

ARGOMENTI PER UNA RISERVA DI LEGGE RAFFORZATA IN MATERIA PENALE

di Gabriele Fornasari

Abstract. *Il contributo parte dalla considerazione che il principio di riserva di legge in materia penale, come oggi configurato in Italia, non appare idoneo a garantire in modo effettivo il livello di democraticità a cui tende la Costituzione, a causa dell'assenza di un quorum rilevante per l'approvazione parlamentare delle leggi penali. Si propone pertanto, anche alla luce di esperienze comparatistiche e di proposte provenienti dalla dottrina straniera, una riforma volta a introdurre un meccanismo in base al quale ogni legge penale, indipendentemente dal fatto di configurare o aggravare la responsabilità o di escluderla o diminuirla, debba essere approvata con una maggioranza di almeno tre quinti dei parlamentari, tranne che si tratti di disposizioni aventi ad oggetto l'applicazione di sole pene pecuniarie, nel qual caso la maggioranza dovrebbe essere almeno della metà.*

SOMMARIO: 1. Teoria e prassi della riserva di legge. – 2. Una proposta provocatoria e uno sguardo di diritto comparato. – 3. Rischi e patologie da superare. – 4. Ancora sul significato politico della riserva di legge. – 5. I dettagli della proposta di Thomas Vormbaum. – 6. Norme penali come norme costituzionali? – 7. Le ragioni essenziali dell'istanza di una riserva di legge rafforzata. – 8. L'estensione della riserva alle norme penali favorevoli. – 9. Per un diritto penale ridotto, ma soprattutto migliore. – 10. Conclusione: un progetto faticoso ma necessario.

1. Teoria e prassi della riserva di legge.

Nella manualistica italiana, e non solo, la rilevanza del principio di riserva di legge in materia penale viene evidenziata facendo riferimento ad una fondamentale *ratio* di natura politica.

Deve essere la legge, in quanto risultato del procedimento di produzione normativa del parlamento, si dice, l'unica fonte legittima del diritto penale, così come affermato anche in Costituzione, perché è in quella sede che trovano idealmente ascolto e composizione interessi e valori facenti capo sia alle forze di maggioranza che a quelle di opposizione, attuandosi in tal modo la dialettica democratica¹.

¹ Le citazioni a questo riguardo pongono solo il problema della scelta. Si può risalire agli approcci quasi pionieristici di F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*. Vol. I: *Nozioni ed aspetti costituzionali*, Milano,

Questa tradizionale narrazione, tramandata da generazioni di docenti a generazioni di discenti, appare oggi, purtroppo, null'altro che la rappresentazione espressiva di una colossale ipocrisia.

La realtà che fonda quella *ratio*, infatti, costituisce ormai un idealtipo lontanissimo dalle vicende dell'attualità².

Queste parlano, nella gran parte dei casi, di prodotti normativi che giungono al parlamento preconfezionati e sostanzialmente imm modificabili, redatti prevalentemente dall'esecutivo, che sono oggetto di una discussione superficiale e distratta (a meno che non vi sia una forte attrazione mediatica) e non di rado vengono approvati con voto di fiducia³.

Per di più, il meccanismo di approvazione, non prevedendo alcuna maggioranza qualificata, fa sì che norme che possono incidere pesantemente su un bene di rilievo fondamentale come la libertà personale possano passare con il voto favorevole di un pugno di parlamentari, quel giorno per avventura presenti a Roma e non assorbiti da altri impegni⁴.

Eppure, sempre nelle solenni affermazioni della dottrina penalistica, il diritto penale dovrebbe essere quel corpo di norme in cui si traducono le fondamentali scelte di valore costitutive di una compagine sociale, ovvero l'insieme delle regole basilari di

1965, 245, G. DELITALA, *Cesare Beccaria e il problema penale*, Riv. it. dir. e proc. pen., 1964, 968 e M. GALLO, *La legge penale*, Torino, 1967, 22, contenenti affermazioni tuttora ampiamente condivise: cfr. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, 7^a ed., Bologna, 2014, 51, F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, 10^a ed., Milano-Padova, 2017, 42 s., A. MANNA, *Corso di diritto penale. Parte generale*, 4^a ed., Milano-Padova, 2017, 41.

Va notato che un pur sommario inquadramento comparatistico ci dice che la stessa sensibilità di fondo è presente in tutti gli ordinamenti riconducibili allo schema dello stato di diritto: esempi sparsi si trovano in C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Band I: *Grundlagen. Aufbau der Verbrechenslehre*, 3^a Aufl., München, 1997, 102, D.-M. LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal, Parte general I*, Madrid, 2002, 133, F. DESPORTES – F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, 14^e ed., Paris, 2007, 133, J. DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal. Parte geral*, Tomo I, *Questões fundamentais. A doutrina geral do crime*, 2^a ed., Reimpressão, Coimbra, 2011, 179, L. REGIS PRADO, *Curso de Direito penal Brasileiro*, vol. 1, *Parte Geral – arts. 1 a 120*, 10^a ed., São Paulo, 2010, 178.

² Di scollamento sempre più marcato tra modello ideale e realtà parla per esempio M. VOGLIOTTI, *Legalità, Enc. Dir., Annali*, VI, Milano, 2013, 404.

³ Anche l'erosione della riserva di legge è fenomeno ampiamente tematizzato: si vedano ancora G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 51, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 44, F. PALAZZO, *Corso di diritto penale, Parte generale*, 6^a ed., Torino, 2016, 118 ss., per restare nell'ambito della manualistica.

⁴ Non si tratta di una battuta di facile effetto: se si guarda in particolare al Regolamento della Camera dei Deputati, si legge all'art. 46 che nel numero legale (la maggioranza dei componenti) sono computati anche i deputati che siano assenti perché impegnati fuori sede per incarichi ricevuti dalla Camera o i membri del governo assenti per ragioni del loro ufficio (comma 2), nonché coloro che prima del voto abbiano dichiarato di astenersi (comma 3), e infine che il numero legale è presunto, nel senso che il Presidente è obbligato alla verifica solo se richiesto da venti deputati (comma 4): insomma, non è azzardato pensare che possa diventare legge una proposta votata da un quinto o un sesto dei deputati. Appena diversa è la situazione del Senato della Repubblica, dato che l'art. 107 del Regolamento prevede le stesse disposizioni di cui ai commi 3 e 4 dell'art. 46 Reg. Camera, mentre in forza del successivo art. 108 comma 2 non si computano nel numero legale i senatori che sono assenti per incarico ricevuto dal Senato o perché ministri del governo.

convivenza nelle quali dovrebbe potersi riconoscere, al di là delle sue convinzioni particolari, qualunque consociato⁵.

2. Una proposta provocatoria e uno sguardo di diritto comparato.

Se questa lezione è ancora vera, e io credo profondamente che lo sia, può ritenersi compatibile con lo stato di cose descritto poche frasi fa?

La mia opinione è che non sia affatto compatibile, e ciò mi induce, per evitare una forma inaccettabile di apatica rassegnazione, a formulare qualche riflessione e qualche proposta per superare uno stato di cose che ritengo sintomo di un imbarbarimento giuridico e civile.

Le mie riflessioni si collegano, prendendone spunto pur se non condividendone tutti i risultati, ad un recente contributo di Thomas Vormbaum che, sebbene pensato in riferimento alla situazione tedesca, offre spunti molto interessanti anche per noi, anzi si potrebbe perfino affermare che l'analisi che vi è contenuta si attaglia alla realtà italiana ancor più che a quella del paese per il quale viene elaborata⁶.

La proposta di fondo dell'autore tedesco è quella di condizionare l'approvazione delle norme penali, o almeno di quelle idonee a incidere sulla libertà personale, al concorrere di una maggioranza particolarmente qualificata, che si vuol fare addirittura coincidere, nell'opinione di questo studioso, con quella adottata per l'approvazione delle leggi costituzionali, che secondo il dettato dell'art. 79, comma 2, del *Grundgesetz*, è costituita dai due terzi dei membri del *Bundestag* e dai due terzi dei voti del *Bundesrat*, con l'eccezione della immodificabilità degli articoli 1 e 20⁷.

