

**PRINCIPI E ARS LEGIFERANDI:  
BREVE SCORCIO DI UN' UTOPIA NECESSARIA**

di Giovannangelo De Francesco

Da una progressione *bottom up* siamo passati ad uno scenario *top down*. Un tempo, l'insieme delle norme veniva eretto a base di un processo di astrazione attraverso il quale si andavano progressivamente enucleando i parametri più generali costitutivi dei principi. Oggi, i principi la fanno da padrone: principi di garanzia e principi di politica criminale, sospinti sempre di più, nel loro novero e nelle loro virtualità espansive, dalle stesse determinazioni di fonte sovranazionale. In conseguenza di ciò, le statuizioni di legge tendono a presentarsi – non ingannerà il bisticcio verbale – come il principio, la fase di abbrivio nell'individuazione del diritto da interpretare ed applicare, con l'effetto di potenziare il ruolo della prassi giurisprudenziale, all'insegna di un'ermeneutica volta ad esprimersi sui contenuti qualificanti l'incriminazione e i criteri volti a governare i meccanismi imputativi. Resta, tuttavia, un problema di fondo – anch'esso, del resto, come il primo fenomeno ora richiamato, ripetutamente evocato dalla dottrina penalistica -: possono i principi assumere un ruolo così pervasivo, possono essi surrogare il momento normativo in cui pure dovrebbero irradiarsi l'esigenza della legalità e della certezza delle valutazioni penali?

Ebbene, senza pretendere di svolgere rilievi particolarmente innovativi, le brevi note che seguono sono mosse dall'intento di cercare di porre a contatto le scelte di principio con la temperie legislativa che ci ha accompagnato in questi tempi tormentati di osservatori della realtà del diritto, e prima ancora di cittadini sovente preoccupati e disillusi per l'andamento complessivo della legislazione e della giustizia penale: o, detto altrimenti, di 'far parlare' tra loro, per così dire, le esigenze di fondo della nostra disciplina con l'assetto normativo (non diciamo 'sistema', ché tale non è più, come tutti ben sanno!), con i suoi difetti, le sue intemperanze, i suoi pur innegabili tentativi di ammodernamento, per quanto rimasti tuttora largamente incompiuti.

Se è vero che i principi configurano oggi la direttrice da cui devono desumersi, come osservava Mengoni, le ragioni di un meta-diritto in continua evoluzione, non è men vero – così almeno a noi sembra - che essi dovranno potersi tradurre in prodotti normativi con essi coerenti e consequenziali. Si rende necessaria, in buona sostanza, come ha avvertito, tra gli altri, Domenico Pulitanò, un'opera di 'concettualizzazione'

volta a chiarire i contenuti qualificanti e i rapporti tra tali principi, in modo da offrirne una visione organica e un coordinamento reciproco dei rispettivi significati: sì da poter, in ultima analisi, far derivare dai medesimi i criteri essenziali per l'elaborazione di 'regole' in grado di rispecchiarne ed attuarne le finalità. Non si tratta di riesumare una dogmatica di antico conio; non foss'altro perché essa procedeva dalle norme di un sistema già dato con lo scopo di estrapolarne i canoni di riferimento più generali. Se di dogmatica si vuol parlare, essa dovrà risultare invece asservita, a partire dai principi, proprio alla suddetta esigenza di concettualizzazione, di riduzione della complessità, di passaggio dal cielo alla terra, volto a fertilizzare il mondo sottostante con le stille e il calore necessari perché esso possa dare i suoi frutti.

È ben chiaro, in questa prospettiva, come i principi, prima ancora di sfociare nel momento interpretativo, hanno da indicare il percorso per il confezionamento dei modelli normativi, ponendo in rapporto gli interessi meritevoli di tutela con i messaggi deontologici che promanano da un piano di valutazioni costitutivamente sovraordinato all'*enforcement* della precettistica mediante *leges*.

