

Diritto Penale Contemporaneo

RIVISTA TRIMESTRALE

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL
A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE

DE L'ESPRIT

DES

LOIX

OU DU RAPPORT QUE LES LOIX
DOIVENT AVOIR AVEC LA CONSTITUTION
DE CHAQUE GOUVERNEMENT, LES
MŒURS, LE CLIMAT, LA RELIGION, LE
COMMERCE, &c.

à quoi l'Auteur a ajouté

Des recherches nouvelles sur les Loix Romaines
touchant les Successions, sur les Loix Fran-
çoises, & sur les Féodales.

Nouvelle Edition Revue & Corrigée

TOME SECOND.



A AMSTERDAM,

Chez CHATELAIN.

M. D. C. C. XLIX.

EDITOR-IN-CHIEF

Francesco Viganò

EDITORIAL BOARD

Italy: Gian Luigi Gatta, Antonio Gullo, Guglielmo Leo, Luca Luparia, Francesco Mucciarelli
Spain: Jaime Alonso-Cuevillas, Sergi Cardenal Montraveta, David Carpio Briz, Joan Queralt Jiménez

Chile: Jaime Couso Salas, Mauricio Duce Julio, Héctor Hernández Basualto, Fernando Londoño Martínez

EDITORIAL STAFF

Alberto Aimi, Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Carlo Bray, Javier Escobar Veas, Stefano Finocchiaro, Elisabetta Pietrocarlo, Tommaso Trinchera, Stefano Zirulia

EDITORIAL ADVISORY BOARD

Rafael Alcacer Guirao, Alberto Alessandri, Giuseppe Amarelli, Ennio Amodio, Coral Arangüena Fanego, Lorena Bachmaier Winter, Roberto Bartoli, Fabio Basile, Hervé Belluta, Alessandro Bernardi, Carolina Bolea Bardón, David Brunelli, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Pedro Caeiro, Michele Caianiello, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Francesco Caprioli, Claudia Cárdenas Aravena, Raúl Carnevali, Marta Cartabia, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Massimo Ceresa Gastaldo, Mario Chiavario, Mirentxu Corcoy Bidasolo, Cristiano Cupelli, Norberto Javier De La Mata Barranco, Angela Della Bella, Cristina de Maglie, Gian Paolo Demuro, Miguel Díaz y García Conlledo, Ombretta Di Giovine, Emilio Dolcini, Jacobo Dopico Gomez Áller, Patricia Faraldo Cabana, Silvia Fernández Bautista, Javier Gustavo Fernández Terruelo, Marcelo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Gabriele Fornasari, Novella Galantini, Percy García Caveró, Loredana Garlati, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Víctor Gómez Martín, José Luis Guzmán Dalbora, Ciro Grandi, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Roberto E. Kostoris, Máximo Langer, Juan Antonio Lascurain Sánchez, Maria Carmen López Peregrín, Sergio Lorusso, Ezequiel Malarino, Francisco Maldonado Fuentes, Stefano Manacorda, Juan Pablo Mañalich Raffo, Vittorio Manes, Grazia Mannozi, Teresa Manso Porto, Luca Marafioti, Joseph Margulies, Enrico Marzaduri, Luca Maserà, Jean Pierre Matus Acuña, Anna Maria Maugeri, Oliviero Mazza, Iván Meini, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Melissa Miedico, Vincenzo Militello, Santiago Mir Puig, Fernando Miró Linares, Vincenzo Mongillo, Renzo Orlandi, Francesco Palazzo, Carlenrico Paliero, Michele Papa, Raphaële Parizot, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lorenzo Picotti, Paolo Pisa, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Mario Romano, María Ángeles Rueda Martín, Carlo Ruga Riva, Stefano Ruggeri, Francesca Ruggieri, Marco Scoletta, Sergio Seminara, Paola Severino, Nicola Selvaggi, Rosaria Sicurella, Jesús María Silva Sánchez, Carlo Sotis, Giulio Ubertis, Inma Valeije Álvarez, Antonio Vallini, Paolo Veneziani, Costantino Visconti, Javier Willenmann von Bernath, Francesco Zacchè

Editore Associazione "Progetto giustizia penale", via Altaguardia 1, Milano - c.f. 97792250157
ANNO 2018 - CODICE ISSN 2240-7618 - Registrazione presso il Tribunale di Milano, al n. 554 del 18 novembre 2011.
Impaginazione a cura di Chiara Pavesi

Riserva di legge e principio democratico: una questione di metodo

*Reserva de ley y principio democrático:
una cuestión de método*

*Legality and Democratic Principle:
a Question of Method*

ALAIN MARIA DELL'OSSO

*Assegnista di ricerca in Diritto penale presso l'Università Cattolica di Milano
alain.delloso@unicatt.it*

PRINCIPIO DI LEGALITÀ

PRINCIPIO DE LEGALIDAD

NULLUM CRIMEN PRINCIPLE

ABSTRACTS

Il saggio analizza lo stato attuale della riserva di legge, anche alla luce delle prassi dell'ultima legislatura, e riflette sull'esigenza di verificare la perdurante validità delle premesse concettuali di quella regola quale passaggio ineludibile per rivitalizzarla (se necessario, anche aggiornandola).

El presente trabajo analiza el estado actual de la reserva de ley, considerando también las prácticas del último periodo legislativo, y reflexiona sobre la necesidad de verificar la validez de las premisas conceptuales de aquella regla, a fin de revitalizarla y, de ser necesario, actualizarla.

The essay focuses on legality nowadays, also in light of the practice in the last parliamentary term, reflecting on the need to check the current validity of the theoretical premises of such a principle as a way to revitalize it (if necessary even updating it).

SOMMARIO

1. Un preliminare inquadramento del tema. – 2. Cenni minimi alla riserva di legge in materia penale. – 3. Uno sguardo alla prassi: alcuni dati sulla XVII legislatura. – 4. Spunti sulle ragioni della crisi del principio democratico. – 5. Riflessioni conclusive: le precondizioni della riserva di legge.

1.

Un preliminare inquadramento del tema.

Sono numerosi ed eterogenei i fattori che oggi tendono a una costante erosione della legalità penale nella sua accezione tradizionale e storicizzata: la “crisi della legalità” è ormai un *topos* della recente riflessione sulle fonti del diritto penale, e pare che in effetti ne fotografi una condizione in qualche misura irreversibile, frutto di una trasformazione della società, dei sistemi politici e degli assetti della sovranità nazionale, che necessariamente ridonda anche sulla formazione e applicazione delle leggi¹. In tale contesto non sembra però particolarmente proficuo né congedarsi con disincanto dalle antiche certezze – frutto di una plurisecolare evoluzione del pensiero giuridico – né erigersi ostinatamente a custodi della tradizione, senza aver prima indagato le cause di siffatti mutamenti, anche nella prospettiva di cercare un nuovo punto di equilibrio tra i “vecchi valori” e il nuovo corso dei fatti. Riprendendo le parole di uno dei massimi studiosi di questi temi, si palesa *«l’estrema urgenza – anche comunicativa – di acquisire consapevolezza delle trasformazioni subite dalla legalità, compresa quella penale; di squarciare – come si suol dire – quel velo pesante che ancora oggi impedisce di rendersi conto che le formulazioni illuministiche della legalità penale non reggono più il confronto con la prepotente realtà dei fatti; l’urgenza di comprendere che per salvare le sacrosante esigenze sottese alla legalità penale non basta più pigramente e illusoriamente insistere sul passato, ma occorre mettere mano al più presto al futuro»*².

Nelle pagine che seguono si appunterà l’attenzione sull’attuale stato di salute della riserva di legge, ossia sulle sorti di una fondamentale espressione del principio democratico in una stagione di grande fermento dell’indirizzo politico-governativo. Si avrà così modo di constatare che oggi la riserva di legge è costretta a subire tanto le ricadute di un generale offuscamento (meglio: ridimensionamento) del ruolo del Parlamento, avvertito sempre meno come luogo di espressione della volontà popolare, ormai in grado di affiorare in ben altre forme e contesti, quanto le conseguenze della incessante fascinazione che il diritto penale esercita sugli esecutivi (e prima ancora sui programmi politici), che lo rendono sempre più “una questione di governo”. La cursoria indagine che ci si appresta a svolgere cercherà, dunque, di porre in evidenza l’essenza irrinunciabile della riserva di legge, quale nucleo minimo che deve essere preservato dinanzi alle spinte della modernità (o, se dir si voglia, della postmodernità).