A seguito di questa procedura rafforzata, si propone che le norme penali costituiscano nel loro insieme un allegato alla Carta Costituzionale.

Proposte analoghe, in realtà, sono state avanzate in tempi più o meno recenti anche nella dottrina italiana, pur se solitamente all'interno di riflessioni di più ampia portata.

In anni più risalenti troviamo infatti una presa di posizione di Enzo Musco, con un'impostazione che nell'essenza coincide con quella di Vormbaum, almeno in riferimento al punto relativo all'equiparazione tra la maggioranza richiesta per le leggi costituzionali e per le leggi penali, ma senza gli ulteriori dettagli su aspetti particolari

⁵ Peraltro, anche chi da tempo ha smascherato i limiti di quella narrazione, affermando espressamente che le garanzie politiche rappresentate dal controllo di minoranza sulla produzione di leggi penali si sarebbe concretizzata, in realtà, solo in sporadiche occasioni, traducendosi in una facoltà poco più che ipotetica, non ha per ciò solo inteso delegittimare le buone ragioni della riserva di legge, sottolineando anzi come queste contrassegnino ancora la base istituzionale e costituzionale, ovvero la "forma politica" di ogni possibile giustificazione del diritto penale: così M. DONINI – G. INSOLERA, *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale – considerazioni introduttive*, in G. Insolera (a cura di), *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, Bologna, 2005, 13 e 15.

⁶ T. VORMBAUM, *Strafgesetze als Verfassungsgesetze. In memoriam Knut Amelung*, JZ, 2018, 53 ss.

⁷ I quali si riferiscono rispettivamente alla tutela della dignità umana e dei diritti fondamentali, il primo, e all'ordinamento della Repubblica, il secondo.

presenti nel contributo dell'autore tedesco⁸, ed una, più sintetica e meno articolata, di Giuseppe Losappio⁹.

Più vicine a noi sono invece le osservazioni di Cristiano Cupelli, il quale commenta in termini adesivi il punto di vista espresso in precedenza da Musco, reputando che l'introduzione di un tale strumento procedimentale sia volta ad innalzare il livello della dialettica parlamentare e possa contribuire almeno in parte a ricomporre il quadro frammentato e mutevole dell'attuale società¹⁰, e di Marco Mantovani, il quale da un lato vede in questa scelta un progetto forse utopico, ma dall'altro la difende in base all'argomento *a fortiori* desunto dal *quorum* costituzionale richiesto per i provvedimenti di amnistia e indulto e non ritiene insuperabile la possibile obiezione secondo cui essa cozzerebbe contro gli obblighi comunitari di intervento penale¹¹.

Uscendo dal fronte dottrinale e guardando invece a possibili spunti di natura comparatistica, è noto che in Spagna la Costituzione del 1978 prevede all'art. 81 la disciplina, le caratteristiche e le modalità applicative delle leggi organiche (*leyes organicas*), ovvero le leggi relative allo sviluppo dei diritti fondamentali e delle libertà pubbliche (oltre ad altri casi che qui non interessano): la loro approvazione, modificazione o deroga esige la maggioranza assoluta del Congresso, in una votazione finale sull'insieme del progetto¹².

⁸ E. MUSCO, *L'illusione penalistica*, Milano, 2004, 183 ss., i cui rilievi culminano nella proposta di inserire un nuovo comma nell'art. 25 della Costituzione, del seguente tenore: "La legge penale è approvata a maggioranza dei due terzi dei componenti di ciascuna Camera". L'Autore, come è evidente, mostra di riferirsi alla maggioranza indicata nell'art. 79 Cost. per le leggi di amnistia e indulto (senza eccezioni) e in generale nell'ultimo comma dell'art. 138 Cost., cioè quella che implica l'immediata promulgazione della legge costituzionale, senza possibilità di passaggio attraverso il referendum, che invece, nei casi previsti dal comma 2 dello stesso articolo, può bloccare la promulgazione, nell'ipotesi di responso negativo, qualora la maggioranza con cui la legge è approvata è solo quella assoluta dei componenti delle due Camere, prevista nel primo comma.

⁹ G. LOSAPPIO, *Diritto penale del nemico, diritto penale dell'amico, nemici del diritto penale*, in *Ind. pen.*, 2007, 61 ss., nel contesto di un contributo volto a denunciare il carattere inaccettabile sia del diritto penale del nemico, in quanto non vuole considerare come persona i supposti autori di determinate forme di reato, sia del diritto penale dell'amico, ovvero del privilegio riservato ai detentori del potere; nella parte conclusiva del suo saggio, peraltro, l'Autore mostra un personale favore per una riforma nel senso di introdurre un *quorum* minimo per l'approvazione di leggi penali, illustrandone i possibili vantaggi, ma in definitiva rivela anche un certo scetticismo sulla possibilità di una sua concreta attuazione.

¹⁰ C. CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Napoli, 2012, 321 ss.

¹¹ M. MANTOVANI, *Contributo ad uno studio sul disvalore di azione nel sistema penale vigente*, Bologna, 2014, 146 ss.; riguardo all'obiezione citata nel testo, l'Autore reputa anzi che proprio un simile sbarramento costituirebbe un opportuno ostacolo rispetto al pericolo di tracimare verso un diritto penale moraleggiante.

¹² A parte il menzionato esempio della Spagna, peraltro, occorre dire che di norma, negli altri paesi, il meccanismo di approvazione delle leggi penali non diverge da quello presente in Italia, e dunque non vigono regole particolari e più restrittive quando si tratta di emanare norme penali, quale che sia il loro tipo di contenuto. Da menzionare, al riguardo, il caso della Tunisia, paese nella cui Costituzione è sì prevista la distinzione tra leggi organiche e leggi ordinarie, ma la materia penale viene chiaramente attribuita a queste ultime, così come l'istituto dell'amnistia.

La dottrina penalistica spagnola ha ritenuto fin dal primo momento che la materia penale rientrasse senz'altro in questo ambito e che pertanto solo una legge organica, con il suo meccanismo rafforzato, potesse essere utilizzata per introdurre, modificare o abrogare una disposizione penale¹³.

Bisogna peraltro ricordare che il Tribunale costituzionale spagnolo si è pronunciato sul punto con una serie di controverse sentenze, dando in sostanza ragione solo in parte alla dottrina, poiché ha reputato competente la legge organica solo riguardo ai precetti penali che prevedono pene privative della libertà e non a quelli che prevedono pene pecuniarie o di altro tipo: solo in tal caso, infatti, la norma avrebbe a che vedere con lo sviluppo di diritti fondamentali¹⁴.

Ancorché accolta con toni critici dalla dottrina spagnola¹⁵, la soluzione differenziata patrocinata dal Tribunale costituzionale riprende in fondo quell'idea di un sistema di fonti penali basato solo in parte su una rigorosa riserva di legge che è propria per esempio dell'esperienza francese, in cui l'art. 111-2 del codice penale, dopo avere stabilito nel primo comma che la legge determina i crimini e i delitti e fissa le pene applicabili ai loro autori, precisa nel secondo che il regolamento determina le

¹³ Un punto di vista favorevole all'adozione di un simile modello anche da parte del legislatore italiano è stato espresso da L. FOFFANI, *Codice penale e legislazione complementare. Da un modello "policentrico" a un modello "piramidale"*, in M. Donini (a cura di), *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare*, Milano, 2003 304 s.

¹⁴ Sembra interessante riportare in estrema sintesi la cronologia di tali sentenze. Inizialmente, il Tribunale Costituzionale esordì affermando il carattere assoluto e non relativo della riserva di legge in ambito penale prevista nell'art. 25 della Costituzione del 1978 (STC 15/1981), ma poi venne precisato dapprima che tale carattere assoluto non implicava necessariamente di per sé una riserva di legge organica anziché ordinaria, data l'assenza di una espressa previsione nell'art. 81, che si riferisce solo al pregiudizio a diritti fondamentali (STC 25/1984); poi, ma solo in un *obiter dictum*, che la necessità della legge organica per l'approvazione di una norma penale dovrebbe circoscriversi ai soli casi in cui è in discussione il sacrificio della libertà personale (STC 32/1984). Fondamentale per la stabilizzazione della dottrina del Tribunale Costituzionale è una pronuncia di poco successiva nella quale si riconobbe il diritto del ricorrente a non essere condannato in base ad una norma della legge sul controllo dei cambi che non era stata approvata con legge organica, ma nel contempo si affermò che questo principio doveva considerarsi limitato alle leggi penali incidenti sulla libertà personale, nella supposizione che solo in questi casi si faccia questione di diritti fondamentali (STC 140/1986); di poco successiva è la conferma di questo punto di vista nelle sentenze STC 159/1986 e STC 160/1986. Con due sentenze più recenti si è specificato che la riserva di legge organica deve considerarsi estesa alle ipotesi di previsione di misure di sicurezza privative della libertà (STC 127/1990 e STC 24/2004).