E' un programma impegnativo: frammentarietà, sussidiarietà, tipicità, offensività, forme e gradi della colpevolezza, bilanciamenti all'insegna della proporzionalità – il tutto in correlazione con la dimensione e il livello punitivo delle risposte sanzionatorie – dovrebbero convergere verso un prodotto finale volto ad asseverare e ad incarnare, nel sobrio eloquio dei dati normativi, una sintesi, tanto necessaria quanto difficile da attuare, tra le plurime esigenze sottese a simili fondamentali paradigmi. Ma non meno importante è ricordare, tuttavia, che proprio ad un simile scenario sembra alludere, da par suo, uno studioso intellettualmente impegnato come Gabrio Forti, allorché ci rivolge la suggestiva esortazione a dedicarsi senza risparmio di energie alla 'cura delle norme', in un'opera che va letta all'unisono con il suo ampio saggio sull' 'ordinamento dei beni giuridici', a partire da quelli relativi alla persona umana. Sì, perché proprio un simile compito si rivela oggi, soprattutto in relazione alla disciplina della 'parte speciale', sempre più necessario ed improrogabile: anche se la sua particolare difficoltà possa, ad un primo approccio, far impallidire il 'colore naturale della risolutezza', per dirla con le parole del più celebre soliloquio della storia della letteratura.

Si sente dire da qualche parte che l'attuale produzione scientifica registra quasi esclusivamente due tipi di ricerca, in certa misura contrapposti: ossia, ora la tendenza ad occuparsi dei sommi problemi teorici e giusfilosofici del diritto penale, ora quella – per quanto accompagnata da erudizione e spirito critico – volta ad analizzare

determinati settori normativi maggiormente controversi. In verità, simili scelte – anche ammesso che siano talora riscontrabili – non potrebbero, a ben guardare, essere imputate unicamente ad un ‘gusto’ personale innato dei singoli interpreti: nel senso, in particolare, che questi sarebbero poco propensi a misurarsi *ex professo* – per ciò che interessa in questa sede – con gli interrogativi, per quanto centrali in un’ottica riformatrice, connessi alla scienza e alla tecnica della legislazione penale.

Molto più significativo, per spiegare la supposta resistenza di fronte ai problemi della *Gesetzesgebungslehre*, è, semmai, il dato ‘storico’, per così dire, di una realtà normativa divenuta a tal punto caotica ed ingestibile, da far avvertire il peso quasi insostenibile di un compito rivolto a dettare le linee per ‘mettere ordine’ negli assetti normativi, sfrondando, decostruendo, riformulando, ‘ricollocando’ le fattispecie coinvolte, e, sempre alla luce delle esigenze attuali, rideterminando con paziente ed illuminata acribia la natura e il *quantum* delle sanzioni corrispondenti; la consapevolezza di doversi muovere – ché sarebbe impossibile ‘ripartire da zero’ – in una giungla tenebrosa con l’incarico di trasformarla in un parco regale ben potrebbe, insomma, suscitare l’avversione di chi, posto di fronte ad un cimento *ultra vires*, preferisca meditare, piuttosto, sui massimi sistemi, o, in alternativa, riflettere criticamente su determinate opzioni repressive, in attesa di momenti o ‘segnali’ più propizi per impegnarsi in una sfida dalle proporzioni ‘copernicane’.

Fondate o meno che siano le ‘voci’ propense a ravvisare un siffatto *Zeitgeist* nell’ambito della letteratura penalistica (ma non dovrebbe dimenticarsi al riguardo il puntuale contributo alla riforma sviluppatosi in seno all’Associazione dei penalisti) deve tuttavia riconoscersi che l’impresa cui stiamo alludendo merita di essere perseguita senza riserve. Tanto più per chi si trovi a percorrere il *sunset boulevard* che tutti ci attende, è fondamentale coltivare la speranza in un futuro che sappia emanciparsi dalla labirintica complessità del nostro universo disciplinare, cercando di far convergere i pur innegabili progressi della cultura penalistica verso una linea di sviluppo in grado di renderli funzionali al raggiungimento di un approdo più sicuro.

Una riflessione ulteriore, in questa prospettiva, merita di essere operata anche con riguardo ad un fenomeno di più recente emersione, cui troppo spesso viene addebitato un ruolo distorsivo rispetto alla dialettica politico-istituzionale. Ci si riferisce al c.d. sistema multilivello, accusato non di rado di fomentare, oltre ad una produzione giuridica frammentata e sovrabbondante, il potenziamento dell’istanza giudiziaria, non disgiunto da conseguenze sui poteri della stessa Corte costituzionale, tali da porla

talvolta di fronte a situazioni difficili da governare. Supremo custode dei diritti fondamentali, la Corte verrebbe tuttavia a trovarsi in una posizione problematica, allorché essa sia condotta a misurarsi con fonti sovranazionali vincolanti per il nostro ordinamento.