2.

Cenni minimi sulla riserva di legge in materia penale.

Discutere di riserva di legge in materia penale evoca, come risaputo, anzitutto il tema della legalità e del rispetto del principio sancito dall’art. 25, co. 2, Cost.

La manualistica tradizionale annovera, infatti, la riserva di legge all’interno dei corollari del principio di legalità: la piena attuazione di quest’ultimo implica, cioè, una serie di “sotto-principi”, che partecipano e si fondono con il principio madre. Si tratta di osservazioni scontate, con le quali solitamente si introduce lo studio del sistema delle fonti del diritto penale e si gettano le basi per la comprensione del principio di legalità: non ha senso indugiarsi oltre³.

Preme invece rimarcare l’elemento di distinzione della riserva di legge rispetto agli altri corollari del principio di legalità: essa assolve, infatti, a una funzione che trascende la mera esigenza di certezza dell’incriminazione e di prevedibilità delle conseguenze alle quali la commissione di un determinato fatto può esporre il suo autore. Come è stato lucidamente osser-

¹ Sulla crisi della legalità, tra i molti, si veda FIANDACA (2016), pp. 367 ss.

² PALAZZO (2007), pp. 1280 -1281.

³ Tra i numerosissimi possibili riferimenti, in particolare: ROMANO (2004), p. 33; MARINUCCI e DOLCINI (2001), pp. 6 ss.; FIANDACA e MUSCO (2014), p. 50; MARINUCCI, DOLCINI e GATTA (2017), pp. 43 ss.

vato «per assicurare la sola certezza giuridica in termini di prevedibilità e calcolabilità del rischio penale, non sarebbe indispensabile concepire il principio di legalità come riserva di legge: allo scopo di informare preventivamente i cittadini basterebbe la precostituzione della regola di condotta da parte di una fonte normativa qualsiasi, anche di rango inferiore alla legge formale»⁴. E, infatti, con la riserva di legge si ambisce a qualcosa in più della mera cristallizzazione del precetto e della relativa sanzione: si vuole ancorare la criminalizzazione – come *decisione* su ciò che merita e necessita il ricorso alla sanzione penale⁵ – a una fonte qualificata, individuata nella legge ordinaria di produzione parlamentare⁶. E ciò perché – nella prospettiva della separazione dei poteri – si ritiene che il monopolio delle scelte di incriminazione debba essere assicurato all'unico organo dotato di una piena legittimazione popolare e destinato, appunto, a esprimere la sovranità che, in un moderno Stato democratico⁷, si riconosce al popolo (e che esso, al momento delle elezioni, trasferisce ai suoi rappresentanti)⁸.

La riserva di legge va, dunque, di pari passo con il ruolo del Parlamento e la centralità che a esso si deve attribuire nell'ambito di un sistema democratico⁹. Qualsiasi deviazione da tale sistema suona, allora, come una *deminutio* della sovranità popolare, anche quando si manifesta come riflesso di una primazia dell'esecutivo e, dunque, dell'orientamento della maggioranza, e, cioè, di quella parte politica che, incarnando il pensiero dominante, sarebbe teoricamente destinata a prevalere anche in sede parlamentare. La ragione è semplice e ampiamente arata dalla dottrina (penalistica e costituzionalistica): la dialettica parlamentare presuppone un confronto tra forze di maggioranza e di opposizione, che dovrebbe portare a forme di *co-decisione*, improntate – secondo la nota concezione kelseniana – alla logica del *compromesso*¹⁰.

Solo il testo di legge che si pone come sintesi di una siffatta interazione di opinioni differenti costituisce un'autentica espressione della volontà popolare, poiché riflette il sentire di tutta la comunità e non solo del pensiero politico dominante in un determinato momento storico¹¹. Il che assume importanza fondamentale se quel testo interviene in materia penale e, cioè, in un settore nel quale si compiono scelte assiologiche destinate a incidere sulla libertà personale e, quindi, bisognose del più ampio consenso possibile¹².

Ancora, e sempre procedendo per cenni perché si tratta di temi noti, la dialettica parlamentare, da un lato, ha bisogno di *tempo* e ciò dovrebbe favorire una più attenta ponderazione delle reali esigenze di tutela che reclamano l'intervento dello *jus terribile*; dall'altro, avviene in forma pubblica ed è, perciò, garanzia di *trasparenza*.

⁴ FIANDACA (2007), pp. 1250 – 1251.

⁵ FORTI (2000), pp. 50 ss.

⁶ Con la consueta chiarezza ROMANO (2006), p. 30: «Sebbene il termine della lingua italiana (e non solo) sembri indicare il contrario, dunque, la "legalità" non implica affatto la riserva "di legge". Quando si adotta tale espressione, piuttosto, si vuole sottolineare l'aspetto, certamente importante ma succedaneo, della necessità che la norma penale, in entrambe le sue componenti di precetto e sanzione, sia non soltanto scritta e previamente definita, ma lo sia mediante l'intervento di una particolare fonte di produzione». Si veda poi ROMANO (2008), pp. 539 ss.

⁷ Per una riflessione sulle radici illuministiche del nesso legalità-democraticità, anche in relazione alla posizione di Cesare Beccaria, si veda CAVALIERE (2017), pp. 656 ss.

⁸ Così FIANDACA (2011), p. 82: «Il ventaglio delle possibili rationes sottese alla riserva di legge si amplia – e non poteva, del resto, essere diversamente – a seguito del passaggio alla democrazia costituzionale, com'è testimoniato dalla letteratura penalistica che matura nell'orizzonte assiologico della Costituzione repubblicana. Com'è noto, in questo nuovo quadro di riferimento l'accento cade sulla garanzia democratica, che finisce col prevalere sulla più tradizionale garanzia di certezza». Si veda poi la lucida analisi sintesi sulla *ratio* della riserva di legge offerta in GROSSO (2011), pp. 125 ss. Diffusamente sul tema: CUPELLI (2012), pp. 55 ss.

⁹ Il Parlamento è, in quest'ottica, «espressione non di una stretta oligarchia, a dell'intero popolo sovrano, che attraverso i suoi rappresentanti si attende che l'esercizio [del potere legislativo] avvenga non arbitrariamente ma per il suo bene e il suo interesse». Così DELITALA (1964), p. 968. Sul tema, MARINUCCI e DOLCINI (2001), p. 24.

¹⁰ KELSEN (1966), p. 65: «L'intera procedura parlamentare infatti, con la sua tecnica dialettico-contraddittoria, basata su discorsi e repliche, su argomenti e contrargomenti, tende a venire ad un compromesso. Questo è il vero significato del principio di maggioranza nella democrazia reale».

¹¹ Chiarissime sul punto le parole della Corte Costituzionale che, riprendendo taluni fondamentali precedenti, ha definito la riserva di legge «principio che, secondo quanto reiteratamente puntualizzato da questa Corte, demanda il potere di normazione in materia penale – in quanto incidente sui diritti fondamentali dell'individuo, e segnatamente sulla libertà personale – all'istituzione che costituisce la massima espressione della rappresentanza politica: vale a dire al Parlamento, eletto a suffragio universale dall'intera collettività nazionale (sentenze n. 394 del 2006 e n. 487 del 1989), il quale esprime, altresì, le sue determinazioni all'esito di un procedimento – quello legislativo – che implica un preventivo confronto dialettico tra tutte le forze politiche, incluse quelle di minoranza, e, sia pure indirettamente, con la pubblica opinione». Così, Corte cost., sent. n. 230/2012. Pur senza sminuire il senso della riserva di legge, è stato osservato come siano stati tutto sommato infrequenti i casi nei quali la normazione penale abbia beneficiato di un effettivo e costruttivo controllo delle minoranze: «il compromesso politico, anche a livello legislativo, si è, di fatto, sempre espresso su oggetti che raramente hanno avuto a che vedere con le scelte e le forme di criminalizzazione». Così, DONINI e INSOLERA (2005), pp. 13 ss. Sul punto, di recente, FORNASARI (2018), pp. 162 ss.