¹⁵ Per tutti G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Delitos monetarios y reserva de Ley Orgánica. Comentario a las SSTC de 11 de noviembre y 16 de diciembre de 1986, La Ley*, 1987, 68 ss., il quale segnalava come la relativizzazione della riserva di legge organica imposta dal Tribunale costituzionale non fosse sostenibile alla luce del fatto che nell'ordinamento spagnolo le norme penali che prevedono come conseguenza sanzionatoria la multa ammettono sempre la possibilità che in caso di mancata riscossione si applichi la sanzione dell'arresto sostitutivo, che a tutti gli effetti implica una privazione della libertà. Deve essere peraltro ricordato che lo spiraglio lasciato aperto da questa giurisprudenza non ha impedito che finora tutte le leggi penali successive siano state approvate con legge organica, ciò che d'altronde si spiega ricordando che il Tribunale Costituzionale non ha voluto impedire l'utilizzazione della legge organica allorché siano minacciate pene diverse da quella detentiva, ma ha affermato che la riserva deve essere assoluta solo in quei casi, nei quali è d'obbligo la declaratoria di illegittimità costituzionale se l'approvazione è avvenuta con legge ordinaria.

contravvenzioni e fissa, nei limiti e secondo le distinzioni stabilite dalla legge, le pene applicabili ai contravventori.

Frutto di legislazione ordinaria, questa disciplina non viola tuttavia la Costituzione, giacché questa all'art. 34 riserva alla competenza legislativa, secondo un'antica tradizione, la sola materia dei crimini e dei delitti.

Del resto, si giustifica questo impianto complessivo in ragione del fatto che nell'ordinamento francese il regolamento è legittimato a determinare i precetti, ma la fissazione delle sanzioni è lasciata alla sola legge; e secondo quanto stabilito dagli art. 113-12 e seguenti del codice penale le pene previste per le contravvenzioni possono essere soltanto di natura pecuniaria o interdittiva, mentre non è mai comminabile la pena detentiva¹⁶.

In effetti, si deve riconoscere che l'istanza originaria, profondamente garantista, del principio di riserva assoluta di legge riposava proprio sul fatto che dovesse essere un atto normativo di alto livello nella gerarchia delle fonti giuridiche a fissare precetti e sanzioni penali sul presupposto che queste ultime erano idonee a colpire beni essenziali della persona come la libertà personale o addirittura la vita.

Si potrebbe pensare che, venendo meno questa istanza di bilanciamento così rilevante, l'ordinamento possa abbassare le sue pretese riguardo al processo di formazione delle disposizioni penali se il bene della persona minacciato di un sacrificio in caso di loro violazione sia solamente il patrimonio o la possibilità di esercitare una determinata attività o comunque qualcosa di non così sacro come la libertà personale.

In qualche modo, questa idea è sottesa anche al pensiero dello stesso Thomas Vormbaum, il quale si pronuncia a favore di un procedimento rafforzato riguardo a tutte le disposizioni penali, ma con un *quorum* equivalente a quello delle leggi costituzionali nel solo caso di reati puniti con sanzione limitativa della libertà personale, mentre nel caso di reati sanzionati con pene di altra natura propone una maggioranza qualificata ma non così ampia¹⁷.

3. Rischi e patologie da superare.

Svolte queste premesse e poste in tal modo le carte in tavola, cercherò di svilupparle per saggiare la bontà teorica e i margini di fattibilità di un nucleo propositivo che non è del tutto nuovo nella sua ispirazione di fondo¹⁸, ma che oggi appare di grande attualità, quanto meno nell'esperienza italiana, alla luce di patologie denunciate da più parti e che rischiano di mettere in pericolo le fondamenta di un diritto penale che si vuole fondato sui principi dello stato di diritto.

¹⁶ G. FORNASARI, *Il principio di legalità*, in G. Fornasari – A. Menghini, *Percorsi europei di diritto penale*, 3^a ed., Padova, 2012, 5.

¹⁷ T. VORMBAUM, *Strafgesetze als Verfassungsgesetze*, cit., 57.

¹⁸ Qualche cenno in tal senso si trova già in K. LACKNER, *Die Neuregelung des Schwangerschaftsabbruchs*, in NJW, 1976, 1234 s. e più di recente in R. ZACZYK, *Die Notwendigkeit systematischen Strafrechts – Zugleich zum Begriff "fragmentarisches Strafrecht"*, in ZStW, 2011, 691.

I rischi che devono essere valutati sono uno spostamento marcato del bilanciamento tra i poteri a tutto vantaggio dell'esecutivo, la perpetuazione di un profluvio normativo che rende pressoché ingovernabile, perché non riconducibile a sistema, il diritto penale vigente, l'imposizione per il tramite delle norme penali (siano esse norme incriminatrici o norme di permesso) di valori "di parte" propri solo di un gruppo socio-politico che detiene momentaneamente le leve del potere, con la potenziale conseguenza di una scarsa stabilità delle disposizioni vigenti, esposte periodicamente, in occasione di ogni cambio di rotta elettorale, ad essere interpolate o abrogate con evidente sacrificio della capacità di orientamento dei comportamenti dei consociati.

In vari casi, i menzionati rischi sono già da tempo patologie presenti e facilmente osservabili.

4. Ancora sul significato politico della riserva di legge.

Per proseguire in modo corretto, forse non è inopportuno fissare alcuni paletti che, in omaggio agli dei della post-modernità, appaiono un po' traballanti.

Il diritto penale, per come è stato impostato teoricamente e ideologicamente nella sua chiave liberale, si pretende selettivo, frammentario, volto alla protezione dei beni più rilevanti dalle più dannose o pericolose aggressioni, laico (quindi dialogante), insomma dovrebbe essere la soluzione estrema a conflitti idonei a scuotere le basi di una buona convivenza sociale.

È chiaro a tutti che questo non può più significare oggi, in un mondo tanto più complesso, una delimitazione ai soli reati naturali, poiché importanti funzioni organizzative, in quanto serventi rispetto a beni e diritti fondamentali, possono certamente risultare meritevoli di sanzione penale, ma anche ammesso questo si vede bene come il quadro teorico di riferimento sopra delineato sia pesantemente contraddetto da inconfutabili elementi di realtà.

La convinzione che la miglior politica sociale sia la politica criminale e che la miglior politica criminale sia l'espansione dei reati e delle circostanze aggravanti (meglio se dichiarate non bilanciabili) pone l'interprete (e specialmente il giudice) in un intrico normativo labirintico che non è, naturalmente, conseguenza necessaria ed inevitabile, in astratto, di un modello di approvazione delle leggi penali fondato anche su maggioranze risicate, ma che però è reso possibile nei termini attuali anche dalla possibilità molto facile di improvvisare norme penali senza troppo tener conto di equilibri sistematici molto delicati.

Altra conseguenza della mancanza di un filtro quale potrebbe essere una maggioranza qualificata per l'approvazione delle leggi penali è l'odierna centralità del ruolo dell'esecutivo nella loro produzione.

Questa è una perversione del sistema dell'equilibrio tra i poteri, già in qualche modo sbilanciato dall'emanazione di norme penali mediante decreti legge o decreti legislativi (che peraltro, forse, vigente l'attuale dettato costituzionale, potrebbe anche in astratto ammettersi, ma la cui ammissibilità si ridurrebbe vicina allo zero, in concreto,

se si osservassero scrupolosamente i limiti fissati dagli artt. 76 e 77 Cost.¹⁹), ma alterato in modo significativo dal fenomeno dei pacchetti normativi trasmessi dal governo al parlamento e approvati in sostanza a scatola chiusa con il voto di esigue quantità di deputati o senatori.

