

Libertà personale e incriminazione penale: studio sulla portata garantista dei diritti fondamentali

Marco Dani¹

(Versione provvisoria)

Sommario:

I. Introduzione

II. La portata garantista dei diritti fondamentali nel dibattito teorico

1. Diritti fondamentali in senso forte
2. Diritti fondamentali garantiti in sede politica
3. Diritti fondamentali come principi

III. Un'applicazione: incriminazione penale e libertà personale

1. Legalità costituzionale e incriminazione penale
2. Fenomenologia del populismo penale
 - A. Inasprimento sanzionatorio
 - B. In costante polemica con l'ordinamento vigente
 - C. Tempistica
 - D. Simbolismo penale
 - E. Dalla parte di Abele
 - F. I soliti sospetti
 - G. Rimozione della libertà personale e complesso accusatorio
 - H. Sussidiarietà e meritevolezza della pena come risorse di opposizione politica
- I. Sfiducia nei confronti del giudice e svalutazione della legalità costituzionale
3. Il limitato potenziale correttivo della giurisprudenza costituzionale

IV. Diritti fondamentali senza illusioni

¹ Facoltà di Giurisprudenza, Università di Trento. Si ringrazia per la preziosa collaborazione Giulia Pederzoli.

I. Introduzione

L'aspirazione a limitare l'esercizio del potere politico costituisce un motivo ricorrente del pensiero liberale ed un tratto distintivo degli ordinamenti costituzionali che si rifanno a quella particolare tradizione politica e giuridica². La tutela dei diritti fondamentali svolge un ruolo essenziale a questo riguardo³, anche se la loro attitudine e la loro effettiva capacità a porsi ad argine del potere politico rimangono questioni controverse tanto nel dibattito teorico quanto nella prassi.

Questo saggio sviluppa una riflessione critica sull'effettiva capacità dei diritti fondamentali di adempiere alla loro funzione di garanzia nei confronti degli arbitri e degli abusi del potere politico, utilizzando come banco di prova la libertà personale quale limite alla potestà incriminatrice statale. In esito ad un percorso argomentativo alimentato da spunti teorici ed analisi empirica, si giunge a sostenere che non è opportuno coltivare troppe illusioni in merito all'effettiva portata garantista dei diritti fondamentali. Rispetto al potere di incriminazione penale, la libertà personale innalza un argine piuttosto precario che il potere politico, anche quando ispirato da motivazioni tutt'altro che coerenti con il disegno costituzionale, riesce piuttosto agevolmente a valicare. Uno sguardo disincantato sul ruolo dei diritti fondamentali nella prassi legislativa e nella giurisprudenza costituzionale porta comunque a suggerire, in conclusione, alcune soluzioni che potrebbero essere sperimentate per incrementarne la portata garantista.

La trattazione si apre con una sintetica ricostruzione del dibattito teorico sulla funzione di garanzia dei diritti fondamentali (sezione II). A far da sfondo alla discussione sull'effettiva capacità della libertà personale di limitare il potere di incriminazione penale, si intravedono infatti impostazioni teoriche notevolmente divergenti. Tra le diverse prospettazioni avanzate dalla dottrina, il saggio si sofferma in particolare sulla concezione dei diritti in senso forte, secondo cui i diritti andrebbero intesi come limite invalicabile per il potere politico (II.1); sulla critica a questa concezione, elaborata da quanti ritengono che la garanzia dei diritti possa e debba essere assicurata esclusivamente in sede politica (II.2); e sulla posizione intermedia di chi sostiene che la garanzia dei diritti si risolva in limiti diretti ad assicurare un esercizio proporzionato del potere politico (II.3).

La riflessione teorica generale diviene quindi oggetto di una verifica sul campo, incentrata sul rapporto tra libertà personale e incriminazione penale (sezione III). Dopo aver esaminato i principi costituzionali rilevanti in materia e le principali posizioni teoriche sviluppate al riguardo dalla dottrina (III.1), il saggio propone una ricostruzione dei più recenti orientamenti di politica criminale così come emergenti da una serie di provvedimenti legislativi approvati nell'ultima decade (III.2). L'analisi empirica così condotta porta ad evidenziare un uso demagogico del diritto penale, già qualificato in dottrina come 'populismo penale', che si discosta in maniera significativa dalla concezione costituzionale del reato e della pena. Lo studio dei dibattiti parlamentari relativi a questi provvedimenti legislativi documenta la vulnerabilità dei diritti nel processo legislativo ordinario e ne dimostra la sostanziale incapacità a contrastare la diffusione di questo orientamento di politica criminale. Un po' più promettente, ma in fin dei conti comunque deludente, è la verifica della

² Si veda A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America* [1835] (BUR, 1996), 257-259.

³ Assieme al principio di separazione dei poteri, cfr. art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'Uomo e del Cittadino (1789).

portata garantista dei diritti nella giurisprudenza costituzionale (III.3). Se è vero infatti che in questa sede l'applicazione dei principi costituzionali permette di censurare le scelte legislative più abnormi e irrazionali, è vero anche che il potenziale correttivo della giurisprudenza costituzionale è ridotto e, in fin dei conti, insoddisfacente. Nell'ambito dell'incriminazione penale, il legislatore gode di margini di discrezionalità molto estesi, in larga misura connessi alle caratteristiche strutturali del controllo di legittimità costituzionale.

Ecco perché appare prudente non nutrire illusioni rispetto all'effettiva portata garantista dei diritti fondamentali (sezione IV). Un atteggiamento disincantato rispetto alle potenzialità dei diritti non porta inevitabilmente alla rassegnazione o ad una riconciliazione con l'esistente. In conclusione, il saggio ipotizza una risposta realista a fenomeni come il 'populismo penale'. Tanto il giudizio di legittimità costituzionale quanto il procedimento legislativo possono essere oggetto di sperimentazioni sul fronte dell'applicazione del principio di proporzionalità e della garanzia politica dei diritti che potrebbero rafforzare la garanzia della libertà personale nei confronti dell'incriminazione penale.

II. La portata garantista dei diritti fondamentali nel dibattito teorico

Il dibattito teorico sulla capacità dei diritti di limitare il potere politico registra una pluralità di posizioni che, pur condividendo una serie di assunti comuni, si distinguono rispetto ad una serie di questioni controverse. Se infatti un po' tutte le teorie aderiscono all'idea che un ordine democratico legittimo e funzionale richiede la limitazione del potere politico e la garanzia dei diritti fondamentali⁴, notevoli divergenze si riscontrano in merito alla ricostruzione della natura e, di riflesso, delle proprietà operative delle disposizioni costituzionali che riconoscono i diritti. Simili differenze corrispondono ad altrettanto diverse concezioni della democrazia e della costituzione, sicché il tema della portata garantista dei diritti fondamentali si trova inevitabilmente intrecciato a discussioni riguardanti la maggiore o minore rilevanza delle garanzie politiche nella tutela dei diritti, la funzione del controllo di legittimità costituzionale e gli standard di giudizio utilizzabili in questa sede.

Non è obiettivo di questo saggio elaborare un quadro esaustivo e dettagliato delle posizioni che alimentano il dibattito teorico sulla natura dei diritti fondamentali. Quanto segue, perciò, non va inteso come trattazione completa e dettagliata di contributi teorici che richiederebbero analisi ben più approfondite. La loro sintetica esposizione va piuttosto considerata in funzione essenzialmente introduttiva e strumentale al tema oggetto del saggio. L'obiettivo è infatti quello di tracciare una serie di coordinate teoriche con cui successivamente si potrà più agevolmente affrontare il tema del rapporto tra libertà personale ed incriminazione penale.

1. Diritti fondamentali in senso forte

La prima concezione di cui è utile dar conto è quella dei diritti fondamentali in senso forte, così come sviluppata nelle teorie di Ronald Dworkin e Luigi Ferrajoli. Entrambi questi autori considerano la garanzia dei diritti come condizione imprescindibile di un

⁴ M. LOUGHLIN, *Sword & Scales. An Examination of the Relationship Between Law & Politics* (Hart Publishing, 2000), 3-4. Cfr. anche L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, 55, 2771.

ordine giuridico e politico democratico⁵. I diritti fondamentali assurgono al rango di norme basilari che consentono la discussione e la decisione di questioni politiche all'interno di una comunità. E' infatti attraverso la promessa alla minoranza che la sua dignità ed eguaglianza saranno sempre rispettate che la maggioranza ottiene la legittimazione necessaria ad imporre le proprie scelte politiche⁶.

Se questa è la funzione svolta dai diritti in una democrazia, la loro tutela non può allora essere lasciata alla mercé della classe dominante. Ne discende un esplicito rifiuto da parte degli autori richiamati delle concezioni maggioritarie della democrazia, ovvero di quelle concezioni ove la comunità si trova a dover accettare che la concreta misura della tutela dei diritti sia definita dalla maggioranza politica di turno⁷. Concepire i diritti in senso forte significa per essi accogliere una concezione costituzionale della democrazia, in cui i diritti fondamentali sono elevati al rango di entità autonome il cui contenuto è svincolato e prevalente sul circuito legislativo ordinario⁸. Intesi in questo senso, i diritti divengono entità che, in caso di conflitto, si impongono inderogabilmente sul potere legislativo⁹. Attribuire un significato forte ai diritti, infatti, può voler dire rinunciare in alcune circostanze a determinati benefici di utilità generale¹⁰. Se si riconoscesse allo Stato il potere di limitare i diritti appellandosi all'interesse collettivo, la loro esistenza sarebbe messa a repentaglio, vanificando la promessa della maggioranza alla minoranza su cui, come detto, si fonda l'ordine democratico¹¹.

Sulla base di queste considerazioni, si comprende allora perché la concezione forte dei diritti fondamentali ne valorizzi la dimensione giuridica e la giustiziabilità. In questa prospettiva, l'applicazione delle norme costituzionali non è presentata come attività qualitativamente diversa dall'applicazione delle norme legislative¹². A poco importa, infatti, che i diritti costituzionali siano formulati con linguaggio vago ed in forma di principi: la loro applicazione, come del resto l'applicazione delle norme legislative, si esaurisce nell'attività di interpretazione affidata al giudice¹³. Nell'accostarsi al testo costituzionale, quest'ultimo dovrebbe procedere ad un tipo di interpretazione morale, ovvero riempire le clausole generali ricorrendo esplicitamente a principi morali di

⁵ R. DWORKIN, *Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise*, in Id., *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution* (Oxford University Press, 1996), 24. Cfr. anche L. FERRAJOLI, supra n. 4, 2784.