¹² In dottrina, tra i numerosi riferimenti, si veda GALLO (1996), pp. 48 ss.: «La ragione della disciplina adottata sta nel consentire, ed è tipico del pensiero liberal-democratico, una riflessione particolarmente attenta sulle ragioni che portano a qualificare reato un certo fatto umano, nonché la possibilità alle minoranze di intervenire sugli indirizzi e sulle scelte di politica criminale della maggioranza: in un processo dialettico al quale si partecipa – si dovrebbe partecipare – per convincere ed essere convinti». Sul tema, fondamentale, BRICOLA (1973), pp. 42 ss. Sui rapporti tra consenso sociale e legittimazione del diritto penale, si veda, per tutti, PALIERO (1992), pp. 849 ss.

Breve: la riserva di legge ancora la produzione del diritto penale a una *fonte* e a una *procedura*.

Proprio tali considerazioni – che non ambiscono certo all'originalità – sono alla base delle classiche discussioni circa il perimetro della riserva di legge ossia circa l'ammissibilità dell'intervento di fonti secondarie e – soprattutto per quanto rileva in questa sede – di decreti-legge e decreti legislativi in materia penale.

I sostenitori della natura sostanziale (oltre che assoluta) della riserva di legge hanno, infatti, tradizionalmente fatto leva in particolare sulla compressione del ruolo delle minoranze insito tanto nella decretazione d'urgenza quanto nella decretazione delegata, giacché in entrambi i casi lo spazio di intervento delle opposizioni si riduce considerevolmente, con il rischio di non avere più alcuna reale *chance* di incidere sulle scelte di incriminazione in maniera autenticamente dialettica e discorsiva¹³. Non è, però, certamente questa la sede per riaprire una discussione sulla legittimazione degli atti aventi forza di legge quali fonti del diritto penale. È sufficiente, infatti, riprendere il pensiero di un Maestro del diritto penale che ha lucidamente chiarito come non vi siano ostacoli, per così dire, aprioristici a un siffatto intervento: è piuttosto una questione di limiti e, prim'ancora, di rispetto scrupoloso delle condizioni alle quali la Costituzione subordina, in generale, il ricorso a tali strumenti normativi¹⁴. È la stessa Carta Costituzionale d'altronde «*a non distinguere in alcun modo, nella forza di legge, tra leggi formali con valore formale di legge e leggi materiali con valore altrettanto formale di legge*»¹⁵ e la ragione è semplice: questi ultimi possono rivelarsi *talvolta* fondamentali «*per garantire un adeguato reggimento della cosa pubblica*»¹⁶, anche mediante l'intervento della sanzione penale. Si tratta però di un intervento certamente problematico, che risulta accettabile e legittimo solo a determinate *condizioni*, vale a dire finché soggiace a una «*restrizione rigorosamente controllata*». E tali condizioni, come noto, attengono, per quanto riguarda i decreti-legge, anzitutto all'effettiva sussistenza di situazioni di necessità e urgenza, oltre che all'ormai pacifico divieto di reiterazione del testo non tempestivamente convertito; e, per i decreti legislativi, all'analiticità della legge delega, dalla quale devono emergere con nitidezza le scelte politiche relative alle condotte da incriminare e alle sanzioni che ne devono conseguire¹⁷.

È però innegabile che tali regole nella prassi siano frequentemente disattese; ed è proprio sulla scorta di tale constatazione che alcuni studiosi insistono sull'opportunità di una preclusione, per così dire “a monte”, al ricorso a decreti-legge e a decreti legislativi in materia penale¹⁸: un veto che origina, cioè, anche dalla rassegnata presa d'atto della conclamata impraticabilità di un impiego ortodosso di tali fonti.

Si schiude, allora, all'orizzonte il cuore del problema sul quale si appunterà adesso l'attenzione: il rispetto *in action* del principio democratico. Sembra chiaro, infatti, che non sia certamente “in crisi” il fondamento teorico della riserva di legge, al quale si è fatto fin qui cenno e sul quale non si potrebbe aggiungere nulla rispetto alla ricca e stratificata elaborazione dottrinale, quanto la realtà applicativa di quel principio, come si vedrà anche ben oltre le problematiche “tradizionali” relative a un disinvolto ricorso agli atti aventi forza di legge¹⁹. Per avvedersene conviene prendere a riferimento la legislatura appena conclusa.

3. Uno sguardo alla prassi: alcuni dati sulla XVII legislatura.

Nel quinquennio 2013-2018 sono state promulgate complessivamente 379 leggi: di queste, circa 150 di ratifica di trattati internazionali, 31 di bilancio o collegate alla manovra finanziaria, 80 di conversione di decreti-legge, 35 leggi delega.

Una rapida scorsa a questi dati, pur estremamente grezzi, genera un senso di smarrimento a fronte di quanto osservato in precedenza circa la centralità del Parlamento quale *dominus* della

¹³ Si veda sul punto l'ampia panoramica della letteratura di riferimento offerta da CUPELLI (2012) pp. 130 ss., con una puntuale indicazione anche delle ulteriori ragioni di perplessità espresse rispetto al ricorso in materia penale ad atti aventi forza di legge (conseguenze della mancata conversione dei decreti-legge, et al.)

¹⁴ Il riferimento è a ROMANO (2006), pp. 32 ss.

¹⁵ ROMANO (2006), p. 32.

¹⁶ ROMANO (2006), p. 32, anche per la citazione immediatamente seguente.

¹⁷ Così, tra i molti, PULITANÒ (2017), p. 95.

¹⁸ In questo senso MARINUCCI e DOLCINI (2017), p. 44: «*anche il decreto legislativo non può essere incluso tra le fonti del diritto penale. Infatti, da un lato, la prassi appare lontanissima dagli standard di rigore, analiticità e chiarezza auspicati dalla dottrina [...]*».

¹⁹ Negli stessi termini DONINI e INSOLERA (2005), p. 20. Si veda, poi, DONINI (2004), pp. 83 ss.

potestà legislativa. Esso ne esce, infatti, ridimensionato ad asseveratore di decisioni adottate altrove, assai spesso in ambito sovranazionale, e in un numero significativo di casi dal governo.

Si tratta, però, di dati aggregati che non dicono nulla di specifico sulla produzione del diritto penale. In assenza di rilevazioni statistiche ufficiali sui testi normativi che contengono norme penali, l'indagine si fa necessariamente più imprecisa e assume carattere meramente orientativo.

Pur con tali limiti, si può registrare un non trascurabile ricorso ai decreti-legge, che alimenta più di un sospetto sull'effettiva costante ricorrenza dei presupposti straordinari di urgenza e necessità. La decretazione d'urgenza ha costituito, ad esempio, la fonte per la disciplina di contrasto alla violenza di genere²⁰, per l'introduzione del reato di combustione illecita di rifiuti²¹, per l'inasprimento delle pene previste dal reato di frode sportiva²², per l'introduzione di nuovi reati di contrasto al terrorismo internazionale²³, per gli interventi in materia di sicurezza urbana²⁴, per la disciplina finalizzata al superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari²⁵, per operare una serie di modifiche in materia di esecuzione della pena²⁶.

Assai massiccio è stato poi l'impiego della legislazione delegata: lo strumento del decreto legislativo ha costituito la forma pressoché esclusiva dei numerosi interventi di adeguamento della normativa penalistica nazionale ai contenuti delle fonti sovranazionali, prime tra tutte quelle di matrice europea. Solo per ricordare alcuni casi, hanno fatto in tal modo ingresso nel nostro ordinamento la nuova versione del reato di corruzione tra privati e l'inedito reato di istigazione alla corruzione tra privati²⁷ nonché la riformulazione del delitto di tratta di persone²⁸. Vi è poi una nutrita schiera di decreti legislativi "autoctoni", privi cioè di un retroterra sovranazionale: si pensi, solo per citarne alcuni, ai diversi decreti attuativi della c.d. Riforma Orlando, alla riforma dei reati tributari²⁹, ai decreti di depenalizzazione³⁰, all'introduzione dell'art. 131-*bis* c.p.³¹. E in relazione a taluni di essi non sono mancate le critiche circa la conformità dei decreti alle leggi di delegazione e al connesso esercizio da parte dell'esecutivo di una discrezionalità *autonoma*³².