Non è nemmeno tanto importante, a questo riguardo, un discorso sulla qualità tecnica delle norme, che in effetti potrebbe essere migliore a seguito della elaborazione di una ristretta commissione di nomina governativa che a seguito di faticosi compromessi parlamentari.

Quand'anche ciò fosse vero, la *ratio* politica della riserva di legge, che impone di raggiungere il massimo possibile di condivisione dei valori sottostanti alle disposizioni penali, non può che prevalere sul buon confezionamento di una norma che una volta divenuta vigente rischia di costituire un elemento di disunione sociale.

Questa conseguenza può invece essere evitata attribuendo alle minoranze rappresentate nel potere legislativo una seppur limitata forza di interdizione (ma anche di proposta) con l'assegnare loro un ruolo di *corresponsabilità* nell'individuazione delle soluzioni normative laddove si tratti di incidere sui beni più rilevanti dei consociati²⁰.

Certo, più alta è la soglia percentuale che è necessario raggiungere ai fini dell'approvazione e maggiore sarà la difficoltà di emanare una norma penale, ma paradossalmente (nemmeno tanto, in fondo!) questo potrebbe essere proprio un buon obiettivo di una riforma in tal senso: indurre nel legislatore, con un impedimento di natura formale, quell'atteggiamento di *self restraint* che lo dovrebbe naturalmente caratterizzare nel maneggiare la materia penale²¹.

¹⁹ Invero, la tesi della inammissibilità di principio mi sembra non tenga conto della "forza di legge" che la Costituzione attribuisce a questi atti (in tal senso, in sostanza, anche D. PULITANÒ, *Diritto penale*, 7^a ed., Torino, 2017, 95, il quale subordina la loro legittimazione come fonti penali allo scrupoloso rispetto dei limiti posti dalla Costituzione), ma d'altro canto la situazione eccezionale che fonda la necessità e l'urgenza che legittima i decreti legge sembra incompatibile con la riflessione necessaria per costruire una norma penale, mentre più facilmente prospettabili sembrano gli estremi per legittimare un decreto legislativo, fermo restando che nell'esperienza recente la maggior parte delle leggi di delega non appare affatto rispettosa dei limiti imposti.

²⁰ Curiosamente, una situazione in parte analoga caratterizza un'esperienza lontanissima nello spazio e legata ad una dimensione molto particolare come quella del diritto penale internazionale, ovvero quella relativa alla maggioranza necessaria per considerare valide le decisioni del Tribunale speciale della Cambogia per la persecuzione dei crimini commessi dai Khmer Rossi: tutte le Corti che compongono questo Tribunale misto sono formate, su espressa richiesta dello stato cambogiano, da un numero dispari di giudici con maggioranza di giudici interni (4 a 3 o 3 a 2), ma per evitare di rendere irrilevante la presenza di giudici internazionali si è imposta la regola in base alla quale dove i componenti sono cinque la maggioranza dev'essere di quattro e dove sono sette dev'essere di cinque, sicché in ogni caso almeno un giudice internazionale deve votare a favore del provvedimento; cfr. sul punto A. LIÑÁN LAFUENTE, *Los Tribunales penales híbridos e internacionalizados*, in A. Gil Gil – E. Maculan, *Derecho penal internacional*, Madrid, 2016, 118.

²¹ In questo senso anche M. MANTOVANI, *Contributo ad uno studio sul disvalore di azione nel sistema penale vigente*, cit., 147.

5. I dettagli della proposta di Thomas Vormbaum.

La proposta concreta che viene dall'autore tedesco già citato, come detto, è quella di sottoporre l'approvazione di leggi penali alla stessa regola che caratterizza in quell'ordinamento l'approvazione delle leggi costituzionali, ovvero al conseguimento di una maggioranza dei due terzi dei membri del *Bundestag* e dai due terzi dei voti del *Bundesrat*.

Il ragionamento che fonda questa soluzione parte dal presupposto che la legge penale debba vedersi assegnare proprio lo stesso rango delle leggi costituzionali, in quanto norma che dispone intorno ai valori fondanti dell'ordinamento.

All'interno di questa visione, non si fa differenza tra norme che introducono o aggravano un'incriminazione e norme che per comodità esplicativa potremmo definire in *favor rei*; allo stesso modo, è ritenuto irrilevante che si tratti di diritto penale nucleare (*Kernstrafrecht*) o diritto penale complementare (*Randstrafrecht*), di crimini (*Verbrechen*) o delitti (*Vergehen*)²².

Rileva invece, almeno in parte, il fatto che una certa fattispecie di reato preveda o no conseguenze sanzionatorie limitative della libertà personale.

Nel secondo caso la maggioranza qualificata è meno elevata, cinquanta per cento più uno degli aventi diritto, e la raccolta di queste disposizioni penali dovrà andare a costituire un autonomo codice, chiamato codice delle contravvenzioni (*Übertretungsgesetzbuch*), e non verrà allegata alla Costituzione, come invece la raccolta delle altre norme (*Kriminalgesetzbuch*); nulla impedisce, peraltro che, qualora ve ne siano le condizioni, anche tali disposizioni possano essere approvate con la maggioranza particolarmente qualificata, ciò che le renderebbe poi abrogabili soltanto con la medesima maggioranza, mentre nel caso ordinario per l'abrogazione sarebbe sufficiente il *quorum* della maggioranza semplice.

La differente collocazione topografica ora menzionata non avrebbe però alcuna conseguenza in termini di trattamento processuale, nel senso che i principi di garanzia previsti nella *Strafprozessordnung* dovrebbero avere esattamente la stessa applicazione in riferimento a qualunque tipo di reato²³.

6. Norme penali come norme costituzionali?

Come ho già avuto modo di evidenziare, lo spirito della proposta di Thomas Vormbaum mi trova d'accordo.

²² Bisogna ricordare al riguardo che in Germania, con la riforma del codice penale del 1975, fu abbandonata la tripartizione dei reati ispirata al codice penale napoleonico del 1810, che distingueva tra crimini, delitti e contravvenzioni (*Übertretungen*) e furono conservate solo le prime due categorie, mentre le contravvenzioni, con qualche eccezione di conversioni in delitti, furono trasformate in illeciti amministrativi: si può vedere, su questa vicenda, G. FORNASARI, *I principi del diritto penale tedesco*, Padova, 1993, 18 ss.

²³ T. VORMBAUM, *Strafgesetze als Verfassungsgesetze*, cit., 62.

Non si può pensare che una legge che contenga disposizioni che hanno come conseguenza sanzioni che delimitano l'esercizio di diritti fondamentali possano approvarsi con la stessa procedura di una legge che si occupi per esempio del riassetto del settore ippico e del riordino dell'assistenza tecnica agli allevatori con revisione della disciplina della riproduzione animale²⁴.

Il diritto penale è, o almeno dovrebbe aspirare ad essere, la trasposizione della tavola dei valori su cui è costruito un ordinamento giuridico e le scelte in ordine allo *ius puniendi* rappresentano il perimetro che fa da confine tra l'accettazione e il rifiuto degli essenziali parametri di riferimento di una buona vita sociale.

Dunque, il fatto che il diritto penale dovrebbe essere un'opera collettiva e non il frutto di una imposizione di valori non può non incidere sul suo processo di formazione²⁵.

Se questo assunto, appare, a mio avviso, inoppugnabile, non credo invece che si possa accogliere la proposta di porre le norme penali che contengono incriminazioni, concetti dogmatici, circostanze, elenchi di pene irrogabili e modalità per la loro applicazione, cause di non punibilità - quelle cioè solitamente contenute nei codici penali e nelle leggi complementari - sul medesimo piano delle leggi costituzionali.

Continuo a pensare che, anche nell'ambito del penale, la Costituzione vera e propria debba essere un testo che – beninteso: con efficacia precettiva – contenga solo i principi fondamentali, in modo da stagliarli nettamente e da porli in modo chiaro come guida per il legislatore e per i consociati.