⁶ R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously* (Duckworth & Co Ltd, 1978), 205.

⁷ R. DWORKIN, supra n. 5, 16.

⁸ Ibidem, 17. Vedi anche L. FERRAJOLI, supra n. 4, 2782-2783, ove si osserva che la costituzione è fonte di limiti, le cui violazioni danno vita ad antinomie, e vincoli, le cui inadempienze danno vita a lacune.

⁹ Osserva enfaticamente L. FERRAJOLI, supra n. 4, 2781, che «il costituzionalismo giuridico ha così soppresso l'ultima forma di governo degli uomini: quella che nella tradizionale democrazia rappresentativa si manifestava nell'onnipotenza della maggioranza».

¹⁰ R. DWORKIN, supra n. 6, 191-193 e 199.

¹¹ Ibidem, 194.

¹² Sostiene infatti L. FERRAJOLI, supra n. 4, 2800, che «proprio perché i diritti fondamentali sono universali (*omnium*), essi consistono in norme, interpretabili pur sempre come regole, cui corrispondono doveri assoluti (*erga omnes*) parimenti consistenti in regole». Il riconoscimento o meno del carattere peculiare dei principi costituzionali costituisce il *discrimen* fondamentale tra concezioni dei diritti basate sul bilanciamento (su cui cfr. *infra* II.3) o sull'interpretazione costituzionale, cfr. R. ALEXY, *Constitutional Rights, Balancing and Rationality*, in *Ratio Juris*, 2003, 16, 132.

¹³ L. FERRAJOLI, supra n. 4, 2806.

natura astratta¹⁴. Nel contesto della costituzione degli Stati Uniti d'America, ad esempio, il giudice sarebbe autorizzato ad applicare la costituzione facendo riferimento ad idee politiche e giuridiche riguardanti l'eguaglianza e la dignità degli individui¹⁵.

L'interpretazione morale della costituzione, quand'anche diretta ad invalidare le scelte operate dal legislatore, non darebbe origine a giudizi arbitrari. Secondo Dworkin, l'interpretazione dei principi costituzionali incontra limiti nella storia costituzionale e nel dovere di integrità dei giudici¹⁶. L'interpretazione morale, pertanto, non finirebbe per riflettere le convinzioni personali dei giudici, dovendosi porre in continuità con i precedenti ed in armonia con la struttura della costituzione¹⁷.

Concepita nell'orizzonte dell'applicazione di diritti intesi come entità dotate di consistenza autonoma prevalenti sulle scelte del legislatore, l'interpretazione della costituzione è attività incentrata sulla definizione del contenuto e dell'ambito applicativo dei diritti fondamentali¹⁸. Da decisioni in merito ai confini e ai contenuti dei diritti dipende, in definitiva, la legittimità delle scelte politiche effettuate in sede legislativa. Laddove infatti la legislazione finisca per interferire e contrastare con un principio costituzionale, difficile sarebbe sfuggire ad un giudizio definitivo di incostituzionalità. Per le ragioni sopra enunciate, gli autori considerati esprimono infatti un deciso scetticismo rispetto ad eventuali operazioni di bilanciamento dei diritti¹⁹. Solo in presenza di ragioni cogenti e coerenti con la garanzia dei diritti se ne ammette la limitazione²⁰. Per poter procedere in questa direzione, non sarebbe infatti sufficiente avanzare ragioni connesse al perseguimento di un obiettivo collettivo. Secondo Dworkin, la limitazione dei diritti sarebbe giustificabile solo per tre ordini di motivi²¹: quando si dimostri che le interferenze della legislazione con un diritto sono deboli e non ne mettono in pericolo la tenuta; quando sia in questione la tutela di un diritto concorrente ritenuto di maggiore importanza e, infine, quando la tutela del diritto implica un costo per la società che va molto al di là del costo da quest'ultima originariamente preventivato per la sua tutela²². Ma al di là di queste situazioni

¹⁴ R. DWORKIN, supra n. 5, 2 e 7. Sul punto la posizione di Ferrajoli si distanzia notevolmente da quella di Dworkin per esprimere preoccupazione rispetto all'attivismo giudiziario e ad i suoi effetti sul principio di separazione dei poteri. Osserva infatti l'A. che «la legittimità della giurisdizione si fonda infatti [...] sul carattere quanto più possibile cognitivo della sussunzione e dell'applicazione della legge, dipendente a sua volta, ben più che dalla sua formulazione come regola, dal grado di tassatività e di determinatezza del linguaggio legale; mentre l'indeterminatezza normativa e la conseguente discrezionalità giudiziaria sono sempre un fattore di delegittimazione dell'attività del giudice» (L. FERRAJOLI, supra n. 4, 2813).

¹⁵ Ibidem, 7-8.

¹⁶ Coerente con questa posizione pare l'opinione espressa da A. BARAK, *The Judge in a Democracy* (Princeton University Press, 2006), 95, secondo cui «the judge gives expression to the values of the constitution as they are understood by the culture and tradition of the populace in its progress through history».

¹⁷ R. DWORKIN, supra n. 5, 8-11.

¹⁸ S. GARDBAUM, *Limiting Constitutional Rights* in *UCLA Law Review*, 2007, 54, 800-801.

¹⁹ Secondo R. DWORKIN, supra n. 6, 198-199, il modello del bilanciamento dei diritti sarebbe basato sulla confusione tra diritti individuali e diritti della società. Secondo L. FERRAJOLI, supra n. 4, 2807, il bilanciamento avrebbe come conseguenza lo svuotamento e la disapplicazione delle norme costituzionali.

²⁰ R. DWORKIN, supra n. 6, 200.

²¹ Ibidem, 193-194.

²² Ibidem, 200.

eccezionali, compito del giudice è assicurare la garanzia dei diritti, pena il loro depotenziamento e la sostanziale vanificazione della rigidità della costituzione²³.

2. Diritti fondamentali garantiti in sede politica

La concezione dei diritti fondamentali in senso forte può esercitare un indubbio fascino in quanti hanno a cuore le sorti dei diritti e sono attratti da una concezione garantista della democrazia. Non sfuggono tuttavia i rischi connessi ad una simile impostazione teorica: davvero i diritti fondamentali vanno garantiti sempre anche a discapito dell'interesse collettivo? Davvero l'interpretazione morale della costituzione si sottrae a valutazioni arbitrarie del giudice? E' chiaro che se così non fosse, la concezione forte dei diritti si esporrebbe a critiche radicali poiché la costituzione, una volta sottoposta ad interpretazione di parte, finirebbe per trasformarsi da strumento di garanzia e convivenza in strumento di arbitrio e potenza²⁴.

Particolarmente sensibile a quest'ultimo pericolo è la critica alla concezione costituzionale dei diritti elaborata da Jeremy Waldron. Anche questo autore concepisce i diritti fondamentali come prescrizioni perentorie che, se garantite in sede giurisdizionale, finirebbero per disabilitare l'esercizio del potere legislativo²⁵. Proprio paventando le idiosincrasie connesse all'interpretazione costituzionale, Waldron sviluppa una teoria dei diritti fondamentali diametralmente opposta a quella avanzata da Dworkin e Ferrajoli.

Si badi, Waldron non esprime una posizione scettica in merito alla tutela dei diritti né intende contestarne il ruolo costitutivo all'interno di un ordinamento democratico²⁶. Il suo obiettivo è piuttosto quello di criticare la scelta di affidarne la tutela alle corti²⁷. L'opposizione di Waldron al controllo di costituzionalità si fonda sulla realistica constatazione che l'interpretazione dei diritti è fisiologicamente esposta a conflitti che le dichiarazioni dei diritti lasciano in larga misura irrisolti²⁸. Questo dato della realtà lo porta a discostarsi dalla concezione costituzionale dei diritti proposta da Dworkin: è illusorio pensare che il circuito democratico si basi su una serie di diritti fondamentali che, una volta univocamente definiti, risulterebbero esclusi dal gioco democratico-maggioritario. Non esiste infatti una teoria sostanziale dei diritti condivisa da diversi settori della società che consenta di isolare i diritti dal confronto democratico²⁹. Anche

²³ L. FERRAJOLI, supra n. 4, 2801-2805.

²⁴ G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale* (il Mulino, 2012), 101.

²⁵ J. WALDRON, *Law and Disagreement* (Oxford University Press, 1999), 217-221.

²⁶ J. WALDRON, *The Core of the Case against Judicial Review*, in *The Yale Law Journal*, 2006, 115, 1366; J. WALDRON, supra n. 25, 214-215.

²⁷ In particolare bersaglio della critica di Waldron sono le forme forti di controllo di costituzionalità, cfr. J. WALDRON, supra n. 26, 1354. L'A. pare invece più aperto nei confronti di forme di controllo di costituzionalità deboli come quella instaurata nel Regno Unito con lo *Human Rights Act (1998)*, cfr. *Ibidem*, 1356-1357 e 1370. Sulla distinzione tra forme forti e deboli di controllo di costituzionalità, si veda M. TUSHNET, *Alternative Forms of Judicial Review*, in *Michigan Law Review*, 2003, 101, 2781-2802. Per una ricostruzione e valutazione alla luce della prassi applicativa delle forme deboli di controllo di costituzionalità si veda S. GARDBAUM, *Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2010, 8, 167-206.

²⁸ J. WALDRON, supra n. 26, 1366-1370.