In estrema sintesi: anche la legislatura appena conclusa ha confermato il *trend* già da tempo rilevato in letteratura³³ di un costante sbilanciamento degli equilibri tra Governo e Parlamento nella produzione di norme penali come conseguenza di un ricorso agli atti normativi dell'esecutivo eccessivamente frequente e non sempre in linea con i requisiti fissati dagli artt. 76 e 77 Cost.

L'analisi della recente legislazione penale evidenzia però l'espansione di un fenomeno forse meno indagato³⁴ ma certamente non meno pernicioso per la tenuta del principio democratico – che, si è visto, costituisce il retroterra concettuale della riserva di legge -: il riferimento è a quelle prassi con le quali si perviene all'emanazione di una legge parlamentare attraverso un percorso che svuota radicalmente di contenuti il ruolo del Parlamento tanto sul versante della sovranità quanto su quello della democraticità delle scelte legislative.

Il pensiero corre in prima battuta all'utilizzo della questione di fiducia in materia penale.

Come noto, la questione di fiducia costituisce un istituto privo di copertura costituzionale, nato dalla prassi, successivamente disciplinato dai regolamenti parlamentari e, quindi, riconosciuto da alcune fonti normative³⁵. Negli ultimi decenni esso ha riscosso un successo davvero clamoroso – tanto che già nel 2005 il progetto di riforma costituzionale varato dalla XIV

²⁰ D.l. n. 93 del 2013, convertito con l. 119 del 2013

²¹ D.l. n. 136 del 2013, convertito con l. n. 6 del 2014.

²² D.l. n. 119 del 2014, convertito con l. n. 146 del 2014.

²³ D.l. n. 7 del 2015, convertito con l. n. 43 del 2015.

²⁴ D.l. n. 14 del 2017, convertito con l. n. 48 del 2017.

²⁵ D.l. n. 52 del 2014

²⁶ D.l. n. 78 del 2013, convertito con l. n. 94 del 2013

²⁷ D.lgs. n. 38 del 2017.

²⁸ D.lgs. n. 24 del 2014.

²⁹ D.lgs. n. 158 del 2015.

³⁰ D.lgs. n. 7 e 8 del 2016.

³¹ D.lgs. n. 28 del 2015.

³² Si vedano, a titolo esemplificativo, alcune osservazioni relative alla riforma dei reati tributari in INGRASSIA (2016), pp. 99 ss.

³³ Per un approfondimento sulla XVI legislatura, si veda ZACCARIA (2010), pp. 4073 ss.; per un'ampia panoramica, si veda ancora CUPELLI (2012), pp. 130 ss.

³⁴ Particolare attenzione a questi temi è presente negli scritti di Cupelli: oltre alla già citata monografia di Cupelli, si vedano anche CUPELLI (2017), pp. 1715 ss.; Id. (2015), pp. 81 ss.; si vedano poi GRANDI (2010), pp. 34 ss.; Id. (2011), pp. 383 ss.

³⁵ Così, gli artt. 2 e 5 della l. n. 400 del 1988, di disciplina delle attività del Governo, nei quali si fa espressa menzione della questione di fiducia, attribuendo la iniziativa della sua presentazione al Presidente del Consiglio e la decisione all'intero Consiglio dei Ministri.

legislatura (respinto all'esito del referendum del 2006) ambiva a "costituzionalizzarlo" all'art. 94 Cost. –, giungendo nel corso della legislatura appena conclusa ad attestarsi su percentuali di applicazione in precedenza mai raggiunte (è stato richiesto 56 volte alla Camera e 44 al Senato).

In materia penale la questione di fiducia è stata posta, tra l'altro, sulla legge con la quale è stato introdotto il reato di omicidio stradale.

Non occorre alcuna approfondita riflessione per avvedersi delle ragioni per le quali il ricorso alla questione di fiducia configuri una contrazione delle garanzie che caratterizzano l'ordinario meccanismo di produzione della legge parlamentare: è infatti palese che nel momento in cui si lega la sorte dell'esecutivo all'approvazione di una legge, quest'ultima viene elevata a questione di governo, e l'Assemblea si trova dinanzi a un'alternativa che offusca i contenuti della proposta normativa e oblitera ogni reale possibilità di *dialogo* sugli stessi.

Un siffatto *vulnus* diviene ancor più evidente quando l'apposizione della questione di fiducia riguarda leggi di conversione di decreti-legge o degenera nella prassi dei cd. maxi-emendamenti (i.e. riproposizione di tutti gli articoli della proposta di legge in discussione, o del decreto-legge da convertire, in un unico emendamento al quale si appone la fiducia, scavalcando così anche tutti gli emendamenti nel frattempo proposti).

Si tratta di procedure già sottoposte a forti censure da parte dei costituzionalisti, che ne hanno posto in luce i punti di frizione rispetto allo spirito delle prerogative normative riconosciute al Parlamento e, in particolare, alla *ratio* sottesa all'art. 72 Cost., dove si prevede l'approvazione delle leggi articolo per articolo quale garanzia della possibilità di discutere analiticamente ciascuna previsione³⁶. Tali tensioni si acuiscono ulteriormente se un simile *modus operandi* interviene in materia penale e, cioè, appunto in un settore sottoposto a riserva di legge. In tali casi l'Aula è ridotta a mera ratificatrice di decisioni ascrivibili interamente al Governo e che esso stesso qualifica come questioni così intrinsecamente connesse al suo indirizzo da legarvi il suo destino e che sottopone all'Assemblea in una forma – quella del maxi-emendamento appunto – che preclude in radice ogni seria possibilità di confronto sui contenuti della proposta legislativa.

Ecco, allora, che se si considera che è stato oggetto di un maxi-emendamento il più significativo intervento in materia penale registrato nel corso della legislatura e, cioè, la cd. Riforma Orlando, si ha una chiara fotografia degli equilibri che hanno connotato il rapporto tra Governo e Parlamento nel quinquennio appena trascorso.

Come già si è osservato, simili fenomeni non intaccano formalmente la riserva di legge – il diritto penale viene in tali casi maneggiato da leggi ordinarie (sulle quali si innestano nel caso della cd. Riforma Orlando anche alcune significative deleghe al governo) – ma certamente ne tradiscono lo spirito, incanalando la normazione in materia penale sempre più verso le stanze dell'esecutivo, dove, per definizione, impera il sentire della sola maggioranza.

4. Spunti sulle ragioni della crisi del principio democratico.

Quanto riscontrato comporta un'ineludibile presa d'atto del progressivo e costante offuscamento del ruolo del Parlamento quale produttore (ed effettivo creatore) di norme penali: come è stato efficacemente rilevato, «oggi l'iniziativa attinente al legiferare è saldamente nelle mani del governo, il quale usufruisce di regole rivolte non soltanto a garantire la sua stessa stabilità ma anche a porre il parlamento sotto il suo controllo: complice, fra l'altro, un sistema elettorale che non favorisce la presenza, nelle Camere, di competenze professionali significative rispetto ai diversi settori della loro attività. L'impulso parlamentare quanto alla produzione normativa resta, pertanto, marginale e, comunque, sotto tutela»³⁷.

Sarebbe evidentemente semplicistico collegare tale dato a una *défaillance* istituzionale conaturata a un singolo, determinato, momento storico e, perciò, in qualche modo addebitabile ai protagonisti della passata stagione politica italiana: si tratta piuttosto dell'ultimo capitolo di una storia ormai risalente.

Occorre allora provare a indagare le ragioni che possono giustificare o, meno impegnativamente, almeno spiegare tale fenomeno.

³⁶ Per un'articolata analisi del tema si vedano gli studi raccolti in LUPO (2010), pp. 1 ss.

³⁷ Così EUSEBI (2016), p. 1670.

Le analisi sul punto in letteratura non mancano.

