

lto, economia in Alfredo Rocco,

si (a cura di), *Fine del diritto?*,

l mito dello Stato nuovo dall'an-
1982, pp. 167-204.

in Alfredo Rocco, in ID., *Crisi*
anduria, Lacaita, 1983, pp.

Milano, Giuffrè, 1981.

Le categorie del 'politico', Bolo-

fascismo, Brescia, Morcellia-

IL DIRITTO PENALE NELL'ETÀ DELLO STATO COSTITUZIONALE

Maurizio Fioravanti

Lo scopo di queste brevi note è sufficientemente ambizioso. Si tratta di pervenire, in una parola, ad un'enunciazione. Ciò che vorremmo enunciare è il carattere storico fondamentale del diritto penale nel tempo attuale, che connotiamo come "età dello Stato costituzionale". La nozione di "Stato costituzionale" è utilizzata in modo crescente nella letteratura scientifica internazionale. E lo è con un significato sempre più preciso. Dalla rilevazione di questo significato prendiamo le mosse.

Per "Stato costituzionale" s'intende – ed anche noi intendiamo, con riferimento specifico al nostro piano, che è quello della storia costituzionale europea – la forma che lo Stato moderno europeo ha assunto nell'età apertasi a metà del Novecento, con le nuove Carte costituzionali, compresa quella italiana del 1947. Precisiamo ancora. Per "Stato costituzionale" non s'intende semplicemente quello Stato di diritto che ad un certo punto della sua vicenda storica – per l'appunto a metà del Novecento, trascorse le esperienze dittatoriali – si è dotato di una Costituzione rigida e di un meccanismo di controllo di costituzionalità delle leggi. Se così fosse, si potrebbe raffigurare il mutamento avviato alla metà del secolo scorso nei termini di un mero perfezionamento, come se si fosse trattato semplicemente di sopraelevare un edificio – l'edificio storico dello Stato di diritto – di un piano, aggiungendo il piano della legalità costituzionale su una struttura sostanzialmente invariata nelle fondamenta e nella pianta complessiva. Si è pensato così, nella cultura giuridica della seconda metà del Novecento, e tutto sommato si pensa ancora così. Ma non è stato così. Non è accaduto solo questo. È accaduto molto di più. Che sia accaduto molto di più, è

proprio ciò che stiamo sperimentando con sempre maggiore evidenza nel nostro tempo storico, anche sul terreno del diritto penale, come vedremo nella seconda parte della nostra relazione.

In una parola, ciò di cui sono convinto è che a metà del Novecento si sia aperta una vera e propria nuova età nella plurisecolare vicenda dello Stato moderno europeo. È per l'appunto l'età dello Stato costituzionale. Essa fa parte – si badi bene – della vicenda più complessiva dello Stato moderno europeo. Ed infatti non incliniamo in alcun modo – lo vogliamo sottolineare subito – verso quelle disinvolute soluzioni che allegramente liquidano l'esperienza del moderno, e della sua principale acquisizione, che è proprio lo Stato. E di conseguenza siamo piuttosto allergici all'uso dei "post", moderno, statuale, o altro ancora. Noi viviamo ancora quindi in quella grande esperienza, ma in una fase, in un modo ed in una forma storicamente determinata, nel nostro tempo che è diverso da quelli precedenti, ovvero dalle precedenti età che hanno segnato la multiforme e complessa esperienza dello Stato moderno europeo a partire dal quattordicesimo secolo. Altrove ho provato a riscrivere la successione storica delle forme di Stato all'interno della vicenda complessiva dello Stato moderno europeo. Non è qui il caso di ritornare su questa problematica generale. Si può però enunciare per lo meno un esito di quella ricerca. A nostro avviso, la forma di Stato che caratterizza il nostro presente non è certo simile alla più remota forma di Stato, ovvero allo Stato giurisdizionale, dominante in Europa prima della Rivoluzione, ma è ormai ben diversa anche dalla forma di Stato più recente, ovvero dallo Stato nazionale di diritto, che è la forma di Stato assunta dallo Stato moderno europeo dopo la Rivoluzione, e dominante fino alla metà del secolo ventesimo.

La differenza tra l'uno, lo Stato che abbiamo, lo Stato costituzionale, e l'altro, lo Stato che abbiamo avuto, lo Stato nazionale di diritto, è rimarchevole sotto diversi profili, tutti decisivi per la configurazione complessiva della forma di Stato. Ne enunciamo quattro.