In questo senso, la nostra Carta fondamentale assolve adeguatamente al suo compito, elevando a punti di riferimento irrinunciabili, e dotati di sanzione in caso di inosservanza, i principi penali e processuali che caratterizzano uno stato di diritto e presentando inoltre una trama complessiva che ha consentito senza difficoltà di dedurre anche principi impliciti come quello di determinatezza²⁶ e di offensività²⁷.

Non vedo connotate dalla stessa sacertà disposizioni come per esempio quella che chiede atti idonei e diretti in modo non equivoco alla realizzazione dell'evento perché sia abbia tentativo punibile o quella che sanziona gli atti persecutori a condizione che si tratti di condotte reiterate ed atte a cagionare un perdurante e grave

²⁴ Confesso che ho pescato a caso questo esempio (art. 15 l. 27 febbraio 2017, n. 19) tra le centinaia di leggi approvate l'anno scorso; non me ne vogliano gli addetti al settore ippico, per i quali questa normativa è probabilmente importante, ma la citazione è funzionale al discorso sul diverso livello di riflessione che si dovrebbe chiedere al legislatore in situazioni diversamente connotate quanto ai valori chiamati in causa.

²⁵ Mi sembra che sia sulla stessa linea di queste osservazioni il pensiero di F. PALAZZO, *Sistema delle fonti e legalità penale*, in G. Insolera (a cura di) *Riserva di legge e democrazia penale*, cit., 91 ss., quando sostiene che la crisi della riserva di legge è innanzi tutto la causa di una perdita di consistenza del principio democratico tradizionale, oltre che di una inevitabile e negativa alterazione dell'originario equilibrio tra i poteri.

²⁶ Già dalle fondamentali sentenze della Corte Costituzionale in tema di "proclive a delinquere" (Corte Cost. 22 dicembre 1980, n. 177, in *Foro it.*, 1981, I, 329) e in tema di plagio (Corte Cost. 8 giugno 1981, n. 96, in *Giur. Cost.*, 1981, 808 s.).

²⁷ Anch'esso ormai reputato di livello costituzionale alla luce delle sentenze della Corte Costituzionale in tema di ubriachezza manifesta (Corte Cost. 17 luglio 2002, n. 354, in *Foro it.*, 2003, I, 2923 ss.) e di aggravante di clandestinità (Corte Cost. 8 luglio 2010, n. 249, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2010, 1349).

stato di ansia o di paura o altri fondati timori o a costringere ad un'alterazione delle abitudini di vita²⁸.

In questi casi, si tratta di scelte certamente importanti, ma che potrebbero essere realizzate con contenuti diversi senza che con ciò si metta in discussione la *Rechtsstaatlichkeit* dell'ordinamento, come dimostra per esempio il fatto che in molti codici europei non è ritenuto necessario che gli atti siano idonei per la configurabilità del tentativo e non vi è alcuna alterazione di equilibri, come quella che si avrebbe invece se venisse relativizzato il principio di legalità o si ammettessero di nuovo ipotesi di responsabilità oggettiva²⁹.

²⁸ Inoltre, faccio fatica a riconoscere l'opportunità dell'inserimento delle leggi penali come allegato della Costituzione: da un lato, credo che questa debba essere costituita da un numero di disposizioni di principio abbastanza ristretto, dall'altro sono persuaso che, pur se resta opportuno che sia il codice a raccogliere il maggior numero possibile delle fattispecie penali vigenti, alcune di esse sono a tal punto strutturalmente legate alla normativa generale che sovrintende a determinati settori da non raccomandarne l'isolamento da quei corpi normativi, né per inserirle nel codice, né tantomeno, anche se come allegati, nel testo costituzionale: sul tema, per tutti, da ultimo, S. BONINI, *La funzione simbolica nel diritto penale del bene giuridico*, Napoli, 2018, 105 ss.

Ritengo pertanto che debbano essere tenute decisamente separate la questione di una riforma del procedimento di approvazione delle leggi penali nel senso di un rafforzamento della riserva assoluta e quella dell'affermazione della riserva di codice in materia penale, sostenuta come noto da L. FERRAJOLI, *Crisi della legalità e diritto penale minimo*, in U. Curi-G. Palombarini (a cura di), *Diritto penale minimo*, Roma, 2002, 18 ss., il quale invece le connette strettamente, postulando la creazione di un codice penale minimo contenente tutte le fattispecie penali e il successivo vincolo ad una maggioranza qualificata per ogni eventuale riforma; analogamente, una stretta connessione tra riserva di legge organica e riserva di codice viene affermata in Spagna da J. TERRADILLOS BASOCO, *Código penal-leyes penales especiales. Diez cuestiones sobre una tensión no resuelta*, in *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Madrid, 2002, 513.

Del resto, la recente introduzione nel codice penale, con l'art. 1 del d.lgs. n. 21/2018, del nuovo art. 3-bis, il quale fissa appunto una riserva (direi: relativa) di codice e stabilisce pertanto che "nuove disposizioni che prevedono reati possono essere introdotte nell'ordinamento solo se modificano il codice penale ovvero sono inserite in leggi che disciplinano in modo organico la materia", prescindendo qui da qualche riserva sulla sua formulazione, non prevede alcuna modifica riguardo all'iter di approvazione delle leggi penali, pur se in sostanza, come osserva M. DONINI, *L'art. 3 bis c.p. in cerca del disegno che la riforma Orlando ha forse immaginato*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 433 ss., essa cerca di dare una risposta al medesimo problema che qui si affronta.

²⁹ Questi discorsi hanno un precedente illustre nell'ambito del diritto processuale penale, ricordando come molti processualisti sottoposero a critica la riforma che introdusse nella Costituzione l'art. 111, in tema di giusto processo, proprio in base all'assunto per cui si trattava di un inserimento improprio di norme di disciplina, dunque ordinarie, adatte piuttosto a fondare una riforma del codice. Tra i critici si annoverano soprattutto E. MARZADURI, *La riforma dell'art. 111 Cost., tra spinte contingenti e ricerca di un modello costituzionale del processo penale*, in *Leg. Pen.*, 2000, 761 e V. GREVI, *Dichiarazioni dell'imputato su fatti altrui, diritto al silenzio e garanzia del contraddittorio (dagli insegnamenti della Corte costituzionale al progettato nuovo modello di «giusto processo»)*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, 849 s. (riguardo in particolare al quarto comma, egli ritiene che si tratti di "una vera e propria regola probatoria che nelle sue stesse movenze linguistiche denuncia con chiarezza una oggettiva fisionomia di stampo codicistico", con il rischio, tra l'altro, di restringere gli spazi di discrezionalità legislativa in rapporto a particolari situazioni che troverebbero nel codice la loro disciplina, finendo per precostituire vincoli a eventuali future legittime opzioni del legislatore ordinario, in questo caso, nella delicata materia del diritto al silenzio sul fatto altrui). Al riguardo, riflessi critici, condivisibili in sé ed estensibili senza difficoltà alla questione principale di questo

Cionondimeno, l'opportunità che le norme costituzionali, anche nel settore penale, restino un novero molto ristretto e particolarmente icastico non toglie assolutamente valore all'idea che le disposizioni che dettano quella che oggi è la disciplina ordinaria siano meritevoli di essere connotate da un percorso formativo più articolato e selettivo di quello delle leggi extrapenali.

7. Le ragioni essenziali dell'istanza di una riserva di legge rafforzata.

La conseguenza di questo ragionamento è che la maggioranza da richiedere per la loro approvazione deve collocarsi in una fascia intermedia tra quella attualmente prevista e quella richiesta per le leggi costituzionali, con questa intendendo, nello specifico, quella necessaria per la loro immediata promulgazione, prevista dal terzo comma dell'art. 138 Cost.

La mia opinione è che questa collocazione intermedia debba tuttavia attestarsi in una posizione vicina al *quorum* più elevato previsto per le leggi costituzionali, anche perché occorre lasciare un margine, a sua volta intermedio tra questo e quello ordinario attuale, per i casi di norme penali aventi ad oggetto sanzioni lesive di beni di minore rilevanza.