Un primo fattore, per così dire, fisiologico e, come tale, meritevole di essere trattato separatamente consiste nella crescente complessità che caratterizza la società attuale e che reclama, anche in sede legislativa, il confronto con saperi tecnici specialistici, estranei al patrimonio di conoscenze diffuso nella generalità dei parlamentari e, comunque, non bisognosi di una legittimazione popolare³⁸. Tale constatazione è stata spesso collegata alla costante fioritura di nuove fonti normative di natura amministrativa (in specie gli atti delle Autorità Indipendenti³⁹), al crescente ricorso alla legislazione delegata⁴⁰ e, *last but not least*, all'esigenza di aprire sempre più la legge ordinaria all'integrazione di fonti secondarie dal contenuto tecnico.

Si schiudono, così, all'orizzonte una serie di temi che da soli meriterebbero ampi spazi d'analisi: nell'economia della riflessione che si sta conducendo, è, però, sufficiente registrare il dato di una spinta che, muovendo dalle peculiarità delle situazioni da normare, comprime la centralità del Parlamento e richiede una partecipazione per così dire corale – con l'esecutivo chiamato a scandire i tempi – all'attività legislativa.

Come già anticipato, si tratta però di un fenomeno per certi versi fisiologico, connaturato ai caratteri della società contemporanea e in relazione al quale sembra possibile riproporre punti di equilibrio già sperimentati, che garantiscano un accettabile bilanciamento tra tradizione e innovazione. Il riferimento è ovviamente ai criteri elaborati dalla dottrina – e ai quali si è già avuto modo di fare cenno – per tracciare il limite entro il quale può ammettersi un'integrazione del precetto penale da parte di fonti secondarie e atti amministrativi: ciò che conta è la natura prettamente tecnica dell'apporto, che non infici le decisioni politiche di fondo. È peraltro innegabile che tali confini siano stati pensati in un contesto nel quale il coefficiente tecnico ed extra-penalistico delle norme penali era mediamente più ridotto, sicché non si può nascondere qualche perplessità sulla tenuta degli stessi a fronte di un diritto penale che si spinge sempre più su terreni ad alto tasso di complessità tecnica, rendendo ardua la separazione tra contenuti politici e tecnici di norme che, nella sostanza, poggiano pressoché interamente sulle valutazioni del circolo di esperti di riferimento⁴¹. Proseguire oltre con tale riflessione vorrebbe dire, però, discutere, assai più in generale, dei limiti del diritto penale a fronte dell'ipertrofia che sempre più lo contraddistingue e che lo ha condotto a permeare in maniera ubiquitaria tutti i settori dell'agire umano: temi, questi, evidentemente distonici rispetto agli scopi dell'indagine che si sta conducendo.

Venendo, dunque, alle ragioni, per così dire, patologiche – proseguendo nel ricorso al lessico medico – della crisi della legalità parlamentare, si possono individuare due macro-aree: 1) la perdita di legittimazione del Parlamento tanto come istituzione quanto come luogo di formazione della volontà popolare; 2) il peso assunto dalle questioni penali come tema elettorale e, dunque, come questione di governo.

Che la struttura politica contemporanea abbia smarrito i tratti che contraddistinguevano il modello assunto a paradigma dal pensiero illuminista e ancora dominante al momento dell'entrata in vigore della Costituzione è evidente a tutti e non necessita di essere argomentato: solo per citare alcune significative variazioni, sono mutati la funzione, il ruolo e l'operatività dei partiti politici, sempre meno ideologizzati e più proclivi al pragmatismo d'aula; sono cambiati – e sono in continuo mutamento – i sistemi elettorali, con una considerevole diminuzione dell'effettivo potere di scelta dei propri rappresentanti in capo agli elettori e una crescente centralità della figura degli aspiranti *premier*, che offusca il ruolo degli altri candidati⁴²; e, non da ultimo, sono completamente stravolti i canali del dibattito politico.

Ciò che però sembra aver segnato maggiormente la decadenza dell'istituzione parlamentare – al di là dei mutamenti oggettivi – è la sua attuale percezione sociale: come è stato osservato da più parti, dai primi anni novanta – per intendersi, gli anni di Tangentopoli – il prestigio della classe politica italiana, e con accenti ancor più marcati proprio dei parlamentari, si è incanalato su un piano inclinato che ha portato nei tempi più recenti anche a manifestazioni

³⁸ Assai chiaramente sul punto, PALAZZO (2007), p. 1293: «di fronte ad una realtà sempre più pervasa e plasmata di tecnologia non si può dire che tramonti la necessità di una sua forma e regolazione normativa, ma indubbiamente appare difficile parlare ancora di una sovranità senza limiti della volontà popolare»; si veda, poi, ID. (2017), pp. 20 ss. Il rapporto tra evoluzione tecnologica, complessità sociale e riserva di legge è toccato anche in PIERGALLINI (2017), pp. 236 – 237.

³⁹ Sui poteri normativi delle *Authorities*, si veda, in particolare, MERUSI (2006), pp. 43 ss. Sulle connesse tensioni con il principio della riserva di legge, si veda NOTARO (2010), pp. 33 ss. Per un *focus* sulle peculiarità della Consob, D'ALESSANDRO (2014), pp. 280 ss.

⁴⁰ CUPELLI (2012), pp. 150 ss.

⁴¹ Sul «dispotismo della "techné"», si vedano le lucide riflessioni di INSOLERA (2016), p. 3.

⁴² Si vedano, ancora, INSOLERA (2016), pp. 4 ss. ed EUSEBI (2016), p. 1670.

di vera e propria idiosincrasia verso i politici “di professione”⁴³. Iniziano, così, a scricchiolare le fondamenta del mandato tra rappresentato e rappresentante; se, poi, ciò si combina a una riallocazione del consenso verso la persona del *leader* di turno, si viene a creare l'*humus* ideale per uno scivolamento delle funzioni parlamentari verso l'esecutivo⁴⁴.

Sembra, cioè, che da un'interazione di fattori anche eterogenei si sia determinato un progressivo sgretolamento di una delle precondizioni della democrazia rappresentativa e, cioè, il riconoscimento da parte del cittadino del parlamentare come proprio rappresentante⁴⁵. Ne consegue che lo stesso Parlamento si trova a essere privato di legittimazione e autorevolezza e, quindi, potenzialmente avvertito come una struttura inutile, che ingessa e rallenta l'attività del governo.

L'idea del Parlamento come luogo di formazione della - pur mediata - volontà popolare, fondamento teorico della sua essenzialità nell'articolazione di uno Stato democratico, è ulteriormente incrinata dalla disponibilità di nuovi e apparentemente ben più efficienti canali di emersione del pensiero dei cittadini. La democrazia rappresentativa deve, cioè, fare i conti anche con le potenti spinte verso forme di democrazia diretta offerte dalle nuove tecnologie, che delineano il fenomeno della cosiddetta “democrazia elettronica” o *web-democracy*⁴⁶.

Tali spinte affondano le radici nella concezione della democrazia rappresentativa come una sorta di filtro, negativo ma necessario, a un pieno e genuino esplicarsi della sovranità popolare: storicamente è risultato organizzativamente insostenibile che il popolo intervenisse su ogni singola decisione politica, trovandosi così costretto ad affidarsi ai parlamentari⁴⁷; a fronte della possibilità di superare tale complessità organizzativa con l'ausilio delle nuove tecnologie, non vi sarebbe, però, più ragione per ricorrere al corpo intermedio rappresentato dal Parlamento, potendo il popolo dialogare direttamente con l'esecutivo.

Un ragionamento di tal genere presuppone che i cittadini siano in condizione di decidere e, quindi, che dispongano delle conoscenze all'uopo necessarie: la tecnologia, come noto, offre anche questa sensazione. La miriade di informazioni facilmente accessibili via *web* può indurre un qualsiasi cittadino a sentirsi competente sostanzialmente su qualsiasi tema dell'agenda politica: anche senza indagare le questioni connesse alla qualità delle informazioni offerte dall'*web* - tra rischi di *fake news* e altre possibili contaminazioni dei “saperi a portata di clic”⁴⁸ -, è chiaro che esse consentano il formarsi di una competenza solo apparente, non potendosi confondere l'informazione sui problemi con la conoscenza degli stessi⁴⁹. Il legame tecnologia-informazione-democrazia diretta era già stato teorizzato negli anni settanta da chi aveva intravisto nel televisore, nei programmi di approfondimento politico e nelle limitate potenzialità interattive allora disponibili, i potenziali embrioni di nuove ambizioni di democrazia diretta⁵⁰: non può stupire, allora, l'attuale consistenza del fenomeno e la sua incidenza nella politica reale. E, così, tra consultazioni politiche via *web* e proposte di vincolare i parlamentari all'esito delle stesse, la concezione tradizionale del Parlamento ne esce oggettivamente snaturata⁵¹, travolgendo fatalmente anche le teorizzazioni che poggiano su quel modo di intendere il Parlamento, quali la riserva di legge⁵².