²⁹ J. WALDRON, supra n. 25, 245. In una società pluralista il massimo risultato a cui si può ambire è un "consenso conflittuale" ed uno "spazio simbolico comune" tra avversari politici, cfr. C. MOUFFE, *On the Political* (Routledge, 2005), 52.

le dichiarazioni dei diritti risentono di questo fatto, come comprovato dalla persistente incertezza sussistente in merito allo specifico significato delle norme costituzionali³⁰. A causa del loro pluralismo, le società contemporanee sono nella migliore delle ipotesi contraddistinte da un insieme di individui che in buona fede cercano di individuare il significato dei diritti costituzionali³¹. Ma se così è, è tutto da dimostrare che il controllo di costituzionalità costituisca la procedura preferibile per decidere le questioni riguardanti la tutela dei diritti.

Due sono le criticità fondamentali del controllo di costituzionalità identificate da Waldron. In primo luogo, la garanzia giurisdizionale dei diritti ed il linguaggio tecnico impiegato dalle corti avrebbe l'effetto di distrarre i cittadini dalla sostanza dei conflitti generati dai diritti fondamentali³². In secondo luogo, il controllo di costituzionalità, soprattutto se paragonato alle deliberazioni legislative, risulterebbe carente sul fronte della legittimazione democratica in quanto incapace di farsi sufficientemente carico del valore dell'eguaglianza politica dei cittadini³³. Meglio quindi affidarsi alle virtù democratiche delle assemblee legislative, ritenute da Waldron sufficientemente attrezzate per affrontare in modo responsabile le questioni relative ai diritti anche senza il supporto tutelare delle corti³⁴.

Occorre a questo punto precisare che la riabilitazione dei parlamenti e delle garanzie politiche dei diritti fondamentali operata da Waldron non è incondizionata. A suo giudizio, i parlamenti possono essere sedi adeguate per la trattazione di questioni attinenti ai diritti fondamentali solo se sussistono quattro condizioni: devono esistere istituzioni rappresentative ragionevolmente funzionanti; il circuito delle corti ordinarie deve funzionare regolarmente; la maggior parte dei membri di una società (e, quindi, anche i loro rappresentanti) deve dimostrare una sufficiente sensibilità rispetto alla garanzia dei diritti individuali e a quelli delle minoranze; nonostante questo, la definizione della sostanza dei diritti rimane una questione che suscita conflitti tra parti della società egualmente motivate rispetto alla protezione dei diritti³⁵. In presenza di queste condizioni, dice Waldron, i parlamenti presentano vantaggi indiscutibili rispetto alle corti. Anzitutto sono i parlamenti (e non le corti) le istituzioni a cui l'ordinamento attribuisce in maniera diretta e pubblica la funzione di produrre diritto³⁶. In secondo luogo, i parlamenti rispondono ad un modello di legittimazione democratica ascendente che le corti difficilmente sono in grado di eguagliare³⁷. In terzo luogo, i parlamenti permettono di riflettere le diversità di punti

³⁰ Ibidem, 260-270.

³¹ J. WALDRON, supra n. 26, 1400.

³² Ibidem, 1381-1386.

³³ Ibidem, 1386-1395. In un'altra variante di questa impostazione teorica, la legittimità democratica delle corti è posta in dubbio vista la loro (supposta) propensione a garantire gli interessi di élite che si sentono minacciate dalle scelte compiute all'interno dei circuiti democratico-rappresentativi, cfr. R. HIRSCHL, *The Political Origins of the New Constitutionalism*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2004, 11, 89-90. Per osservazioni critiche in merito a questa posizione, cfr. C. CLOSA, Review "R. Hirschl, Towards Juristocracy", in *International Journal of Constitutional Law*, 2006, 4, 581-586.

³⁴ J. WALDRON, supra n. 26, 1349.

³⁵ Ibidem, 1359-1369.

³⁶ J. WALDRON, *Representative Lawmaking*, in *Boston University Law Review*, 2009, 89, 336-340.

³⁷ J. WALDRON, supra n. 25, 53-55. I parlamenti costituiscono la sede privilegiata per la garanzia del diritto di partecipazione, cfr. Ibidem, 232.

di vista, di interessi e di conoscenze riscontrabili all'interno della società³⁸. I parlamenti promuovono rappresentanza e deliberazione, contribuendo a convogliare nei procedimenti decisionali la pluralità di interessi riscontrabili nella società e ad integrarli in vista del conseguimento di obiettivi collettivi³⁹. E' su questa base che Waldron elabora la propria difesa del principio di maggioranza, che a suo dire assicurerebbe la possibilità di pervenire ad una decisione democratica senza pretendere di far evaporare il conflitto⁴⁰.

Ma come rispondere all'obiezione di quanti vedono in una concezione maggioritaria della democrazia l'anticamera dell'arbitrio nella forma della tirannia della maggioranza? Chi difende una concezione maggioritaria della democrazia ritiene in linea di principio esagerati o fuorvianti questi timori⁴¹. Waldron, per esempio, osserva che l'invocazione della tirannia della maggioranza spesso non è riferita ad intollerabili violazioni dei diritti, ma maschera piuttosto un disaccordo essenzialmente politico rispetto all'esito di un procedimento deliberativo deciso a maggioranza⁴². Questo non porta l'autore ad escludere del tutto l'eventualità che la tirannia della maggioranza non possa effettivamente concretizzarsi. Ma in queste circostanze, si difende Waldron, ci troveremmo in carenza di una delle condizioni su cui si basa la sua teoria dell'autosufficienza delle assemblee legislative e delle garanzie politiche⁴³. Dovesse questo verificarsi, Waldron ammette che il controllo di costituzionalità potrebbe contribuire alla protezione dei diritti fondamentali, ma anche in questa ipotesi i suoi benefici sarebbero più asseriti che comprovati⁴⁴. Insomma, in linea di principio per Waldron tutto è e deve essere in gioco in una democrazia⁴⁵. Così anche la sorte dei diritti, da affidare più che all'attività delle corti, alla cultura politica e al *self-restraint* del legislatore⁴⁶.

3. Diritti fondamentali come principi

Rispetto alle impostazioni antitetiche fin qui illustrate⁴⁷, la concezione dei diritti fondamentali come principi si situa in posizione intermedia. Dell'idea di diritti fondamentali in senso forte questa impostazione salvaguarda in qualche misura la loro autonomia e preordinazione nei confronti del circuito legislativo ordinario. Al contempo, nel concepire la costituzione in stretta relazione con il pluralismo assiologico esistente nella società⁴⁸, questa posizione pare almeno in parte farsi carico

³⁸ J. WALDRON, supra n. 36, 343-345.

³⁹ Ibidem, 345-354.

⁴⁰ J. WALDRON, supra n. 25, 99-102. Il procedimento legislativo permette di elaborare un testo che si legittima proprio come risultato di uno sforzo collettivo effettuato nelle circostanze conflittuali della politica.

⁴¹ R. HIRSCHL, supra n. 33, 71-72.

⁴² J. WALDRON, supra n. 26, 1398.

⁴³ Ibidem, 1398.

⁴⁴ Ibidem, 1401-1406.

⁴⁵ J. WALDRON, supra n. 25, 302-306.

⁴⁶ Ibidem, 306-311. Così dicendo, pare che Waldron si inserisca nel solco di una tradizione di pensiero giuridico risalente al pensiero di Locke e Mill, cfr. M. LOUGHLIN, supra n. 4, 155-156.

⁴⁷ M. LOUGHLIN, supra n. 4, 9-12 e 218, dove si distinguono due analoghe concezioni del diritto (*law as right* e *law as command or instrument of government*).

⁴⁸ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite* (Einaudi, 1992), 11-16, e R. BIN, *Che cos'è la Costituzione?*, in *Quaderni Costituzionali*, 2007, XXVII, 22-25 e 29-30.

delle preoccupazioni sottostanti alla concezione politica dei diritti fondamentali, finendo così per attenuare il rischio che la costituzione possa essere usata come uno strumento di parte⁴⁹.

Per i fautori di questa impostazione teorica⁵⁰, solo un esiguo numero di diritti fondamentali è espresso in forma di regole⁵¹. Di norma, le costituzioni concepiscono i diritti come principi, ovvero come norme qualitativamente diverse da quelle contenute nella legislazione in ragione del loro maggior grado di indeterminazione⁵². Caratteristica tipica dei principi costituzionali è infatti quella di essere suscettibili di una pluralità di interpretazioni e di applicazione graduata⁵³. Se in passato l'indeterminatezza dei principi ha indotto un certo scetticismo in merito alla possibilità di assicurarne l'applicazione in sede giurisdizionale⁵⁴, nel presente essa è apprezzata quale garanzia di apertura della costituzione alla società e alla politica⁵⁵.

Ed è proprio grazie alla loro apertura che i diritti fondamentali riescono ad esprimere la propria dimensione relazionale⁵⁶. Intesi come principi costituzionali, i diritti non appaiono più come entità monolitiche isolate in perenne relazione dialettica con la politica. Certo, nel loro nucleo essenziale, essi continuano ad esprimere le aspirazioni più profonde di una comunità politica e, come tali, mantengono una propria autonomia e distanza critica rispetto al circuito politico ordinario. Ma per il resto, i diritti fondamentali vivono in un'incessante relazione con la realtà, alimentandosi di istanze sociali e politiche che ne ridefiniscono continuamente il contenuto concreto. All'interno di questa concezione, si ritiene perciò fisiologico che la legislazione, nel perseguire obiettivi di utilità generale, possa limitare i diritti fondamentali. I diritti come principi non sono entità granitiche che si impongono inderogabilmente sulla legislazione; essi sono piuttosto entità più malleabili la cui effettiva consistenza⁵⁷, se si eccettua il loro nucleo essenziale intangibile, è rimessa ad operazioni di bilanciamento⁵⁸.

Si può cogliere qui una significativa differenza tra la concezione dei diritti fondamentali come principi e la loro concezione in senso forte. Mentre quest'ultima, come si è visto⁵⁹, pone una forte accento sul momento definitorio e sulla rigorosa interpretazione del testo costituzionale, la prima si affida a tecniche di ponderazione

⁴⁹ S. GARDBAUM, supra n. 18, 823.

⁵⁰ Il punto di riferimento principale è costituito dalle teorie di Robert Alexy (R. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights* (Oxford University Press, 2002)). Tuttavia, questa concezione trova ampi riscontri soprattutto nell'Europa continentale ispirando una pluralità di varianti di cui non è possibile qui dare conto in maniera esaustiva.

⁵¹ M. KUMM, *The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review*, in *European Journal of Legal Studies*, 2007, 1, 157.

⁵² R. ALEXY, supra n. 50, 47-48.

⁵³ Ibidem.

⁵⁴ C. SCHMITT, *Dottrina costituzionale* [1928] (trad. it. A. Caracciolo, Giuffrè, 1984), 52-57.

⁵⁵ R. BIN, supra n. 48, 23-24. La capacità di favorire l'integrazione dei principi costituzionali era già stata evidenziata da R. SMEND, *Costituzione e diritto costituzionale* [1928] (trad. it. F. Fiore e J. Luther, Giuffrè, 1988), 103.

⁵⁶ Così, ad esempio, A. BARAK, supra n. 16, 83: «human rights are the rights of a human being as part of society. The rights of the individual must conform to the existence of society, the existence of a government, and the existence of national goals».

⁵⁷ G. PINO, *Proporzionalità, diritti, democrazia*, in *Diritto e Società*, 2014, 3, 60X.

⁵⁸ S. GARDBAUM, supra n. 18, 791-792.

⁵⁹ Cfr. supra II.1.

degli interessi che in misura significativa prescindono dall'attività interpretativa⁶⁰. In questa prospettiva, la portata normativa dei principi e, di riflesso, la portata garantista dei diritti fondamentali ammette graduazioni e limitazioni che, se da un lato ne rendono meno chiaro il contenuto prescrittivo, dall'altro contribuiscono ad attenuarne l'impatto debilitante sui processi di decisione politica⁶¹. E' doveroso infatti precisare che il bilanciamento è attività anzitutto affidata al legislatore⁶², chiamato ad individuare gli obiettivi collettivi ed a predisporre i mezzi per il loro conseguimento. Già in questa fase il legislatore è tenuto a considerare i limiti costituzionali e a ridurre l'impatto della legge nei loro confronti⁶³. Solo in un momento successivo l'operazione di bilanciamento può essere espletata dalle corti⁶⁴, chiamate ad un compito più modesto diretto a verificare se la soluzione normativa concepita in sede politica si colloca all'interno delle soluzioni ammesse dal dettato costituzionale⁶⁵.

Più nello specifico, il giudizio di bilanciamento è normalmente strutturato in due fasi⁶⁶. La prima è condotta con gli strumenti dell'interpretazione giuridica ed è diretta a verificare se la legislazione integri una violazione *prima facie* del diritto fondamentale in questione. Qualora questo si verifichi, si apre una seconda fase nella quale la corte è chiamata a valutare la fondatezza delle giustificazioni avanzate dal legislatore alla luce del principio di proporzionalità e/o ragionevolezza. Come nello scenario dei diritti fondamentali in senso forte, anche qui il legislatore si imbatte in limiti giuridici di natura essenzialmente negativa⁶⁷. Tuttavia, nell'applicazione dei principi costituzionali, le corti difficilmente arrivano ad usurpare il ruolo del decisore politico sostituendo alla legge soluzioni normative costituzionalmente dovute⁶⁸. Il loro compito è piuttosto quello di correggere i prodotti dell'attività legislativa al fine di ricondurla all'interno dell'alveo delle soluzioni normative disponibili e meno invasive dei diritti⁶⁹.

Lo svolgimento di questa funzione si presta ad approcci notevolmente diversi. Esiste infatti una versione più rigorosa del bilanciamento che si colloca molto vicino all'applicazione dei diritti proposta dal modello forte di tutela dei diritti fondamentali. In questa si prevede che la limitazione dei diritti sia possibile solo per la tutela di altri diritti fondamentali o per il perseguimento di obiettivi politici particolarmente significativi, e anche il sindacato sulla proporzionalità dei mezzi è particolarmente selettivo⁷⁰. Nelle versioni più moderate, si opera invece una selezione meno stringente

⁶⁰ M. KUMM, *Constitutional rights as principles: On the structure and domain of constitutional justice*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2004, 2, 576-578.

⁶¹ La possibilità di procedere al bilanciamento è normalmente prevista dalla stessa formulazione delle disposizioni costituzionali attraverso la predisposizione di limiti generali (cfr. sect. 1 Canadian Charter of Rights and Freedoms o art. 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE) o puntuali ai diritti (cfr. in via esemplificativa gli artt. 5 e 12 del Grundgesetz, l'art. 21 della Costituzione italiana, l'art. 8 CEDU). Sul punto v. anche M. KUMM, supra n. 51, 157, e S. GARDBAUM, supra n. 18, 798-800.

⁶² S. GARDBAUM, supra n. 18, 810-811.

⁶³ G. PINO, supra n. 57, 601-604.

⁶⁴ A. BARAK, supra n. 16, 4 e 175-176.

⁶⁵ S. GARDBAUM, supra n. 18, 814-815.

⁶⁶ *Ibidem*, 806.

⁶⁷ R. BIN, supra n. 48, 41.

⁶⁸ La costituzione non va infatti vista come il genoma che determina tutte le possibili decisioni politiche, cfr. M. KUMM, supra n. 60, 587-589. Cfr. anche R. BIN, supra n. 48, 29.

⁶⁹ S. GARDBAUM, supra n. 18, 814-815.

⁷⁰ *Ibidem*, 825-826.

degli obiettivi che possono giustificare una limitazione dei diritti, così come si ricorre a standard di giudizio meno esigenti al momento di valutare la proporzionalità dei mezzi⁷¹.

In entrambe le ipotesi, comunque, le corti chiamate al controllo di costituzionalità sulle leggi emergono come interlocutore critico del legislatore⁷². Spetta infatti ad esse il compito di incalzare incessantemente il legislatore attraverso protocolli argomentativi ispirati dal principio di proporzionalità, in modo da ottenere giustificazioni in merito agli oneri posti dalla legge sui diritti fondamentali⁷³. Come si è detto, raramente questa attività priva il legislatore della possibilità di esercitare le proprie prerogative. L'applicazione del principio di proporzionalità introduce piuttosto un filtro contro le argomentazioni fondate su pregiudizi o l'ideologia⁷⁴ e contro misure incongrue o sproporzionate. Almeno in linea teorica si pongono così le basi per una virtuosa sinergia tra parlamenti e corti⁷⁵ imperniata su un'idea di complementarità funzionale che, oltre a prevenire reciproche invasioni di campo, dovrebbe idealmente condurre all'adozione di misure normative dotate di maggiore legittimazione.

Parrebbe perciò che la concezione dei diritti fondamentali come principi riesca in qualche modo a far quadrare il cerchio, dissolvendo le difficoltà riscontrate nelle precedenti impostazioni teoriche. Tuttavia, occorre subito riconoscere che anche questa concezione è oggetto di molteplici riserve e critiche. Una prima difficoltà si riscontra ad esempio qualora si osservi che i diritti come principi offrono una tutela solo in via presuntiva⁷⁶. All'interno di questa concezione, infatti, al titolare di un diritto fondamentale non è offerta con certezza la possibilità di soddisfare l'interesse sottostante al proprio diritto. In caso di limitazione da parte del potere legislativo, il diritto fondamentale si rivela come un bene più evanescente, poiché ad essere garantita con certezza è solo la possibilità di ricevere una giustificazione in merito al limite patito ed un sindacato sulla fondatezza di quest'ultima⁷⁷. Si comprendono perciò le critiche a questa impostazione per la scarsa consistenza che attribuirebbe ai diritti fondamentali⁷⁸ e per le incertezze e i possibili abusi connessi all'applicazione del principio di proporzionalità⁷⁹.

Di converso, i sostenitori della concezione dei diritti in esame replicano a queste critiche osservando che una ricostruzione dei diritti in termini di regole porterebbe con sé criticità altrettanto se non più gravi, come il rischio di obsolescenza del testo costituzionale con conseguente perdita di normatività⁸⁰. Anche con riferimento

⁷¹ Ibidem, 826-827.

⁷² Si è per esempio argomentato che il controllo di costituzionalità sulle leggi potrebbe costituire una sorta di istituzionalizzazione della pratica socratica della contestazione, M. KUMM, supra n. 51, 163-170.

⁷³ Ibidem, 163-165.

⁷⁴ Ibidem, 167-169.

⁷⁵ M. LOUGHLIN, supra n. 4, 17.

⁷⁶ S. GARDBAUM, supra n. 18, 816.

⁷⁷ M. KUMM, supra n. 60, 582.

⁷⁸ G. PINO, supra n. 57, 60X.

⁷⁹ Cfr. R. ALEXY, supra n. 12, 134-139 e M. KUMM, supra n. 60, 594-595.

⁸⁰ Cfr. G. PINO, supra n. 57, 616, dove l'A. osserva molto opportunamente che le operazioni di definizione dell'ambito applicativo e del contenuto dei diritti non eliminano il bilanciamento ma lo occultano.

all'applicazione del principio di proporzionalità si ritiene che i rischi paventati siano esagerati. L'indeterminatezza dei principi non conduce inevitabilmente a giudizi arbitrari o all'usurpazione del potere politico⁸¹, ma ben può essere gestita attraverso criteri di giudizio sufficientemente prevedibili e strutturati⁸². In definitiva, la concezione dei diritti fondamentali come principi è sicuramente meno esposta della concezione forte dei diritti sul fronte del rispetto del principio democratico⁸³. A risentirne è però la portata garantista dei diritti, ovvero la possibilità di dare al loro contenuto e ambito applicativo un'interpretazione sufficientemente stabile, e di vincolare al loro rispetto il legislatore.

III. Un'applicazione: incriminazione penale e libertà personale

1. Legalità costituzionale e incriminazione penale

Un ambito fecondo per una verifica della fondatezza⁸⁴ delle teorie appena esaminate nel contesto costituzionale italiano è costituito dalla libertà personale e dai limiti a cui essa può soggiacere in virtù di leggi di incriminazione penale. Come noto, l'art. 13 della Costituzione prevede tanto l'invulnerabilità della libertà personale quanto la possibilità per il legislatore di sottoporla a restrizioni⁸⁵. Ne risulta un'entità dalla consistenza incerta: bene rigorosamente garantito, ove si enfatizzi l'attributo dell'invulnerabilità, entità più malleabile, ove si consideri la possibilità di limiti legislativi. Il dilemma, in realtà, è tale solo se della disposizione si dà un'interpretazione astratta. Una considerazione più pragmatica dell'art. 13 Cost. indica che la libertà personale può essere sottoposta a restrizioni ad opera del legislatore, ma che tale potere è sottoposto a limiti di ordine formale e sostanziale diretti ad assicurarne un ricorso selettivo⁸⁶. Sul versante formale, le restrizioni alla libertà personale sono coperte da riserva di legge assoluta⁸⁷, garanzia che offre tutela tanto nei confronti di possibili derive repressive dell'esecutivo quanto dall'attivismo interpretativo dei giudici ordinari⁸⁸. A questo si deve aggiungere che la riserva di legge rinvia al principio democratico quale criterio di legittimazione politica delle scelte punitive dello stato⁸⁹ e assicura su di esse il controllo della Corte costituzionale. Sul versante sostanziale, la Costituzione stabilisce il principio di irretroattività delle norme penali *in malam partem*⁹⁰ ed il principio di colpevolezza⁹¹, oltre a norme

⁸¹ M. LOUGHLIN, *supra* n. 4, 92.

⁸² R. ALEXY, *Balancing, constitutional review, and representation*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2005, 3, 572-581.

⁸³ S. GARDBAUM, *supra* n. 18, 823.

⁸⁴ Ove per fondatezza si deve intendere la capacità descrittiva ed esplicativa delle teorie in questione. Il presente contributo non discute invece la giustizia o la desiderabilità di queste teorie, sul presupposto che caratteristica imprescindibile di una teoria costituzionale sia anzitutto la sua capacità di spiegare criticamente la realtà giuridica. Questa impostazione, peraltro, non sembra precludere la formulazione di rilievi critici fondati anche su considerazioni di carattere normativo (cfr. *infra* IV).

⁸⁵ Cfr. anche art. 25 Cost. Le garanzie previste dalla Costituzione per la libertà personale trovano conferma e, in qualche misura, integrazione negli articoli 5 e 7 CEDU e, all'interno del suo ambito applicativo, negli articoli 6 e 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

⁸⁶ G. PINO, *L'insostenibile leggerezza della legalità penale*, in *Criminalia*, 2014, 175-176.

⁸⁷ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 2008, 51-54.

⁸⁸ *Ibidem*, 75-84.

⁸⁹ G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, in *Quaderni Fiorentini*, 2007, XXXVI, 1249.

⁹⁰ Cfr. art. 25 Cost.

particolarmente rigorose in materia di detenzione ed esecuzione della pena: il divieto di pena di morte, il divieto di trattamenti contrari al senso di umanità e la tendenziale finalità rieducativa della pena⁹².

All'interno di una cornice che, quindi, pare esigere un ricorso selettivo alle restrizioni alla libertà personale, il tema dei limiti all'incriminazione penale e, in stretta connessione, della legittimazione delle sanzioni detentive si presta a considerazioni in merito alla portata garantista dei diritti fondamentali che riecheggiano motivi già incontrati all'interno del dibattito teorico.

Una prima fondamentale questione attiene all'individuazione degli obiettivi che legittimano le restrizioni alla libertà personale consentite dalla Costituzione. Se in linea di principio, è largamente condivisa l'opinione che le restrizioni alla libertà personale si giustifichino solo al fine di sanzionare fatti che ledano o pongano in pericolo beni giuridici particolarmente degni di tutela⁹³, più complesso è stabilire il criterio attraverso cui operare la selezione di questi ultimi. A tal riguardo la Costituzione viene solo in parte in aiuto: se è vero infatti che, proprio grazie alla Costituzione, è prevalsa l'idea che la legge penale sia vincolata alla garanzia di beni giuridici ad essa preordinati⁹⁴, è vero anche che il tentativo di agganciare questi ultimi alle norme costituzionali è solo in parte riuscito. Alla prova dei fatti, ad esempio, anche coloro che aderiscono ad una teoria costituzionalmente orientata del bene giuridico ammettono la possibilità di estendere la tutela penale a beni solo implicitamente dotati di rilevanza costituzionale o, addirittura, a beni che, pur privi di un nesso di derivazione costituzionale, godono di ampio consenso sociale⁹⁵. Ne risulta un'attenuazione del vincolo finalistico a cui è soggetto il legislatore, tanto più accentuata se si considera l'estrema debolezza dimostrata a riguardo dal controllo di legittimità costituzionale⁹⁶.

L'intento della Costituzione di incoraggiare un ricorso selettivo alle sanzioni penali detentive trova riscontro anche in sede di definizione degli strumenti diretti al perseguimento di obiettivi meritevoli di tutela. Anzitutto, si ritiene che il legislatore non sia obbligato ad apprestare tutela penale ad ogni bene dotato di rilevanza costituzionale⁹⁷. Inoltre, si afferma che il ricorso allo strumento penale debba essere preceduto da valutazioni in merito alla sua adeguatezza, ovvero a verifiche riguardanti la congruità e alla capacità concreta della sanzione penale di garantire il bene giuridico in questione. Un discorso analogo vale per i principi di sussidiarietà e di meritevolezza della pena, altri criteri costituzionali dovrebbero guidare le scelte di incriminazione penale. Al fine di ridurre o prevenire ingiustificate o eccessive

⁹¹ Cfr. art. 27 Cost.

⁹² Cfr. artt. 27 e 13 Cost.

⁹³ G. FIANDACA, *supra* n. 89, 1249, dove si ricorda come la sanzione penale sia un'arma a doppio taglio che, se da un lato protegge beni giuridici meritevoli di tutela, dall'altra impone limiti ai diritti della persona.

⁹⁴ G. FIANDACA, E. MUSCO, *supra* n. 87, 12. Almeno in teoria, parrebbe quindi screditata la concezione opposta, secondo cui le scelte di incriminazione penale non sarebbero finalisticamente vincolate, essendo sufficienti nella selezione dei beni giuridici meritevoli di tutela le sole le garanzie offerte dal procedimento legislativo. Per una ricostruzione sintetica del dibattito storico, cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *supra* n. 87, 4-11.

⁹⁵ *Ibidem*, 12-14.

⁹⁶ Cfr. *infra* III.3.

⁹⁷ G. FIANDACA, E. MUSCO, *supra* n. 87, 15.

restrizioni, il legislatore penale è tenuto a verificare se ed in quale misura il bene giuridico può beneficiare di forme di tutela diversa da quella penale, così come a chiedersi se vi sia proporzione tra il grado di lesione sofferto dal bene giuridico ed il sacrificio imposto alla libertà personale⁹⁸.

Prevedibilmente, criteri di questo tipo si prestano ad interpretazioni e applicazioni assai diverse. Anche in epoca relativamente recente, il dibattito teorico dei penalisti che si riconoscono in una concezione costituzionale della pena è andato polarizzandosi in letture forti e deboli del dettato costituzionale. Chi sostiene una lettura forte delle norme costituzionali in materia penale muove dal presupposto dell'accentuata esposizione di questo ramo del diritto all'irrazionalità, alla violenza e alle degenerazioni autoritarie⁹⁹. Questi pericoli giustificherebbero l'imposizione di vincoli costituzionali incisivi all'attività legislativa tanto in sede di individuazione dei beni giuridici protetti quanto nella selezione delle tecniche di tutela¹⁰⁰. In questa prospettiva, la Costituzione arriva ad assumere efficacia orientativa vincolante¹⁰¹, prefigurando non solo limiti in negativo alla legislazione penale, ma anche vere e proprie indicazioni positive che ne dovrebbero guidare l'elaborazione¹⁰². Insomma, nel diritto penale come in altri settori dell'ordinamento, il legislatore sarebbe chiamato anzitutto ad un'opera di attuazione del programma costituzionale¹⁰³.

Di segno notevolmente diverso il rapporto tra legge e costituzione teorizzato dai sostenitori del modello costituzionale debole. Anche costoro guardano con favore ad un ricorso selettivo all'incriminazione penale. Tuttavia, la loro lettura delle norme costituzionali, più che valorizzarne il profilo programmatico-positivo, tende a valorizzarne il carattere aperto e, quindi, ad attenuarne la portata precettiva¹⁰⁴. In questa prospettiva, Costituzione e legge darebbero vita ad un'interazione più dialettica di quella riscontrata nel modello forte¹⁰⁵: piuttosto che prescrivere indicazioni positive da tradurre meccanicamente in legislazione, le norme costituzionali esplicherebbero la propria funzione di garanzia in senso essenzialmente negativo¹⁰⁶. La scelta di smorzare il rigore prescrittivo dei vincoli costituzionali e, di riflesso, di assegnare un ruolo secondario al controllo di legittimità costituzionale¹⁰⁷ troverebbe giustificazione nelle virtù associate alla riserva di legge assoluta. Per assicurare un ricorso razionale alla sanzione penale sarebbe sufficiente la dialettica politica sviluppata all'interno Parlamento¹⁰⁸, soprattutto se le scelte punitive scaturissero da un rapporto

⁹⁸ Ibidem, 29-31.

⁹⁹ M. DONINI, *Principi costituzionali e sistema penale. Modello e programma*, in *Ius17@Unibo.it*, 2009, 422.

¹⁰⁰ Ibidem, 424-426. In questa prospettiva, l'A. segnala l'esigenza di valorizzare contributi elaborati dalle scienze empiriche, cfr. M. DONINI, *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto fra diritto penale e politica*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2001, 44, 46-47.

¹⁰¹ G. FIANDACA, supra n. 89, 1263.

¹⁰² Ibidem, 1267.

¹⁰³ Ibidem, 1268. Questo ruolo servente del legislatore rispetto alle norme costituzionali riecheggia considerazioni di carattere più generale svolte in M. FIORAVANTI, *Costituzione e popolo sovrano. La Costituzione italiana nella storia del costituzionalismo moderno* (il Mulino, 2004), 15-16.

¹⁰⁴ Così almeno nella ricostruzione di M. DONINI, supra n. 99, 426-427.