1. Il primo punto è relativo alla qualità delle norme collocate al vertice della scala delle fonti di diritto, che sono ora le norme costituzionali di principio, che in quanto norme di principio sono prive di fattispecie. Dunque, qualcosa di ben diverso dalla precedente fonte di vertice, ovvero dalla legge della Rivoluzione e del successivo Stato liberale, generale ed

astratta, ma anche regola essa stessa, e dunque dotata di forza applicativa immediata. La Rivoluzione e lo Stato liberale realizzavano perciò i loro principi semplicemente deliberando ed applicando la legge. Lo Stato costituzionale, per realizzare i suoi principi, ha bisogno di far valere, e d'implementare, le norme di principio della Costituzione attraverso un meccanismo più fragile e complesso, che coinvolge sia il legislatore che i giudici. Lo Stato costituzionale ha un baricentro più problematico. Che è ciò che stiamo sperimentando.

2. È strettamente collegato al punto precedente. Ma deve essere messo in evidenza in modo autonomo. Si tratta del diverso rapporto tra legislazione e giurisdizione. Anche sotto questo profilo, è necessario prendere atto che ciò che si va manifestando di fronte a noi non è da intendere sempre e comunque come una patologia dello Stato di diritto. È piuttosto l'incerto e contraddittorio, ma sempre più deciso, manifestarsi di un'altra fisiologia, che è per l'appunto quella dello Stato costituzionale. Nello Stato costituzionale, la certezza del diritto non è più presunta come un portato necessario della legge, come il risultato immancabile di una pronta, sicura ed uniforme, applicazione della legge. La certezza del diritto è piuttosto da acquisire attraverso l'interpretazione, la correzione, o l'eventuale rimozione, con il controllo di costituzionalità, della legge, essenzialmente per opera della giurisprudenza, non solo costituzionale, ma anche ordinaria. In altre parole, chi ancora oggi intende far rivivere la certezza legislativa del diritto, quella che nel paradigma rivoluzionario era rivolta contro il cosiddetto "arbitrio" dei giudici, non comprende che ad essere mutato è proprio il paradigma, e che l'unica via percorribile in senso ricostruttivo è quella del dialogo tra legislazione e giurisdizione.

3. Nel paradigma dello Stato di diritto domina il principio di uguaglianza, inizialmente anche su base giusnaturalistica al tempo della Rivoluzione, e poi su base positivista, di fronte alla legge, con il suo culmine nell'età dello Stato liberale. Le nuove Costituzioni hanno allargato i confini del principio di uguaglianza – basti pensare al secondo comma dell'articolo terzo della nostra Costituzione – ma ne hanno anche mutato la struttura. Al centro di quelle Costituzioni non abbiamo più infatti l'individuo

della tradizione giusnaturalistica, o il soggetto di diritto del codice, ma la persona, che è assunta anche nella sua concreta esistenza, con riferimento alle condizioni materiali di vita, sociali, economiche, culturali. Così, il principio di uguaglianza non può più meccanicamente derivare dalla uniforme applicazione della legge imperniata sul soggetto unico di diritto, astratto e generale. Con l'avvento dello Stato costituzionale rinasce invece il grande tema della "legge ingiusta", ed una legge può essere ingiusta non solo perché troppo concreta, perché costitutiva di privilegi, o di penalità, nei confronti di un soggetto determinato, ma anche perché troppo astratta, perché pretende cioè di applicarsi in modo uniforme ad una pluralità di situazioni obiettivamente diverse. In altre parole, il principio di uguaglianza si tutela anche tenendo conto delle differenze. E se la legge sia "giusta" o meno, sotto questo profilo del giusto equilibrio tra "astratto" e "concreto", lo si può e lo si deve sindacare con il controllo di costituzionalità.

4. L'ultimo punto. La sovranazionalità, ovvero la tendenza delle norme costituzionali di principio, sconosciute alla precedente forma di Stato, ad assumere significato non solo nei confronti dell'ordinamento in cui hanno avuto origine in senso positivo, ma anche su un piano ulteriore, che è proprio quello sovranazionale, sul quale assumono diverso significato gli stessi strumenti classici del diritto internazionale, come i trattati, ed assumono ruolo e compiti nuovi soggetti istituzionali come le corti internazionali, in dialogo tra loro e con le stesse corti nazionali. Anche qui, di nuovo, troviamo dunque un rinnovato ruolo attivo della giurisdizione.