Il tema dell'informazione introduce l'ultimo fattore di crisi della legalità parlamentare al quale si intende rivolgere un cenno: la centralità assunta dal diritto penale nei programmi di governo e il connesso interventismo dell'esecutivo in materia penale.

Per inquadrare il fenomeno - e le relative cause -, è sufficiente rifarsi alle parole di uno dei

⁴³ Per INSOLERA (2016), p. 5: «*Tangentopoli costituisce un caso di eutanasia attiva della democrazia rappresentativa, con un'agonia prorogata e rafforzata nel ventennio berlusconiano*». Il dato è sottolineato anche in FIANDACA (2007), p. 1256.

⁴⁴ Sul punto, PALAZZO (2007), pp. 1290 ss.

⁴⁵ Chiarissimo sul punto D'ATENA (2017), pp. 3119 ss.: «*La sfida più inquietante con cui la democrazia si trova oggi confrontata è costituita dal diffuso discredito di cui sono oggetto le istituzioni della rappresentanza, dalla sfiducia nel parlamentarismo, dal rifiuto della mediazione dei partiti politici. Si parla, al riguardo, di un sentimento antipolitico diffuso, che trova espressioni molteplici e convergenti: da un astensionismo elettorale che ha superato il livello di guardia, all'atrofizzazione della dimensione associativa dei partiti (testimoniata dal crollo verticale delle iscrizioni), al ripudio della stessa parola partito da parte di associazioni politiche, che, partecipando istituzionalmente (e non occasionalmente, come le liste civiche) alle elezioni, da un punto di vista tecnico, non possono non essere considerate partiti politici*». Su questi temi, SCHIAVONE (2013), pp. 10 ss.

⁴⁶ Sul tema, si veda il recente GOMETZ (2017), pp. 13 ss.

⁴⁷ Per una lucida sintesi sul punto, DI GIOVINE (2011), pp. 2265 ss.

⁴⁸ Interessanti sul punto, in relazione al tema della regolazione dei vaccini, le osservazioni di VALLINI (2018), pp. 187 ss. Per un interessante affresco sul “fenomeno” delle *fake news*, si veda RIVA (2018), pp. 10 ss.

⁴⁹ Così, FORTI (2018a), p. 204.; ID. (2018b), pp. 113 ss.

⁵⁰ SARTORI (1974), pp. 5 ss.

⁵¹ Si veda FROSINI (2017), pp. 657 ss.

⁵² Si veda, ancora, DI GIOVINE (2011), pp. 2270 - 2271: l'Autrice collega crisi della democrazia rappresentativa a un ridimensionamento della riserva di legge, in grado di salvaguardare la conoscibilità dei precetti. Il tema è ripreso in CUPELLI (2012), pp. 181 ss.

suoi massimi studiosi, con le quali si è descritta una: «strumentalizzazione politica del diritto penale, e delle sue valenze simboliche, in chiave di rassicurazione collettiva rispetto a paure e allarmi a loro volta indotti, o comunque enfatizzati da campagne politico-mediatiche propense a drammatizzare il rischio-criminalità»⁵³.

Il diritto penale si è, cioè, rivelato un formidabile strumento tanto per raccogliere consenso in sede elettorale quanto per permettere agli esecutivi di dimostrarsi attivi nel risolvere i problemi più sentiti dalla collettività. Il meccanismo è semplice e ben descritto in letteratura: la creazione di nuove paure, o comunque l'accentuazione di quelle esistenti, realizzata mediante oculare campagne mediatiche, consente, ricorrendo al diritto penale, di offrire soluzioni immediatamente realizzabili e, soprattutto (ed è cosa non da poco in tempo di crisi economica), a costo zero⁵⁴. Introdurre nuovi reati e circostanze aggravanti o aumentare le pene di quelli esistenti non richiede, infatti, alcun tipo d'investimento, trasmette un messaggio di efficienza dei governanti e, ed è ciò che più conta, è apprezzato dai cittadini⁵⁵.

Non interessa però qui dilungarsi sulle problematiche del c.d. populismo penale, già diffusamente indagate in letteratura⁵⁶. Preme, invece, esclusivamente segnalare come questa *over-exposure* del diritto penale concorra ad annoverarlo tra i temi maggiormente sensibili a istanze di democrazia diretta, con una conseguente emarginazione del Parlamento, a favore di un esecutivo chiamato a realizzare direttamente le decisioni assunte dall'opinione pubblica in materia penale.

Si nota, allora, che i fattori di crisi della legalità parlamentare ai quali sono stati rivolti i cursori cenni che precedono sono destinati a combinarsi tra loro, innescando una sorta di effetto moltiplicatore: non possono più stupire, allora, i dati riscontrati guardando alla legislatura appena trascorsa, dai quali si era ricavata l'impressione di una tenuta della riserva di legge quasi esclusivamente *in the books*.

5.

Riflessioni conclusive: le precondizioni della riserva di legge.

Il legame che si è riscontrato tra declino della riserva di legge in materia penale, mutamenti sociali e crisi della democrazia rappresentativa stessa porta a escludere che si possano escogitare soluzioni per la prima che non presuppongano anche un'inversione del *trend* che caratterizza l'attuale contesto politico. Il penalista si trova dunque davanti a una questione che non può risolvere con le proprie forze e, cioè, auspicando un qualche intervento normativo di riforma.

Il che non vuol dire, però, che non si possa fare davvero nulla.

In dottrina si è, così, fatta strada l'idea di ancorare la produzione di norme penali a maggioranze qualificate.

In tal senso, muovendo dalla procedura richiesta per emanare leggi di amnistia e indulto, è stata sostenuta l'opportunità di uniformare le maggioranze richieste per decretare la fine di una norma penale a quelle necessarie per darle la luce: in tale prospettiva, la legge penale andrebbe approvata a maggioranza dei due terzi dei componenti di ciascuna Camera⁵⁷.

Si è, infatti, evidenziato che tanto il rallentamento dei tempi funzionali a raggiungere un *quorum* così elevato quanto il più ampio coefficiente di consenso che esso implica gioverebbero al pluralismo deliberativo, innalzando il livello della dialettica parlamentare⁵⁸.

L'auspicio a introdurre una procedura aggravata per la produzione di norme penali è stato negli anni ripreso da più parti, seppur con accenti differenti⁵⁹: il minimo comun denominatore delle varie proposte appare l'ambizione di costruire, in tal modo, un argine al profluvio di nor-

⁵³ FIANDACA (2013), p. 97.

⁵⁴ Sul tema della gestione delle paure sociali, oltre al già citato saggio di Fiandaca, si veda in particolare, CERETTI e CORNELLI (2013), pp. 44 ss. Più in generale sui rapporti tra informazione e criminalizzazione: PALIERO, (2006), pp. 467 ss.; CATERINI (2013), pp. 601 ss.; PERINI (2017), pp. 1 ss.

⁵⁵ Su politiche securitarie e "eccedenze sanzionatorie", si veda FORTI (2018a) pp. 201 ss.

⁵⁶ Tra i molti, si vedano: FIANDACA (2013), pp. 95 ss.; PULITANÒ (2013), pp. 123 ss.; BRUNELLI (2014), pp. 254 ss.; VIOLANTE (2014), pp. 197 ss. Al tema è stato poi dedicato un seminario da parte dell'ASSOCIAZIONE ITALIANA PROFESSORI DI DIRITTO PENALE, dal titolo *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*, i cui atti sono pubblicati in *questa Rivista*, 21 dicembre 2016. Interessanti, infine, le osservazioni svolte in ROTOLO (2018), pp. 94 ss.

⁵⁷ Così, MUSCO (2004), pp. 181 ss.

⁵⁸ In questi termini: MUSCO (2004), p. 185. Il tema è ripreso e sviluppato in CUPELLI (2012), p. 323.