Direi che possa corrispondere a questa indicazione una soglia minima pari ai tre quinti dei parlamentari eletti.

Si potrebbe obiettare che in tal modo sarebbe ipotizzabile, per l'emanazione di leggi penali, una procedura più rigorosa di quella prevista per le stesse leggi costituzionali, pur se in tal caso sottoponibili a *referendum*; è vero, ma mi sembra corretto utilizzare come parametro di riferimento la soglia massima, in quanto è quella che garantisce l'effettiva promulgazione, e una soglia più bassa della maggioranza assoluta riproporrebbe i problemi che vorrei proporre di superare³⁰.

Riguardo ai *quorum* proponibili, infine, non sono del tutto d'accordo con la proposta di scindere le situazioni, ponendo da un lato le disposizioni incidenti sulla

contributo, vengono anche dal campo dei costituzionalisti, dove A. RUGGERI, *La Costituzione allo specchio. Linguaggio e "materia" costituzionale nella prospettiva della riforma*, Torino, 1999, 64 (n. 55), parla di "regole innaturalmente dettagliate per struttura nomologica", nell'ambito di una riflessione più ampia in base alla quale il legislatore costituzionale deve volare alto, "contenendosi nella portata prescrittiva e, tuttavia, fissando, in modo quanto più possibile inaggrabile, talune statuizioni di base" (così A. RUGGERI, *Dottrine della Costituzione e metodi dei costituzionalisti (prime osservazioni)*, *Pol. Dir.*, 1996, 371).

³⁰ Né d'altro canto sarebbe proponibile una soglia inferiore con sottoposizione ad eventuale *referendum* confermativo, come previsto per le leggi costituzionali, sconsigliandolo in modo evidente la frequenza certamente maggiore delle leggi penali, nonché la necessità che essi entrino in vigore al più presto una volta approvate. Inoltre, un'altra buona ragione per tenere particolarmente alta la soglia è data dal fatto che le più recenti leggi elettorali si allontanano sempre più dal modello proporzionale, che faceva corrispondere la rappresentanza parlamentare all'effettivo consenso popolare, sicché appare sempre più probabile, con forti correzioni di maggioritario e premi elettorali, che una maggioranza assoluta che approva una legge rappresenti nella realtà dei fatti una maggioranza assai relativa della base elettorale. Questo è un argomento che potrebbe suggerire un intervento sulla stessa soglia minima prevista per l'approvazione di leggi costituzionali.

libertà personale, con *quorum* più elevato, e quelle incidenti su tutti gli altri beni (dunque, implicantì pene pecuniarie, pene interdittive e qualunque altra pena diversa dalla reclusione), con *quorum* meno elevato³¹.

Bisogna sì distinguere, ma su basi diverse.

In questo, mi trovo in piena sintonia con quella dottrina spagnola che ha sostenuto la necessità di far ricorso al meccanismo della *ley organica* non solo nei casi di previsione di pene detentive, ma anche ogni qual volta si faccia questione della compressione, attraverso la pena, di diritti fondamentali³².

Parallelamente, ritengo che i casi di reati con pene consistenti in interdizioni o inabilitazioni – il cui novero sarebbe da incrementare a detrimento dei casi di inflizione della reclusione, con una più frequente collocazione come pene principali, e non semplicemente accessorie – siano da equiparare a questi ultimi, in quanto i beni interessati da quelle sanzioni sono comunque immediatamente incidenti sulla qualità della vita in comune del condannato, potendosi trattare della libertà (limitata, anche se non preclusa), della capacità di partecipare, con il voto attivo o passivo, alla vita democratica o della capacità di esercitare attività professionali a cui si può legare la possibilità di sostentamento del soggetto e della sua famiglia³³.

Devo far notare che una presa di posizione a favore della implementazione di questo genere di sanzioni in luogo, in determinati casi, della pena detentiva, non si giustifica tanto con la volontà di dar luogo ad un preteso “buonismo”, ma piuttosto con l’intento di mantenere elevata l’efficacia deterrente della sanzione senza incorrere nei costi umani, sociali ed economici del carcere³⁴.

In definitiva, credo che una soglia minima un po’ più bassa, che potrebbe essere individuata nella metà dei parlamentari eletti, sia idonea a connotare le disposizioni penali che prevedano la sola pena pecuniaria³⁵: anche in tal caso, infatti, si configura un comportamento oggetto di un grave stigma sociale, pur se con un livello di gravità quantitativamente inferiore.

Resta inteso, a margine di questi rilievi, che la previsione congiunta, tanto alternativa come cumulativa, della pena pecuniaria e di una delle altre pene deve comportare l’assegnazione alla sfera delle norme che richiedono la procedura di approvazione particolarmente rafforzata.

A questo punto, è necessario precisare che la distinzione fra queste due tipologie non deve avere alcuna conseguenza sul piano del trattamento processuale; pertanto, le garanzie previste per gli imputati dei reati che presuppongono la

³¹ Così invece T. VORMBAUM, *Strafgesetze als Verfassungsgesetze*, cit., 57.

³² Così, esemplarmente, S. MIR PUIG – M. CORCOY BIDASOLO, *Artículo 1*, in M. Corcoy Bidasolo – S. Mir Puig, *Comentarios al código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Valencia, 2015, 42.

³³ Non è poi da trascurare il fatto che chi viene imputato come sospetto autore di un reato viene sottoposto a un rito come quello del processo penale, all’interno del quale sono ammesse, a prescindere dal tipo di pena minacciata, attività di indagine ampiamente idonee a incidere su diritti fondamentali della persona.

³⁴ In quest’ottica di fondo si sviluppa tutta la trama del lavoro monografico di A. MENGhini, *Le sanzioni penali a contenuto interdittivo. Una prospettiva de iure condendo*, Torino, 2008.

³⁵ In quei casi nei quali non si preferisca assegnare queste fattispecie all’area dell’illecito extrapenale.

maggioranza meno qualificata sono e devono restare esattamente le stesse previste per quelli che presuppongono la maggioranza più qualificata, anche se ciò non esclude che vi possano essere, se ritenuto opportuno, regole processuali diverse, tuttavia sempre nel rispetto dell'identità di principi garantistici.

8. L'estensione della riserva alle norme penali favorevoli.

Un'altra precisazione importante concerne il tipo di norme a cui si riferisce l'istanza volta a rafforzare il meccanismo di approvazione.

A un primo impatto, si potrebbe essere tentati di riservare questo intento di riforma alle sole disposizioni sfavorevoli al reo, ovvero le norme incriminatrici e più in generale tutte quelle che accentuano il livello di responsabilità, introducendo circostanze aggravanti, aumenti di pena oppure limitando o escludendo l'applicazione di esimenti o cause di attenuazione della responsabilità³⁶.

Potrebbe infatti apparire meno necessario circondare della garanzia di una maggioranza particolarmente qualificata disposizioni che ridondano a favore del reo oppure che definiscono determinati quadri concettuali, come i confini del dolo, le tipologie di errore o i criteri di conversione dei reati commissivi in omissivi impropri.

Ma non è così.

Anche le norme di parte generale, siano esse definitorie o direttamente incidenti sulle incriminazioni (come nel caso del concorso di persone), e le norme che escludono o attenuano la responsabilità hanno effetti sulla delimitazione dell'area del punibile, e come tali sono coinvolte dalla necessità di una meditazione e di una condivisione particolari³⁷.

³⁶ Questo del resto sarebbe in linea con l'opinione già ora prevalente in tema di estensione della riserva di legge alle cause di giustificazione, che viene negata proprio in virtù del fatto che queste norme hanno effetti favorevoli, ma anche, più specificamente, perché non si tratta di norme penali in senso stretto, ma di norme dell'intero ordinamento (così, per tutti, G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, in G. Marinucci – E. Dolcini, *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, 213 ss.). Bisogna segnalare tuttavia che vi è anche chi obietta che pure le scriminanti dovrebbero sottostare al principio di riserva di legge, avendo esse lo stesso rango delle norme incriminatrici dato che vi possono derogare (così T. PADOVANI, *Diritto penale*, XI ed., Milano, 2017, 29), così come vi è anche chi contesta la tesi di fondo che interpreta le cause di giustificazione come norme dell'intero ordinamento, come per esempio M. DONINI, *Antigiuridicità e giustificazione oggi. Una "nuova" dogmatica, o solo una critica, per il diritto penale moderno?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, 1664 s, e A. SPENA, *Diritti e responsabilità penale*, Milano, 2008, 318 ss.