Ebbene, una prima avvertenza al riguardo si ricollega all'esigenza di tener conto, non solo del punto di vista giuridico-penale, ma anche dell'elaborazione sviluppata dai cultori del diritto internazionale; ricordo uno scritto memorabile, apparso all'indomani della legge costituzionale del 2001, di Benedetto Conforti – non privo di adesioni anche presso la dottrina più recente – dove si insisteva nell'accreditare una visione del Giudice delle Leggi come garante istituzionale del rispetto dei Trattati, *in primis* quelli europei. Ma come dimenticare, al contempo, la recente vicenda *Taricco*? Una vicenda che ha visto la Corte italiana formulare un *caveat* basato sulla prospettazione di quella sorta di rimedio 'estremo', per così dire, connesso all'attivazione dei c.d. controlimiti, nella specie rivolti alla salvaguardia delle garanzie racchiuse nel canone della legalità in materia penale: una soluzione, per vero, approvata da quanti (e sono molti), che nutrivano - e nutrono - il timore che un atteggiamento di malcelata accondiscendenza venga a tradursi nella disponibilità a tollerare una violazione da parte delle istanze europee dei principi inderogabili che caratterizzano, a tutela dello stesso individuo, il volto del nostro ordinamento costituzionale.

In verità, a noi sembra che la strada maestra contro la diffusione di simili timori dovrebbe essere, di preferenza, quella additata da autorevoli studiosi (penso, ad es., ad Alessandro Bernardi), grazie al proprio sguardo lungimirante sulle tematiche europee, nel momento di porle a confronto con la materia dello *jus terribile*. Vi è un'arma, potremmo soggiungere, che tuttavia non offende, e che anzi addolcisce il rapporto tra i potenziali interlocutori. Allo scopo di valorizzarla, sia consentito rammentare che la suddetta vicenda *Taricco* – la quale, per come venne impostata, ci apparve come l'espressione di un dilemma insolubile – produsse in chi scrive la stessa sensazione di angoscia provata leggendo quella grande opera che è la *Terra Desolata* di Thomas Eliot: una sensazione nella quale il 'correlativo oggettivo' che domina quel poema veniva ad identificarsi, questa volta, con un dibattito – per vero, eccessivamente aspro e dai toni singolarmente ultimativi – incapace di liberarsi dal giogo di un'alternativa foriera di scenari a dir poco allarmanti circa il futuro delle relazioni intraeuropee.

Di qui appunto, come si diceva, l'importanza e il valore di quell' 'arma'; come viene suggerito dai contenuti, particolarmente significativi e degni di un luminoso avvenire, evincibili dal Protocollo aggiuntivo alla CEDU fondato su una consultazione preventiva tra autorità nazionali ed europee, l'arma più efficace non può non essere rappresentata dall'instaurazione di un 'dialogo' il più possibile tempestivo diretto a verificare la portata delle fonti implicate dai fenomeni da valutare. Un dialogo siffatto, una volta esteso nel suo ambito operativo e divenuto la 'norma' nelle relazioni interordinamentali, si presterebbe invero a promuovere la ricerca di maggiori convergenze tra le parti interessate, permettendo di conseguire un risultato più soddisfacente anche nel momento di definire la portata dei diritti e dei principi destinati ad interferire con lo statuto e le potenzialità applicative delle scelte incriminatrici.

Un esempio per tutti. Molto si dibatte e continuerà a discutersi in merito alla coppia problematica 'legalità-prevedibilità' della tutela penale. In un ordinamento -come anche il nostro - tuttora ispirato soprattutto al primo livello del binomio, la prevedibilità dovrebbe candidarsi ad un ruolo che non appaia alternativo e sostitutivo rispetto alla dimensione legale. Ebbene, un simile ruolo sembrerebbe confacente, tra le altre condizioni richieste per garantirlo, al potenziamento di un modello normativo maggiormente sensibile alla dimensione lesiva del fatto incriminato, ad un disvalore, insomma, dotato di una pregnanza e 'sostanza' riconoscibile dai relativi destinatari, sì da favorirne la capacità di orientamento in una direzione conforme al precetto. Il che, beninteso, in ossequio al suddetto profilo legale, non potrà esimere comunque da una scelta che, pur dotata di spessore sul piano contenutistico, si curi, a sua volta, di definire (si pensi ai reati di pericolo, giustamente 'messi sotto accusa' da Pulitanò) determinati referenti di 'tipicità' in grado di precisare in maniera adeguata i contorni dell'incriminazione. I principi relativi alla *matière pénal* sottendono, insomma, come mostra l'esempio (e molti altri di significato analogo), un'intrinseca vocazione a coniugarsi e integrarsi tra loro in modo da realizzare sintesi di valore sempre più ricche di garanzie e di contenuti sul piano assiologico, preparando in tal modo il terreno per un'attività di nomopoiesi maggiormente consapevole e culturalmente attrezzata.