⁵⁹ Per una puntuale panoramica attenta anche al dato comparatistico, si veda FORNASARI (2018), pp. 162 ss.

me penali che ha caratterizzato la storia recente.

E non sembra invero revocabile in dubbio che l'introduzione di maggioranze qualificate sortirebbe l'effetto di complicare e, dunque, limitare l'introduzione di norme penali: con sano pragmatismo, si è allora affermato che già tale risultato costituirebbe un successo, riuscendo «*a indurre nel legislatore, con un impedimento di natura formale, quell'atteggiamento di self restraint che lo dovrebbe naturalmente caratterizzare nel maneggiare la materia penale*»⁶⁰.

Benché l'obiettivo sia certamente condivisibile, occorre tenere in considerazione talune incisive critiche mosse nei confronti di siffatte proposte, per le quali l'auspicato irrigidimento della procedura normativa non sarebbe privo di ombre: potrebbe, infatti, cozzare «*con l'esigenza di una sollecita creazione di nuove disposizioni incriminatrici nei casi in cui occorresse far fronte a eventuali situazioni emergenziali di improvvisa insorgenza*»⁶¹.

Guardando, poi, alla sostanza delle proposte in esame, il medesimo illustre studioso appena citato ha rilevato talune ulteriori aporie: anzitutto, la difficoltà di tracciare con precisione i confini della materia penale (le note problematiche emerse a livello sovranazionale ne sono conferma⁶²) e, dunque, dei contenuti sottoposti alla procedura rafforzata; ancora, la difficoltà di giustificare razionalmente il "privilegio" accordato al diritto penale a fronte di altri settori parimenti destinati a incidere su aspetti essenziali della vita dei singoli, che resterebbero affidati a una procedura ordinaria. Infine, ed è l'argomento centrale, è stata lucidamente evidenziata la natura essenzialmente *formale* di tale rimedio, inidonea a garantire la *qualità* (i.e. i meccanismi di formazione) dei *quorum* rafforzati⁶³.

Prima di soffermarsi conclusivamente sul punto, conviene dare conto ancora di una diversa "terapia" suggerita in letteratura, che pur non sembra ambire nelle intenzioni dello stesso chiarissimo studioso che l'ha proposta a spiegare effetti risolutivi, bensì esclusivamente a innalzare il livello della produzione normativa nella materia che ci occupa: il riferimento è all'idea di potenziare il ruolo delle Commissioni parlamentari chiamate a intervenire in materia penale e, cioè, la Commissione affari costituzionali e la Commissione giustizia⁶⁴. Si sostiene, infatti, che «*se coerentemente sviluppato, il ruolo delle Commissioni potrebbe essere rilevante per approssimarsi ad un punto di equilibrio tra volontarismo (contingente, episodico, puntuale) della singola decisione politica e razionalità (stabile, costante, consolidata) di un più vasto ordine di principi politico-criminali*»⁶⁵.

Lo spunto è decisamente promettente⁶⁶: come pur avverte il suo ideatore, non potrà, però, esso solo sortire un effetto taumaturgico per la riserva di legge in materia penale.

Non sembra, infatti, possibile alcuna cura per la riserva di legge - o, per lo meno, una cura realmente salvifica - che non presupponga un riallineamento della politica e del funzionamento degli organi dello Stato - *in primis*, il Parlamento - con il nucleo dei valori democratico-costituzionali di riferimento.

Il funzionamento di quel meccanismo di normazione assunto a base della riserva di legge, con le sue finalità di realizzazione di un diritto penale autenticamente democratico, in quanto voluto e condiviso dal Parlamento all'esito di un processo dialogico, esige che lo Stato nel suo complesso si conformi a talune «*condizioni politiche di contesto*»⁶⁷ o «*precondizioni ordinarie*»⁶⁸, che rendano effettivamente possibile il raggiungimento di quell'obiettivo e praticabile la via della riserva di legge.

Se, come si osservato alla luce della prassi, il potere decisionale del Parlamento è oggetto di una continua sostanziale avocazione da parte dell'esecutivo, mediante ad esempio il ricorso a maxi-emendamenti e voti di fiducia, qualsiasi intervento diretto a intervenire sulla forma dell'*iter* normativo è destinata fatalmente a non sortire effetti significativi: una maggioranza di due terzi ottenuta attraverso percorsi di tal genere non implica affatto il raggiungimento di un consenso ragionato nel solco di un effettivo pluralismo deliberativo. Certo, è possibile che lo favorisca ma non è da solo in grado di realizzarlo. In altre parole: non sembra cioè che nessuna

⁶⁰ FORNASARI (2018), p. 170. Nella stessa direzione MANTOVANI (2014), p. 146.

⁶¹ Così, FIANDACA (2007), p. 1271.

⁶² Sul tema si veda l'ampio approfondimento offerto in MAZZACUVA (2017), pp. 7 ss.

⁶³ I riferimenti sono sempre a FIANDACA (2007), pp. 1270 ss.

⁶⁴ Così PALAZZO (2007), pp. 1323 ss.

⁶⁵ PALAZZO (2007), p. 1325.

⁶⁶ Si vedano le osservazioni adesive di CUPELLI (2012), pp. 325 ss.

⁶⁷ Così, FIANDACA (2007), p. 1258.

⁶⁸ L'espressione è tratta da CAVALIERE (2017), p. 660, dove si afferma che «*vi sono, inoltre, alcune precondizioni ordinarie, anche di rilevanza costituzionale, che devono essere soddisfatte, affinché il principio di legalità possa realizzarsi nella sostanza e non solo nella forma*».

forma possa garantire il conseguimento della *sostanza* che plasma la riserva di legge; essa stessa altro non è che una procedura ritenuta metodologicamente funzionale al perseguimento di taluni obiettivi democratici, sulla scorta di alcuni precisi assunti di fondo, recepiti dal pensiero illuminista come caratteri del moderno Stato democratico. Se mutano le condizioni iniziali, la formula, pur rafforzata, non consente più di ottenere il risultato prefissato.

Per conseguire gli obiettivi assegnati alla riserva di legge, è, cioè, ineludibile anzitutto che le istituzioni, e prima di loro la collettività, siano «animati da una cultura democratica orientata al dialogo e al confronto»⁶⁹.

Non si può prescindere, cioè, da un'effettiva apertura di tutti gli attori della scena politica alla discussione dei problemi penali secondo meccanismi *costruttivi*, che riconoscano tanto la delicatezza di ogni intervento in materia penale, come conseguenza della peculiare incisività delle sanzioni alle quali si pensa di fare ricorso, quanto la complessità di una disciplina che - al pari di altre - reclama conoscenza dei problemi e non mera informazione sugli stessi.

È necessario, allora, che si riscopra il contenuto della riserva di legge come procedura di sintesi di posizioni discordanti all'esito di un percorso discorsivo, funzionale a garantire al diritto penale quella base di genuino consenso senza la quale entra fatalmente in stallo: in questo senso, la riserva di legge si presta a essere riletta, anteponeandone i contenuti alla forma.

In tal modo, essa potrà adeguarsi anche a una Società che, in ipotesi forse neanche troppo remote, potrebbe anche decidere di ricorrere a consultazioni via *web* e ad altre deviazioni dai tradizionali meccanismi di formazione della legge.

Bibliografia

BRICOLA Franco (1973): "Teoria generale del reato", *Novissimo Digesto Italiano*, XIX, (Torino, UTET), pp. 7 - 93.

BRUNELLI David (2014): "Il disastro populistico", *Criminalia*, pp. 254 - 274

CATERINI Mario (2013): "Criminalità, politica e mass media", *Politica del diritto*, pp. 601 -624

CAVALIERE Antonio (2017): "Radici e prospettive del principio di legalità. Per una critica del 'diritto penale vivente' interno ed europeo", *L'indice penale*, pp. 653 - 695

CERETTI Adolfo, CORNELLI Roberto (2013): *Oltre la paura* (Milano, Feltrinelli)

CUPELLI Cristiano (2012): *La legalità delegata*, (Napoli, ESI)

CUPELLI Cristiano (2015): "Il problema della legalità penale. Segnali in controtendenza sulla crisi della riserva di legge", *Giurisprudenza costituzionale*, pp. 181 -206.