¹⁰⁵ G. FIANDACA, supra n. 89, 1263.

¹⁰⁶ Ibidem, 1267-1268.

¹⁰⁷ Ibidem, 1263.

¹⁰⁸ Ibidem, 1250.

collaborativo tra maggioranza ed opposizione¹⁰⁹. Non sfugge certo ai sostenitori del modello costituzionale debole che ormai da parecchi anni la prassi legislativa si è sviluppata allontanandosi in modo forse irrimediabile da questo modello virtuoso (e, probabilmente, idealizzato) di deliberazione democratica¹¹⁰. Ma la sensazione è che chi sostiene questa posizione osservi quasi rassegnato la corrosione della dimensione democratico-garantista della legalità costituzionale¹¹¹. Questo almeno se si considera lo scetticismo¹¹² espresso nei confronti delle proposte di chi, dal fronte opposto, invita la scienza giuridica a riscoprire il proprio ruolo di “contropotere critico”¹¹³, e la Corte costituzionale a prendere atto che siffatta realtà potrebbe giustificare un’applicazione più incisiva delle garanzie costituzionali¹¹⁴.

2. Fenomenologia del populismo penale

Che il circuito democratico-rappresentativo non offra oggi sufficienti garanzie di selettività nel ricorso all’incriminazione penale e che, di conseguenza, si avverta il bisogno di rafforzare le garanzie costituzionali della libertà personale è una tesi che è facile dimostrare attingendo alla produzione legislativa dell’ultima decade. Gli orientamenti di politica criminale che la ispirano sono prevalentemente caratterizzati da un «uso demagogico del diritto penale, diretto a riflettere e ad alimentare la paura quale fonte di consenso elettorale, tramite politiche e misure illiberali tanto indifferenti alle cause strutturali dei fenomeni criminali e inefficaci alla loro prevenzione, quanto promotrici di un sistema penale disuguale e pesantemente lesivo dei diritti fondamentali»¹¹⁵. Si è parlato a riguardo di populismo penale, ovvero di un fenomeno caratterizzato dalla tendenza a rispondere col rigore della sanzione penale a fenomeni di emarginazione sociale, ad interpretare il valore della sicurezza esclusivamente nella dimensione attinente all’ordine pubblico e ad enfatizzare la paura e l’insicurezza dei cittadini¹¹⁶. Ci troviamo quindi in presenza di una pluralità di interventi normativi motivati da un’utopia reazionaria¹¹⁷, tanto più irrazionale e preoccupante se considerata in relazione ad una realtà sociale in cui il numero dei delitti, in particolare quelli contro la persona, è in costante declino¹¹⁸. Ma siamo anche in presenza di un fenomeno scientificamente interessante, perché è proprio quando le paure e le passioni acquistano una forza dirompente che è cruciale verificare la tenuta dei freni inibitori dell’ordinamento costituzionale. Si comprende allora l’utilità di un’indagine sulla struttura ed i motivi ricorrenti del populismo penale, diretta ad

¹⁰⁹ Ibidem, 1253-1254; in questo modello, osserva l’A., il voto a maggioranza semplice non dovrebbe costituire una normale evenienza, ma uno strumento da utilizzare solamente in casi eccezionali.

¹¹⁰ Ibidem, 1255, dove si riscontra come un possibile fattore di degenerazione il passaggio ad un modello maggioritario di democrazia rappresentativa.

¹¹¹ Ibidem, 1276.

¹¹² Ibidem, 1265-1268.

¹¹³ M. DONINI, supra n. 99, 423.

¹¹⁴ M. DONINI, supra n. 100, 41. Cfr. *infra* IV.

¹¹⁵ L. FERRAJOLI, *Democrazia e paura*, in M. BOVERO, V. PAZÉ (a cura di), *La democrazia in nove lezioni* (Laterza, 2010), 115.

¹¹⁶ Ibidem, 118-121. Cfr. anche G. FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, 97.

¹¹⁷ Ibidem, 121-122, dove si ricorda come l’obiettivo dell’eliminazione del crimine spesso precede (o giustifica) involuzioni di tipo totalitario.

¹¹⁸ Ibidem, 115-116.

illustrarne tanto i prodotti legislativi quanto le argomentazioni che ne hanno accompagnato l'approvazione.

A. Inasprimento sanzionatorio

Un primo elemento distintivo del populismo penale è il notevole inasprimento dell'apparato sanzionatorio. A questo riguardo, l'esempio più eclatante è probabilmente costituito dalla disciplina delle sostanze stupefacenti, dove la scelta di includere in un'unica tabella tutte le sostanze senza distinzione circa la loro pericolosità ha condotto ad esiti sanzionatori aberranti¹¹⁹. Solo per fare un esempio, la coltivazione non autorizzata di canapa indiana è passata dalla pena della reclusione da 2 a 6 anni alla pena della reclusione da 6 a 20 anni¹²⁰.

Ma se l'irrigidimento sanzionatorio in materia di stupefacenti costituisce un classico della politica criminale¹²¹, esistono casi recenti riguardanti altre materie che ugualmente documentano un progressivo aumento delle pene detentive. E' questo quanto accade, ad esempio, con la disciplina dell'omicidio colposo commesso in violazione delle norme sulla circolazione stradale (cd. omicidio stradale). A fronte di una disciplina risalente agli anni '60 che prevedeva la pena della reclusione da 1 a 5 anni¹²², il legislatore è dapprima intervenuto nel 2006¹²³, elevando il minimo edittale a 2 anni e, quindi, nel 2008 innalzando il massimo edittale a 7 anni¹²⁴, che diventavano 10 anni qualora il fatto fosse stato commesso da soggetto in stato di ebbrezza alcolica o sotto l'effetto di sostanze stupefacenti¹²⁵. Non pago di questo aumento, il legislatore ha rivisitato la materia nel 2016¹²⁶, per inasprire il trattamento sanzionatorio sia nella circostanza di guida in stato di ebbrezza o sotto effetto di stupefacenti (reclusione da 8 a 12 anni)¹²⁷, sia in una serie di gravi violazioni del codice della strada (reclusione da 5 a 10 anni)¹²⁸. Le pene applicabili a queste fattispecie aggravate possono poi essere oggetto di ulteriori aumenti nel caso di vittime plurime o qualora l'autore del fatto sia sprovvisto di patente di guida, di assicurazione o si dia alla fuga¹²⁹. Nell'arco di otto anni il legislatore ha finito così per innalzare la pena massima per l'omicidio colposo

¹¹⁹ Decreto legge 272/2005, convertito con la legge 49/2006.

¹²⁰ Cfr. art. 73 D. P. R. 309/1990. La sent. 32/2014 ha avuto l'effetto di recuperare la distinzione dei valori sanzionatori equiparati con il decreto legge 272/2005.

¹²¹ Già nel 1990 (con la legge 162/1990) il regime sanzionatorio delle sostanze stupefacenti era stato rafforzato rispetto alla legge 685/1975.

¹²² Cfr. art. 589 c.p. come modificato dall'art. 1 dalla legge 296/1966.

¹²³ Cfr. legge 102/2006.

¹²⁴ Cfr. decreto legge 92/08, convertito con la legge 125/08.

¹²⁵ In questi casi anche il minimo edittale aumentava a 3 anni di reclusione.

¹²⁶ Cfr. legge 41/2016 con la quale si sono introdotti nel codice penale l'art. 589 bis (Omicidio stradale) e l'art. 590 bis (Lesioni personali stradali gravi o gravissime). Anche quest'ultima norma ha incrementato il trattamento sanzionatorio precedente.

¹²⁷ Cfr. art. 589 bis, c. 2 c.p. Qualora il tasso alcolemico rilevato sia superiore a 0,8 g/l e inferiore a 1,5 g/l il fatto è punito con la reclusione da 5 a 10 anni (art. 589bis, c. 4 c.p.)

¹²⁸ Questa la pena prevista, ad esempio, per la morte cagionata per colpa procedendo in centro urbano ad una velocità pari o superiore al doppio di quella consentita, per la morte di persona cagionata a seguito di manovra di inversione del senso di marcia in prossimità di intersezioni, curve o dossi o a seguito di sorpasso o per la morte del pedone cagionata da veicolo che circoli contromano, cfr. art. 589 bis, c. 5 c.p.

¹²⁹ Cfr. art. 589 bis, c. 6 e 8 e 589 ter c.p.

plurimo da 12 agli attuali 18 anni¹³⁰, raggiungendo livelli sanzionatori particolarmente elevati per condotte che comunque non sono dolose.

La razionalità di un simile inasprimento sanzionatorio può ingenerare perplessità anzitutto se paragonata ad altre fattispecie dolose che attentano al bene vita. E' questo il caso dell'istigazione o dell'aiuto al suicidio (reclusione da 5 a 12 anni, se il suicidio avviene)¹³¹ o dell'infanticidio in condizioni di abbandono materiale e morale (reclusione da 4 a 12 anni)¹³². Ed il raffronto suscita ulteriori dubbi se effettuato rispetto alla disciplina penale degli infortuni sul lavoro. Se infatti nelle due ipotesi la pena base è identica (reclusione da 2 a 7 anni), solo per l'omicidio stradale si è prevista la cd. "blindatura" delle circostanze aggravanti, ovvero l'impossibilità di contemperarle con eventuali attenuanti secondo l'ordinaria disciplina dell'art. 69 c.p.¹³³.

L'ansia incriminatrice del legislatore può infine essere documentata anche in relazione a condotte precedentemente oggetto di sola sanzione amministrativa. E' questo quanto è accaduto con l'introduzione del reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello stato (cd. reato di immigrazione clandestina)¹³⁴, fattispecie che solo ad uno sguardo superficiale pare risolversi nell'irrogazione di una sanzione pecuniaria senza incidere sulla libertà personale¹³⁵. In questa materia, peraltro, atteggiamenti populistici si sono recentemente manifestati anche nella forma peculiare della mancata depenalizzazione. A fronte di un'espressa previsione in questo senso contenuta in una legge delega¹³⁶, il Governo ha deciso di non esercitare i poteri ad esso conferiti motivando questa scelta con considerazioni di opportunità politica che evocano argomenti cari al populismo penale¹³⁷.

B. In costante polemica con l'ordinamento vigente

Un legislatore incessantemente intento ad ampliare i confini dell'incriminazione e ad aumentare le pene è necessariamente un legislatore in costante polemica con le leggi

¹³⁰ La legge 41/2016 ha altresì previsto l'arresto facoltativo o obbligatorio in flagranza, irrigidito le pene accessorie (revoca della patente fino a 30 anni in caso di mancato soccorso o fuga del conducente), raddoppiato i termini di prescrizione.

¹³¹ Cfr. art. 580 c.p.

¹³² Cfr. art. 578 c.p.

¹³³ Cfr. art. 590 quater c.p.

¹³⁴ Cfr. art. 10 bis della L. 94/2009.

¹³⁵ L'art. 10 bis punisce lo straniero che fa ingresso ovvero si trattiene nel territorio dello stato con la pena della sola ammenda (da 5.000 a 10.000 euro). Si consideri però che il mancato pagamento dell'ammenda si può tradurre in lavoro sostitutivo o in obbligo di permanenza domiciliare (art. 55 del decreto legislativo 274/2000) e che la stessa norma prevede la sanzione sostitutiva dell'espulsione (art. 16 del decreto legislativo 286/1998).

¹³⁶ Cfr. art. 2, c. 3 lett. b) della legge 67/2014.

¹³⁷ Cfr. la relazione allo schema di decreto legislativo recante disposizioni in materia di depenalizzazione, 17 Novembre 2015, 4 (disponibile a <<http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/950834.pdf>>), dove si afferma che «le ragioni sottese alla scelta di non attuare le direttive di depenalizzazione in merito ai sopra menzionati reati [tra cui il reato di immigrazione clandestina] sono di agevole comprensione: si tratta di fattispecie che intervengono su materia "sensibile" per gli interessi coinvolti, in cui lo strumento penale appare come indispensabile per la migliore regolazione del conflitto con l'ordinamento innescato dalla commissione della violazione».

in vigore. Questo atteggiamento si riscontra con gradazioni diverse in molte delle vicende riguardanti l'approvazione di fattispecie penali populiste.

In tutta una serie di situazioni, per esempio, il legislatore lamenta l'inadeguatezza del regime normativo vigente. E' questo quello che è accaduto al momento dell'introduzione del reato di immigrazione clandestina, quando si è lamentata l'inefficacia dissuasiva della sola sanzione amministrativa a fronteggiare gli ingressi illegali dei migranti¹³⁸. Ma un discorso analogo vale per la riforma della disciplina codicistica della legittima difesa, ritenuta inadeguata per gli impegnativi accertamenti in tema di necessità e proporzionalità a cui obbligava il giudice. Non fosse che il regime normativo approvato nel 2006, con cui si introduceva una presunzione di proporzionalità nell'ipotesi della legittima difesa abitativa¹³⁹, a distanza di soli dieci anni sembrerebbe oggi richiedere un ulteriore intervento di manutenzione, diretto ad estenderne l'ambito di applicazione alle immediate adiacenze della privata dimora e a rafforzare la presunzione di proporzionalità in presenza di offese poste in essere con modalità particolarmente aggressive¹⁴⁰.

In altre circostanze la polemica con l'ordinamento vigente acquista toni più allarmati, talvolta dando luogo a vere e proprie mistificazioni. Troppe sono le ipotesi in cui il legislatore alimenta la suggestione di un sostanziale vuoto sanzionatorio che giustificerebbe il proprio intervento. Già si è detto dei ripetuti interventi in materia di omicidio stradale¹⁴¹; eppure, nell'introdurre la più recente stretta sanzionatoria, non si è esitato a parlare di "lacuna normativa inaccettabile"¹⁴². Analogo il caso delle mutilazioni genitali femminili, oggi oggetto di specifica sanzione penale in base all'art. 583 bis c.p.¹⁴³. Tali condotte erano già punibili con pene severe come lesioni personali gravi¹⁴⁴. Della circostanza era ovviamente consapevole il legislatore, ma a prevalere in sede di approvazione è stato l'obiettivo ulteriore di stigmatizzare con una norma penale specifiche condotte periodicamente oggetto di vivaci discussioni nell'opinione pubblica¹⁴⁵. La storia si ripete nel caso delle lesioni personali gravi al pubblico ufficiale in servizio in occasione di manifestazioni sportive. Tali condotte, oggi oggetto di specifica sanzione penale in base all'art. 584 quater c.p.¹⁴⁶, erano punibili come lesioni gravi, potendo già conseguirsi l'attuale carico sanzionatorio

¹³⁸ Oltre alla già citata relazione sulla mancata depenalizzazione (cfr. supra n. 137), si veda anche l'intervento del sen. Vizzini nella seduta n. 88 dell'11 Novembre 2008, dove si parla addirittura di «un passo importantissimo nella direzione di un più efficace contrasto alla criminalità diffusa e a quella organizzata».

¹³⁹ Cfr. legge 59/2006.

¹⁴⁰ Si veda il disegno di legge S. 2155 presentato il 2.12.2015 dal sen. Giovanni Mauro ed attualmente in corso di discussione. Il 7.3.2016 la Camera dei deputati ha avviato una nuova discussione in merito alla c.d. legittima difesa abitativa a seguito della proposta di legge C.2892-A in cui sono state convogliate altre proposte di legge quali la C.3384 (Marotta e altri), C.3380 (La Russa e altri) e C.3434 (Fontana). Sul tema è attualmente in corso una raccolta di firme per una legge di iniziativa popolare.

¹⁴¹ Cfr. supra III.2.A.

¹⁴² Cfr. la relazione al Disegno di legge S. 859 (proposto al Senato il 20.6.2013). Di inadeguatezza del regime vigente parla invece il sen. Cucca, cfr. intervento nella riunione n. 461 del 9.6.2015.

¹⁴³ Introdotto con la legge 7/2006.

¹⁴⁴ A queste condotte erano infatti applicabili gli artt. 582, 583, 585, 576 e 577 c.p. L'applicazione di queste norme poteva portare ad una pena della reclusione di 12 anni.

¹⁴⁵ Si legga in proposito la relazione al disegno di legge C. 4249 presentato il 16 ottobre 1997 alla Camera dei Deputati. Occorre aggiungere che l'art. 583 bis c.p. estende la punibilità andando a colpire anche mutilazioni genitali effettuate all'estero.

¹⁴⁶ Introdotto in sede di conversione del decreto legge 8/2007 con la legge 41/2007.

attraverso l'applicazione dell'aggravante generale riguardante i reati commessi contro pubblico ufficiale¹⁴⁷. Ed, infine, anche la condotta di negazionismo, se mai si giungerà ad approvarne un'apposita criminalizzazione¹⁴⁸, è già potenzialmente sussumibile all'interno di una pluralità di fattispecie criminose¹⁴⁹. Perché allora scomodarsi per formularne di nuove?

C. Tempistica

Già è possibile intuire alcune delle ragioni sottostanti a questi interventi sanzionatori. Ma prima di approfondire i profili motivazionali del legislatore penale populista, è interessante osservarne la tempistica.

In alcuni casi l'approvazione delle nuove fattispecie di reato segue a fatti di cronaca che provocano particolare allarme sociale. Il caso più emblematico è probabilmente quello del reato di lesioni a pubblico ufficiale in occasione di manifestazioni sportive, introdotto con decreto legge dopo le gravi violenze verificatesi in occasione del derby Catania-Palermo del 3 febbraio 2007¹⁵⁰. Ma, a dire il vero, è tutto o gran parte del sistema punitivo della violenza sportiva¹⁵¹ ad essere il risultato di una sequela di interventi normativi frammentari concepiti all'indomani di altrettanti episodi violenti¹⁵².

L'altro vero e proprio detonatore dell'attività legislativa populista sono le scadenze elettorali¹⁵³. Seguendo un copione fin troppo prevedibile, in vista delle elezioni il

¹⁴⁷ Cfr. art. 61 n. 10 c.p.

¹⁴⁸ Cfr. *infra* III.2.D.

¹⁴⁹ Si pensi agli art. 414 c.p. (istigazione a delinquere), art. 656 c.p. (pubblicazione o diffusione di notizie false, esagerate o tendenziose, atte a turbare l'ordine pubblico), art. 8 della legge 962/1967 (apologia del genocidio) e art. 3 della legge 654/1975, come modificato dalla legge 85/2006 (propaganda dell'odio razziale e istigazione a commettere atti di violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi).

¹⁵⁰ Decreto legge 8/2007, convertito con la legge 41/2007. In conseguenza di quelle violenze non solo l'ispettore Filippo Raciti perdeva la vita, ma ben 70 agenti venivano feriti.

¹⁵¹ Si veda in proposito la puntuale denuncia dell'on. D'Elia nella seduta n. 130 del 20.3.2007. L'esigenza di una disciplina legislativa sistematica in materia è richiamata dall'on. Pecorella nella seduta n. 135 del 27.3.2007.

¹⁵² Oltre all'intervento normativo citato nel testo, dal 2001 sono almeno quattro i decreti legge emanati in corrispondenza di specifici episodi di violenza sportiva: 1) il decreto legge 336/2001 (convertito con la legge 377/2001), approvato pochi mesi dopo che i tifosi dell'Inter avevano scaraventato sulle gradinate un motorino in occasione della partita Atalanta-Inter, istituiva il reato di lancio di materiale pericoloso, scavalcamiento e invasione di campo in occasione di competizioni agonistiche, 2) il decreto legge 28/2003 (convertito con la legge 88/2003), emanato all'indomani delle violenze verificatesi in occasione della partita Torino-Milan, introduceva l'istituto del cd. arresto differito, 3) il decreto legge 187/2010 (convertito con la legge 217/2010), concepito a poche settimane dalle violenze compiute da un gruppo di tifosi serbi in occasione della partita Italia-Serbia, estendeva l'art. 583 quater a tutela degli incaricati di controllo negli stadi (steward); 4) il decreto legge 119/2014 (convertito con legge 146/2014), adottato a qualche mese alle violenze verificatesi in occasione della finale di Coppa Italia Napoli-Fiorentina, oltre ad inasprire le pene edittali previste per il reato di frode sportiva, estendeva la fattispecie di divieto di introduzione ed esposizione negli impianti sportivi di striscioni e cartelli incitanti alla violenza od altre scritte o immagini.