Quest'ultimo – il ruolo attivo della giurisdizione – sembra dunque essere il filo conduttore della trasformazione che stiamo analizzando, e che potremmo ora sinteticamente rappresentare nel seguente modo: prima, nella Rivoluzione e nello Stato liberale di diritto, la giurisdizione non aveva alcuna connessione diretta con la Costituzione, perché solo i rappresentanti del popolo sovrano, o della nazione, operavano per il rispetto, o per la realizzazione, dei principi costituzionali; ora, con lo Stato costituzionale, la giurisdizione si è come emancipata dalla funzione di mera applicazione della legge, e riesce dunque a "vedere" direttamente la Costituzione, ponendosi anzi, accanto alla legislazione ed alle funzioni d'in-

diritto, come l'altra funzione costituzionalmente rilevante – la *iurisdictio* accanto al *gubernaculum*, si potrebbe dire – di cui la Costituzione abbisogna per mantenere ed implementare la sua posizione di norma fondamentale. È questo spostamento in atto, nel triangolo tra Costituzione al vertice, e legislazione e giurisdizione sui due lati, che spiega perché in tutte le democrazie del nostro tempo questo sia il punto critico, ovvero quello della ricerca, a fronte della Costituzione, di un punto di equilibrio tra legislazione e giurisdizione.

Da non penalisti, pensiamo che anche il diritto penale, in questo tempo storico, che fatalmente lo coinvolge, non possa eludere questo compito, non possa dunque non intraprendere *la sua ricerca di quel punto di equilibrio*. Non possa cioè più a lungo autorappresentarsi come il custode, o la roccaforte, di una certezza del diritto di stampo quasi esclusivamente legalistico. Certo, la tradizione è in questo senso imponente, e non può tranquillamente essere liquidata sulla base di un paio di formulette. Non la possiamo certo qui riassumere. La vogliamo solo enunciare, servendoci dei celeberrimi articoli 7, 8 e 9 della Dichiarazione dei diritti del 26 agosto del 1789. È certamente d'incalcolabile rilevanza il fatto che il principio di legalità contenuto nell'articolo 7 – «Nessun uomo può essere accusato, arrestato o detenuto se non nei casi determinati dalla legge» – sia immediatamente seguito da due principi di stampo indubbiamente garantistico, come il divieto di retroattività della legge penale e la presunzione di non colpevolezza, dati rispettivamente dai successivi articoli 8 e 9. Ciò ha sicuramente favorito una lettura in senso garantistico del medesimo principio di legalità: è il diritto a presumersi nella sfera della irrilevanza penale, che deve rimanere la regola, fino a quando non si cada nella eccezione, ovvero nel compimento di un atto che in modo chiaro e netto, tipizzato e tassativo, ovvero “determinato”, sia considerato penalmente rilevante. Il fatto poi che solo la legge possa “determinare” quei casi costituisce un'ulteriore decisiva garanzia: nessuna azione potrà divenire penalmente rilevante con un semplice provvedimento, con un decreto del sovrano, o potrà divenire tale per via giudiziale, attraverso l'interpretazione della legge penale. Anzi, è in primo luogo proprio contro questo secondo possibile “arbitrio”, quello dei giudici, che è rivolto il principio di legalità – quel “determinati” dell'articolo 7 – come dimostreranno le successive disposizioni limitative

del ruolo della giurisdizione contenute nella Costituzione del 1791, del resto in sintonia con la cultura largamente antiguidiziale del modello costituzionale sottostante all'intera Rivoluzione.

È questo una sorta di marchio d'origine, che condiziona tutta la vicenda successiva del diritto penale. Che si tratti della legge come espressione della volontà generale, come nella cultura politica e costituzionale della Rivoluzione, o della legge come espressione della sovranità dello Stato e della nazione in esso rappresentata, come nel tempo successivo dello Stato liberale di diritto, la riserva di legge sul punto decisivo della scelta per la rilevanza penale di un certa azione assume comunque un significato garantistico, di essenziale tutela del valore supremo della libertà personale, diviene cioè un valore, difficile in ogni caso da relativizzare, anche solo parzialmente.

Eppure, che vi fosse un rovescio della medaglia era evidente fin dall'inizio. A tutti è noto infatti come la Rivoluzione sia stata anche altro, ovvero il punto di arrivo di un travagliato e plurisecolare processo di concentrazione del potere, contrassegnato da un'incessante lotta per la sovranità, per l'attribuzione e la titolarità dei poteri d'*imperium*, del potere d'imporre i tributi, di chiamare alle armi, di amministrare la giustizia, prima esercitati da una grande quantità di soggetti dispersi sul territorio, poi concentrati nella legge espressione della sovranità della nazione. E non v'è dubbio che tra questi poteri vi fosse anche quello che sta alla base del diritto penale, ovvero il potere di dichiarare penalmente rilevante un fatto, un'azione. Dire che questa dichiarazione può avvenire solo con la forma della legge tranquillizza fin quando la legge è intesa in primo luogo come *ratio*, e solo successivamente come *voluntas*, come accadeva nella dottrina rivoluzionaria della volontà generale, o in forme diverse nella dottrina ottocentesca del legislatore come organo dello Stato persona.