CUPELLI Cristiano (2017): "Reviviscenza della normativa abrogata e riserva di legge in materia penale: piena compatibilità?", *Giurisprudenza costituzionale*, pp. 1715 -1724.

D'ALESSANDRO Francesco (2014): *Regolatori del mercato, enforcement e sistema penale*, (Torino, Giappichelli)

D'ATENA ANTONIO (2017): "Tensioni e sfide della democrazia", *Giurisprudenza Costituzionale*, pp. 3119 - 3139.

DELITALA Giacomo (1964): "Cesare Beccaria e il problema penale", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 965 - 977.

⁶⁹ FIANDACA (2007), p. 1258.

DI GIOVINE Ombretta (2011): "Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale", in BERTOLINO Marta, EUSEBI Luciano, FORTI Gabrio (editors), *Studi in onore di Mario Romano*, (Napoli, Jovene), pp. 2197 - 2280.

DONINI Massimo, INSOLERA Gaetano (2005): "Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale – considerazioni introduttive", in INSOLERA Gaetano (editor), *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale* (Bologna, Monduzzi), pp. 11 - 25

DONINI Massimo (2004): *Il volto attuale dell'illecito penale* (Milano, Giuffrè)

EUSEBI Luciano (2016): "L'insostenibile leggerezza del testo: la responsabilità perduta della progettazione politico-criminale", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, p. 1668 - 1688

FIANDACA Giovanni (2007): "Legalità penale e democrazia", *Quaderni Fiorentini*, pp. 1247 - 1278

FIANDACA Giovanni (2011): "Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale", *Criminalia*, pp. 79 - 98

FIANDACA Giovanni (2013): "Populismo politico e populismo giudiziario", *Criminalia*, pp. 95 - 122

FIANDACA Giovanni (2016): "Relazione conclusiva", in PALIERO Carlo Enrico, MOCCIA Sergio, DE FRANCESCO Giovannangelo, INSOLERA Gaetano, PELISSERO Marco, RAMPIONI Roberto, RISICATO Lucia (editors), *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali* (Napoli, ESI), pp. 367 - 385

FIANDACA Giovanni - MUSCO Enzo (2014): *Diritto penale. Parte generale* (Bologna, Zanichelli)

FORNASARI Gabriele (2018), "Argomenti per una riserva di legge rafforzata in materia penale", *Diritto penale contemporaneo - Rivista trimestrale*, pp. 162 - 175

FORTI Gabrio (2000): *L'immane concretezza*, (Milano, Raffaello Cortina)

FORTI Gabrio (2018a): "Una prospettiva diabolica umana sul rapporto tra norma e sanzione nell'ordinamento penale", in PALIERO Carlo Enrico, VIGANÒ Francesco, BASILE Fabio, GATTA Gian Luigi (editors), *La pena ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini* (Milano, Giuffrè), pp. 187 - 222

FORTI Gabrio (2018b): *La cura delle norme*, (Milano, Vita e pensiero)

FROSINI Tommaso Edoardo (2017): "Internet e democrazia", *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, pp. 657 - 671

GALLO Marcello (1996): *Appunti di diritto penale*, (Torino, Giappichelli)

GOMETZ Gianmarco (2017): *Democrazia elettronica. Teoria e tecniche* (Pisa, ETS)

GRANDI Ciro (2010): *Riserva di legge e legalità penale europea* (Milano, Giuffrè)

GRANDI Ciro (2011): "Le qualità della norma penale correlate al procedimento formativo nazionale e a quello europeo", in GRASSO Giovanni, PICOTTI Lorenzo, SICURELLA Rosaria, *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona* (Milano, Giuffrè), pp. 371 - 416

GROSSO Carlo Federico (2011): "Il fascino discreto della conservazione (considerazioni in margine all'asserita crisi del principio di riserva di legge in materia penale)", *Criminalia*, pp. 125 - 140

INGRASSIA Alex (2016): *Ragione fiscale vs. "illecito penale personale"* (Santarcangelo di Romagna, Maggioli)

INSOLERA Gaetano (2016): "La produzione del "penale": tra governo e parlamento maggioritario", *Diritto penale contemporaneo*, pp. 1 - 13.

KELSEN Hans (1966): "Essenza e valore della democrazia", in ID., *I fondamenti della democrazia* (Bologna, Il Mulino)

LUPU Nicola (2010): *Maxi-emendamenti, questione di fiducia, nozione costituzionale di articolo* (Padova, Cedam)

MANTOVANI Marco (2014), *Contributo ad uno studio sul disvalore di azione nel sistema penale vigente* (Bologna, BUP)

MARINUCCI Giorgio, DOLCINI Emilio, GATTA Gian Luigi (2017): *Manuale di Diritto penale. Parte Generale* (Milano Giuffrè)

MARINUCCI Giorgio, DOLCINI Emilio (2001): *Corso di diritto penale* (Milano, Giuffrè)

MAZZACUVA Francesco (2017), *Le pene nascoste* (Torino, Giappichelli)

MERUSI Fabio (2006): "Il potere normativo delle autorità indipendenti", in GITTI Gregorio (editor), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti* (Bologna, Il Mulino), pp. 43 - 57

MUSCO Enzo (2004): *L'illusione penalistica* (Milano Giuffrè)

NOTARO Domenico (2010): *Autorità indipendenti e norma penale. La crisi del principio di legalità nello Stato policentrico* (Torino, Giappichelli)

PALAZZO Francesco (2007): "Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'", *Quaderni fiorentini*, pp. 1279 - 1330

PALAZZO Francesco (2017): "Il principio di legalità tra Costituzione e suggestioni sovranazionali", in DE FRANCESCO Giovannangelo, GARGANI Alberto (editors), *Evoluzione e involuzioni delle categorie penalistiche* (Milano, Giuffrè), pp. 13 - 28

PALIERO Carlo Enrico (1992): "Consenso sociale e diritto penale", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 849 - 922.

PALIERO Carlo Enrico (2006): "La maschera e il volto (Percezione sociale del crimine ed 'effetti penali' dei media)", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 467 - 538

PIERGALLINI Carlo (2017): "Colpa (diritto penale)", *Enciclopedia del diritto* (Milano, Giuffrè), pp. 222 - 265

PERINI Chiara (2017): "Fake news e post-verità tra diritto penale e politica criminale", *Diritto penale contemporaneo*, pp. 1 - 14

PULITANÒ Domenico (2013): "Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale", *Criminalia*, pp. 123 - 148

PULITANÒ Domenico (2017): *Diritto penale* (Torino, Giappichelli)

- RIVA Giuseppe (2018): *Fake news* (Bologna, Il Mulino)
- ROMANO Mario (2004): *Commentario sistematico del codice penale* (Milano, Giuffrè)
- ROMANO Mario (2006): “Corte costituzionale e riserva di legge”, in VASSALLI Giuliano (editor), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale* (Napoli, ESI), pp. 29 - 48
- ROMANO Mario (2008), “Complessità delle fonti e sistema penale. Leggi regionali, ordinamento comunitario, Corte costituzionale”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 538 - 558
- ROTOLO Giuseppe (2018): *'Riconoscibilità' del precetto penale e modelli innovativi di tutela. Analisi critica del diritto penale dell'ambiente* (Torino, Giappichelli)
- SARTORI Giovanni (1974): “Tecniche decisionali e sistema dei comitati”, *Rivista italiana di scienza politica*, pp. 5 - 42
- SCHIAVONE Aldo (2013): *Non ti delego. Perché abbiamo smesso di credere nella loro politica* (Milano, Rizzoli)
- VALLINI Antonio (2018): “Un dilemma medico-giuridico nell'epoca della “post-verità”. La questione della responsabilità penale”, *Rivista italiana di medicina legale*, pp. 189 - 215.
- VIOLANTE Luciano (2014): “Populismo e plebeismo nelle politiche criminali”, *Criminalia*, pp. 197 - 210.
- ZACCARIA Roberto (2010): “L'uso delle fonti normative tra Governo e Parlamento: bilancio di metà legislatura”, *Giurisprudenza costituzionale*, pp. 4073 - 4083.



Diritto Penale Contemporaneo

R I V I S T A T R I M E S T R A L E

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL
A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE

<http://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu>