Criminalia

Annuario di scienze penalistiche

2019

primo piano

La questione dell'immigrazione tra statualismo e cosmopolitismo

La "riserva di codice" messa alla prova: deontica idealistica versus *deontica realistica*

Indagini sotto copertura negli USA e in Italia: esperienze a confronto

temi di fondo...

Genesi ed eterogenesi "moderne" della misura e dell'unità di misura delle pene

Commento a Carcere e fabbrica, quarant'anni dopo

Jus in latenti. *Profili di incertezza del diritto penale dell'ambiente*

Sapienza del diritto e saggezza della giustizia: l'attenzione alle emozioni nella normativa sovranazionale in materia di restorative justice

La fattispecie come sceneggiatura dell'ingiusto: ascesa e crisi del diritto penale cinematografico

il punto su...

Problematiche di biodiritto

Europeismo penale

Attualità

Antologia

Edizioni ETS

Criminalia

Annuario di scienze penalistiche

Comitato di direzione

Stefano Canestrari, Giovanni Canzio,
Adolfo Ceretti, Cristina de Maglie,
Luciano Eusebi, Alberto Gargani,
Fausto Giunta, Vincenzo Maiello,
Marco Nicola Miletti, Renzo Orlandi,
Michele Papa, Carlo Piergallini,
Francesca Ruggieri

Coordinatore

Fausto Giunta

Comitato di redazione

Alessandro Corda, Roberto Cornelli, Claudia Larinni, Gianfranco Martiello,
Claudia Mazzucato, Dario Micheletti, Gherardo Minicucci, Daniele Negri,
Caterina Paonessa, Antonio Vallini, Vito Velluzzi

Coordinatore

Dario Micheletti

Direttore responsabile

Alessandra Borghini

www.edizioniets.com/criminalia

Registrazione Tribunale di Pisa 11/07 in data 20 Marzo 2007

Criminalia

Annuario di scienze penalistiche

2019

Edizioni ETS

www.edizioniets.com

© Copyright 2020
EDIZIONI ETS
Palazzo Roncioni - Lungarno Mediceo, 16, I-56127 Pisa
info@edizioniets.com
www.edizioniets.com

ISBN 978-884675980-1
ISMN 1972-3857

INDICE

Primo Piano

ENRICO DICIOTTI
La questione dell'immigrazione tra statualismo e cosmopolitismo 15

CARLO ENRICO PALIERO
La "riserva di codice" messa alla prova: deontica idealistica
versus *deontica realistica* 31

JACQUELINE E. ROSS
Indagini sotto copertura negli USA e in Italia: esperienze a confronto 61

Temi di fondo… *Presente e futuro del diritto penale*

MASSIMO DONINI
Genesi ed eterogenesi "moderne" della misura e dell'unità di misura
delle pene. Commento a Carcere e fabbrica, quarant'anni dopo 85

ALBERTO GARGANI
Jus in latenti. *Profili di incertezza del diritto penale dell'ambiente* 111

GRAZIA MANNOZZI
Sapienza del diritto e saggezza della giustizia: l'attenzione alle
emozioni nella normativa sovranazionale in materia di restorative justice 141

MICHELE PAPA
La fattispecie come sceneggiatura dell'ingiusto: ascesa e crisi
del diritto penale cinematografico 181

Il punto su… *Problematiche di biodiritto*

ADELMO MANNA
Esiste un diritto a morire? Riflessioni tra Corte costituzionale italiana e Corte costituzionale tedesca 203

ANTONIO VALLINI
Surrogazione di normatività. L'impianto dello sterile delitto di "gestazione per altri" in argomentazioni privatistiche 221

Il punto su… *Europeismo penale*

COSTANZA BERNASCONI
Il ruolo del giudice nel rapporto di integrazione tra diritto penale nazionale e diritto europeo 253

FAUSTO GIUNTA
Europa e diritto penale. Tra linee di sviluppo e nodi problematici 285

CLAUDIA LARINNI
*Garantismo europeista: un ossimoro? A proposito dell'accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico (615-*ter *c.p.)* 301

GIANFRANCO MARTIELLO
Dalla crisi della legalità "democratica" alla nuova legalità "convenzionale": un percorso sempre vantaggioso per le garanzie individuali? 335

Attualità

FEDERICO CONSULICH
Actus regit tempus? *La modulazione della legalità intertemporale all'intersezione tra diritto penale e processo* 359

MASSIMO DONINI
Garantismo penale oggi 393

GABRIELE MARRA
Il diritto penale della società punitiva. L'eccezione della libertà nella normalità della coercizione 423

DARIO MICHELETTI
Le forme del tempo nelle vicende modificative della legge penale 469

MICHELE PAPA
Future crimes*: intelligenza artificiale e rinnovamento del diritto penale* 491

Antologia

NICOLÒ AMORE
L'eredità di Mani Pulite nel contrasto alla corruzione sistemica 507

GHERARDO MINICUCCI
Dalla evasione alle evasioni. Una rilettura 543

GAETANA MORGANTE, GAIA FIORINELLI
Sul diritto penale delle relazioni negoziali complesse: la tutela della parte "vulnerabile" tra contratto e mercato 565

DOMENICO NOTARO
Le insidie della colpa nella gestione di attività pericolose lecite. La predisposizione delle pratiche ludico-sportive 587

FRANCESCA PIERGALLINI
Il "caso Ciontoli/Vannini": un enigma ermeneutico 'multichoice' 609

MARK PIETH
Goldwäsche*. Il riciclaggio dell'oro* 641

VICO VALENTINI
L'autonomia della responsabilità degli enti: avanguardismi e performances 651

TABLE OF CONTENTS

On the front page

ENRICO DICIOTTI
Immigration between primacy of the state and cosmopolitanism 15

CARLO ENRICO PALIERO
Testing the "Code reservation": idealistic deontic
versus *realistic deontic* 31

JACQUELINE E. ROSS
Undercover investigations in the USA and Italy: comparing experiences 61

Fundamental issues… *Criminal law: present and future*

MASSIMO DONINI
"Modern" geneses and hetero-geneses of the measurement and unit of measurement of criminal sanctions. Comment on
"The prison and the factory", forty years on 85

ALBERTO GARGANI
Jus in latenti. *Aspects of uncertainty of environmental criminal law* 111

GRAZIA MANNOZZI
The knowledge of the law and the wisdom of justice: the attention to emotions in the supranational legislation on restorative justice 141

MICHELE PAPA
Criminal offenses as the screenplay of the unlawful: the rise and fall of cinematic criminal law 181

Focus on… *Issues in biolaw*

ADELMO MANNA
Is there a right to die? Considerations in light of the jurisprudence of the Italian Constitutional Court and the German Constitutional Court 203

ANTONIO VALLINI
Surrogacy of law-making. The implantation of the sterile crime of "gestation for others" in private law arguments 221

Focus on… *Penal Europeanism*

COSTANZA BERNASCONI
The role of the judge in the integration of national and European criminal law 253

FAUSTO GIUNTA
Europe and criminal law. Between lines of development and problematic issues 285

CLAUDIA LARINNI
*Europeanist guarantism: an oxymoron? On the unauthorized access to a computer system or network (615-*ter *c.p.)* 301

GIANFRANCO MARTIELLO
From the crisis of the "democratic" legality principle to the new "conventional" legality principle: an always convenient path for individual guarantees? 335

Current topics

FEDERICO CONSULICH
Actus regit tempus*? The modulation of intertemporal legality at the intersection of criminal law and criminal trial* 359

MASSIMO DONINI
Penal guarantism, today 393

GABRIELE MARRA
The criminal law of the punitive society. The exception of liberty amid the normality of coercion 423

DARIO MICHELETTI
The shapes of time and changes in penal legislation 469

MICHELE PAPA
Future crimes*: artificial intelligence and the innovation of criminal law* 491

Anthology

NICOLÒ AMORE
The legacy of Mani Pulite in the fight against systemic corruption 507

GHERARDO MINICUCCI
From the jailbreak to the jailbreaks: a rereading 543

GAETANA MORGANTE, GAIA FIORINELLI
On the penal regulation of complex contractual relationships: the protection of the "vulnerable" party between the contract and the market 565

DOMENICO NOTARO
The dangers of negligence in the management of lawful hazardous activities. The arrangement of recreational sport activities 587

FRANCESCA PIERGALLINI
The "Ciontoli/Vannini case": a 'multichoice' *hermeneutic enigma* 609

MARK PIETH
Goldwäsche*. Gold laundering* 641

VICO VALENTINI
The autonomy of corporate criminal liability: vanguardism and performances 651

Attualità

MASSIMO DONINI

GARANTISMO PENALE OGGI [(*)]

SOMMARIO: 1. Epistemologie garantiste dichiarate del sistema penale. – 2. Garantismo *in the facts* e dottrina dello Stato. – 3. Il garantismo penale tra politica e scienza. Vincoli giuridico-costituzionali e programmi politico-costituzionali. – 4. Culture garantiste del secondo Novecento italiano. Scienza e politica del diritto da Bricola a Baratta. – 5. (segue). Il paradigma del garantismo penale di Luigi Ferrajoli. – 6. Contro il normativismo integrale e il separatismo *Sein/Sollen*: l'unica base epistemologica del diritto oggi possibile. – 7. Dalla Costituzione-legge alla Costituzione-fonte. – 8. *Lex* e *ius* in un paradigma post-illuministico, tra vittimo-centrismo e giurisprudenza-fonte. – 9. Il garantismo penale a tre soggetti, tra *leges minus quam perfectae* e limiti ermeneutici. – 10. Prassi e garantismo: a) le colpe della dottrina penalistica; b) la passione estensivo-punitiva della magistratura; c) i doveri ermeneutici del giudice. – 11. Perché il diritto penale è una politica, e la scienza penale solo una piccola parte di questa politica.

1. *Epistemologie garantiste dichiarate del sistema penale*

Il garantismo è *un carattere della legalità e della giurisdizione penale* e riguarda la tutela di tutti i consociati – imputati, colpevoli, vittime, terzi – dall'incontro con le potenzialità liberticide del diritto e del processo penale anche qualora non sia puramente orientato a un saldo negativo (male + male) nella risposta al delitto, perché l'intrinseca lesività dell'arma penale la rende necessariamente sottoposta a una serie di "limiti" universalmente previsti in tutte le legislazioni[1].

[(*)] Lo scritto, destinato agli *Studi in onore di Alessio Lanzi*, è il testo riveduto della relazione svolta a Scandicci, al Corso della SSM su "*Filosofia del diritto e ruolo della giurisdizione al tempo della modernità*", 2-4 dicembre 2019.

[1] Cfr. *ex plurimis* F. CARRARA, *Varietà della idea fondamentale del giure punitivo* (1864-63), in ID., *Opuscoli di diritto criminale*, vol. I[5], Firenze, Casa ed. libraria Fratelli Cammelli, 1898, 169 ss.; H.L. PACKER, *The Limits of the Criminal Sanction*, Stanford University Press, 1968, tr. it. *I limiti della sanzione penale*, Milano, Giuffrè, 1978; F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it*., vol. XIV, 1973, 7 ss. e *passim*; ID., *Carattere sussidiario del diritto penale e oggetto della tutela*, in *Studi Delitala*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1984, 107 ss., 117 s., 133; ID., *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in AA.VV., *Funzioni e limiti del diritto penale*, a cura M. DE ACUTIS, G. PALOMBARINI, Padova, Cedam, 1984; J. FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal law*, 4 vol., New York-Oxford, Oxford University Press, 1984 ss.; A. BARATTA, a cura di, *Il diritto penale minimo. La questione criminale tra riduzionismo e abolizionismo*, Napoli, Esi, 1986; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 1989; W. NAUCKE, *Schwerpunktverlagerungen im Strafrecht*, in *KritV*, 1993, 137 ss.; I. APPEL, *Verfassung und Strafe. Zu den verfas-*

La disciplina giuridica del diritto penale non si occupa solo dei limiti della pena (*Strafbegrenzungswissenschaft)*[2], perché deve fondarlo nella sua inevitabile va-

sungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens, Berlin, Duncker & Humblot, 1998; W. NAUCKE, *Wissenschaftliches Strafrechtssystem und positives Strafrecht*, in GA, 1998, 263 ss.; K. LÜDERSSEN (Hrsg.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, 5 Bände, Baden- Baden, Nomos, 1998; ID., *Abschaffen des Strafens?*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1995; C.E. PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale: profili politico-criminali*, in *Studi Nuvolone*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1991, 395 ss.; K. LUDERSEEN/ C. NESTLER-TREMEL / E. WEIGEND (Hrsg), *Modernes Strafrecht und ultima-ratio-Prinzip*, Frankfurt am Main, P. Lang, 1990; T. VORMBAUM, "*Politisches" Strafrecht*, in *ZStW* 107 (1995), 750 ss.; O. LAGODNY, *Strafrecht vor den Schranken der Prinzipien*, Tübingen, Mohr, 1996; M. DONINI, *L'art. 129 del Progetto di revisione costituzionale approvato il 4 novembre 1997. Un contributo alla progressione "legale", prima che "giurisprudenziale", dei principi di offensività e di sussidiarietà*, in *Critica del diritto*, 1998, 95 ss.; ID., *Per un codice penale di mille incriminazioni. Progetto di depenalizzazione in un quadro del "sistema"*, in *Dir. pen. e proc.*, 2000, 1652 ss.; M. PAVARINI, *Per un diritto penale minimo: "in the books" o "in the facts"?*, in *Dei delitti e delle pene*, n. 3/1998, spec. 149 ss.; ID., *La penalistica civile e la criminologia, ovvero discutendo di diritto penale minimo*, in *Studi Pisapia*, vol. III, *Criminologia*, Milano, Giuffrè, 2000, 563 ss.; M. DONINI, *Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta costituzionale. Il significato dell'esperienza italiana*, in *Foro it*., 2001, parte V, 29 ss., poi in ID., *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova, Cedam, 2003, 65 ss.; AA.VV., *Diritto penale minimo*, a cura di U. CURI e G. PALOMBARINI, Roma, Donzelli, 2002; M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, Giuffrè, 2004, 86 ss., 183 ss.; M. PAVARINI, *Para una crítica de la ideología penal. Una primera aproximación a la obra de Alessandro Baratta,* in *Anthropos*, 2004, n. 204, 67 ss.; M. PAVARINI, *Para una crítica de la ideología penal. Una primera aproximación a la obra de Alessandro Baratta,* in *Anthropos*, 2004, n. 204, 67 ss.; F. STELLA, *La giustizia e le ingiustizie*, Bologna, Il Mulino, 2006, 223 ss.; G. VASSALLI, a cura di, *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, Esi, 2006; nonché ID., *Giurisprudenza costituzionale e diritto penale sostanziale. Una rassegna*, in A. PACE, a cura di, *Corte costituzionale e processo costituzionale nell'esperienza della rivista "Giurisprudenza costituzionale" per il cinquantesimo anniversario*, Milano, Giuffrè, 2006, 1021 ss.; U. SIEBER, *Grenzen des Strafrechts*, in *ZStW*, 119, 2007, 1 ss.; D. HUSAK, *Overcriminalization. The Limits of the Criminal Law*, Oxford Univ. Press, 2009; W. NAUCKE, *La robusta tradizione del diritto penale della sicurezza: illustrazione con intento critico*, in M. DONINI, M. PAVARINI (a cura di), *Sicurezza e diritto penale*, Bologna, BUP, 2011, 79 ss.; T. VORMBAUM, *Fragmentarisches Strafrecht in Geschichte und Dogmatik*, in ZStW, 2011, tr. it. *Il diritto penale frammentario nella storia e nella dogmatica*, in *Dir. pen. cont*., n. 1/2015, 51 ss., ora anche in ID., *Studi di storia del diritto penale moderno*, Napoli, Esi, 145 ss.; G. DEMURO, Ultima ratio: *alla ricerca di limiti all'espansione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2013, 1654 ss.; L. FERRAJOLI, *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*[2], Napoli, Editoriale scientifica, 2016, 3 ss., 26 ss., 61 ss., 209 ss.; ID., *Cos'è il garantismo*, in questa *Rivista*, 2014, 129 ss.; K. TIEDEMANN/U. SIEBER/H. SATZGER/ C. BURCHARD/D. BRODOWSKI (Hrsg.), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege. Erinnerung an Joachim Vogel*, Baden-Baden, Nomos, 2016; M. DYSON, B. VOGEL (Edts.), *The Limits of Criminal Law. Anglo-German Concepts and Principles*, Cambridge, Antwerp, Chicago, Intersentia, 2018; C.E. PALIERO, *Pragmatica e paradigmatica della clausola di* extrema ratio, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2018, 1447 ss.; T. VORMBAUM, *Storia moderna del diritto penale tedesco. Prima lezione,* in ID., *Saggi di storia del diritto penale moderno*, Napoli, Esi, 2018, 9 ss.; G. MARRA, Extrema ratio *ed ordini sociali spontanei: un criterio di sindacato sulle fattispecie penali eccessive*, Torino, Giappichelli, 2018.

[2] T. VORMBAUM, "*Politisches Strafrecht*", cit., 734 ss., 744 ss.; ID., *Fragmentarisches Strafrecht*, cit., § C. 2, e gli scritti di W. NAUCKE già cit. Ma v. pure l'analoga posizione di E.R. ZAFFA-

lenza afflittiva, commentarlo, spiegarlo senza "farlo fesso"; tuttavia la delimitazione dei confini punitivi è un tratto epistemico della ricerca e dell'applicazione di un diritto penale *costituzionalmente orientato*.

Il garantismo è dunque un carattere in parte descrittivo e in parte prescrittivo rispetto alle leggi, perché questi due momenti corrispondono ai distinti livelli, ordinario e costituzionale, di legge e giurisdizione.

In sintesi alcuni tratti.

Leggi certe e determinate, non retroattive. Interpretazioni parimenti non retroattive se sfavorevoli e imprevedibili, ma doverosamente tassativizzanti. No analogia, esigenza di conoscibilità della legge, ma anche del diritto che spiega e interpreta la legge. Riserva di legge non relativa. Costituzionalizzazione della retroattività della *lex mitior*. Divieto di responsabilità per fatto altrui e requisito della personalità della responsabilità penale: solo fatto proprio e fatto quanto meno colposo. Diritto penale del fatto e non d'autore. No pene per fatti solo immorali. Principio di offensività. Principio di tipicità, principio di colpevolezza (no presunzioni di dolo e colpa, no inversioni dell'onere della prova, attenzione alle verifiche soggettive, no forme di responsabilità oggettiva occulta). Tendenza rieducativa-risocializzante della pena. Sua individualizzazione e proporzionalità, no pene fisse. No pene esemplari. Proporzione come limite e non come fondamento della pena. No *bis in idem* sostanziale. Prescrizione del reato come limite alla potestà punitiva e diritto soggettivo dell'imputato. *Extrema ratio* come base dell'*an*, del *quantum* e del *quomodo* della pena e del carcere. E via discorrendo.

E poi, tutti i principi del giusto processo: presunzione di innocenza, terzietà e imparzialità del giudice, sua naturalità, durata ragionevole del processo, diritto di difesa con parità delle armi, diritto alla prova, al contraddittorio, no misure cautelari sostitutive o anticipatorie rispetto alle pene, no sanzioni cripto-punitive ma processuali e retroattive sotto il mantello del *tempus regit actum*, divieto di *bis in idem* processuale, responsabilità provata oltre ogni ragionevole dubbio, etc.

Sono tutti *limiti* al diritto penale come arma, spada, male. Ma sono ciò che lo rendono *diritto legittimo* e non il *ius* di una violenza di Stato tradotta in *leges*. Di un diritto non legittimo in quanto tale sono pieni i trattati penalistici: sono le categorie e gli istituti che dall'età preilluministica formano i mattoni del nostro universo precostituzionale. Una "pre-scienza" rispetto al garantismo, che molti hanno confuso con la scienza descrittiva in sé: dogmatica, sistematica *old fashioned*.

La *stessa scienza penale odierna* si autodefinisce, sul piano epistemico, come *garantista*, perché il diritto penale, o meglio la legge penale, ha bisogno di legittima-

RONI, *La crítica al derecho penal y el porvenir de la dogmática jurídica* (già in *Libro-Homenaje Baristain*, 1989, poi) in ID., *En torno del cuestión penal*, Montevideo, Buenos Aires, BdeF, Julio Cesar Faira, 2005, 97 ss.

zione *sostanziale*, che una volontà maggioritaria non è sufficiente ad assicurare[3].

Infatti, all'origine di tutto c'è *un'idea basilare*: l'intervento punitivo è *uno strumento giuridico* di difesa sociale *a forte finalità politica*, non di "giustizia definalizzata", o etico-stigmatizzante, oppure orientata alla mera soddisfazione morale delle vittime o della società[4]. Esso ha molteplici obiettivi concreti: realizzare la pace sociale e l'esclusione di sentimenti diffusi di ingiustizia per effetto di una doppia legittimazione, delle pene e del processo, che sono entrambi istituzioni violente e autoritarie; realizzare *ex ante* (prima del giudizio o della condanna: come norma-precetto e minaccia di sanzione, ma anche come misura cautelare) obiettivi impellenti di impedimento dei reati, di eliminazione dei pericoli in atto di condotte criminose, ed *ex post* (a fatto o a giudizio avvenuti) la riparazione di offese e danni da reato e di risocializzazione o al limite di neutralizzazione temporanea delle persone pericolose. La legittimazione del processo deve inoltre impedire che i consociati siano sottoposti per anni a giudizi penali prima di essere liberati da quel peso opprimente, assicurando a tutti, colpevoli e non, la certezza che il giudice sta *dalla parte del diritto*, non dell'accusa o della difesa, e che non è "in lotta *contro*" il colpevole. Sono dunque in gioco autore, vittima, consociati e Stato in questa partita. Essa può riguardarci tutti, tanto più a fronte di un diritto penale oggi differenziatissimo[5] e "normalizzato"[6] a disciplinare soglie di illiceità di attività di per sé del tutto consentite e regolate.

Si tratta poi di uno strumento a forte valenza politica per un'altra ragione fondamentale: perché sa che potrebbe e anzi dovrebbe venire meno se si trovassero altri strumenti adeguati sufficienti a sostituirlo; esso è *extrema ratio* esattamente perché la sua afflittività, il suo necessario aumento di male nel sistema è tollerabile per ragioni di necessità: ma ha nel suo statuto costituzionale (non nella sua tradizione storico-politica effettuale) la *disponibilità a poter scomparire*, trasformandosi in un distinto e meno invasivo strumento di controllo sociale e apparato sanzionatorio.

[3] Illustrazione in M. DONINI, *Scienza penale e potere politico*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., n. 1/2015, 95-136, anche in M. DONINI, L. STORTONI, a cura di, *Il diritto penale tra scienza e politica. In ricordo di Franco Bricola vent'anni dopo*, Bologna, BUP, 2015, 75-124.

[4] C. ROXIN, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe* (1966, poi in) ID., *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, cit., 1 ss., spec. 12 ss.

[5] M. DONINI, *Il diritto penale differenziato. La coesistenza di classico e postmoderno nella penalità contemporanea*, in M. VOGLIOTTI, a cura di, *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Torino, Giappichelli, 2008, 235 ss.

[6] Descrizione in M. DONINI, *Mafia e terrorismo come "parte generale" del diritto penale. Il problema della normalizzazione del diritto di eccezione, tra identità costituzionale e riserva di codice*, in *disCrimen*, 30 maggio 2019, 1 ss.

2. *Garantismo* in the facts *e dottrina dello Stato*

Che il 'quadro' descritto risponda davvero all'identità attuale e realizzata del sistema punitivo, è ovviamente discutibile e in parte falso, ma certo rappresenta un obiettivo riconosciuto, dichiarato.

Sennonché, non è per nulla garantista il sistema penale che abbia i principi sopra enunciati.

È garantista il sistema che li osserva e li attua**,** in quanto traduce in prassi la tutela dei diritti del consociato verso lo Stato: lo Stato punitivo, infatti, oggi esteso a regolare le più vaste aree di contesti leciti di base per poi definirne i limiti di liceità con presidi penalistici, costituisce tanto un apparato di protezione dal crimine, in primo luogo per i reati in contesto illecito di base, quanto un rischio per la libertà collettiva, non solo di quella di chi delinque e che deve essere dimostrato colpevole prima di questo *label* e *public blame*.

La definizione del garantismo non può prescindere dal tipo di Stato in cui si inserisce la macchina punitiva: in uno Stato liberale dell'Ottocento, o in uno sociale-interventista del secondo Novecento, o a forte connotazione vittimocentrica e di disciplina diretta del sociale e dell'etica pubblica, con marcati fenomeni di supplenza giudiziaria, come nei primi due decenni del XXI secolo, il garantismo verrà declinato in modo differente, sino a porsi in tensione con le forme politiche dello Stato, in varia misura sempre un po' in dialettica con i diritti di garanzia.

Poiché è lo Stato ad avere il potere punitivo, il garantismo che lo limita è una *dottrina dello Stato*, *non solo dei diritti*.

Prima di uno sguardo sulla realtà, secondo *un approccio più realista* (§ 9-10), vediamo alcuni sviluppi del garantismo penale nel secondo Novecento.

3. *Il garantismo penale tra politica e scienza. Vincoli giuridico-costituzionali e programmi politico-costituzionali*

Alcuni penalisti dubitano che il garantismo sia un tratto che identifica la scienza penale, ma semmai la politica del diritto, in quanto la valenza garantista degli istituti obbedisce a una opzione *valutativa* di per sé più politica che scientifica. La scienza, come tale, dovrebbe essere più "ricognitiva"[7].

Questa obiezione poteva sollevarla Arturo Rocco, che aveva di fronte solo la legge ordinaria e, da giuspositivista, era tenuto a espungere punti di vista non positivi nella ricostruzione "dogmatica" del diritto vigente.

[7] D. PULITANÒ, *'Dommatica' e giurisprudenza*, in *Cass. Pen.*, 2015, 4282, nota 37.

Oppure Kelsen, che voleva la scienza del diritto "pura" da contaminazioni politiche, sociologiche etc. e ammetteva che fosse politica l'interpretazione giudiziale, ma non la teoria "pura".

Già il modello del diritto penale a orientamento costituzionale stile anni '70 ha dovuto prendere atto che non poteva presentarsi in forma semplificata come paradigma a struttura logico-formale e pensare che il diritto penale vigente o sarebbe garantista, se osserva la Costituzione (v. il § 1 *supra*), oppure se non la osserva, non sarebbe neppure valido: così da immaginare di poter decidere tutto mediante sillogismi di invalidità o validità desunti dalle norme sovralegislative[8]. L'esito illusorio di questa conclusione semplificante e *tranchant* che si immagina una Costituzione-codice da cui "dedurre" tutta la *lex poenalis* "costituzionalmente conforme"[9], discende (tra l'altro) dal carattere "ottimizzabile" e politico di tanti principi superiori, tali per cui la loro osservanza può conoscere diversi stadi di realizzazione: ciò che implica valutazioni insuperabili e irriducibili a sillogismi.

Al punto di vista "descrittivista" va poi obiettato che la legittimazione del sistema è un aspetto tra i più valutativi, ma resta un problema *fondante la stessa disciplina* del diritto penale (e dunque anche la sua "scienza"), che ha bisogno di legittimazione prima ancora di essere descritto e conosciuto nella sua valida vigenza. Il profilo costituzionale, tanto essenziale al garantismo, quanto necessariamente valutativo, è ineliminabile dai postulati di quella piccola parte del diritto penale come scienza che dà giustificazione teorica alla *magna pars* del diritto penale come politica.

La stessa ricostruzione scientifica può essere puramente "descrittiva" solo se avviene da un *punto di vista esterno*, come quello del sociologo o del criminologo "empirico". Ma la scienza giuridica (civile, penale, amministrativa etc.) adotta un necessario *punto di vista interno* al sistema giuridico, e come tale condivide il programma politico-costituzionale, o per es. politico-eurounitario ed euroconvenzionale, o internazionale delle fonti superiori alla legge, oltre al loro contenuto normativo giuridico-costituzionale. Profili politici e giuridici sono compresenti.

Il garantismo penale si suddivide dunque in un *programma di politica costituzionale*, in un *vincolo giuridico-costituzionale*, e in una dimensione di *legge ordinaria* che attua, o magari sottovaluta e in parte tradisce, queste normative superiori, perché è sempre possibile un *disorientamento costituzionale della politica* che attui programmi antitetici ai disegni di un modello costituente non tradotto in regole co-

[8] Lo stesso Ferrajoli, che tende a presentare in tali termini il suo modello di garantismo a base costituzionale, sa bene quanta valutazione sia presente nell'ermeneutica della Carta fondamentale. V. *infra*, il § 5.