Ma possiamo dire che ciò vale anche per il Novecento? La risposta è certamente negativa, per motivi ormai a tutti noti. Disponiamo infatti ormai di un'intera biblioteca sulla trasformazione della legge nel corso del Novecento. E tutte queste analisi convergono in una direzione: si è assottigliata la differenza tra legge e provvedimento, in un quadro complessivo in cui lo Stato si espande non perché ritiene di essere più forte, ma al contrario per debolezza, per un'evidente carenza di legittimazione,

che lo costringe a rincorrere la società dovunque, nelle più minute occasioni, usando quasi indifferentemente lo strumento della legge o quello del provvedimento. Ma allora, l'antico matrimonio con la legge non è più così conveniente per il diritto penale. Non lo mette più al riparo dalle incongruenze del suo tempo, del nostro tempo. Anzi, al rimorchio della legge il diritto penale si frammenta sempre più, perdendo sempre più il filo della propria configurazione complessiva.

Così stando le cose, la *costituzionalizzazione del diritto penale* diviene una necessità, prima ancora che un'opzione di tipo valoriale, com'era nella nota linea del costituzionalismo penale prospettata nel corso degli anni Settanta. Di fronte ad una legge che non è più, in modo palesemente irreversibile, quella immaginata dai Costituenti francesi, o dai liberali del diciannovesimo secolo, e non è neppure – si badi bene – quella immaginata dai Costituenti italiani del 1947, che nella legge continuavano a raffigurare una ragione collettiva, deliberata da un Parlamento che mediante la proporzionale era ritenuto effettivamente rappresentante il popolo sovrano, si può ancora – io chiedo – reputare assolutamente insindacabile la decisione del legislatore di considerare penalmente rilevante un certo atto, anche se dotato di minima offensività, anche se quella decisione del legislatore è palesemente frutto di una logica che abusa dello strumento penale, in situazioni che potrebbero ricevere risposta adeguata con altri strumenti, diversi dal penale? E chi se non la giurisdizione, ordinaria e costituzionale, può sindacare leggi di questo tipo e tenore, sul piano della ragionevolezza?

Non credo che oggi si possa escludere una prospettiva di questo genere. Non la si è esclusa in effetti, tant'è che ormai può dirsi sviluppata una vera e propria giurisprudenza costituzionale sui contenuti della legge penale. A nostro avviso, c'è però ancora molto da fare in questa linea, proprio sul piano della ricerca di razionalità e di coerenza normativa, del contrasto all'abuso normativo, della ragionevolezza nell'uso dello strumento normativo penale. Questa è oggi la prima via, la più immediata, per la costituzionalizzazione del diritto penale. Passa, di nuovo, per un ruolo attivo della giurisdizione, costruttivo di maggiore certezza, e non di arbitrio, come per lo più si riteneva nel paradigma della Rivoluzione. Se vuole uscire dalle secche in cui si trova, il diritto penale deve accettare questa sfida, deve uscire fuori dal doppio stereotipo, nato proprio al tempo

della Rivoluzione, della legge necessaria latrice di garanzia e della giurisdizione necessaria latrice di arbitrio. Oggi, la prima, la legge, non ce la fa più, da sola, a garantire sufficienti livelli di certezza senza la seconda, senza la giurisdizione, ed in particolare senza un controllo di costituzionalità ispirato al criterio della ragionevolezza. Per questo, nel tempo dello Stato costituzionale, il diritto penale è anche e necessariamente, contro la sua stessa tradizione, un *diritto giurisprudenziale*. In altre parole, neppure il diritto penale può sottrarsi a quella evoluzione caratteristica degli ordinamenti contemporanei, che vuole che il controllo di costituzionalità non si proponga più solo, o tanto, come controllo negativo sull'assenza di contrasto tra legge ordinaria e Costituzione, quanto anche e soprattutto come riscontro positivo sulla sussistenza nella legge di quei caratteri di adeguatezza, congruenza, proporzionalità, che la scelta politica alla base della legge deve possedere per costituire *legittimo esercizio della funzione legislativa*, nel diritto penale come in ogni altro ramo dell'ordinamento.

Già abbiamo osservato come questa sia oggi una prospettiva precisa nel campo del diritto penale, che si va affermando proprio nella giurisprudenza della Corte costituzionale, anche se in modo a mio avviso ancora incerto, e qualche volta quasi imbarazzato. Andando ben al di là delle nostre competenze vorremmo citare un paio di sentenze della Corte in cui a nostro parere si manifesta in modo contorto, ma comunque ben visibile, questa problematica. In una sentenza del 1989, la numero 409, relativa alla materia della obiezione di coscienza, si legge: «Non v'è dubbio che il legislatore non è sostanzialmente arbitro delle sue scelte criminalizzatrici, ma deve, oltre che ancorare ogni previsione di reato ad una reale danosità sociale, circoscrivere, per quanto possibile, tenuto conto del rango costituzionale della libertà personale, l'ambito del penalmente rilevante, ma è anche indubbio che le valutazioni [...] attengono a considerazioni generali sulla funzione dello Stato, sul sistema e sulle sanzioni penali e particolari [...] che per loro natura sono autenticamente ideologiche e politiche e pertanto non formalmente controllabili in questa sede. La non applicazione, da parte del legislatore ordinario, dei criteri informativi di politica criminale, quale quello di "sussidiarietà", costituzionalmente sanciti, possono infatti essere censurati da questa corte solo per violazione del criterio di ragionevolezza e per indebita compressione del diritto fondamentale di libertà costituzionalmente riconosciuto».

ce di garanzia e della giuri-
a prima, la legge, non ce la
certezza senza la seconda,
a un controllo di costituzio-
Per questo, nel tempo dello
e e necessariamente, contro
ale. In altre parole, neppure
zione caratteristica degli or-
controllo di costituzionalità
ollo negativo sull'assenza di
quanto anche e soprattutto
la legge di quei caratteri di
che la scelta politica alla base
timo esercizio della funzione legi-
amo dell'ordinamento.

oggi una prospettiva precisa
ando proprio nella giurispru-
n modo a mio avviso ancora
Andando ben al di là delle
di sentenze della Corte in cui
o, ma comunque ben visibile,
989, la numero 409, relativa
legge: «Non v'è dubbio che il
lle sue scelte criminalizzatrici,
e di reato ad una reale dan-
sibile, tenuto conto del rango
bito del penalmente rilevante,
] attengono a considerazioni
ema e sulle sanzioni penali e
autenticamente ideologiche e
collabili in questa sede. La non
ario, dei criteri informativi di
rietà», costituzionalmente san-
ta corte solo per violazione del
ompressione del diritto fonda-
osciuto».

Commentiamo insieme, seguendo il filo del nostro discorso: 1. Nell'età dello Stato costituzionale nessun potere può essere più presunto come assolutamente libero, neppure quello del legislatore diretto a qualificare penalmente rilevante un determinato atto. 2. Lo Stato costituzionale non sopprime affatto questo medesimo potere, che nella sua essenza rimane politico, e dunque altamente discrezionale. 3. Tra 1. e 2. si deve realizzare un ragionevole bilanciamento, muovendo dal presupposto che la scelta criminalizzatrice dello Stato è espressione di un potere che è politico nella sua essenza, ma che non di meno è costituzionalmente disciplinato. 4. Nel realizzare questo bilanciamento si dovrà tener conto – come afferma la nostra sentenza – di quei criteri di politica criminale che sono “costituzionalmente sanciti”, come il criterio di offensività o di sussidiarietà, e che se irragionevolmente ignorati possono dar luogo ad una indebita compressione del diritto fondamentale di libertà.

Il ragionamento è esemplare. Il diritto penale non può ignorare la presenza di una nuova Costituzione che introduce nuovi criteri di politica criminale. Ma quei criteri, a loro volta, non possono e non debbono cancellare la discrezionalità politica del legislatore. Dai principi della Costituzione non può e non deve quindi discendere automaticamente e direttamente un nuovo diritto penale. Lo si è pensato soprattutto nel corso degli anni Settanta, forse un po' ingenuamente. Ma allora la cultura dominante era ancora largamente positivista, e puntava dunque tutto sulla Costituzione come legge, da imporre all'altra legge, quella ordinaria, ma mediante la legge medesima, in una linea sostanzialmente di attuazione politica della Costituzione. Oggi, oltre quella fase, ci stiamo accorgendo che il passaggio che abbiamo di fronte è invece assai più complesso ed articolato, e soprattutto che non si realizza senza la mediazione giurisprudenziale. Infatti, diviene sempre più evidente che quel bilanciamento cui prima si alludeva, e che è l'unico capace di restituirci integra, non deformata, la doppia immagine della *potestas* incriminatrice dello Stato, politica in sé, e nello stesso tempo costituzionalmente limitata, non può realizzarsi compiutamente senza il contributo decisivo della giurisprudenza, a partire dai casi concreti, perché proprio su questo terreno diviene finalmente plausibile l'esito della ragionevolezza, ovvero la configurazione di un potere nello stesso tempo ragionevolmente libero e ragionevolmente limitato.

