre, deve però essere prevista dettagliatamente dalla legge, e la restrizione non deve eccedere il limite della stretta necessità rispetto a taluni fini “essenziali alla vita di una società democratica, tra i quali è compresa l'individuazione e la punizione di colpevoli di gravi reati”⁵¹⁴.

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (2000/C 364/01) all'art. 7 tutela il rispetto della vita privata e della vita familiare, sancendo altresì che ogni individuo ha diritto al rispetto del proprio domicilio e delle sue comunicazioni.

Il successivo art. 8, nel prevedere le specifiche garanzie per la protezione dei dati di carattere personale, al co. 3 dispone che il rispetto di tali regole è soggetto al controllo di un'autorità indipendente.

I Giudici delle leggi, sia tedeschi che rumeni, ribadiscono quindi che un intervento limitativo del diritto della riservatezza, considerato il suo riconoscimento internazionale, è da considerarsi legittimo solo se è diretto alla tutela di importanti e predominanti beni giuridici e rispetta il principio di proporzionalità. Il legislatore deve, allora, operare un corretto

⁵¹⁴ Lo stesso art. 12 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, del 10 dicembre 1948, prevede che nessun individuo potrà essere sottoposto ad interferenze arbitrarie nella sua vita privata, nella sua famiglia, nella sua casa, nella sua corrispondenza, né a lesioni del suo onore e della sua reputazione. Ogni individuo ha diritto ad essere tutelato dalla legge contro tali interferenze o lesioni. Il Patto internazionale sui diritti civili e politici delle Nazioni Unite del 1966, all'art. 17 dispone che nessuno può essere sottoposto ad interferenze arbitrarie o illegittime nella sua vita privata, nella sua famiglia, nella sua casa o nella sua corrispondenza, né a illegittime offese al suo onore e alla sua reputazione.

bilanciamento fra gli interessi contrapposti ed adottare una norma chiara, precisa ed intelleggibile, assicurando il controllo da parte di un'autorità indipendente sui presupposti relativi all'adozione di un atto "invasivo" delle menzionate sfere di protezione.

Infine, tutte le decisioni richiamano, seppur in modi diversi, la necessità di adottare regole rispettose di elevati standards di certezza, determinatezza e trasparenza, che determinino in modo preciso e stringente i presupposti per la compressione dei diritti fondamentali coinvolti, il cui rispetto deve essere vagliato da un organismo indipendente, in una fase anteriore od anche successiva all'adozione delle misure investigative o di archiviazione e controllo, le quali devono a loro volta essere circoscritte nei limiti della necessità.

5. Conclusioni

La previsione di metodi di investigazione adatti al mutato contesto tecnologico ed alla diffusione di Internet si è tradotta nella disciplina di attività preventive, che coinvolgono misure preprocessuali di contrasto, di ricerca della prova e di accertamento dei reati, nonché modelli alternativi di tutela di determinati beni giuridici. Non poteva non assumere un ruolo centrale la questione relativa al rispetto dei diritti fondamentali in tale nuovo contesto.

La stessa Corte Costituzionale italiana⁵¹⁵, con riferimento alla questione di legittimità costituzionale degli artt. 189 e 266-271 c.p.p. e, in particolare, dell'art. 266, co. 2, c.p.p., nella parte in cui non estendono la disciplina delle intercettazioni delle comunicazioni tra presenti nei luoghi indicati dall'art. 614 c.p. alle riprese visive o videoregistrazioni effettuate nei medesimi luoghi, ha evidenziato che, nel sistema delle libertà fondamentali, la libertà domiciliare si presenta "strettamente collegata alla libertà personale, come emerge dalla stessa contiguità dei precetti costituzionali che sanciscono l'una e l'altra (artt. 13 e 14 Cost.), nonché dalla circostanza che le garanzie previste nel secondo comma dell'art. 14, Cost.", in rapporto alle limitazioni dell'inviolabilità del domicilio, riproducono espressamente quelle stabilite per la tutela della libertà personale. Nel panorama dei diritti fondamentali di libertà,

⁵¹⁵ Vedi Corte Cost., sent. n. 135 del 2002, in *Giur. cost.*, 2002, 1067 e ss., che ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 189 e 266-271 c.p.p. e dell'art. 266, co. 2 c.p.p., sollevata, in riferimento agli artt. 3 e 14 Cost. Cfr. le note di SAVERIO MARINI, *La costituzionalità delle riprese visive nel domicilio: ispezione o libertà «sotto-ordinata»?*, *ivi*, 1076 e ss.; PACE, *Le videoregistrazioni «ambientali» tra gli artt. 14 e 15 Cost.*, *ivi*, 1070 e ss.

il domicilio viene dunque in rilievo quale proiezione spaziale della persona, “nella prospettiva di preservare da interferenze esterne comportamenti tenuti in un determinato ambiente: prospettiva che vale, per altro verso, ad accomunare la libertà in parola a quella di comunicazione (art. 15 Cost.), quali espressioni salienti di un più ampio diritto alla riservatezza della persona”.

E’ dunque da sottolineare che la Corte italiana ha utilizzato il riferimento alla stessa Carta per limitare l’espansione di una libertà costituzionale⁵¹⁶, aggiungendo che la libertà di domicilio e la libertà di comunicazione rientrano entrambe in una comune e più ampia prospettiva di tutela della “vita privata”, ma restando differenziate sul piano dei contenuti.

La Corte ha precisato al riguardo che la “libertà di domicilio ha una valenza essenzialmente negativa, concretandosi nel diritto di preservare da interferenze esterne, pubbliche o private, determinati luoghi in cui si svolge la vita intima di ciascun individuo. La libertà di comunicazione, per converso - pur presentando anch’essa un fondamentale profilo negativo, di esclusione dei soggetti non legittimati alla percezione del messaggio informativo - ha un contenuto qualificante positivo, quale momento di contatto fra due o più persone finalizzato alla trasmissione di dati significanti”.

Per questo i Giudici non hanno esitato a concludere che l’ipotesi della videoregistrazione che non abbia carattere di intercettazione di comunicazioni potrebbe essere disciplinata soltanto dal legislatore, nel rispetto delle garanzie costituzionali dell’art. 14 Cost.: “ferma restando, per l’importanza e la delicatezza degli interessi coinvolti, l’opportunità di un riesame complessivo della materia da parte del legislatore stesso”.

I Giudici hanno aggiunto: “giova soggiungere che l’ipotizzata restrizione della tipologia delle interferenze della pubblica autorità nella libertà domiciliare non troverebbe riscontro nè nella Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fonamen-

⁵¹⁶ In sintesi, i Giudici hanno sostenuto che la captazione di immagini in luoghi di privata dimora può configurarsi, in concreto, come una forma di intercettazione di comunicazioni fra presenti, “che si differenzia da quella operata tramite gli apparati di captazione sonora solo in rapporto allo strumento tecnico di intervento, come nell’ipotesi di riprese visive di messaggi gestuali: fattispecie nella quale già ora è applicabile, in via interpretativa, la disciplina legislativa della intercettazione ambientale in luoghi di privata dimora”. Il problema di costituzionalità si configura, però, solo ove si “fuoriesca dall’ipotesi della videoregistrazione di comportamenti di tipo comunicativo, venendo allora in considerazione soltanto l’intrusione nel domicilio in quanto tale”. In questo caso sussisterebbe una sostanziale eterogeneità delle situazioni poste a confronto: “la limitazione della libertà e segretezza delle comunicazioni, da un lato; l’invasione della sfera della libertà domiciliare in quanto tale, dall’altro”. Così Corte Cost., sent. n. 135 del 2002, cit.

tali (art. 8), nè nel Patto internazionale sui diritti civili e politici (art. 17); nè, infine, nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza nel dicembre 2000 (artt. 7 e 52), qui richiamata – ancorchè priva di efficacia giuridica – per il suo carattere espressivo di principi comuni agli ordinamenti europei⁵¹⁷.

E' pur vero che, da un lato, la Corte costituzionale italiana ha utilizzato la Carta europea come strumento interpretativo, in quanto espressiva dei principi comuni negli ordinamenti europei⁵¹⁸.

Dall'altro lato, anche se l'elaborazione dei diritti fondamentali europei attinge a tradizioni costituzionali comuni, sussistono dislivelli contenutistici che portano gli Stati ad una visione autonomistica dell'area di inviolabilità.

Il Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1° dicembre 2009, all'art. 6 del Trattato sull'Unione dispone che la Carta “ha lo stesso valore giuridico dei trattati”⁵¹⁹.

L'art. 52 della stessa Carta, nella formulazione adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, prevede che eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà in essa riconosciuti devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà: “nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui”.

Il co. 3 del medesimo articolo dispone che laddove la Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, “il significato e la portata degli stessi sono uguali a

⁵¹⁷ *Ibidem*.

⁵¹⁸ Vedi in merito Corte Giust., sent. n. 445 del 2002, in *Giur. Cost.*, 2002, 3634 e ss., con nota di BRUNELLI G., *L'illegittimità derivata di norme analoghe come tecnica di tutela dei diritti fondamentali*.

⁵¹⁹ Per alcuni spunti critici si veda GRASSO G., *La protezione dei diritti fondamentali nella Costituzione per l'Europa e il diritto penale: spunti di riflessione critica*, in GRASSO G., SICURELLA R. (cur.), *Lezioni di diritto penale europeo*, Milano, 2007, 633 e ss. Più di recente vedi SATZGER H., *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 3. Auf., Baden Baden, 2009, in specie 186 ss. (*Die Europäische Menschenrechtskonvention*). Si consideri inoltre che, dal 1 dicembre 2009, per espressa previsione dei co. 2 e 3 dell'art. 6 TUE, l'Unione aderisce alla CEDU e i diritti fondamentali da essa garantiti e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali. Il Consiglio di Stato italiano, nella sentenza n. 1220/2010, depositata il 2 marzo 2010, ha affermato che gli articoli 6 e 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo sono divenuti direttamente applicabili nel sistema nazionale, a seguito della modifica dell'art. 6 TUE, disposta dal Trattato di Lisbona. In verità i giudici non affrontano compiutamente la questione, limitandosi ad una sintetica affermazione.

quelli conferiti dalla suddetta convenzione”, non precludendo però che il diritto dell’Unione conceda una protezione più estesa.

In altri termini, sono ammesse restrizioni al diritto fondamentale, ma queste non possono far venir meno le condizioni effettive del suo esercizio o, utilizzando le parole della Corte Costituzionale italiana, l’esercizio di ogni diritto, anche quello costituzionalmente garantito, può essere dalla legge regolato e così sottoposto a limite, sempre che questo sia compatibile con la funzione [di tale] diritto [...] e non si traduca comunque nella “esclusione dell’effettiva possibilità dell’esercizio in parola”⁵²⁰.

La Carta, dunque, non determina previamente il contenuto essenziale, ma richiede un contemperamento rapportato al caso concreto fra l’esercizio di un diritto ed i suoi limiti.⁵²¹

Anche le Corti Costituzionali tedesca e romena nelle decisioni sul c.d. data retention in primis, ammettono che la verifica di legittimità costituzionale non riguarda le disposizioni della direttiva europea, ma le soluzioni legislative adottate dallo Stato per raggiungere gli scopi prefissati dall’Unione, evidenziando che le modalità di attuazione dovrebbero essere adottate in modo da non contrastare o compromettere i diritti fondamentali.

Se la rilevanza degli interessi da proteggere è tale da giustificare la compressione dei diritti in esame, la limitazione dovrebbe non solo essere connotata da uno scopo legittimo, ma anche risultare necessaria e proporzionata quale mezzo per il raggiungimento di questo scopo.

Di conseguenza si pone la questione dei limiti entro i quali può operare il legislatore (nazionale ed europeo) nella compromissione dei diritti contenuti nella Carta europea, ri-

⁵²⁰ Vedi Corte Cost., n. 203 del 1985, in *Giur. cost.*, 1985, 1575. Si veda anche BIN R., *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, 94 e ss.

⁵²¹ Se, dunque, il diritto tutelato dalla Carta è sovrapponibile a quello protetto dalla Costituzione e l’integrazione tra la stessa Costituzione e l’ordinamento europeo è volta all’individuazione di un grado minimo comune di protezione, lo stesso ordinamento europeo può prevedere la compressione dei diritti fondamentali previsti dalla Carta “nel rispetto del principio di proporzionalità”, se riconosciuta dall’Unione come necessaria e rispondente effettivamente a finalità di interesse generale in ambito europeo o a esigenze di protezione dei diritti e delle libertà altrui. L’ “interesse generale”, dovendo essere riconosciuto dall’Unione, “include certamente se non principalmente quelle ipotesi in cui esso possa essere perseguito soltanto attraverso gli strumenti normativi europei, ove siano coinvolte competenze di pertinenza dell’Unione”. In questo senso già PIROZZI L., *Separazione dei poteri e garanzia dei diritti nel progetto di costituzione europea*, in D’ATENA A., GROSSI P. F., *Tutela dei diritti fondamentali e costituzionalismo multilivello. Tra Europa e Stati nazionali*, Milano, 2004, 85 e ss. Si veda anche TONIATTI R., *Verso la definizione dei “valori superiori” dell’ordinamento comunitario: il contributo della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea*, in TONIATTI R. (cur.), *Diritto, diritti, giurisdizione. La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea*, Padova, 2002, 7 e ss.; cfr inoltre PALERMO F., *La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea tra diritto positivo e positività del diritto*, ivi, 195 e ss.

spettando quanto previsto dall' art. 52, co. 1, a garanzia del "contenuto essenziale" di detti diritti e libertà.