[9] Sui rapporti tra Costituzione-codice e codice-Costituzione M. DONINI, *La riforma del codice penale tra politica e cultura giuridica*, in *Questione giustizia*, 2004, 487 ss.

genti, dimostrative, e dunque suscettibile di essere declinato e disatteso da indirizzi di segno contrastante[10], ma non sol per questo di essere dichiarato invalido.

4. *Culture garantiste del secondo Novecento italiano. Scienza e politica del diritto da Bricola a Baratta*

Il diritto in generale ha una dimensione istituzionale e decisoria, non quella solo legislativa di un testo[11]. È *lex*, ma è anche *ius*, dentro a un complesso istituzionale[12].

L'approccio costituzionalistico, che ha introdotto nella dialettica del penalista il momento ermeneutico costituzionale e quello istituzionale del suo controllo di legittimità, non è stato da subito consapevole di questa mutazione genetica della *lex in ius* anche in questo ramo del diritto pubblico più giuslegalista. Occorreva superare il lascito dell'osservanza religiosa del *verbum legis* del tecnicismo più tradizionale, che già conosceva da sempre espressioni più brillanti e costruttive tra esegesi e dogmatica, pur restando "inutilmente critico" (senza vincoli superiori) rispetto al discorso interno alla legge ordinaria scritta, nel campo più specifico dell'autoritarismo penalistico.

Si guadagnò la possibilità di promuovere l'inosservanza della legge ordinaria grazie a una nuova osservanza superiore: il testo costituzionale. *Nova lex*.

I giuspositivisti erano tranquillizzati: non cambiava il metodo, ma solo l'enunciato da cui dedurre i nuovi sillogismi. Di fatto il nuovo enunciato, la Carta fondamentale, introduceva valori e ideologie del tutto confliggenti col passato legale, ma l'interprete restava un esegeta, e la sua esegesi produceva una nuova dogmatica fondata sull'esegesi.

Era questo il metodo di Bricola[13]: un tecnico assai raffinato della legge ordinaria, che essendo politicamente avverso al codice Rocco, si reinventa esegeta rivoluzionario della nuova Costituzione. La dogmatica restava per lui un linguaggio

[10] Sul carattere dimostrativo, o anche solo di indirizzo politico, dei principi costituzionali in materia penale, cfr. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, Cedam, 1996, cap. I.

[11] Da Santi Romano, o da Schmitt in poi, nessuno deve dubitarne. In termini, M. DONINI, *Dogmatica penale e politica criminale a orientamento costituzionalistico. Conoscenza e controllo critico delle scelte di criminalizzazione*, in *Dei delitti e delle pene*, n. 3/1998, 43.

[12] In forma di ricostruzione di "teoria generale" M. DONINI, Iura et leges. *Perché la legge non esiste senza il diritto*, in corso di pubblicazione in *Il Pensiero. Rivista di filosofia*, n. 2/2019; v. pure i cenni sparsi in M. VOGLIOTTI, voce *Legalità*, in *Enc. Dir.*, Annali, VI, 2013, 371 ss., spec. 376 s. e nota 55, 379, nota 70, 381, 420 nota 293, sulla concezione "bidimensionale" della legalità, sia come rule of law o principio (ius) e sia come atto sovrano (lex).

[13] Si consenta il rinvio al nostro *L'eredità di Bricola e il costituzionalismo penale come metodo. Radici nazionali e sviluppi sovranazionali*, in DPC *Riv. trim.*, 2012, 51 ss.

classico[14], ma subordinato rispetto alla sostanza politica dei nuovi valori proteggibili e dei nuovi limiti al *ius puniendi*. Principi *vs*. dogmatica e anche al posto della vecchia dogmatica si ritrovano poi esemplarmente nel *Diritto penale* di Ferrando *Mantovani*, o in *Diritto e ragione* di Luigi *Ferrajoli*, prima che i prevalenti indirizzi accademici di ascendenza tedesca replicassero analisi divenute più in voga nel secondo Novecento mediante la fusione di categorie sistematiche *deutsch* e orientamento ai principi del *mos italicus*.

Il garantismo era peraltro implicito in tutta l'innovazione dell'orientamento costituzionalistico, comunque esso venisse declinato nei testi anche didattici della scienza accademica[15].

Ancora non si capiva la portata di questa *nova methodus*, ma sarebbe presto divenuto più chiaro quale esplosione dei limiti del ruolo di interprete e giudice fosse contenuta nella costituzionalizzazione: l'età delle Carte fondamentali è sorta dopo Hiroshima e Nagasaki, ma anche dopo l'Olocausto, per tutelare i cittadini dalla legge, e gli uomini da se stessi di fronte a vittimizzazioni planetarie, non per ripiombarli nelle sabbie mobili dei vecchi giuspositivismi del *ius quia iussum*. Da allora in poi il giudice sarebbe stato sempre più libero "erga Deos", cioè rispetto al vincolo sacrale della *littera legis* e della *voluntas Principis*, il dio mortale di Hobbes.

Nasceva una nuova "legalità", che però aveva come *attori* anche i giudici[16].

L'interpretazione conforme costituisce oggi l'espressione più evidente della libertà costruttiva dell'interprete. E non a caso ha cominciato, nell'attuale fase di neo-dirigismo dell'ermeneutica da parte delle Corti superiori (Sezioni Unite, C. cost., Corti UE) a essere oggetto di critiche, più che di vere prassi, limitative.

La svolta metodologica dell'approccio costituzionalistico per come declinato dalla voce "Teoria generale del reato" di Bricola[17], ma anche dalle sue "Istituzioni di diritto penale"[18], era riassumibile in poche direttive volte a superare gli eccessi di uno studio di categorie sistematiche e a cambiare il diritto vigente, sviluppando una teoria di principi sovraordinati alla legge. Bisognava smetterla con la er-

[14] Al linguaggio della dogmatica hanno pagato il tributo tutti i professori penalisti, anche quelli che se ne sono poi allontanati. Illustrazione in M. DONINI, *Tecnicismo giuridico e scienza penale cent'anni dopo. La Prolusione di Arturo Rocco (1910) nell'età dell'europeismo giudiziario*, in questa *Rivista*, 2010, 127 ss.

[15] Già per tempo G. FLORA, *Il rilievo dei principi costituzionali nei manuali di diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1991, 1187 ss.

[16] Come la giurisprudenza della Corte costituzionale abbia poi preso il posto della Costituzione era molto evidente per es. già nella panoramica di G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Costituzione e politica dei beni giuridici*, in *Riv .it. dir. proc. pen*., 1994, 333 ss. È in quella cultura che è sorta una rivista come *Diritto penale contemporaneo*.

[17] *Op. cit*. a nota 1 *supra*.

[18] Oltre alle edizioni della seconda metà degli anni '70, cfr. F. BRICOLA, *Istituzioni di diritto penale*, a cura di F. BRICOLA e F. SGUBBI, Bologna, Litografia Lorenzini, Anno Acc. 1981-82, 54 ss.

meneutica del diritto ordinario precostituzionale come scienza, perché occorreva rifondarlo integralmente dalla Costituzione: e in questo il suo non era un mero garantismo dei limiti, perché additava nei valori o beni costituzionali gli unici oggetti di tutela legittimi[19]; l'opposizione al tecnicismo avalutativo era netta, dovendo l'interprete rivalutare costantemente i prodotti delle leggi parlamentari. Se ancora negli anni '40 Calamandrei continuava a proporre la sua "fede nel diritto" come fede nella legalità[20], e anche in seguito rispetto alla Costituzione rimasta sulla carta delle disposizioni "programmatiche" il suo imperativo sarà quello delle "leggi per attuarla"[21], ora la legalità si era ormai sdoppiata in legge e diritto costituzionale (una forma, tra le varie, della dialettica millenaria tra *lex* e *ius*) e la fede nella legge *sine glossa* non era più un valore indiscusso, certo non un valore "unitario".

A questa premessa del giurista si unì come noto quella del filosofo-criminologo Alessandro *Baratta* nell'esperienza contemporanea della rivista *La Questione criminale*. La sua stagione breve ma travolgente dal 1975 al 1981, di impronta dichiaratamente marxista, può a sua volta compendiarsi in pochi principi direttivi[22]: superare l'ideologia di un sapere scientificamente e criminologicamente neutrale, al fine di mutare le basi sociali della disuguaglianza, e dunque trasformare i rapporti di forza politica che sono alla base del diritto vigente; presa d'atto di un diritto penale di classe, protetto dalla criminologia e dal diritto penale liberale; direttiva per il giurista a riconoscersi scienziato solo se è scienziato sociale, essendo altrimenti un mero "tecnico"; primazia del sapere delle scienze sociali, l'unico capace di dare al giurista legittimazione epistemologica a costruire le sue tecniche normative.

Quel progetto si dissolse in pochi anni. Il preteso dominio delle scienze empiriche su quelle giuridiche apparve intollerabile e segnò *la rottura tra Bricola e Ba-*

[19] L'impostazione di Bricola non era dunque *meramente* "garantista". Il garantismo penale traccia *limiti* al diritto penale. La tgr di Bricola voleva essere anche "fondante" nell'indicare al Parlamento l'obbligo di tutelare penalmente solo beni o valori di rilevanza costituzionale almeno implicita. La Costituzione diventava anche *fondamento* del diritto penale e tale è rimasta nella lettura 'forte' dell'approccio, che non è peraltro maggioritaria. Cfr. DONINI, *Ragioni e limiti*, cit.; ID., *Principi costituzionali e sistema penale. Modello e programma*, in *Ius17@unibo.it*, 2009, 421 ss. § 3). Che in questo fondamento fossero almeno futuribili i rischi degli obblighi di tutela penale lo ha dimostrato anni più tardi l'europeismo giudiziario, "*nova Constitutio*".

[20] P. CALAMANDREI, *Fede nel diritto* (1940), a cura di S. CALAMANDREI, Roma-Bari, Laterza, 2008; ID., *Non c'è libertà senza legalità* (1943), ora sempre a cura di S. CALAMANDREI, Roma-Bari, Laterza, 2013.

[21] P. CALAMANDREI, *La Costituzione e le leggi per attuarla* (1955), Milano, Giuffrè, 1999, 25 ss., 55 ss.

[22] Una sintesi in A. BARATTA, *Criminologia critica e critica del diritto penale*, Bologna, Il Mulino, 1982.

ratta[23]: sia perché non appariva corretta la definizione come classista di tutto il diritto penale, e sia perché la scienza penale ha una premessa epistemica prescrittiva, e non è vero che il diritto penale diventi mera tecnica se non accetta di sottomettersi al dominio della criminologia "critica", essendo invece portatore di valori, principi e regole autonomi, di una sua "dommatica"[24], anche se la gestione di questi principi conosce un *dialogo epistemologico con altri saperi extragiuridici, che non sono più subordinati, ma neppure possono diventare tiranni*[25].

Le divergenze che condussero alla rottura tra *Baratta* (la scienza è punto di vista esterno, l'orientamento costituzionale è soprattutto politica del diritto) e *Bricola* (impegno costituzionale come *progetto tecnico-scientifico*, non solo politico) portarono il criminologo a nuove elaborazioni di un progetto di diritto penale minimo a sicura valenza politica[26], come progetto di alternativa alla "cultura del penale" non necessariamente abolizionista, ma riduzionista. La successiva *traduzione filosofica* dell'innovazione teorico-costituzionale del metodo giuridico, per come articolata nell'opera di Luigi *Ferrajoli*[27] si innesta su quel progetto iniziale comune di un diritto penale minimo[28].

Anche qui assistiamo a una (non dichiarata, ma evidente) *marcata politicizzazione del modello costituzionale*.

[23] Cfr. A. BARATTA, *Criminologia liberale e ideologia della difesa sociale*, in *Quest. crim*., 1975, spec. 55 s., poi in ID., *Criminologia critica e critica del diritto penale*, cit., spec. 156 s.; F. BRICOLA, *Rapporti tra dommatica e politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1988, 5 s.

[24] F. BRICOLA, *Rapporti tra dommatica e politica criminale*, cit., 3 ss.

[25] V. sul punto W. HASSEMER, *Konturen einer gesamten Strafrechtswissenschaft heute*, in *Fest. Eser*, München, Beck, 2005, 115 ss.; M. DONINI, *Scienza penale integrale: il rapporto con le altre scienze*, in ID., *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, Giuffrè, 2011, cap. III. Per una diversa lettura, che tenta di mettere insieme la scienza penale integrata di Baratta con il programma berlinese di Roxin del 1970, F. SCHIAFFO, *Il diritto penale tra scienza e scientismo*, Napoli, Esi, 2012, 119 ss.

[26] Rinvio alla accurata analisi di A. CAVALIERE, *Il diritto penale minimo in Alessandro Baratta: per una alternativa alla "cultura del penale"*, in *Arch. Pen*., 3/2018, 1 ss.

[27] *Ex plurimis* L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit.; ID., Principia iuris. *Teoria del diritto e della democrazia*, 3 vol., Roma-Bari, Laterza, 2007; ID., *Il paradigma garantista*, cit.

[28] In particolare nel volume che si riannoda alla stagione de "La Questione criminale": A. BARATTA, a cura di, *Il diritto penale minimo. La questione criminale tra riduzionismo e abolizionismo*, Napoli, Esi, 1986, in particolare i contributi di A. BARATTA, *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, ivi, 443 ss.; e di L. FERRAJOLI, *Il diritto penale minimo*, *ivi*, 493 ss.

5. *(segue). Il paradigma del garantismo di Luigi Ferrajoli*

Luigi *Ferrajoli* ha rifondato il garantismo nel dibattito giusfilosofico[29] come una filosofia politica dello Stato costituzionale di diritto e come una teoria generale del diritto, sviluppata oltre l'opera di maggior successo penalistico: *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* (1989), poi in altri numerosi interventi fino alla *summa* Principia iuris. *Teoria del diritto e della democrazia* (2007) e nella più recente raccolta di saggi su *Il paradigma garantista* (2016[2]). *Diritto e ragione* resta una lettura fondamentale per ogni penalista, sia nella parte storica che in quella teorica espressiva di un neoilluminismo costituzionale ancorato a un giuspositivismo critico: cioè, in realtà, un giusrazionalismo argomentato attraverso principi e regole. Con riferimento al garantismo penale, peraltro, la *pars construens* del suo discorso presenta una linea di discontinuità "teorica" apparente con quella di Bricola e dei penalisti "tecnici" là dove assume il garantismo come una teoria dei diritti fondamentali, come tale semmai filosofica e non politica, né scientifica e tantomeno dogmatica.

La costruzione di Ferrajoli si impernia sulla distinzione tra la *vigenza* di una legge (se conforme al sistema delle fonti legittime di produzione) e la sua *validità* (se conforme alla superiore legge costituzionale)[30].

Poiché la legge incostituzionale resta invalida anche se non ancora dichiarata tale dal giudice delle leggi, va da sé che i parametri del giudizio di (in)validità fuoriescono da vincoli formali di competenza definitoria. La spinta ricostruttiva del sistema diventa così fortissima presso qualunque interprete e dunque il giudice in generale, e non può celare l'evidente politicità del garantismo *penale*[31] se si

[29] *Ex plurimis*, AA.VV., *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, a cura di L. GIANFORMAGGIO, Torino, Giappichelli, 1993; M. CARBONELL, P. SALAZAR, cur., *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta – Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM), 2005; S. ANASTASIA, a cura di, *Diritto e democrazia nel pensiero di Luigi Ferrajoli*, Torino, Giappichelli, 2011; L. BACCELLI, a cura di, *More geometrico. La teoria assiomatizzata del diritto e la filosofia della democrazia di Luigi Ferrajoli*, Torino, Giappichelli, 2012; AA.VV., *Un debate sobre el Constitucionalismo*, N. monográfico Revista *Doxa*, 34/2012. V. pure A. RENTERÍA DÍAZ, *Garantismo y neoconstitucionalismo*, in *Derechos y libertades*, 2011, 145 ss.; T. MAZZARESE, a cura di, *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2002.

[30] L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 912 ss.; ID., *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, *Teoria del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007, 525 ss.

[31] Che la stessa distinzione tra validità e vigenza conduca Luigi Ferrajoli al neocostituzionalismo (*rectius*: alla rottura di una legalità garantista in nome di una legalità principialista che meglio assicuri la critica della legge attraverso l'impiego diretto di principi costituzionali, usati non come regole, ma fonti normative più aperte), pur sostenuto da vari studiosi (per es. M. BARBERIS, *Giuristi e filosofi. Una storia della filosofia del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2011, 233 s.; analisi critica in L. PRIETO SANCHÍS, *Principia iuris: una teoría del derecho no (neo)constitucionalista para el estado constitucional*, in *Doxa*, 31, 2008, 325 ss.), è nettamente contestato dall'A. (L. FERRAJOLI, *Costituziona-*

osservano non solo la sua fondazione teorica, ma anche i *contenuti* di cui è riempito, e che radicalizzano alcune indicazioni provenienti dal programma bricoliano del 1973, ma che di fatto si era già attenuato e ridimensionato nel 1984[32], sì che già nel 1989 esso appariva un po' "superato" allo studioso tecnico e anche all'accademia italiana che era in cerca di percorsi più moderni di sviluppo[33].

Infatti Ferrajoli declina concretamente il garantismo attraverso il progetto politico del *diritto penale minimo*[34], il cui programma, se attuato, sarebbe travolgente per il Parlamento anche del 2020 e impensabile nel 1948: *l'abolizione della legislazione penale complementare con una riserva di codice vincolante* (la maggior parte delle incriminazioni è ancora oggi lì, *extra codicem*[35]*), l'eliminazione o trasformazione dei reati di pericolo astratto* (la maggior parte dei reati è di pericolo, e di pericolo astratto*), l'abolizione delle contravvenzioni* (non le contravvenzioni, ma i reati a struttura contravvenzionale sono ancora oggi un modello internazionale assai diffuso di illeciti penali minori*) e delle pene pecuniarie, e la reintroduzione del principio*

lismo principialista e costituzionalismo garantista, in *Giur. Cost*., 2010, 2771 ss., spec. 2794 ss.). Tuttavia ciò che conta è l'applicazione di una teoria, e se sia impossibile applicarla secondo i suoi postulati. In effetti il desiderio di trattare i principi *come le regole*, così "salvando" i paradigmi di una lettura sillogistico-chiusa da fattispecie normative, viene smontato pezzo a pezzo dall'impiego dei principi in materia penale, dove da sempre (e non solo nella versione di Ferrajoli!) entrano nelle regole costituzionali contenuti semplicemente indeducibili da quegli enunciati: sono stati quasi tutti "messi dentro" *ex post*. I filosofi del diritto, peraltro, non intendono quasi mai veramente testare un pensiero sulle norme a cui le teorie si riferiscono: come se fossero teorie di livello superiore o "separate". Invece, dato che una qualunque filosofia del diritto o teoria generale deve essere utile o utilizzabile per il privatista o per il penalista o per il pubblicista (o per tutti loro), quando sia costruita specificamente su una materia disciplinare, come il garantismo *penale* di Ferrajoli, essa deve essere collaudata sulla normativa di quella disciplina. E nel caso di specie emerge quanto detto nel testo.

[32] F. BRICOLA, *Carattere sussidiario del diritto penale e oggetto della tutela*, in *Studi Delitala*, cit., 107 ss.; ID., *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, cit., 3 ss.

[33] V. del resto, quanto al dibattito italiano, le riflessioni di Fiandaca e Padovani sul libro di Ferrajoli in G. FIANDACA, *Quando proibire e perché punire? Ragioni di "concordia discors" con Luigi Ferrajoli*, in *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, a cura di L. GIANFORMAGGIO, Torino, Giappichelli, 1993, 263 ss., 267; T. PADOVANI, *Un percorso penalistico*, *ibidem*, 307 ss., 318 s.

[34] Cfr. A. BARATTA, a cura di, *Il diritto penale minimo,* cit., e in particolare i contributi di A. BARATTA, *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, ivi, 443 ss.; e di L. FERRAJOLI, *Il diritto penale minimo*, *ivi*, 493 ss.; da ultimo ID., *Il paradigma garantista*, cit., *passim*. In vari altri scritti Ferrajoli identifica sempre garantismo *penale* e diritto penale minimo. In contesto monografico ciò è descritto esemplarmente in *Diritto e ragione*, cit. Vero che il garantismo non è solo penale, nella sua lettura. Ma è vero anche che nella sua dimensione *penalistica* questa teoria politica, o filosofia politica, o teoria del diritto, si concretizza nella versione più compiuta in un programma tutto *de lege ferenda*. In particolare i *contenuti* di questo programma legislativo non sono più "norme" o elaborazioni basate su norme, perché *quei contenuti non sono scritti in nessuna 'norma'*. Come si possa fondare una scienza *giuridica* del diritto *vigente*, anche costituzionale, su tale modello, pare difficile spiegare.

[35] Cfr. M. PAVARINI, D. BERTACCINI, *L'altro diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2004.

ignorantia legis neminem excusat (l'autoassoluzione dello Stato autoritario rispetto al cittadino presunto colpevole senza possibilità di prova contraria)[36]. Il progetto è autoreferenziale e sconta un *mancato confronto* dialettico vero con, e anche *la distanza* del modello dalla realtà istituzionale e tecnica del diritto penale vigente a livello internazionale[37]. Qui sta il suo radicalismo, ma anche il suo limite storico, che nel 1989 non intercetta un vero *trend* in atto, ma censure penalistiche di quasi vent'anni prima, e non si misura con la comparazione penale o con la teoria del reato più recente, e soprattutto non fa i conti con l'ermeneutica penale e con una teoria dell'interpretazione *odierna* dalla quale dipende tutta la possibile gestione, ma anche la stessa identità storica del paradigma costituzionale.

È quindi *un vero progetto politico ideale nella sua essenza*. In parte esso ha *basi normative* sì, ma solo nella misura limitata delle norme che possono vincolare organi dello Stato alla loro applicazione nel sistema: quello che qui definiamo *garantismo giuridico-costituzionale*, di competenza *giurisdizionale*, con vincoli di costituzionalità stringenti per la Consulta; mentre in larga parte il futuro di quei principi è destinato al solo Parlamento ed è un *garantismo politico-costituzionale* (extrema ratio, attuazione legislativa non autoritaria-coatta dell'offensività), di competenza prevalentemente *parlamentare*, e non lascia che spazi ridotti di applicazione diretta alla Corte costituzionale o al magistrato-interprete.

Del resto, lo stesso Ferrajoli da tempo precisa: "se è vero che il garantismo è un modello teorico e normativo del diritto, ossia un insieme di tecniche normative volte ad assicurare effettività a diritti e principi fondamentali, *la sua effettività non può dipendere a sua volta da norme di diritto positivo.* Sarebbe illusorio, in altre parole, pensare che le garanzie di effettività delle garanzie giuridiche siano a loro volta garanzie giuridiche. Queste garanzie sono bensì garanzie politiche e sociali"[38].

Ma non si tratta della sola effettività: è proprio l'elaborazione teorica del diritto "valido"-costituzionalmente conforme, che dipende dalle evoluzioni storiche.

Se è vero che il mondo si appoggia su una tartaruga, la tartaruga dunque su che cosa si appoggia? Può il contenuto di "validità" delle norme desunto dalla Costituzione dipendere in realtà dai partiti politici?

[36] Questo progetto originario è solo lievemente attenuato in alcune formulazioni in L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., vol. II, *Teoria della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2017, 377 ss. (§§ 15.14-15.16).

[37] V. peraltro L. FERRAJOLI, *Sul diritto penale minimo (risposta a Giorgio Marinucci e a Emilio Dolcini)*, in *Foro it*., 2000, V, 125 s., e a nota 5 un elenco di vari interventi dell'A. sul tema.

[38] L. FERRAJOLI, *Garantismo e diritto penale*, in *Dei delitti e delle pene*, n. 3/1998, 121. D'altro canto il garantismo non è certo solo penale nel modello teorico di Ferrajoli. Nel paradigma garantista in senso lato, infatti, esso diventa sinonimo di una teoria dei diritti fondamentali, di una particolare teoria del diritto, ma anche di una filosofia politica o sinonimo di Stato costituzionale di diritto e dunque di giurisdizionalizzazione di tutti i diritti: L. FERRAJOLI, *Il paradigma garantista*, cit., 3 ss., 61 ss. Molte cose insieme, forse troppe per conservare al termine una identità precisa.

Eppure questo garantismo, che in diritto penale coinciderebbe col diritto penale minimo, si basa in definitiva sulle forze politiche e sociali che possono sostenerne il programma. Considerazione realistica in termini di filosofia politica, e di politica del diritto, ma è chiaro che *non è questo il garantismo quale contrassegno epistemologico della scienza penale, nel significato di cui discutiamo nel testo*[39]. E che è in primo luogo costruito sul garantismo *giuridico*-costituzionale.

Del diritto penale e della "scienza penale come garantismo" fa dunque parte il progetto *giuridico*-costituzionale, ma in misura assai meno stringente – meno coercitivo sul piano giuridico – quello *politico*-costituzionale ancorato a qualche principio sovralegislativo, in definitiva (giustamente) più libero da esso nel suo svolgimento e programma.

Nello stesso tempo Ferrajoli *distingue teoria del diritto e dogmatica*: la *teoria del diritto* sarebbe descrittiva, formale e tendenzialmente avalutativa[40], mentre invece "*le tesi giuridiche della dogmatica non sono [sarebbero] confutabili fattualmente*"[41].

Asserti che avrebbe potuto scrivere Bobbio negli anni '50, quando spiegava che la scienza giuridica era praticamente solo analisi del linguaggio, sì che non correva il rischio di sporcarsi con la realtà, a differenza di chi faceva di mestiere interpretazione e politica del diritto, ma di "scientifico" non aveva più nulla[42].

Peraltro non è mai facile fotografare un pensiero *in action*, e anche nell'opera di Ferrajoli si possono trovare affermazioni contrastanti, rivelatrici di un dissidio filosofico mai veramente superato. Egli non accoglie certo una concezione "avalutativa" dell'interpretazione – che non è "teoria del diritto", infatti – ammette che la dogmatica[43] dipende geneticamente da un determinato ordinamento, a differenza della teoria del diritto che ne astrae; riconosce che queste divisioni con-

[39] Ferrajoli non si richiama alla scienza giuridica in modo puntuale. Ci sono soprattutto filosofia (politica, del diritto, della giustizia etc.), o teoria generale, o dogmatica, interpretazione, o "scienze" empiriche come la sociologia. Tuttavia, la "scienza giuridica" entro la quale si articola il suo discorso, in "Principia iuris", è quella del "*modello integrato" di scienza*, che si richiama alla dogmatica quale disciplina normativa, ma di carattere più nazionale, alla sociologia del diritto quale scienza empirica e alla teoria del diritto quale disciplina astratta capace di mettere in dialogo le altre: *Principia iuris*, vol. I, cit., 8, 39 ss., 43 ss.

[40] Sul carattere astratto, formale e tendenzialmente avalutativo della teoria del diritto, ben distinta sia dalla dogmatica, sia dalla sociologia del diritto, sia dalla filosofia della giustizia (parrebbero quasi distinzioni da tecnico giuridico... se l'A. non usasse il termine tecnicismo in senso solo, e penso troppo, negativo) v. ora la ponderosa ricerca di L. FERRAJOLI, Principia iuris, vol. I, cit., 9 ss., 21 ss., 33 ss., 39 ss.

[41] L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, cit., 11 (corsivo aggiunto).

[42] N. BOBBIO, *Teoria della scienza giuridica*, Torino, Giappichelli, 1950, 168 ss., 215 ss.; ID., *Scienza del diritto e analisi del linguaggio* (1950), poi in *Diritto e analisi del linguaggio*, a cura di U. SCARPELLI, Milano, Ed. di Comunità, 1976, 287 ss.

[43] Di cui l'A. segue una nozione restrittiva: Principia iuris, vol. I, cit., 69, nota 9.

cettuali di discipline sono peraltro ampiamente superate nei fatti della vita concreta del diritto: dove dogmatica, sociologia e filosofia della giustizia si mescolano anche nel lavoro quotidiano dell'interprete[44].