In una successiva e più recente sentenza, la numero 394 del 2006, in

materia di reati elettorali, la Corte compie a mio avviso, a questo proposito, un consistente passo avanti. Afferma infatti l'esistenza di principi costituzionali, come quello di ragionevolezza-uguaglianza, nel caso di specie contrapposto ad un'ingiustificata disciplina legislativa di favore derogatoria di una norma comune o comunque più generale, che sono comunque superiori allo stesso principio di legalità penale inteso come garanzia del monopolio delle scelte incriminatrici da parte dello stesso legislatore. La sentenza infatti, per quanto in una logica particolare, intacca quel monopolio, e lo fa per censurare un'irragionevole trattamento penale di favore, per riaffermare dunque la presenza del controllo di costituzionalità su ogni aspetto della scelta incriminatrice, anche quando questa conduce a trattamenti più benevoli.

Le cose sono dunque in cammino. E visto che si ragionava ora della perdita progressiva di uno storico monopolio, non si potrà qui non ricordare la notissima sentenza della Corte di giustizia Europea del 13 settembre 2005, in cui dalla competenza dell'Unione in materia di tutela dell'ambiente si fa derivare la potestà di «adottare provvedimenti in relazione al diritto penale degli Stati membri», nel senso di ritenere vincolati questi ultimi ad emanare «sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive», necessarie per condurre avanti la lotta contro violazioni ambientali gravi, ritenuta dalla stessa Unione suo compito primario.

Due parole di conclusione. Il diritto penale dello Stato costituzionale non può più essere un diritto esclusivamente legale. Lo impedisce un mutamento storico ormai irreversibile, che non ci consente più d'individuare nella legge l'ideale punto di equilibrio tra *voluntas* e *ratio*, tra potenza e garanzia. Il secondo polo di quel campo di tensione deve ora essere pazientemente ricostruito volta per volta, con il contributo decisivo della giurisprudenza. La bussola di chi procede in questa opera di ricucitura è certamente la Costituzione, ma sulla base di una coraggiosa presa d'atto: che costituzionalizzare il diritto penale significa per il giurista prima di tutto accettare un maggior peso della dimensione giurisprudenziale, e dunque una messa in discussione più decisa del paradigma legalistico. Ovviamente, ciò che qui si propone non è certo una massiccia giurisprudenzializzazione del diritto penale. Vi è comunque un limite necessario ed irrinunciabile ad un processo di questo genere, che si colloca sul versante

mio avviso, a questo proposito l'esistenza di principi di congruanza, nel caso di specie legislativa di favore derogatorio generale, che sono comunque inteso come garanzia del te dello stesso legislatore. La articolare, intacca quel monotrattamento penale di favore, controllo di costituzionalità su che quando questa conduce a

to che si ragionava ora della o, non si potrà qui non ricorrere giustizia Europea del 13 settembre l'Unione in materia di tutela lottare provvedimenti in relazione nel senso di ritenere vincolati effettive, proporzionate e disubotta contro violazioni ambientali ompito primario.

ale dello Stato costituzionale e legale. Lo impedisce un mutoci consente più d'individuare *voluntas* e *ratio*, tra potenza e i tensione deve ora essere paron il contributo decisivo della n questa opera di ricucitura è di una coraggiosa presa d'at-significa per il giurista prima dimensione giurisprudenziale, cisa del paradigma legalistico. certo una massiccia giurisprununque un limite necessario ed ere, che si colloca sul versante

garantistico del principio di determinatezza, si attesta cioè su quella fondamentale conquista di civiltà, che contrassegna l'avvio stesso dell'intera età moderna, per cui la tipizzazione dell'illecito penale, e in questo senso l'intero penale sostanziale, precede il processo, e la legge, per parte sua, svolge un'insostituibile funzione costitutiva rispetto al delitto. Nello stesso tempo, si deve prendere atto che un tale orizzonte di tipo garantistico tende oggi a declinarsi in modi diversi da quelli tramandati dalla lezione illuministica e legalistica. Bisogna cioè abituarsi a distinguere la sostanza, che è l'irrinunciabile esigenza di certezza del diritto, e dei diritti, dalla forma, che è storicamente più circoscritta, e che tra la fine del diciottesimo secolo e la metà del ventesimo è stata la forma legale, con quelle determinate caratteristiche, storicamente date, con quella determinata pretesa di monopolio.