Il "contenuto essenziale" dovrebbe segnare, dunque, il confine invalicabile delle limitazioni ai diritti fondamentali europei.

In altri termini esso costituirebbe il "limite dei limiti"⁵²² o, meglio, il contenuto di garanzia che la norma (costituzionale) assume come minimo inderogabile e essenzialmente costitutivo di una libertà⁵²³.

Sul piano della struttura, ogni libertà costituisce un elemento essenziale dell'ordinamento costituzionale e ciascun diritto fondamentale subisce dei limiti rispetto alla tutela di altri diritti, di pari rilevanza, che a loro volta fanno parto dell'ordinamento. Di conseguenza, il nucleo essenziale inviolabile dovrebbe essere individuato alla stregua di questa relazione fra diritti e libertà fondamentali, ossia nella limitazione di queste ultime che consentono la realizzazione di altri valori costituzionali⁵²⁴.

Al riguardo, l'art. 52 della Carta, considerando il bilanciamento fra diritti, identifica nel principio di proporzione il criterio guida fondamentale, sia sul piano ermeneutico che su quello delle scelte politico normative del legislatore, delimitandone l'area di discrezionalità.

In questo contesto le sentenze esaminate, avendo individuato alcuni standards normativi ed applicativi, possono già costituire un punto di riferimento per il legislatore, anche europeo, che può trovare in esse delle importanti linee per bilanciare i contrapposti interessi e diritti, salvaguardando il nucleo essenziale minimo dei diritti fondamentali.

Le declaratorie di incostituzionalità non riguardano le metodologie di indagine "di carattere tecnologico" in quanto tali, ma i loro modi di utilizzo, nonché i presupposti ed i

⁵²² MASSA PINTO I., *Contenuto minimo essenziale dei diritti costituzionali e concezione espansiva della Costituzione*, in *Dir. pubbl.*, 2001, 1095 e ss., in specie 1097.

⁵²³ GROPPI T., *Art. 52*, in BIFULCO R., CARTABIA M., CELOTTO A., *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, 2001, 351 e ss., in particolare 355.

⁵²⁴ Sulle teorie relativa, assoluta e dell'essenzialità del limite, che non possono, per evidenti ragioni, essere compiutamente analizzate in questa sede, si rinvia a DENNINGER E., *Zum Begriff des Wesensgehaltes in der Rechtsprechung (art. 19, co. 1 GG)*, in *Die öffentliche Verwaltung*, 13, 1960, 812 e ss: Vedi anche EPPING V., *Grundrechte*, Heidelberg, 2005, 55 e ss. Per una sintesi vedi recentemente RIDOLA P., *Introduzione*, in HÄBERLE P., *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, Roma, 1993, 12 e ss.; BUTTURINI D., *La tutela dei diritti fondamentali*, cit., 174 e ss.

limiti, anche temporali, per la loro adozione, al fine di salvaguardare importanti e predominanti beni giuridici.

D'altra parte, nell'attuale assetto della società dell'informazione e di Internet, non è possibile pensare di affrontare le sfide poste dalle nuove tecnologie, quando siano utilizzate per la commissione di reati, esclusivamente con i tradizionali mezzi investigativi, non prendendo nemmeno in considerazione la necessità di un'ampia ed articolata riflessione sull'adozione di nuovi strumenti di "carattere tecnologico" aventi anche funzioni preventive, evocando l'assolutezza dei diritti fondamentali dell'individuo.

A questo punto è significativo il richiamo alle parole di Giuliano Vassalli: "potreste domandarmi: ma esistono diritti costituzionali non inviolabili? Sì, esistono e sono tutti quei diritti in cui si pone l'esigenza di un contemperamento con altri valori costituzionali"⁵²⁵.

Camerino, maggio 2013

⁵²⁵ VASSALLI G., *Costituzione, sistema penale e diritti dell'uomo*, in MOCCIA S. (cur.), *Diritti dell'uomo e sistema penale*, I, Napoli, 2002, 47 ss., in specie 64.