E tuttavia Ferrajoli, dopo aver scritto pagine *univoche* di critica alla "illusione" kelseniana e bobbiana di una teoria pura o formale del diritto "avalutativa" o "descrittiva"[45], e aver ripetutamente criticato anche in *Principia iuris* la tradizione (sempre da Kelsen a Bobbio) e la tesi "prevalente" che assegna alla teoria del diritto un carattere avalutativo rigoroso[46], non denuncia di certo la "grande divisione" tra proposizioni descrittive e prescrittive (il primo comandamento del filosofo analitico), e precisa che la teoria del diritto, pur tendenzialmente avalutativa, conserverebbe una dimensione "prescrittiva", legata al carattere stipulativo delle sue definizioni[47]. Approfondendo queste precisazioni correttive, qualche anno più tardi si lascia andare a una *ben diversa accezione* di una teoria del diritto "rigorosamente avalutativa" affermando chiaramente: "La teoria del diritto, come io la concepisco, non comporta alcuna valutazione"[48]. Semplicemente, non sarebbe descrittiva perché "il suo linguaggio, essendo un linguaggio artificiale, è prodotto da una serie di assunzioni – in *Principia iuris* sono i 16 postulati e le 274 definizioni, da cui derivano circa 1.700 teoremi – che sono prescrittive come tutte le assunzioni teoriche"[49].

Prescrittiva ma non valutativa *come* la dogmatica, potremmo dire. E pur sempre a suo modo 'valutativa' perché *non descrittiva*.

Come uno studioso di teoria e pratica del diritto penale possa comunque riconoscersi in questa "diversa separatezza" (a)valutativa/prescrittiva al medesimo tempo, non è facile comprendere. A coloro che sono abituati a visioni più realistiche o anche a certe filosofie della prassi, è sempre stato chiaro che la pretesa scientificità della dogmatica potrebbe essere confutata o collaudata proprio sulla base della sociologia e della criminologia[50], cioè dei fatti (ma Ferrajoli lo nega); gli studiosi delle singole materie, del resto, usano spesso come sinonimi dogmatica e

[44] *Ivi*, 21 s., 70 nota 10.

[45] L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Roma-Bari, Laterza, 1999, 102 ss.

[46] ID., Principia iuris, vol. I, cit., 21 s. Parimenti, più di recente, ID., *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen,* Roma-Bari, Laterza, 2016, 200 ss.

[47] *Principia iuris*, vol. I, cit., 21 s.

[48] Così L. FERRAJOLI, *Dei diritti e* delle *garanzie. Conversazione con Mauro Barberis*, Bologna, Il Mulino, 2013, 58.

[49] *Op.loc.ult.cit*.

[50] V. per es. le citate posizioni, nel dibattito italiano, di Baratta e Pavarini. Ne ho discusso in *Massimo Pavarini e la scienza penale. Ovvero, sul valore conoscitivo dell'antimoderno sentimento della compassione applicato allo studio della questione criminale*, in *Studi sulla questione criminale*, n. 1-2/2017, 39-60; anche in *Il diritto penale messo in discussione. L'opera di Massimo Pavarini tra teoria ricerca empirica e impegno sociale*, a cura di L. STORTONI, D. BERTACCINI, Bologna, BUP, 2018, 163 ss.

teoria generale (del reato, del negozio giuridico, del provvedimento amministrativo etc.) (ma Ferrajoli lo esclude); viceversa, le posizioni ricordate che perpetuano della scienza giuridica una funzione soprattutto ricostruttiva, oppure "astratta" da confronti col reale, la mantengono prigioniera in una sorta di normativismo integrale, *impermeabile ai fatti*. Mentre le teorie del diritto "more geometrico demonstratae" se non coinvolgono chi il diritto lo opera, non interessano davvero nessuno, quelle di impianto veramente separatista certo non possono dire nulla a chi vive la vita del diritto. Tra questi dilemmi alienanti si è sviluppata la storia della filosofia del diritto in Italia lungo gran parte del Novecento in alcune sue correnti di grande influenza culturale *generale*, ma non *dentro* alle diverse discipline.

Il punto di osservazione della filosofia della prassi, di matrice marxiana e poi francofortese, adottato per il penale nelle versioni critiche di Baratta, di Massimo Pavarini e altri criminologi, ma anche quello dell'ermeneutica giuridica contemporanea, per non parlare dei giusrealisti o dei giusnaturalisti di matrice cattolica, o dei classici studiosi separati in casa: giuristi tecnici e studiosi di scienze empiriche, hanno sempre offerto un linguaggio più chiaro e immediato per il dogmatico, ma non sempre hanno detto una verità che *oggi* va pronunciata: se la legge penale è politica, la sua critica e la sua riduzione scientifica costituiscono un obiettivo a cui tendere, non una premessa, un presupposto epistemico come se la scienza fosse già "dentro" alla *lex*, e bisognosa di venire semplicemente "scoperta". Le teorie *oggi* non si costruiscono mai a prescindere dai testi positivi esistenti, ma neppure come il loro precipitato intellettuale che farebbe del *ius* il sinonimo della *lex*.

Anche il giusrazionalismo (*soi disant* giuspositivismo) critico, dunque, in tutte le sue numerose elaborazioni degli enunciati legali dei principi, "mette dentro" a quei testi contenuti che non sono in essi precostituiti, e dunque è solo in apparenza un giuspositivismo, perché prima pensa ed elabora i suoi paradigmi, e poi li aggiusta al *verbum legis*[51].

6. *Contro il normativismo integrale e il separatismo* Sein/Sollen*: l'unica base epistemologica del diritto oggi possibile*

Ci siamo sempre ritrovati a osteggiare il normativismo integrale, che produce la sterilizzazione della scienza giuridica in formalismo e tecnicismo in senso deteriore[52].

[51] Senonché, è questo un destino storico del rapporto tra *iura et leges*: cfr. M. DONINI, Iura et leges. *Perché la legge non esiste senza il diritto*, cit.

[52] Cfr. il nostro studio *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, Giuffrè, 2004, cap. 9. Il tecnicismo non è certo tutto esposto a questi limiti, conoscendo ben diverse forme di realizzazione anche presso Autori di straordinaria cultura giuridica

Uno studio del diritto penale a base costituzionale ha sì un'insopprimibile componente conoscitiva, ermeneutica, con un *background* di saperi empirici, ma al suo interno, nel ricostruire il sistema vigente (valido), esso attinge da principi superiori alla legge parametri che sono di garanzia e che pertanto rappresentano *un suo connotato epistemologico*. La metodologia del suo procedere ha quindi una natura complessa, composita, irriducibile ai più celebrati ma parziali modelli di scienza naturale o matematica, per la presenza di saperi empirici, normativi ed ermeneutici insieme, comunicanti, non separati da una insopportabile declinazione della *legge di Hume* che ci impedisca di far dialogare norme e realtà, fatti e valori: un dialogo fondante una disciplina come il diritto penale.

Se sono vere queste premesse, va da sé che dobbiamo *smettere l'ossequio secolare ai paradigmi epistemologici del primo Novecento*: quando illustriamo e giustifichiamo un diritto improntato a principi sovraordinati e dunque a criteri valoriali, a scelte di campo, *non diventiamo* dei tribuni, dei demagoghi o dei profeti (anziché dei maestri o degli scienziati), come invece obiettava Max Weber cent'anni fa[53].

Un progetto teorico di diritto penale costituzionale e di principi, ma anche di verifiche empiriche e di regole legislative non è dunque un coacervo di antinomie epistemologiche (natura e fini, descrizioni e prescrizioni, *Sein* e *Sollen*, fatti e valori), quanto piuttosto *l'unica base epistemologica pensabile oggi per il giurista*. O così o niente.

È infatti compito della scienza giuridica, e del diritto penale in particolare, non solo conoscere e interpretare il *ius*, ma anche *porre il tema della propria legittimazione al suo interno*, perché la pena criminale, la cui storia è stata per millenni la storia della pena di morte, *non si giustifica da sé*, priva com'è di ogni episteme, di ogni parametro costante di corrispondenza di valore tra delitto e castigo; essa semplicemente si realizza[54], ed è impossibile "spiegare" un sistema normativo orientato giuridicamente a valori superiori ma anche a risultati che lo fondano o invalidano, senza porsi il tema della "giustificazione" di quel sistema in ordine ai criteri di costruzione e anche di realizzazione del suo programma.

(e non) complessiva. Esso peraltro postula separatismi tra realtà, saperi empirici e mondo delle regole che alla fine compromettono una vera apertura sostanzialista e scientifica del lavoro del giurista.

[53] M. WEBER, *Wissenschaft als Beruf* (1918), tr. it. *Il lavoro intellettuale come professione*, Torino, Einaudi, 1971, 28 s.

[54] Cfr. l'elenco, riconosciuto incompleto, ma pur sempre della maggior parte delle possibili finalità/funzioni della pena, in F. NIETZSCHE, *Zur Genealogie der Moral. Eine Streitschrift* (1887), tr. it. *Genealogia della morale. Uno scritto polemico*, Milano, Adelphi, 1989, Seconda dissertazione, § 13, p. 69 s. e qui, in precedenza, la anticipata conclusione: "si punisce viceversa, allo stesso modo con cui ancor oggi i genitori castigano i loro figli, per ira di un danno sofferto, alla quale si dà sfogo sul danneggiante – una collera, tuttavia, mantenuta nei limiti e modificata dall'idea che ogni danno abbia in qualche modo il suo *equivalente* e realmente possa essere soddisfatto, sia pure mediante una sofferenza di chi lo ha provocato" (*ivi*, p. 51, § 4).

Non mera *spiega*-zione scientifica (*explanation*), dunque, ma anche *giustifica*-zione (*justification*), dovendosi render giusto il sistema spiegato.

Tornando così al *filo storico del discorso*, si trattava, alla fine degli anni '90 del secolo passato, di rendere attuabili o di invalidare i caratteri rivoluzionari del metodo compendiato nel sodalizio (iniziale) di Bricola e Baratta, poi rivisitati e in parte dissimulati filosoficamente nel giusrazionalismo critico di Ferrajoli. Tali caratteri, sopra descritti, erano in sintesi i seguenti: a) critica anche radicale del diritto positivo già dal suo interno, per effetto di controlli costituzionali; b) critica e verifica del diritto mediante le scienze sociali e criminologiche; c) spinta verso una forte politicizzazione dell'interprete.

Il *terzo punto*, come vedremo, ha innescato, senza che ce lo si fosse immaginati prima, *un momento di crisi o di 'rottura' dell'intero paradigma costituzionale penale di matrice illuminista*.

7. *Dalla Costituzione-legge alla Costituzione-fonte*

Dopo aver messo tra parentesi la dialettica tra le varie scienze, e anche il modello di una scienza penale integrata che fosse "dominata" dalla criminologia critica, anziché liberalmente aperta alle diverse integrazioni culturali[55], i giuristi hanno continuato a seguire in genere percorsi estremamente normativistici. Essi si occupano soprattutto di norme, e le norme, magari quelle costituzionali o delle diverse fonti UE, producono altre norme.

È una *dialettica incestuosa* quella del normativismo integrale.

Ciononostante, la magistratura e gli studiosi hanno seguito interpretazioni sempre più evolutive dei testi costituzionali, ma anche di legge ordinaria.

Altro che testualismo o originalismo! Hanno detto a se stessi: il diritto siamo noi!

Come osservato in altra occasione, "le Costituzioni sono le forme moderne della costruzione di un testo sacro obbligante la società civile. I padri fondatori del resto vincolano con poche parole oracolari molteplici generazioni successive, in virtù di un potere ineffabile e imbarazzante[56], che sembra davvero sovruma-

[55] Ne ho discusso in M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale*, cit., cap. III. V. pure W. HASSEMER, *Konturen einer gesamten Strafrechtswissenschaft heute*, cit., 115 ss.; E.R. ZAFFARONI, *Derecho penal*, parte gen.[2], Buenos Aires, Ediar, 2005, spec. 153 ss. (cap. sull'interdisciplinarietà dei saperi); H. LEFERENZ, *Rückkehr zur Gesamten Strafrechtswissenschaft?*, *ZStW*, 93, 1981, 199 ss.

[56] S. HOLMES, *Vincoli costituzionali e paradosso della democrazia*, in G. ZAGREBELSKY, P.P. PORTINARO, J. LUTHER (a cura di) *Il futuro della Costituzione*, Torino, Einaudi, 1996, 167 ss.

no"[57]. Mentre il volontarismo delle fonti divine si è tradotto nel positivismo giuridico, il costituzionalismo, invece, ha ereditato l'approccio critico del giusnaturalismo razionalista. Questa rivincita storica del giusnaturalismo, soprattutto dopo la seconda Guerra mondiale, sconfessa la cultura giuridica che ha dominato il secolo scorso. Il vecchio giusrazionalismo si è assicurato uno strumento critico "dentro" alle fonti positive statali; ma *non in chiave di mera critica (etico)-politica*[58]*, quanto piuttosto di critica in primo luogo giuridica*[59]. Senonché, questa trasformazione culturale ha introdotto *uno stile ermeneutico* di libertà dal testo che, una volta applicato alle Costituzioni, sgretolava un basamento del giuspositivismo[60]: la soggezione dello stesso giudice alla legge. È stato davvero ingenuo affidarsi alle Carte fondamentali quali garanti del modello illuministico di interprete. Tutti apprendisti stregoni.

La Costituzione ha generato una quantità di principi non espressi, ma frutto di una ermeneutica evolutiva inimmaginabile *ex ante*, che occupano oggi la maggior parte dei principi costituzionali penali. Essendo *in bonam partem*, nessuno ha potuto obiettare nulla.

Però il paradigma era ormai generalizzante. Non più "Costituzione-legge", cioè testo stringente e tassativo da cui dedurre, ma "Costituzione-fonte" di nuove ermeneutiche da cui inferire nuovi principi in uno spazio storicamente aperto[61].

[57] M. DONINI, *Populismo e ragione pubblica. Il post-illuminismo penale tra lex e ius*, Modena, Mucchi, 2019 § 9.

[58] È la lettura della funzione *storica* del giusnaturalismo secondo N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., 190 ss.

[59] Questo il recupero *tecnico* del giusnaturalismo critico in chiave positivista secondo L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 850 ss.; ID., Principia iuris, vol. II, cit., cap. XII. Che tuttavia gli spazi per una politica costituzionalmente orientata o anche disorientata fossero e siano assai ampi, tali da precludere un vincolo giuridico-normativo giustiziabile in termini di costituzionalità, lasciando campo aperto al gioco dei partiti politici, è ciò che queste posizioni hanno sempre cercato di sottodimensionare o di lasciare inespresso.

[60] Questo il problema *politico* del c.d. "neo-costituzionalismo". Cfr. sul conflitto tra positivismo e neo-costituzionalismo S. POZZOLO, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 2001, cap. I e *passim*; T. MAZZARESE, a cura di, *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, cit. E sul dibattito successivo G. PINO, P*rincipi, ponderazione, e la separazione tra diritto e morale. Sul neocostituzionalismo e i suoi critici*, in *Giur. cost*., 2011, 965 ss., (spec. il § 4); G. BONGIOVANNI, *Neocostituzionalismo*, in *Enc. Dir.* Annali IV, 2011, 749 ss.

[61] È una questione ermeneutica sottintesa – ma allora non discussa – all'interno del tema "politico" trattato dai penalisti italiani dall'inizio degli anni '80 del secolo scorso sugli ampi margini politici di attuazione della Costituzione in materia penale: per tutti - e non è solo "storia" - D. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1983, 484 ss.; F. PALAZZO, *Valori costituzionali e diritto penale*, in *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, a cura Pizzorusso e Varano, tomo I, Milano, Giuffrè, 1985, 545, 578 ss., 586 ss.; G. FIANDACA, *Concezioni e modelli di diritto penale tra legislazione, prassi giudiziaria e dottrina*, in *Questione giust*., 1991, spec. 35 s.

8. Lex *e* ius *in un paradigma post-illuministico, tra vittimo-centrismo e giurisprudenza-fonte*

Non c'è stata invero solo una opportuna riconquista del *ius* quale prodotto giusrazionale che almeno dall'età romana accompagna consapevolmente la *lex*[62].

La Costituzione non era più l'unica fonte superiore, e dalle Carte europee che la stessa Costituzione assorbe al proprio interno l'europeismo giudiziario ha prodotto il vittimo-centrismo, dentro e accanto alla *lex* maggioritaria e positiva, sconvolgendo il garantismo classico tutto incentrato sulla dialettica tra Stato e individuo, tra cittadino a pubblici poteri, ma meglio ancora tra imputato e istituzioni punitive[63]. La vittima quale terzo incomodo della dialettica penale binaria ha prodotto esiti confliggenti dello stesso metodo: garantisti e giustizialisti insieme.

E tutto ciò in una con l'esplosione del ruolo mondiale del potere giudiziario e delle sue interpretazioni quale polo dialettico del legislatore.

Ecco allora che le *preoccupazioni garantistiche* che sostenevano il modello illuminista del divieto di interpretazione[64] sono tradite oggi proprio dalla sua conservazione: si può essere garantisti solo se si descrivono e rielaborano tutti i limiti del progetto dell'*Aufklärung*[65].

È infatti solo partendo da *un modello inevitabile di giudice-interprete* – e non dalla sua negazione contro la "natura delle cose" – che si possono indicare una serie di *doveri ermeneutici per il giudice penale* che siano presidio al garantismo penale nella fase interpretativa: un problema oggi tra più cruciali, forse il primo problema oggi, pregiudiziale a ogni discussione su singoli temi, istituti, ambiti disciplinari di tutto il *ius puniendi* "*in action*" e anche del garantismo nei fatti.

[62] Uno schizzo storico in DONINI, Iura et leges, cit., § 2 ss.

[63] Evidenzia bene questo passaggio M. VOGLIOTTI, voce *Legalità*, cit., 414 ss.

[64] Cfr. DONINI, *"Interpretazione delle leggi" (Dei delitti e delle pene (1764), § 4)* in *Diritto penale XXI secolo*, 2014, 245 ss.; v. pure il quadro storico di P. ALVAZZI DEL FRATE, *L'interpretazione autentica nel XVIII secolo. Divieto di* interpretatio *e "riferimento al legislatore" nell'illuminismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 2000.

[65] Che ci troviamo in un contesto per molteplici aspetti "post"-illuministico, è illustrato (ma il tema merita altri approfondimenti) in M. DONINI, *Populismo e ragione pubblica*, cit., 41 ss., 45 ss. L'esigenza di discutere del *ius* "da penalista" costituisce un momento decisivo per la 'tenuta' complessiva del discorso che gli storici, i civilisti, i pubblicisti, i filosofi del diritto non possono condurre generalizzando arbitrariamente le loro prospettive e limitandosi a dire o sottintendere che il penale «fa eccezione», perché le sue eccezioni sono oggi circoscritte ai profili "di garanzia", ma non di "essenza" della dialettica tra legge e diritto: nel senso che il penale, una volta rispettate le garanzie di legittimità (divieto di analogia etc.), resta poi diritto/*ius* a ogni effetto come tutti gli altri rami dell'ordinamento; non è un diritto diverso, e non è mera *lex*. Ma i profili di diversità che pur presenta, restando diritto, impongono che ogni discorso sul diritto "in generale" si misuri col penale come banco di prova.

9. *Il garantismo penale a tre soggetti, tra* leges minus quam perfectae *e limiti ermeneutici*

A differenza del passato, *il garantismo penale* a fronte di una marcata debolezza del potere legislativo, delle sue capacità e prestazioni definitorie e della sua estrema differenziazione in fonti multilivello, presenta due profili oggi centrali, uno relativo ai soggetti *potenziali destinatari della riduzione dei caratteri penali di* un diritto che *sanziona senza restaurare i diritti,* e uno relativo al *ruolo costruttivo dell'interprete*.

Sotto il profilo dei *destinatari* si richiede che del paradigma costituzionale sia attuato l'obiettivo di limitare il più possibile il livello di sofferenza di *autori e vittime*; questa è una declinazione dell'*ultima ratio*: una sintesi di solidarismo e utilitarismo umanistico della pena bilanciati in chiave riduzionista; vale a dire l'obiettivo di limitare sanzioni o strumenti che tendono a moltiplicare la sofferenza già prodotta con l'illecito, anziché ripararne gli effetti; di limitarli in vista di un beneficio per la vittima, cioè di un *saldo positivo* quale effetto dell'intervento penale[66].

Ciò che può trasformare il ruolo del diritto penale da *lex minus quam perfecta*[67] che sanziona senza restaurare mai nulla, quale macchina produttrice di un male aggiunto (la proporzione "simmetrica" al delitto, per accrescere la perdita o la limitazione di diritti) in *un* ius *che costruisce asimmetrie* tra l'offesa e la pena a cui sono "sottratti" (nel calcolo) una riparazione o un risarcimento.

Ciò significa che occorre *ripensare al garantismo in chiave non solo reo-centrica (il trattamento del 'reo' come risposta al problema del reato!), ma «nel rapporto autore/vittima», oltre che Stato/cittadino, come nota epistemica differenziale di un diritto penale orientato alla riduzione del male, e non alla sua duplicazione*, che richiede oggi di essere riformulato su nuove basi, triadiche, rispetto al passato, guardando alla rimozione delle cause del delitto, del danno e dell'offesa. Un garantismo orientato alla minima sofferenza per autore e vittima mette in gioco, di fronte allo Stato, *almeno tre soggetti* da considerare "dentro al paradigma garantista" (autore, vittima, consociati estranei a quel rapporto, ma suscettibili di "rischio penale") e deve necessariamente puntare sulla riparazione, su una pena agìta e non

[66] Fondazione di questo progetto in M. DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2013, 1162 ss.; ID., *Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in DPC, *Riv. trim*., n. 2015, 236-250.

[67] ULPIANO (170 circa-228 d.C.), all'inizio delle *Regulae* (I,1-2) definisce "perfetta" la legge che vieta che qualcosa sia fatto e, se viene fatto, lo annulla; "imperfetta" la legge che non applica né una sanzione né un effetto di annullamento per un atto ad essa contrario; "meno che perfetta" la legge che, vietando qualcosa, sanziona il comportamento che la trasgredisce, ma non annulla gli effetti dell'illecito. Evidente che il diritto penale è da sempre una legge meno che perfetta, non preoccupandosi del momento riparatorio-ripristinatorio, ma solo di quello sanzionatorio negativo (il raddoppio del male).

subìta, che restauri una situazione positiva, anziché raddoppiare semplicemente il male, e su quelle basi ricostruire anche una nuova scala delle pene edittali[68].

Sul piano della costruzione ermeneutica, invece, *il giudice produce sì diritto, ma questo è in primo luogo individualizzante, laddove se è diritto generalizzante lo produce in funzione limitatrice*[69], e non espansiva della sofferenza penale, sia dell'autore e sia della vittima. La sofferenza della vittima non si riduce estendendo in via interpretativa il penale a nuovi soggetti o situazioni da proteggere – compito semmai legislativo[70] –, ma accrescendo i momenti di "positività" della sanzione a favore delle vittime già contemplate.

L'«*interpretazione limitatrice del penale*» è dunque il *vero contrassegno del garantismo*, che promuove *passione non per il punitivismo*, *ma per il riduzionismo punitivo*: una scienza e una politica dei limiti alla pena – ma non alla responsabilità giuridica! – per un'applicazione misurata e moderata delle pene e delle reazioni in vista di condotte riparatorie e risarcitorie o di significato equivalente, che come pena agìta e non subìta rappresentano la forma più autentica di recupero risocializzante[71].

10. *Prassi e garantismo: a) le colpe della dottrina penalistica; b) la passione estensivo-punitiva della magistratura; c) i doveri ermeneutici del giudice*

Quando dai principi scendiamo nel reale, la temperatura teorica scende tantissimo, e ci ritroviamo ad aver legittimato quasi tutto quello che è uscito dal Parla-

[68] *Amplius*, M. DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, cit. Il modello della giustizia riparativa, insieme a quello del diritto penale internazionale, costituisce la novità politico-criminale più rilevante e rivoluzionaria degli ultimi lustri a livello mondiale. Recuperata una diversa credibilità nel settore della pena, anche la teoria del reato risulterà complessivamente più credibile, e capace di inserire il diritto penale nel contesto di una disciplina più consona ai modelli culturali prevalenti.

[69] A parte casi "inevitabili" di interpretazione estensiva della regola astratta in chiave di *ragionevolezza*, l'estensione della punibilità appare legittima in chiave di concretizzazione individualizzante del precetto. Solo per effetto della *somma di nuove sottofattispecie così prodottesi nel tempo*, risulta possibile una rilettura complessiva della norma *astratta* di tipo estensivo, in coerenza col criterio della prevedibilità del nuovo diritto di formazione giurisprudenziale.

[70] Ciò che differenzia il penale dagli altri rami dell'ordinamento. Il tema è affrontato ampiamente in M. DONINI, *Jueces y democracia. El papel de la magistratura y democracia penal. El uso judicial del derecho penal de los principios*, in *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 2005, 403 ss.

[71] Il penale è pena, ma la pena subìta non risocializza, solo la pena agìta. Dunque solo un programma di un penale recuperatorio-risarcitorio-restaurativo, come tale asimmetrico rispetto all'offesa, può raggiungere gli scopi politici della prevenzione speciale positiva che nel sistema costituzionale italiano sono previsti all'art. 27, co. 3, Cost.

mento (*lex*) e anche dalla concretizzazione giudiziaria (diritto giurisprudenziale), a parte puntiformi declaratorie di illegittimità. Il suo *complessivo* accoglimento rende inoffensivo il contropotere critico della dottrina, che resta pura critica, certo, come nel programma tecnico-giuridico di Rocco.

a) *Le colpe della dottrina penalistica*

Se si prescinde dal programma di un diritto penale minimo, di per sé utopico anche perché privo di un corredo tecnico adeguato, ma seriamente espressione del principio di *ultima ratio*, la dottrina penalistica non ha mai preso davvero sul serio la sussidiarietà penale[72].

L'ha sempre trattata come un mito delle origini, una tecnica argomentativa, un topos, una figura retorica: un racconto natalizio.

Neppure il 10% delle migliaia di fattispecie è oggetto di un progetto di depenalizzazione. Le potenzialità deflattive della *riserva di codice* (art. 3-bis c.p.), nonostante sia contenuta in una regola legislativa di valore subcostituzionale (che attua la Costituzione), non persuadono i tecnici del diritto[73], cioè tutti gli "scafati" o rassegnati osservatori del reale-razionale in sé, gli "apoti" che in realtà si bevono quasi tutto quello che entra in Gazzetta ufficiale. Ci si lamenta (in realtà *dai primi del Novecento*, come sanno i cultori della materia) dell'espansione del diritto penale o di un diritto penale oggi infinito[74], ma che cosa si propone per cambiarlo? Più di tanto non sono servite neanche le *depenalizzazioni di fatto* costituite un tempo da amnistie, e poi da timide forme edulcorate di discrezionalità dell'azione penale, da prescrizioni orientate dai criteri di priorità, e dalle numerosissime tecniche di degradazione e forme di non punibilità o estintive *ex post*: tutti strumenti capaci di realizzare la sussidiarietà in concreto, ma non di depenalizzare, e soprattutto di "deprocessualizzare" (l'unico, vero sogno della magistratura) più di tanto. Ora che si ama dire che ogni sanzione "afflittiva" sarebbe penale,

[72] Una volta ridimensionate le pretese "atecniche" del diritto penale minimo, anche l'idea – non contrapposta, ma convergente e operativa – di costruire una scienza della sussidiarietà (M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit, 84 ss.), capace di meglio "differenziare" i numerosissimi piani di intervento di una depenalizzazione in astratto e in concreto, è rimasta ignorata nel dibattito penalistico. L'ermeneutica dell'esistente o la raccolta di doglianze hanno occupato le riviste, insieme a nuove passioni punitive a tutela dei diritti fondamentali.

[73] Cfr. sul tema, ma non in chiave di rassegnazione all'esistente, M. DONINI, *La riserva di codice (art. 3-bis c.p.) tra democrazia normante e principi costituzionali. Apertura di un dibattito*, in *Legisl. Pen.*, 2018 (20.11.2018, approfondimenti), 1-28; ID., *L'art. 3-bis c.p. in cerca del disegno che la riforma Orlando ha forse immaginato*, in *Diritto penale e processo*, n. 4/2018, 429-445; v. pure in vario senso M. PAPA, *Dal codice penale "scheumorfico" alle playlist. Considerazioni inattuali sul principio della riserva di codice*, in DPC, n. 5/2018, 145 s.; E.M. AMBROSETTI, *Codice e leggi speciali. Progettare una riforma dopo la riserva di codice*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 397 ss.

[74] D. HUSAK, *Overcriminalization. The Limits of the Criminal Law*, cit.; F. SGUBBI, *Il diritto penale totale*, Bologna, Il Mulino, 2019.

sì da estendere a ogni ramo dell'ordinamento le garanzie processuali del diritto penale, ed è in atto un movimento "politico-giudiziario" contro la prescrizione, l'esplosione del sistema diventerà ancora più assurda; e se mai i processi dovessero paradossalmente essere tanti e brevi, la qualità del giudizio – già oggi modesta – colmerà ciò che manca per l'affossamento dell'amministrazione della giustizia. Ciò significa che non si sono cercati davvero i parametri per rendere operativa *l'extrema ratio*, abbandonata a una gestione politica prima, giudiziaria poi, senza controllo, sotto la copertura dell'obbligatorietà dell'azione penale. Se è *extrema ratio* la criminalizzazione di ogni piccola violazione patrimoniale, etico-amministrativa, di ogni modesto abuso, di ogni diffamazione, di ogni bacio non desiderato, di ogni spinello ceduto, se la stessa magistratura ravvisa un contrasto tra la non punibilità per irrilevanza penale del fatto (art. 131-*bis* c.p.) e *l'ultima ratio* – perché non comprende che ogni delitto anche grave può essere *concretamente esiguo* e *per questo* non "merita" la criminalizzazione[75] – ciò vuol dire che siamo ancora al punto zero.

In astratto non abbiamo armi per sanzionare costituzionalmente la violazione della sussidiarietà[76], e anche in concreto siamo prigionieri del diritto penale del 'fatto', perché si vuole che ogni fatto tipico resti delitto per ragioni di pretesa eguaglianza.

Mettere tutto nel codice ed eliminare contravvenzioni e leggi complementari – il modello spagnolo – non riduce di per sé l'area punibile, se il codice rimane pieno di "delitti" (contravvenzionali) in bianco che rinviano a migliaia di precetti extrapenali sanzionando comunque il pericolo astratto[77]. Ma il solo pericolo concreto è ingestibile: dall'economia, all'ambiente alla salute pubblica, tutte le ricerche ne danno atto[78]. La maggior parte dei reati resta di pericolo astratto (non pre-

[75] Sull'art. 131-bis c.p. cfr. G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, Roma-Bari, Laterza, 2017, 92 ss. Sull'esiguità in generale C.E. PALIERO, «Minima non curat praetor». *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, Cedam, 1985. La categoria dell'esiguità era già in von Liszt ai primi del Novecento. In Germania è stata attuata da tempo, ma insieme a forme di discrezionalità dell'azione penale. Da noi invece i giudici – che hanno compreso che l'esiguità di per sé non ha effetti deflativi rilevanti, non è concepita per questo, ed è anche mal disciplinata nel codice, non incentivando le archiviazioni, ma le sentenze – discutono ancora (dato che non sottrae lavoro) se metta in gioco l'*ultima ratio* (che invece realizza in concreto!), e il loro ruolo di sacerdoti di una giustizia "uguale" a tutto tondo.

[76] *Extrema ratio* e sussidiarietà, pur usati come sinonimi, non sono espressioni dal medesimo significato politico-culturale, perché solo la sussidiarietà impone o implica come doverose indagini empiriche di verifica del rapporto con l'extrapenale.

[77] M. DONINI, *La riforma della legislazione penale complementare: il suo significato "costituente" per la riforma del codice*, in ID., a cura di, *La riforma della legislazione penale complementare*, cit., 3-59. Pubblicato anche in *Indice pen.*, n. 2/2000.

[78] Richiami bibliografici essenziali in DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in DPC 2013*, Riv. trim.*, n. 4/2013, § 10.2, 12.

sunto), e chi propone di riconvertirli in fattispecie di pericolo concreto in via ermeneutica[79] fa un'operazione ideologica consapevole che rischia costantemente il conflitto con la riserva di legge[80].

Eppure, tra l'utopia minimalista che non ha soluzioni tecniche praticabili e il massimalismo punitivo attuale esiste una variatissima scala di grigi intermedi: perché non ci sono progetti seri – che operino su almeno 10-15 piani di intervento sostanziale-processuale – di riduzione penalistica? La nostra colpa è grande e investe più generazioni[81]. I penalisti "tecnici" che si sono schierati contro il diritto penale minimo e l'art. 129 del vecchio progetto di revisione della Costituzione non hanno proposto nulla di valido per *l'ultima ratio*, così lasciando tutto il garantismo nelle sabbie mobili dell'attuale espansione infinita, eticizzante e punitivista.

b) *La passione estensivo-punitiva della magistratura*

Che la giurisprudenza penale si possa qualificare garantista è un giudizio che troverebbe moltissimi dissensi, soprattutto tra gli avvocati. Quando si trova un magistrato garantista è sempre una piacevole e sorprendente sensazione, perché l'osservatorio dell'avvocatura è quello di applicazioni giudiziali ispirate alla prevalente passione estensivo-punitiva delle fattispecie, anche se le pene restano basse per motivare poco e meglio. Il penale si espande in misura incontrollata nel tempo. Basta leggere un commentario. Ferma la fisiologica registrazione dei nuovi casi che semplicemente applicano la fattispecie (ne "estendono" la casistica, ma non la disposizione) e riempiono le rassegne[82], c'è anche la giurisprudenza "costruttiva" che colma le lacune. Dalla causalità al dolo eventuale, dalla moltiplicazione dei superuomini cautelari alle forme atipiche del concorso di persone e al proliferare delle figure associative tipiche ed esterne, dalla disapplicazione dell'art. 114 c.p.[83] a quella "storica" degli errori di diritto[84], dalla corruzione ai

[79] G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, parte gen.[8], Milano, Giuffrè, 2019, 253 s. (§ 7.5.2 s.).

[80] Sul conflitto tra una applicazione spinta del principio di offensività in chiave ermeneutica col principio di riserva di legge, DONINI, *Il principio di offensività*, cit., § 12.

[81] Proliferano ricerche europee tutte orientate all'espansione del penale, ma occorrerebbero progetti collettivi e interdisciplinari di riduzione del punitivismo di sistema.

[82] V. le distinzioni esplicate in M. DONINI, *Fattispecie o case law? La "prevedibilità del diritto" e i limiti alla dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza*, in *Questione giustizia*, n. 4/2018, 79 ss., spec. 84 ss.

[83] Una rilettura della diminuente dell'art. 114 c.p. in prospettiva di reale applicazione della norma ho proposto in DONINI, *Il concorso esterno "alla vita dell'associazione" e il principio di tipicità penale*, in *Studi Ronco,* Torino, Giappichelli, 2017, 345 ss., anche in *www.penalecontemporaneo.it* 13 gennaio 2017, 20 ss.

[84] Quanto tempo è trascorso da quando Alessio Lanzi segnalò, in una rassegna rimasta la fotografia dell'esistente – ma era il 1976… – la disapplicazione giurisprudenziale dell'art. 47, co. 3 c.p.!

disastri, bisogna trovarsi nelle condizioni di Piergiorgio Welby, di Eluana Englaro o di Fabiano Antoniani per suscitare qualche *pietas* giudiziale, e anche qui non senza infinite polemiche. Sempre con il sospetto che si sia trattato appunto di malinteso buonismo senza tecnica e senza legittimazione scientifica o etica. *Sic.*

Perché i tipi d'autore, i giudizi etico-sociali e le valutazioni extrapenali selezionano i 'fatti' (prima si decide che cosa merita di essere corruzione, "avvelenamento" di acque o aiuto al suicidio e poi lo si mette nel 319, nel 439 o nel 580 c.p.), ma una volta entrati nel 'fatto' non c'è più scampo: le clausole di esiguità trovano applicazioni modestissime e l'azione penale apparentemente obbligatoria fa il resto. L'opposizione 'storica' della magistratura italiana a forme maggiori di flessibilizzazione dell'esercizio dell'azione penale è espressione di una volontà punitivista dissimulata dietro l'autotutela della propria indipendenza. In realtà ciò consente di mascherare il carattere sempre politico della macchina punitiva, *facendo credere che si tratti di sola "giustizia"*: ciò che autolegittima chi l'amministra in misura superiore di quanto sarebbe il credere che sia una gestione politica delle pene criminali.

La passione punitiva unita all'autolegittimazione "etico-politica" prevale così sul garantismo di un'ermeneutica orientata a deflazione, proporzione, asimmetria tra illecito e pena[85]: scelte politiche anch'esse, certamente, ma di opposto segno.

c) *Regole deontologiche di ermeneutica penale***.**

I manuali penalistici non hanno ancora recepito il *diritto giurisprudenziale* come un dato fisiologico, quasi che il diritto che insegnano, in realtà molto differente dall'ossequio religioso a una Bibbia legislativa, fosse solo il *Professorenrecht*. Occorre dunque che il garantismo applicato all'interpretazione falsifichi *per sempre* i miti dell'illuminismo, proprio al fine di poter operare efficacemente su questo terreno[86]. Solo così, partendo dal giudice-interprete, e non dal giudice mac-

Cfr. A. LANZI, *L'errore su legge extrapenale. La giurisprudenza degli ultimi anni e la non applicazione dell'art. 47/3 c.p.*, in *Indice pen.*, 1976, 299 ss.

[85] "*Ho segnalato che tra la pena e il delitto esiste una asimmetria e che il compimento di un male non giustifica l'imposizione di un altro male come risposta*". Così PAPA FRANCESCO, *Discorso del santo padre Francesco ai partecipanti al XX Congresso mondiale dell'associazione internazionale di diritto penale*. Sala Regia, Venerdì, 15 novembre 2019, riprendendo peraltro quanto già detto in termini nella Lettera ai partecipanti al XIX Congresso Internazionale dell'Associazione Internazionale di Diritto Penale e al III Congresso dell'Associazione Latinoamericana di Diritto Penale e Criminologia, il 30 maggio 2014.

[86] Un contributo decostruttivo in questo senso può trovarsi soprattutto negli scritti di Giovanni Fiandaca, di cui cfr. per tutti FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, a cura di A. PALAZZO, Napoli, Esi, 2001, 299 ss., 303 s. (anche in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 353 ss.); ID., *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione,* in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. I, Milano, Giuffrè, 2006, 239 ss.; ID., *Prima lezione*, cit., 135 ss.

china per sillogismi, si può costruire una deontologia nuova per il giudice penale: il civilista mal sopporta vincoli ermeneutici, ma il penalista deve averli. Quella deontologia che ammette che possano esistere "illeciti interpretativi", come il caso Contrada ha esemplarmente portato all'attenzione collettiva, ma che deve previamente ammettere che non ci siano solo disposizioni ed enunciati legislativi, quanto norme scelte dall'interprete: i *prodotti* dell'interpretazione che devono essere sottoposti a vincoli e limiti sono realtà distinta dall'*attività* interpretativa.

Mentre proliferano abdicazioni parlamentari alla definizione dell'illecito, con deleghe illegittime attuate attraverso "semilavorati" legislativi[87], parte della magistratura penale italiana ha smarrito la cultura della legalità per seguire i sentieri del diritto libero, del *case law*, e del creazionismo giudiziario[88].

In questa situazione ci sono alcune *regole ermeneutiche* che il garantismo penale deve evidenziare, perché appaiono fondanti anche in chiave di recupero del principio di *ultima ratio* e di deflazione penale:

1) Occorre evitare l'argomento delle lacune da colmare. Le lacune in via interpretativa si colmano in diritto civile. In diritto penale, invece, esistono solo lacune nella non punibilità, non nella punibilità (analogia solo *in bonam partem*)[89]. Occorre passione civile in questa cultura ermeneutica del garantismo, coltivando una pratica di messa in mora del legislatore "scritta in sentenza" e pubblicata su tutte le riviste giuridiche.

2) Esiste un *test* di prova dell'analogia vietata[90]. L'interprete sa che se adotta una certa lettura della disposizione la sta riscrivendo: perché in realtà dovrebbe riscriverla il legislatore (se seguisse la vita dei suoi figli, anziché lasciarli orfani per sempre) per adattarla al suo nuovo contenuto. Quando possa ammettersi che si sarebbe costretti, onestamente, a riscrivere la stessa disposizione di legge adottando una certa sua estensione, è chiaro siamo ormai fuori dell'enunciato legislativo. La difficoltà di qualificare un'interpretazione come estensiva o analogico-creativa, cioè tale da modificare la disposizione, dovrebbe imporre di ritenerla, nel dubbio, sempre analogica (*in dubio pro analogia*)[91].

3) Questo *test* ha un riflesso sul tema della conoscibilità e prevedibilità della legge (*lex*) e del diritto (*ius*). In presenza di una mera innovazione normativa (che non altera la scrittura implicita della disposizione), potrebbe scusare non averla conosciuta (art. 5 c.p.), ma sarebbe come l'interpretazione autentica, che opera *ex tunc*; se invece essa modifica, o è dubbio che modifichi, la disposizione, allora o

[87] G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, cit., 123 s.

[88] Cfr. l'illustrazione di D. MICHELETTI, Jus contra lex. *Un campionario dell'incontenibile avversione del giudice penale per la legalità*, in questa *Rivista*, 2016, 161 ss.

[89] T. VORMBAUM, *Il diritto penale frammentario*, cit. (da *Studi di storia* etc.), 181.

[90] Descritto in *Fattispecie o* case law?, cit., § 12.

[91] Ho proposto questa regola pratica in DONINI, *Disposizione e norma*, cit., 109 ss., 113.

opera *ex nunc*, oppure si deve applicare la scusante, in caso di imprevedibilità: il fatto non era previsto dalla legge come reato, nel primo caso; il fatto non costituisce reato, nel secondo.

11. *Perché il diritto penale è una politica, e la scienza penale una piccola parte di questa politica*

Siamo giunti così a una verità su chi siamo, noi penalisti.

Non tutto ciò che è illiberale vìola le garanzie sopra descritte. L'aumento di pene, incriminazioni e carcere rendono la società più intollerante, violenta e meno liberale per definizione, ma ciò potrebbe avvenire osservando *tutte le regole del gioco*. Almeno in molti casi la censura resterebbe più politico-costituzionale che giuridico-costituzionale. O politica senza aggettivi.

Ma allora: può essere liberale il diritto penale in sé, una volta che si riduca per esempio del 50% e osservi tutti i principali principi indicati al § 1? Una volta che si riduca a un codice penale di mille incriminazioni con un ridotto novero di leggi complementari organiche al di fuori, al posto delle almeno 7000 fattispecie attuali?

Un diritto penale sempre garantista e altresì molto ridotto rispetto all'esistente potrebbe coesistere con, e semmai contribuire a rendere, una società più liberale, ma restare in se stesso uno strumento autoritario e intollerante quale è per natura[92]. Sarebbe un penale legittimo e ridotto, ma non liberale "in sé". Eppure, di fronte all'attuale *punitivismo* si capisce che apparirebbe come un *trend* liberale della società[93].

Il diritto penale è sicuramente una politica. Fissa soglie di intolleranza. Ma non è solo politica. La scienza penale – che ha compiti ricostruttivi e conoscitivi, non di mera valutazione (*supra*, § 6) – è solo una piccola parte di questa politica, perché oltre a contribuire alla conoscenza del diritto e alla sua stessa elaborazione – del *ius* riconducibile alle *leges*[94] – esprime un contropotere critico

[92] Cfr. M. DONINI, *Perché il garantismo penale non rende liberali il diritto e la pena, ma solo legittimi*, *Cass. pen*,. n. 9/2019, già in *disCrimen Rivista* 2/2019, 55 ss. V. anche in senso del tutto conforme G. FIANDACA, *Intorno al diritto penale liberale*, in *disCrimen Rivista* 2/2019, 69 ss.

[93] Di qui il *Manifesto del diritto penale liberale e del giusto processo dell'UCPI*, commentato dagli scritti cit. alla prec. nota e da altri contributi nel n. 2/2019 di *disCrimen*. Per approfondimenti di filosofia e storia del diritto penale su alcuni usi della categoria "liberal" in merito alla questione punitiva, cfr. A. SHUSTER, *Punishment and the History of Political Philosophy. From classical Republicanism to the Crisis of modern Criminal Justice*, University of Toronto Press, 2016; H. CARVALHO, *The preventive Turn in Criminal Law*, Oxford Univ. Press, 2017.

[94] Il *ius* è costituito dalla spiegazione e illustrazione dei precetti legislativi, dai commentari, ma anche dalla giurisprudenza, dal diritto extrapenale che codeteremina il penale, dalle premesse isti-

nel quadro della riduzione del penale quale contrassegno del suo statuto neoilluministico permanente[95], e rappresenta il ius nella sua funzione razionale e (de-)legittimante[96].

Come indicazione di fondo di un indirizzo garantista, occorre cercare la "salvezza" dei nostri sogni, della nostra libertà e della nostra vita, e il loro "progresso", fuori dai circuiti penalistici, e ridurre sempre più le *leges minus quam perfectae*, orientandole positivamente a forme riparatorie e di pena agìta: progetti migliorativi e non di mera privazione simmetrica. Causalità (rerum cognoscere causas) *vs*. imputazione (castigo). Questo è il messaggio più vero che può risultare dal progetto del garantismo penale, che è, così declinato, una filosofia non solo del diritto, ma anche della società civile.

tuzionali e di ordinamento dalle quali dipende l'operatività di ogni legge, e da tutto il discorso che rende razionale e non solo legittima la lex. *Amplius*, DONINI, Iura et leges, cit.

[95] Cfr. G. COCCO, a cura di, *Per un Manifesto del neoilluminismo penale*, San Giuliano Milanese, Wolters Kluwer, Cedam, 2016.

[96] Il carattere essenzialmente politico del diritto penale, detto con terminologia un po' diversa ma convergente, piuttosto che il carattere "scientifico" del suo contenuto, è un tratto ricorrente della riflessione sul tema di G. Fiandaca: lo si legga per es. in ID., *Legalità penale e democrazia*, in *Quaderni fior*., 2007, 1247 ss.; ID., *Rocco: è possibile una de-specializzazione della scienza penalistica?*, in questa *Rivista*, 2010, 179 ss. Sul punto ho sempre difeso il diritto penale come scienza, sottovalutato in alcune di quelle espressioni. Ma non ho mai pensato che il diritto penale sia solo scienza (sul "primato della politica criminale sul diritto penale" v. DONINI, *Il volto attuale del diritto penale*, cit., 75 ss.). La parte scientifica di esso è solo una trama interna a un *corpus* di leggi politiche che costituiscono la parte maggiore della *lex*. Ma di questa trama si occupano gli studiosi del penale come "*ius*", non come mera "*lex*", che senza il *ius* dell'intero sistema giuridico e scientifico (anche storico-comparato, socio-criminologico, integrato) non esiste come costruzione intellettiva, irriducibile a un nudo comando. Rammento comunque e sottoscrivo il seguente "programma" additato da Fiandaca sui rapporti tra scienza e politica (*Op.ult.cit*., 191, § 4): «*senza vantare alcuna pretesa di originalità, arrischierei l'ipotesi che una scienza penalistica adeguata al tempo presente dovrebbe soprattutto prefiggersi compiti funzionali a poter contribuire a quattro obiettivi di fondo, così sintetizzabili: a) approfondire l'analisi dei rapporti tra diritto penale e politica; b) migliorare l'interazione tra l'elaborazione dottrinale e la prassi applicativa; c) indagare più a fondo le modalità di collaborazione con le scienze empirico-sociali; d) fare più luce sui persistenti aspetti irrazionali e oscuri del fenomeno della punizione*». Analogamente ID., *Prima lezione*, cit., 191 ss.

HANNO COLLABORATO AL VOLUME

Nicolò Amore – Dottore di ricerca nell'Università della Tuscia
Costanza Bernasconi – Professore associato nell'Università di Ferrara
Federico Consulich – Professore associato nell'Università di Genova
Enrico Diciotti – Professore ordinario nell'Università di Siena
Massimo Donini – Professore ordinario nell'Università di Modena e Reggio Emilia
Gaia Fiorinelli – Allieva perfezionanda nella Scuola Superiore Sant'Anna
Alberto Gargani – Professore ordinario nell'Università di Pisa
Fausto Giunta – Professore ordinario nell'Università di Firenze
Claudia Larinni – Dottoranda di ricerca nell'Università di Firenze
Adelmo Manna – Professore ordinario nell'Università di Foggia
Grazia Mannozzi – Professore ordinario nell'Università dell'Insubria
Gabriele Marra – Professore associato nell'Università di Urbino
Gianfranco Martiello – Ricercatore nell'Università di Firenze
Dario Micheletti – Professore associato nell'Università di Siena
Gherardo Minicucci – Dottore di ricerca nell'Università di Firenze
Gaetana Morgante – Professore ordinario nella Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa
Domenico Notaro – Professore associato nell'Università di Pisa
Renzo Orlandi – Professore ordinario nell'Università di Bologna
Carlo Enrico Paliero – Professore ordinario nell'Università di Milano
Michele Papa – Professore ordinario nell'Università di Firenze
Francesca Piergallini – Avvocato del Foro di Roma
Mark Pieth – Professore nell'Università di Basilea (Svizzera)
Laura Ricci – Dottoranda di ricerca nell'Università di Pisa

JACQUELINE E. ROSS – Prentice H. Marshall Professor of Law University of Illinois (USA)
VICO VALENTINI – Professore associato nell'Università di Perugia
ANTONIO VALLINI – Professore ordinario nell'Università di Pisa

Criteri per la pubblicazione

1. Al fine di assicurare la qualità scientifica degli studi pubblicati, il Comitato direttivo di *Criminalia* si avvale del giudizio di Revisori esterni, i cui nominativi sono raccolti nella lista riportata di seguito. I Revisori ricevono, in forma anonima, gli scritti destinati alla pubblicazione. Saranno pubblicati unicamente gli scritti valutati favorevolmente da due Revisori che li hanno giudicati l'uno all'insaputa dell'altro.
2. Nel caso di pareri discordanti espressi dai due Revisori, il Direttore può richiedere una valutazione, sempre in forma anonima, a un terzo Revisore anche esterno, il cui giudizio sarà vincolante ai fini della pubblicazione o meno.
3. Sono esclusi dall'anzidetto sistema di valutazione preventiva di qualità: a) gli studi già pubblicati in riviste italiane o straniere classificate in fascia A; b) gli studi dei componenti del Comitato di direzione; c) le relazioni, le comunicazioni e gli interventi a convegni o a incontri pubblici ad essi assimilabili; d) gli scritti non giuridici; e) le recensioni di libri e i resoconti dei convegni; f) gli scritti di studiosi di elevato e riconosciuto merito scientifico e di esperti di comprovata esperienza (es. professori emeriti o onorari; studiosi italiani e stranieri di chiara fama o similari).
   La pubblicazione di tutti i contributi non sottoposti al giudizio dei revisori di cui al punto 1, è comunque subordinata al parere positivo del Comitato di direzione.
4. La documentazione relativa alla procedura di revisione di ciascun lavoro e all'approvazione unanime del Comitato di direzione è conservata a cura della Redazione di *Criminalia*.

Revisori

Giuseppe Amarelli
Giuliano Balbi
Roberto Bartoli
Elio R. Belfiore
Filippo Bellagamba
Costanza Bernasconi
Marta Bertolino
Riccardo Borsari
David Brunelli
Marcello Busetto
Alberto Cadoppi
Alberto Camon
Damiano Canale
Francesco Cingari
Carlotta Conti
Cristiano Cupelli
Francesco D'Alessandro
Giampaolo Demuro
Corrado Del Bò
Giulio De Simone
Alberto De Vita
Mariavaleria Del Tufo
Alberto di Martino
Vittorio Fanchiotti
Giovanni Fiandaca
Stefano Fiore
Giovanni Flora
Luigi Foffani
Désirée Fondaroli
Gabriele Fornasari
Ignazio Giacona
Roberto Guerrini
Giulio Illuminati
Gaetano Insolera
Isabella Leoncini
Sergio Lorusso
Claudio Luzzati
Stefano Manacorda
Adelmo Manna
Ferrando Mantovani
Luca Marafioti
Enrico Marzaduri
Oliviero Mazza
Nicola Mazzacuva
Alessandro Melchionda
Sergio Moccia
Vito Mormando
Vania Patanè
Paolo Patrono
Marco Pelissero
Davide Petrini
Nicola Pisani
Tommaso Rafaraci
Mario Ricciardi
Lucia Risicato
Mauro Ronco
Placido Siracusano
Luigi Stortoni
Valeria Torre
Giovanni Tuzet
Paolo Veneziani
Tiziana Vitarelli

Edizioni ETS
Palazzo Roncioni - Lungarno Mediceo, 16, I-56127 Pisa
info@edizioniets.com - www.edizioniets.com
Finito di stampare nel mese di novembre 2020

Edizioni ETS
www.edizioniets.com - info@edizioniets.com

Criminalia

Annuario di scienze penalistiche

www.edizioniets.com/criminalia

Direttore
Fausto Giunta

Comitato di direzione
Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Adolfo Ceretti, Cristina de Maglie, Luciano Eusebi, Alberto Gargani, Fausto Giunta, Vincenzo Maiello, Marco Nicola Miletti, Renzo Orlandi, Michele Papa, Carlo Piergallini, Francesca Ruggieri

per sottoscrivere abbonamento e per acquistare numeri arretrati

www.edizioniets.com/criminalia

ISSN 1972-3857

Primo Piano
ENRICO DICIOTTI, *La questione dell'immigrazione tra statualismo e cosmopolitismo* – CARLO ENRICO PALIERO, *La "riserva di codice" messa alla prova: deontica idealistica* versus *deontica realistica* – JACQUELINE E. ROSS, *Indagini sotto copertura negli USA e in Italia: esperienze a confronto*

Temi di fondo... *Presente e futuro del diritto penale*
MASSIMO DONINI, *Genesi ed eterogenesi "moderne" della misura e dell'unità di misura delle pene. Commento a* Carcere e fabbrica, quarant'anni dopo – ALBERTO GARGANI, Jus in latenti. *Profili di incertezza del diritto penale dell'ambiente* – GRAZIA MANNOZZI, *Sapienza del diritto e saggezza della giustizia: l'attenzione alle emozioni nella normativa sovranazionale in materia di* restorative justice – MICHELE PAPA, *La fattispecie come sceneggiatura dell'ingiusto: ascesa e crisi del diritto penale cinematografico*

Il punto su… *Problematiche di biodiritto*
ADELMO MANNA, *Esiste un diritto a morire? Riflessioni tra Corte costituzionale italiana e Corte costituzionale tedesca* – ANTONIO VALLINI, *Surrogazione di normatività. L'impianto dello sterile diritto di "gestazione per altri" in argomentazioni privatistiche*

Il punto su… *Europeismo penale*
COSTANZA BERNASCONI, *Il ruolo del giudice nel rapporto di integrazione tra diritto penale nazionale e diritto europeo* – FAUSTO GIUNTA, *Europa e diritto penale. Tra linee di sviluppo e nodi problematici* – CLAUDIA LARINNI, *Garantismo europeista: un ossimoro? A proposito dell'accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico (615-*ter *c.p.)* – GIANFRANCO MARTIELLO, *Dalla crisi della legalità "democratica" alla nuova legalità "convenzionale": un percorso sempre vantaggioso per le garanzie individuali?*

Attualità
FEDERICO CONSULICH, Actus regit tempus? *La modulazione della legalità intertemporale all'intersezione tra diritto penale e processo* – MASSIMO DONINI, *Garantismo penale oggi* – GABRIELE MARRA, *Il diritto penale della società punitiva. L'eccezione della libertà nella normalità della coercizione* – DARIO MICHELETTI, *Le forme del tempo nelle vicende modificative della legge penale* – MICHELE PAPA, Future crimes*: intelligenza artificiale e rinnovamento del diritto penale*

Antologia
NICOLÒ AMORE, *L'eredità di Mani Pulite nel contrasto alla corruzione sistemica* – GHERARDO MINICUCCI, *Dalla evasione alle evasioni. Una rilettura* – GAETANA MORGANTE, GAIA FIORINELLI, *Sul diritto penale delle relazioni negoziali complesse: la tutela della parte "vulnerabile" tra contratto e mercato* – DOMENICO NOTARO, *Le insidie della colpa nella gestione di attività pericolose lecite. La predisposizione delle pratiche ludico-sportive* – FRANCESCA PIERGALLINI, *Il "caso Ciontoli/Vannini": un enigma ermeneutico '*multichoice*'* – MARK PIETH, Goldwäsche*. Il riciclaggio dell'oro* – VICO VALENTINI, *L'autonomia della responsabilità degli enti: avanguardismi e* performances

www.edizioniets.com/criminalia

€ 50,00

ISBN-13: 978-8846759801