In fin dei conti, la storia del diritto penale non è iniziata con l'illuminismo e con la Rivoluzione. Non dobbiamo mai dimenticarlo. Senza tornare troppo indietro, la storia del diritto penale attraversa l'intera età moderna. Fin dall'inizio è storia del potere, espressione di sovranità, tentativo di controllo del territorio e delle persone. Ma è anche ricerca di limiti, di garanzie, espressione di un potere che si vuole moderato. Le due esigenze sono state rappresentate per lungo tempo, dalla Rivoluzione fino a noi, come necessariamente coesistenti nella legge, anzi come le due facce della legge. Ora tutto questo non funziona più. Ora, il *facere iustitiam*, lo *ius dicere*, in cui da sempre si esprime sia il lato della potenza come quello della garanzia, non lo si può presumere più, nel senso che non è più esito necessario della applicazione della legge, ma è da costruire all'interno di un meccanismo plurale e complesso, entro cui tutti debbono svolgere il loro ruolo: il legislatore, la scienza giuridica, la giurisprudenza. Un po' come accadeva -- si potrebbe dire -- nei primi secoli dell'età moderna, prima della irruzione sulla scena del paradigma legalistico, prima della riduzione in senso monistico. Insomma, un'altra certezza del diritto, storicamente difforme da quella che ci era offerta dal paradigma legalistico, rappresentabile non più come la fissazione di un punto fermo, ma come il conseguimento di una condizione di equilibrio tra forze e principi diversi, un equilibrio per sua natura dinamico e mutevole.

Un'ultima domanda, più vicina all'oggetto di questo Convegno. È un tempo di questo genere adatto per un codice? Facendo seguito alle pre-

cedenti riflessioni, la risposta è obbligata. Il nostro tempo, come qualsiasi altro, ha il dovere di ricercare lungo le proprie vie il punto di approdo principale, che rimane pur sempre quello della certezza del diritto. Non si può quindi coltivare un atteggiamento rassegnato, di mera e passiva contemplazione delle membra sempre più sparse del diritto penale. Ma non si può neppure tentare una ricodificazione seguendo vie note, come se fossimo ancora nella prima metà del secolo scorso, nel tempo dominato dal paradigma legalistico. Non si può ripristinare, in una parola. Si possono però tentare vie nuove. Soprattutto la scienza giuridica può pensare ad un tipo storico di unità dell'ordinamento diverso da quello consegnato dalla tradizione codicistica, costruito per settori, muovendo dal basso, dalla stessa giurisprudenza. Si potrebbe dire: un altro modo di codificare. Gli storici del diritto penale vanno scoprendo che la parte generale dello stesso diritto penale non è nata con i codici, tra Sette ed Ottocento, ma prima, dalla riflessione della scienza giuridica, soprattutto cinquecentesca, china a comporre un complicato mosaico fatto di una straordinaria pluralità di fonti, solo in parte di immediata derivazione politica, date cioè dalla volontà del principe, del signore territoriale. La tipicità dell'illecito penale era allora più spesso il risultato di questa paziente opera ricostruttiva piuttosto che qualcosa di iscritto nella legge politica. Nessun tempo ritorna, neppure questo. Ma non si può negare che il nostro tempo, indubbiamente figlio della Rivoluzione e dello Stato di diritto, somigli un po' anche a questo tempo più risalente, come se nella nostra contemporaneità, vocata all'elettismo, andassero mischiandosi tanti segni dell'intera età moderna, tra loro anche diversi, in origine appartenenti a secoli a noi vicini, ma anche a secoli più risalenti.

Nota bibliografica

- P. COSTA, *Pagina introduttiva (il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale)*, in *Principio di legalità e diritto penale (per Mario Sbriccoli)*, Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, 36 (2007), Milano, Giuffrè, 2007, pp. 1 e ss.

Il nostro tempo, come qualsiasi
proprie vie il punto di approdo
della certezza del diritto. Non
rassegnato, di mera e passiva
sparse del diritto penale. Ma
zione seguendo vic note, come
solo scorso, nel tempo dominato
ristinare, in una parola. Si pos-
a scienza giuridica può pensare
to diverso da quello consegna-
ber settori, muovendo dal basso,
re: un altro modo di codificare.
ndo che la parte generale dello
ici, tra Sette ed Ottocento, ma
ica, soprattutto cinquecentesca,
fatto di una straordinaria plura-
ivazione politica, date cioè dalla
e. La tipicità dell'illecito penale
aziente opera ricostruttiva piut-
politica. Nessun tempo ritorna,
e il nostro tempo, indubbiamen-
i diritto, somigli un po' anche a
nostra contemporaneità, vocata
ti segni dell'intera età moderna,
nenti a secoli a noi vicini, ma