È un dato innegabile che l'opera di legiferazione, come osservava Francesco Carrara, richieda un livello particolarmente elevato di competenze e un' "acuta sensibilità" - come precisava anche Cesare Pedrazzi - per le implicazioni collegate ai non pochi aspetti ed articolazioni problematiche del processo di costruzione dei modelli

normativi. Ciò detto – e ricordando ancora Carrara – si rivela tuttavia necessario saper condensare all'interno di tali modelli, una volta escluso quel metodo casistico che continua ad affliggere la nostra legislazione (e sul quale ha scritto di recente anche Marco Scoletta, mostrandone gli effetti deleteri sul delicato fenomeno del concorso di norme), i connotati essenziali di un' *idea* di ciò che s'intende punire, e che, verosimilmente, malgrado gli assestamenti ermeneutici, verrà infine a riflettersi sulle scelte applicative. Un' *idea* che, come ogni altra che si rispetti, nasce sempre dall'aver avuto presente una serie di valutazioni coerenti con la questione da definire: nel nostro caso, per l'appunto, le esigenze postulate dall'insieme di quei principi che sono chiamati ad incidere – a livello di scelte e di tecniche di tutela – sul modo di atteggiarsi dei referenti (descrittivi, imputativi, di proporzione sanzionatoria) propri dell'incriminazione.

E non basta. È importante osservare come l'orizzonte dei principi, nella sua costante interrelazione con il prodotto legislativo, chiami in causa, insieme ai criteri direttivi sugli assetti, sia della parte generale, che delle diverse forme d'illecito, anche il delicato settore delle 'politiche di non punibilità': un settore sempre più sottoposto a riflessioni e letture critiche (già a partire dall'opera di Franco Bricola) volte a saggiarne la coerenza con i principi costituzionali; un settore, aggiungiamo, rispetto al quale, data la sua crescente espansione, si sente sempre più il bisogno di interventi in grado di individuare con maggiore precisione i rapporti con gli illeciti corrispondenti, selezionando, altresì, in maniera più soddisfacente, le tipologie delle manifestazioni (si pensi soprattutto all'area delle c.d. contro-condotte *lato sensu* riparatorie) destinate a giustificare l'esito d'impunità.

In un simile contesto, nemmeno può dimenticarsi, questa volta su impulso delle fonti europee, quella sorta di cornice generale riguardo alle regole concernenti la giustizia riparativa. Qui, la riforma Cartabia è giunta a delineare una 'disciplina organica' all'insegna di un complesso di itinerari e di garanzie di vario tenore funzionali al conseguimento di risultati appaganti. A nostro parere, come si è avuto modo di osservare in altre sedi, un simile fenomeno – unito al diffondersi di altri meccanismi riparatori - contribuisce in maniera decisiva a legittimare un cambio di passo in merito alla non punibilità; non più, cioè, come una deviazione rispetto al dover essere della pena rispetto al reato, ma come espressione del radicarsi e consolidarsi di un diverso canone valutativo: quello, cioè, in base al quale l'applicazione della pena deve ormai essere concepita soltanto come un 'poter essere'

dell'originaria previsione sanzionatoria. Ne deriva, in buona sostanza, che le vicende conseguenti all'illecito non possono più atteggiarsi alla stregua di un percorso 'a senso unico', per così dire, dovendo invece venire criticamente ridiscusse e riesaminate alla luce del principio dell'effettiva necessità della pena (e talora dello stesso paradigma della giustizia 'ufficiale') sì da far apparire tutt'altro che scontata la 'priorità' delle logiche dettate dai contenuti della minaccia. E ci è parso, altresì, approfondendo la questione, che lo stesso paradigma della rieducazione – al quale Emilio Dolcini continua a dedicare i suoi illuminanti contributi – possa giovare di un simile *trend* evolutivo, essendo questo in grado di valorizzare quella dimensione solidaristica che in esso si esprime, e che si coglie, per l'appunto, nella consapevole determinazione di farsi parte attiva nel progetto di ricostituzione dei legami sociali con i singoli interessati e con la comunità nel suo insieme.