³⁷ Con particolare riguardo alle cause di giustificazione, questo punto di vista può trovare appoggio anche nella condivisibile tesi che respinge la loro esclusione dalla riserva di legge, a prescindere dal fatto che debbano essere classificate come norme penali o norme dell'intero ordinamento, argomentando nel senso che in primo luogo l'interesse sotteso alla norma permissiva è in grado di reggere il confronto con il fatto tipico solo nel caso in cui sia una legge a conferirgli un rango comparabile con quello sotteso alla norma incriminatrice – così G.A. DE FRANCESCO, *Diritto penale. I fondamenti*, 2^a ed., Torino, 2011, 245 -, e in secondo luogo, soprattutto, "quando la norma scriminante viene a contatto con il diritto penale non si innesta in una norma qualsiasi, ma su norme che prevedono fatti capaci di compromettere beni fondamentali della persona, quali la vita e la sua incolumità. In questa prospettiva, la strumentalizzazione del diritto penale a fini liberticidi si può realizzare non solo attraverso l'incriminazione [...], ma anche con la giustificazione di

La riserva di legge, in fondo, non è legata, come per esempio il principio di irretroattività, ad esigenze di *favor rei* che ne determinano le eccezioni, ma trova la propria *ratio* nella necessità che l'area del penalmente rilevante sia designata tramite opzioni normative consapevoli della tavola dei valori che funge da tessuto connettivo della comunità di riferimento³⁸.

Visto pertanto che abrogare o depenalizzare una fattispecie di reato o introdurre una nuova causa di non punibilità può benissimo rappresentare (non ne mancano gli esempi recenti...) l'espressione dell'assicurazione di privilegi ingiustificati per taluni soggetti³⁹, anche in questi casi sono presenti le stesse buone ragioni che raccomandano un consenso ampio per le norme che introducono o accentuano la responsabilità⁴⁰.

Va da sé, per concludere circa il campo di estensione della soluzione qui proposta, che il meccanismo indicato dovrebbe operare anche riguardo a eventuali decreti legge e decreti legislativi emanati in materia penale, in quanto si ritenga di voler loro riservare ancora la natura di fonti penali, in casi che peraltro finirebbero inevitabilmente per essere ridottissimi.

Al contrario, la riserva rafforzata non dovrebbe avere effetti sulle norme extrapenali integratrici del precetto; altrimenti si rischierebbe davvero una paralisi della legislazione senza alcun vantaggio reale, dato che la legge penale prende consapevolmente i riferimenti extrapenali per quello che sono al momento della sua approvazione, sempre ammesso che non si tratti di norme penali in bianco in cui il contenuto di illiceità non sia preveduto dalla fattispecie penale, che peraltro sarebbero già oggi illegittime per violazione della riserva di legge.

9. Per un diritto penale ridotto, ma soprattutto migliore.

Come rileva anche Vormbaum al termine del suo più volte citato saggio su questo tema, proposte di questo genere possono apparire oggi fuori dal tempo, in una temperie in cui la cieca, e forse strumentale, fiducia nel potere taumaturgico del diritto

determinate condotte. Con la conseguenza che un'esigenza di garanzia molto simile a quella che si pone per l'incriminazione finisce per porsi anche per la giustificazione": R. BARTOLI, *Incriminatione e giustificazione: una diversa legalità?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2010, 605. Con argomenti analoghi, ma in riferimento a tutte le "norme di favore", si esprime anche S. VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano*, vol. I. *Concetto, fonti, validità, interpretazione*, 2^a ed., Padova, 2009, 91 s.

³⁸ Merita dunque apprezzamento l'osservazione di T. VORMBAUM, *Strafgesetze als Verfassungsgesetze*, cit., 55, secondo cui, se una norma incriminatrice viene approvata con una maggioranza di oltre due terzi, essa gode di una legittimazione tale che solo un intervento caratterizzato da una altrettanto elevata quota di consenso può annullare gli effetti di quella scelta attraverso l'abrogazione della norma.

³⁹ Non è poi così lontana la stagione delle norme *ad personam*, né vi sono certezze sul fatto che non si ripresenti: una puntuale analisi del fenomeno si trova in E. DOLCINI, *Leggi penali «ad personam», riserva di legge e principio costituzionale di eguaglianza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004, 50 ss.

⁴⁰ Del resto, si potrebbe osservare con un po' di ironia che come si è già segnalato nel diritto penale italiano vigente l'unico esempio di norma per cui già è prevista una maggioranza qualificata è quella che tratta della concessione dell'amnistia e dell'indulto, ovvero appunto due cause di estinzione del reato...

penale, di un diritto penale al quale non sarebbe consentito avere lacune, permea di sé intere campagne di stampa e i programmi elettorali di quasi tutti i partiti.

Inevitabilmente, invece, il punto di vista qui espresso comporta nei fatti la conseguenza di una riduzione del diritto penale, ma non si tratta tanto di una riduzione motivata dal desiderio di averne meno⁴¹, ma di averne di migliore, e per essere precisi di più corrispondente ad una visione condivisa dei valori⁴².

A questo corrisponderebbe anche una quota di legittimazione delle norme penali superiore a quella attuale e probabilmente pure qualche *chance* in più di essere rispettate, convogliandosi in esse un retroterra valoriale in cui può riconoscersi una maggioranza ampia di consociati, ben superiore di quella di coloro che sono rappresentati dai soli partiti di governo⁴³.

Tutto ciò, naturalmente, nella piena consapevolezza che in ogni caso una riserva di legge rafforzata può fornire un fondamento più solido alla democrazia formale, che tuttavia, come è stato ben sottolineato, si nutre anche e soprattutto, in ambito penale, non soltanto del sistema penale in senso stretto, ma dell'esistenza di un sistema istituzionale autenticamente democratico⁴⁴, che si caratterizza, secondo la nota definizione bobbiana, per il fatto di prevedere un insieme di regole fondamentali che stabiliscono chi è autorizzato a prendere le decisioni collettive e con quali procedure e per l'essenziale circostanza di imporre che tale potere sia attribuito a un numero molto alto di membri del gruppo⁴⁵.

In questa direzione andrebbe l'inserimento di un quarto comma nell'art. 25 della Costituzione, volto a specificare che con il termine "legge" contenuto nei due commi precedenti si deve intendere di regola una legge approvata con una maggioranza dei tre quinti dei parlamentari di ciascuna camera, salvo che sia prevista

⁴¹ A questa istanza viene incontro il principio di offensività, presidio e canone contenutistico dell'idea della *extrema ratio*, non quello di riserva di legge, rafforzata o meno che sia nelle sue procedure.

⁴² Lo scetticismo manifestato da G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia*, 2011, 86, quando afferma, rapportandosi alla proposta formulata da Enzo Musco nel contributo citato alla nota 8, che l'ipotesi merita di essere presa in considerazione, ma si tratterebbe pur sempre soltanto di un rimedio formale-procedurale, inidoneo di per sé a restituire all'assemblea parlamentare la dignità di sede privilegiata di razionalità discorsiva, non è certo immotivato, ma il meccanismo suggerito pare idoneo quanto meno ad avviare il progresso di cultura democratica da lui auspicato, eliminando una delle conseguenze più evidenti della sua modesta presenza.

⁴³ Interessante notare come nella dottrina spagnola vi sia chi, pur potendo fruire dell'argomento "formale" dell'art. 81 Cost. per giustificare una riserva assoluta di legge organica, ritiene che la si possa motivare con ancora maggior enfasi in base all'assunto per cui la legge penale esprime gli interessi che la società considera più rilevanti ai fini della convivenza, destinando alla loro protezione lo strumento più grave di cui dispone e pertanto la legittimazione esclusivamente attribuita al legislatore di emanare leggi penali deve esercitarsi con il massimo consenso possibile intorno alla loro elaborazione e promulgazione, ciò che risulta favorito dall'esigenza di una maggioranza qualificata: F. MUÑOZ CONDE – M. GARCÍA ARÁN, *Derecho penal, Parte general*, 5ª ed., Valencia, 2002, 103.