*legalità: un campo di tensione nella
e diritto penale (per Mario Sbriccoli),
pensiero giuridico moderno, 36
ss.*

- M. DONINI, *Ragione e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta costituzionale. L'insegnamento dell'esperienza italiana*, in *Il Foro italiano*, 2001, V, pp. 29 e ss.
- ID., *La riforma del codice penale fra politica e cultura giuridica*, in *Questione giustizia*, n. 2-3, 2004, pp. 487 e ss.
- L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2007.
- G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, in *Principio di legalità e diritto penale*, cit., pp. 1247 e ss.
- ID., *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, Napoli, Edizioni Scientifiche, 2008.
- M. FIORAVANTI, *Principio di legalità e Stato di diritto*, in Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari, *Quaderno n. 5, Seminario 1994*, Torino, Giappichelli, 1995, pp. 25 e ss.
- ID., *Stato e Costituzione*, in M. Fioravanti (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2002, pp. 3 e ss.
- C. GALLI, *Delitto e politica: profili teorici e politici del loro rapporto*, in A. Gamberini e R. Orlandi (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Bologna, Monduzzi, 2007, pp. 45 e ss.
- L. LACCHÈ (a cura di, con C. Latini, P. Marchetti e M. Meccarelli), *Penale Giustizia Potere. Per ricordare Mario Sbriccoli*, Macerata, eum, 2007.
- F. PALAZZO, *Ancora sulla legalità in materia penale (storicità e universalità di un principio)*, in Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari, cit., pp. 59 e ss.

- ID., *La politica criminale nell'Italia repubblicana*, in *Storia d'Italia. Annali 12, La criminalità*, a cura di L. Violante, Torino, Einaudi, 1997, pp. 851 e ss.
- ID., *Diritto penale*, in *Giuristi e legislatori. Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto* (Atti del Convegno, Firenze 26-28 settembre 1996), Milano, Giuffrè, 1997, pp. 311 e ss.
- ID., *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1998, 2, pp. 350 e ss.
- ID., *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio fondamentale*, in *Principio di legalità e diritto penale*, cit., pp. 1279 e ss.
- M. PIFFERI, *Tiberio Deciani e le origini della 'parte generale' nel diritto penale. Ipotesi per una ricostruzione*, in *Tiberio Deciani 1509-1582. Alle origini del pensiero giuridico moderno*, Udine, Forum, 2004, pp. 177 e ss.
- ID., *Generalia delictorum. Il Tractatus criminalis di Tiberio Deciani e la 'parte generale' del diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2006.
- M. SBRICCOLI, *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, in A. Schiavone (a cura di), *Stato e cultura giuridica dall'Unità alla Repubblica*, Roma-Bari, Laterza, 1990, pp. 147 e ss.
- ID., *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, in *Storia d'Italia, Annali 14, Legge Diritti Giustizia*, a cura di L. Violante, Torino, Einaudi, 1998, pp. 487 e ss.
- ID., *Giustizia criminale*, in *Lo Stato moderno in Europa*, cit., pp. 163 e ss.
- ID., *La benda della giustizia. Iconografia, diritto e leggi penali dal medioevo all'età moderna*, in *Ordo iuris. Storia e forme dell'esperienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 43 e ss.
- ID., *Lex delictum facit. Tiberio Deciani e la criminalistica italiana nella fase cinquecentesca del penale egemonico*, in *Tiberio Deciani 1509-1582*, cit., pp. 91 e ss.

in *Storia d'Italia*. Annali 12, *La*
Einaudi, 1997, pp. 851 e ss.

o giuridico e innovazione legislativa
Convegno, Firenze 26-28 set-
t. 311 e ss.

stituzionalità sul contenuto delle leg-
gi penali, 1998, 2, pp. 350 e ss.

zione e complessità di un principio
o penale, cit., pp. 1279 e ss.

te generale' nel diritto penale. Ipotesi
1509-1582. Alle origini del pensiero
p. 177 e ss.

di Tiberio Deciani e la 'parte gene-
rale', 2006.

deologie del diritto penale nell'Italia
moderna e cultura giuridica dall'Unità alla
pp. 147 e ss.

stema penale italiano (1860-1990),
Giustizia, a cura di L. Violante,

Europa, cit., pp. 163 e ss.

to e leggi penali dal medioevo all'età
moderna. Esperienza giuridica, Milano, Giuf-

riminalistica italiana nella fase cinque-
centesca 1509-1582, cit., pp. 91 e ss.

Id., *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, Mi-
lano, Giuffrè, 2009 (che raccoglie anche i saggi del medesimo Autore
precedentemente citati).