Il tema potrebbe condurre lontano; ma quel che ci preme adesso sottolineare è che i contenuti dei principi – una volta sottoposti ad una riflessione che ne scavi e ne illumini i percorsi più adeguati per farli 'filtrare' negli apparati normativi – potranno e dovranno, ancora una volta, venire orientati in via prioritaria sulle stesse dinamiche dello *jus facere*, e non pure, ed in misura prevalente - come sembrerebbe invece emergere dalla crescente accentuazione del momento ermeneutico - su quello proprio dello *jus dicere*. A siffatta prospettiva d'insieme merita, infine, di venire ricollegata anche la particolare importanza oggi attribuita al canone della proporzione: principio anch'esso, per vero, che non a caso in un saggio recente Francesco Palazzo eleva, insieme ad altri, ad indispensabile criterio euristico anche ai fini della legittimazione, dell'ambito di estensione, della stessa individuazione a livello morfologico e definitorio di determinate scelte di non punibilità, allo scopo di sottrarle a quel pelago di previsioni che, sotto diverse etichette e sulla base di formule normative non sempre perspicue, popolano, in guisa di scogliere in ordine sparso, l'oceano tumultuoso dei delitti e delle pene.

Alla fine di queste brevi considerazioni, sembra di dover dire e ribadire che la materia della *Gesetzgebungslehre* (sulla quale lo stesso Palazzo si è recentemente soffermato) – ravvivata da una più matura consapevolezza a livello empirico e criminologico e modellata in funzione dell'esigenza di far sì che le regole divengano specchio e testimonianza dei principi – reclama, oggi più che mai, una posizione preminente negli assetti futuri del nostro ramo disciplinare.

Di qui, tra l'altro, anche l'appello, che dovrebbe essere raccolto con maggiore determinazione e perfino entusiasmo da parte di chi abbia a cuore il rinnovamento del sistema, a farsi interpreti dell'esigenza di procedere all'elaborazione di una nuova codificazione penale.

Si è consapevoli del fatto che i tentativi al riguardo hanno finora incontrato difficoltà ed ostacoli di non poco momento, di fronte ai quali si è preferito percorrere altre strade meno ambiziose e politicamente meno scomode o 'divisive'. Ma restiamo tuttavia fermamente convinti che il progetto di riforma del codice rappresenti – e a confermarcelo è uno studioso da sempre attento alla 'scienza delle norme' quale Tullio Padovani – un disegno tuttora meritevole di essere perseguito; come si è avuto modo di ricordare altrove, quell'appello trae del resto la sua forza dallo stesso insegnamento (mirabile nel coniugare l'essere e il dover essere dei contenuti del messaggio) impartitoci, con ineguagliabile sensibilità per i principi di garanzia e le strutture normative volte ad implementarli, da un grande criminalista quale Franz von Liszt (più volte, ed a ragione, evocato nelle sue opere da Giorgio Marinucci), allorché sottolineava che "il codice" ( si badi: il codice) "penale è la *magna charta* del delinquente". Il codice (pur non potendo aspirare – e tanto meno nell'epoca odierna – a coprire l'intero ambito della legislazione) configura, per vero, un' esperienza preziosa nell' ottica, potremmo dire, dell' esercizio della 'nomoarte': in esso forma e sostanza, alla luce dei principi e della loro traduzione nei raccordi tra parte generale e speciale, trovano la loro sintesi più efficace, lasciando emergere, al contempo – per dirla ancora con Carrara – dei 'lineamenti di pratica legislativa penale' utilizzabili anche in sede di disciplina delle materie oggetto di normative 'complementari'.

A chi nutra dei dubbi in proposito, invece di replicare ancora con scarsi risultati, preferiamo qui limitarci ad una risposta – alle prime, elusiva, per non dire arbitraria – ma che vanta tuttavia il sostegno di una tradizione illustre e della suggestione derivante dalla sua forza evocativa: *credo quia absurdum*. Aggiungendo, tuttavia, che tale credenza – considerato l'attuale caos normativo e l'assurdità (si può ben dirlo!) delle conseguenze ch'esso determina ai più diversi livelli della responsabilità penale – merita, pascalianamente, di suonare come una scommessa che possa dar ragione a chi abbia deciso di puntarvi.