⁴⁴ Cfr. D. PULITANÒ, *Appunti su democrazia penale, scienza giuridica, poteri del giudice*, in G. Insolera (a cura di), *Riserva di legge e democrazia penale*, cit., 121.

⁴⁵ N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, Torino, 1995, 4.

come sanzione la sola pena pecuniaria, nel qual caso sarà sufficiente una maggioranza qualificata della metà dei parlamentari⁴⁶.

10. Conclusione: un progetto faticoso ma necessario.

Il senso della proposta qui avanzata è la conseguenza di un disagio sempre maggiore nel vedere calpestate le buone ragioni di un diritto penale non ideale, ma semplicemente, almeno, in grado di mantenere dignitosamente il suo ruolo di strumento di selezione meditata di valori fondamentali bisognosi di affermazione e di tutela.

Impossibile, tuttavia, nascondere ostacoli e difficoltà pratiche che le si potrebbero frapportare.

Bisogna innanzi tutto far fronte all'obiezione più facile ed immediata, compendiabile nel paradosso della irrinunciabilità della riserva di legge e dell'inidoneità parlamentare a legiferare⁴⁷: certo, la qualità di molti recenti prodotti legislativi lascia a desiderare ed è legittimo pretendere qualcosa di meglio, ma, a prescindere dai pur rilevanti fattori contingenti, non si può non tenere sempre presenti le regole essenziali della democrazia, ed anzi una proposta come questa può fungere anche da strumento di riaffermazione di una centralità parlamentare che non è un principio astratto o negoziabile, ma il caposaldo che conferisce essenza a un contesto democratico⁴⁸.

Si può anche dubitare, pur nella condivisione dello spirito della proposta, della sua realistica realizzabilità dato lo *Zeitgeist* del presente momento storico⁴⁹, e non è sicuramente un'obiezione priva di ragioni, ma bisogna ricordare che la motivazione di fondo dell'idea qui delineata è proprio quella di contrastare, con tutta la consapevolezza delle difficoltà, tale spirito dei tempi.

I *deficit* di natura tecnica che possono caratterizzare i singoli parlamentari possono essere suppliti, come d'altronde è sempre avvenuto, con il ricorso all'ausilio di

⁴⁶ Dunque, lo spirito è identico, ma il contenuto leggermente diverso, per le ragioni enunciate nel testo, dalla proposta avanzata da Enzo Musco nell'opera citata alla nota 8.

⁴⁷ Enunciato da F. MANTOVANI, *Stupidi si nasce o si diventa? Compendio di stupidologia*, Pisa, 2015, 297, ma sull'onda di un sentimento diffuso e non del tutto immotivato di sfiducia, che tuttavia non può far dimenticare che qui si parla di responsabilità delle istituzioni e che in fondo l'alternativa è quella di affidare scelte nodali dell'ordinamento a chi potrebbe essere più attrezzato tecnicamente, ma nella migliore delle ipotesi rappresenta solamente una maggioranza, magari piuttosto sparuta o addirittura costituita mediante premi elettorali, e nella peggiore rappresenta solo se stesso od opache *lobby* di potere portatrici di interessi particolari.

⁴⁸ Nello stesso senso E. DOLCINI, *Il carattere generale e astratto della legge e la riserva di legge in materia penale: principi-cardine dell'ordinamento o polverose reminiscenze del passato?*, in *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, a cura di G. Cocco, Padova, 2005, 71.

⁴⁹ In tal senso M. DONINI, *L'art. 3 bis c.p. in cerca del disegno che la riforma Orlando ha forse immaginato*, cit., 439.

esperti; il male vero, che deve essere debellato, è il proliferare di una normazione penale sempre più impropriamente delegata ad altre fonti⁵⁰.

Il problema fondamentale sarebbe quello della transizione dal sistema attuale, che non ha richiesto soglie di maggioranza qualificate per tutte le leggi vigenti, a cominciare dal codice, a quello qui configurato.

Nel suo saggio, Thomas Vormbaum non si pronuncia in modo espresso sull'alternativa tra riservare la nuova modalità di approvazione delle leggi penali a quelle sole che verranno introdotte in futuro o *ex novo* o riformando quelle esistenti e azzerare tutto il diritto penale vigente riformandolo per intero imponendo la maggioranza qualificata: interpellato direttamente sul punto da chi scrive, ha confidato che la sua opzione sarebbe quella più radicale, ovvero la seconda, certamente più coerente con l'impianto complessivo della proposta.

Trasferendo il discorso nell'ambito italiano, ciò comporterebbe, è evidente, un'operazione di vastissimo respiro la cui intrapresa non appare certo di facile realizzazione nella realtà attuale; ma d'altro canto essa si combinerebbe con l'esigenza sostanziale di un'ampia riforma del nostro sistema penale anche dal punto di vista dei contenuti, con particolare riferimento a quelli del codice⁵¹.

Il lavoro sarebbe complesso ma necessario, e del resto nulla impedirebbe, nel caso di disposizioni legislative riguardo alle quali vi sia ampio accordo per mantenerle in vigore senza modificazioni, di riapprovarle semplicemente con la nuova procedura rafforzata.

Si avrebbe così anche l'occasione per misurare l'enormità dell'ampiezza del diritto penale vigente ed eventualmente cominciare a disboscarlo; è il lavoro di una generazione, probabilmente, ma la democratizzazione effettiva e la razionalizzazione del diritto penale sono istanze che oggi sono avvertite non solo da chi se ne occupa

⁵⁰ Per un approfondimento di queste considerazioni si può vedere J. BECERRA MUÑOZ, *La toma de decisiones en política criminal. Bases para un análisis multidisciplinar*, Valencia, 2013, 57-68, 525-626. Nella nostra dottrina, mi sembra che sul punto valga la pena riprendere i concetti espressi oltre dieci anni fa, ma se possibile ancora più attuali ora, da E. MUSCO, *L'illusione penalistica*, cit., 172 ss., quando affermava, con argomenti volti a difendere l'idea della riserva assoluta di legge ma perfettamente calzanti anche a favore della tesi qui sostenuta, che l'esplosione di forme di legalità delegata risente forse di un dibattito pubblico in cui si fa spesso questione della necessità di spostare l'equilibrio dei poteri a favore del governo, anticipando nei fatti una riforma che però non c'è ancora stata e nemmeno è auspicabile che ci sia, dato che l'assolutezza della riserva di legge (e qui possiamo aggiungere: a maggior ragione, un suo rafforzamento sul piano delle procedure) costituisce il *pendant* perfetto dell'assolutezza del bene della libertà personale minacciato dalla sanzione penale.

⁵¹ Per le buone ragioni già tematizzate in G. FORNASARI, *È davvero impossibile un nuovo codice penale?*, in L. Stortoni – G. Insolera (a cura di), *Gli ottant'anni del Codice Rocco*, Bologna, 2012, 259 ss., in cui si cercava di confutare gli alibi del generalizzato atteggiamento rinunciatario.

È di qualche conforto, al riguardo, registrare che nella legislatura da poco conclusasi si è almeno cercato, a livello ministeriale, pur se con risultati non proporzionati agli sforzi profusi, di avviare un'ampia riflessione riguardo al sistema sanzionatorio e alla sua improrogabile riforma, e che nell'ambito della nostra dottrina il direttivo della Associazione Italiana dei Professori di Diritto penale ha preso a sua volta l'impegno, largamente condiviso nella comunità scientifica, di creare gruppi di lavoro con l'obiettivo di formulare proposte di riforma mediante articolati concernenti in un primo momento i settori della parte speciale più bisognosi di un intervento.

dall'angolo visuale dell'accademia, ma anche, e forse soprattutto, da chi lo deve gestire o subire nella realtà quotidiana dell'attività giudiziaria, e ne constata sempre più la casualità applicativa e la problematica corrispondenza con la tavola dei valori in cui una democrazia liberale dovrebbe riconoscersi.