¹⁵³ La necessità di rispondere con un irrigidimento delle pene alla domanda di sicurezza dell'opinione pubblica in conformità alle promesse di tutti gli schieramenti politici in campagna elettorale è esplicitamente riconosciuta dalla relazione che accompagna il disegno di legge C.2055 (primo firmatario on. Cirielli), tradottosi poi nella legge 251/2005.

legislatore non sembra resistere alla tentazione di alimentare un clima di emergenza, per candidarsi a placarla con l'inasprimento delle pene o misure di carattere simbolico. Ecco allora che nei resoconti parlamentari affiora la minaccia di una criminalità comune sempre più violenta e spregiudicata¹⁵⁴. A poco conta poi che il più delle volte la relazione tra le emergenze, reali o presunte, ed i fenomeni sanzionati sia inconsistente o, comunque, scarsamente documentata. Per esempio, nessuno è in grado di provare l'efficacia dissuasiva del reato di immigrazione clandestina o di dimostrare il nesso tra immigrazione irregolare e insicurezza, ma il legislatore fa comunque propria l'equazione tra clandestinità e criminalità¹⁵⁵. Lo stesso accade nel caso degli omicidi stradali: nei dibattiti parlamentari non manca chi ricorda, statistiche alla mano, che in realtà gli incidenti mortali sono da anni in graduale e costante calo¹⁵⁶. Sotto elezioni ciò che veramente conta è gonfiare i muscoli e mostrarsi pronti a reagire, senza preoccuparsi troppo dell'ipertrofia, della sproporzione e, in definitiva, dell'inefficacia del sistema penale.

D. Simbolismo penale

In un'epoca che dice di essersi lasciata alle spalle le ideologie, ci si aspetterebbe anche dalla politica criminale un'adesione incondizionata alla filosofia del *problem-solving*¹⁵⁷. Ci troviamo invece in presenza di un legislatore tutt'altro che pragmatico e, anzi, decisamente sedotto dalla dimensione simbolica del diritto penale. Si badi, che il diritto penale svolga *anche* una funzione simbolica contribuendo alla riaffermazione dei principi fondamentali nella coscienza collettiva, non dovrebbe necessariamente costituire motivo di preoccupazione¹⁵⁸. A suscitare un certo allarme è piuttosto il suo uso *prevalentemente* simbolico. Questo è un vero e proprio motivo ricorrente della legislazione penale populista. A leggere i resoconti parlamentari, si ha la netta sensazione che coloro che spingono per l'approvazione di misure penali siano animati da furore ideologico e da una indefinita vocazione pedagogico-promozionale. In una paradossale inversione di ruoli, tocca semmai all'opposizione politica assumere un registro pragmatico ed impegnarsi in valutazioni critiche riguardanti l'adeguatezza e la congruità delle scelte punitive¹⁵⁹.

¹⁵⁴ La relazione accompagnatoria al disegno di legge S. 1889 (presentato per modificare l'art. 52 c.p. ed ampliare i confini della legittima difesa) esordisce con toni apocalittici: «con tragica monotonia si ripetono le rapine nelle case e nelle ville. Branchi di uomini feroci – italiani o stranieri che siano – non esitano a versare sangue innocente ed inerme, ad uccidere e torturare».

¹⁵⁵ Si vedano gli interventi dei sen. Vizzini (seduta n. 8 delle Commissioni 1 e 2 del Senato del 2.7.2008), Saltamartini (seduta n. 10 delle Commissioni 1 e 2 del Senato del 9.7.2008), Mugnai (seduta n. 89 del 12.11.2008), Mazzatorta (seduta n. 24 delle Commissioni 1 e 2 del Senato del 15.10.2008), Divina (seduta n. 4 della Commissione 3 del Senato del 18.6.2008), Vallardi (seduta n. 90 del 12.11.2008) e Rizzi (seduta n. 94 del 18.11.2008). In senso contrario si leggano gli interventi dei sen. Marinaro e Poretti (seduta n. 95 del 19.11.2008) e dei sen. Galperti e Della Monica (seduta n. 90 del 12.11.2008).

¹⁵⁶ Si vedano gli interventi dei on. Morani (seduta n. 510 del 26.10.2015) e dei sen. Malan (riunione n. 461 del 9.6.2015) e Nencini (riunione n. 462 del 10.6.2015).

¹⁵⁷ A. SOMEK, *Individualism. An Essay on the Authority of the European Union* (Oxford University Press, 2008), capitolo 9.

¹⁵⁸ M. DONINI, *supra* n. 100, 13.

¹⁵⁹ A titolo di esempio, si vedano le considerazioni in merito all'incapacità dissuasiva del reato di immigrazione clandestina dell'on. Rossomando (seduta n. 169 del 30.4.2009) e del sen. Carofoglio

Gli esempi si sprecano. Nel contesto della violenza negli stadi, si riconosce che il diritto penale difficilmente può restituire al calcio un'autenticità sportiva ormai perduta, ma l'importante è reagire al dolore e allo sdegno, allontanare i violenti e lanciare messaggi di fiducia ai veri sportivi¹⁶⁰. Nel caso delle mutilazioni genitali femminili si afferma esplicitamente che l'introduzione di un'autonoma figura di reato ha l'obiettivo di sensibilizzare gli immigrati e incoraggiare la denuncia delle pratiche mutilative¹⁶¹. Oltre ad essere caricato di una funzione pedagogica e deterrente¹⁶², il diritto penale acquista così valenza stigmatizzante nei confronti di pratiche considerate inconciliabili con i valori fondamentali dell'ordinamento¹⁶³. E' questo, in fin dei conti, a giustificare la previsione di pene esemplari¹⁶⁴, perché solo ad allargare lo sguardo alle esperienze di altri stati europei ci si accorgerebbe dell'alto tasso di ineffettività di queste norme e, quindi, della loro sostanziale inadeguatezza¹⁶⁵.

Anche il tentativo di incriminare il negazionismo attinge a piene mani al capitale simbolico del diritto penale¹⁶⁶. Al riguardo va riconosciuto che, per una volta, molti sono stati i parlamentari che hanno espresso perplessità in merito all'incriminazione penale di questa condotta¹⁶⁷, forti anche delle riserve manifestate dagli storici¹⁶⁸ e dalla dottrina più attenta ad evidenziare l'inadeguatezza della sanzione e del processo penale ai fini della tutela della verità storica¹⁶⁹. Nondimeno, la vicenda del reato di negazionismo rivela un inaspettato risvolto procedimentale del simbolismo penale. La discussione del disegno di legge in questione ha dato luogo ad una 'calendarizzazione simbolica' che, nata per testimoniare la sensibilità delle istituzioni, rischia di certificarne in modo abbastanza grottesco l'inconcludenza. E' un esplicito intento commemorativo infatti quello che induce il Senato ad approvare in sede referente e ad assegnare alla commissione deliberante il disegno di legge in questione nel giorno del settantesimo anniversario del rastrellamento del Ghetto di Roma¹⁷⁰. Solo che il giorno stesso l'esame del provvedimento ritorna in sede referente per essere ricalendarizzato in vista del Giorno della Memoria dell'anno successivo. Si dovrà attendere un altro anno per l'approvazione del disegno di legge da parte del Senato¹⁷¹, ma solo in corrispondenza del successivo anniversario del rastrellamento del Ghetto la Camera procederà all'approvazione di un testo notevolmente emendato che è ancora in corso di discussione.

(seduta n. 90 del 12.11.2008). Sull'incongruità della disciplina della legittima difesa abitativa si vedano le osservazioni dell'on. Finocchiaro (seduta n. 735 del 23.1.2006). Il limitato contributo dei reati colposi in materia di prevenzione è sottolineato nel dibattito sull'omicidio stradale dal sen. D'Ascola (seduta n. 463 del 10.6.2015).

¹⁶⁰ Si veda l'intervento dell'on. Palomba nella seduta n. 135 della Camera dei Deputati del 27.3.2007.

¹⁶¹ Cfr. Relazione al disegno di legge C. 7157 del 2000.

¹⁶² Si veda l'intervento del sen. Zancan nella seduta del 1.7.2004 della I e II commissione riunite.

¹⁶³ Di misura diretta a ribadire il principio di laicità dello stato e a garantire l'integrità e la salute della donna parla ad esempio il sen. Dalla Chiesa, cfr. seduta n. del 19.5.2005.

¹⁶⁴ Si veda l'intervento del sen. Alberti Casellati nella seduta del 1.7.2004 della I e II commissione riunite.

¹⁶⁵ Cfr. E. GHIZZI GOLA, *Multiculturalismo e diritti delle donne. Il trattamento giuridico delle mutilazioni genitali femminili in Europa: casi giurisprudenziali e soluzioni normative*, in *L'Altro diritto*, 2012, disponibile a <www.altrodiritto.unifi.it/ricerche/migranti/ghizzi>. Solo in Francia, paese in cui non è stata introdotta una disposizione incriminatrice specifica, si svolgono numerosi processi per mutilazioni genitali femminili. Ad oggi in Italia esiste solo un caso documentato di procedimento penale ex art. 583 bis c.p., peraltro definito con sentenza di assoluzione.

¹⁶⁶ L'intervento normativo in questione risponde all'obbligo stabilito dall'art. 1 della Decisione quadro 2008/913/GAI di sanzionare penalmente l'apologia, la negazione o la minimizzazione grossolana dei

E. Dalla parte di Abele

Sono molte le tentazioni a cui il legislatore populista non sa resistere. Oltre a cedere al simbolismo, il populismo penale si alimenta in maniera costante del dolore delle vittime. I resoconti parlamentari sono costellati di richiami a schierarsi dalla parte di Abele¹⁷², e frequente è il ricorso a racconti struggenti di vicende pietose, quasi che l'approvazione di nuove norme penali non possa prescindere da un copione che prevede la rievocazione, più o meno pretestuosa, del dolore privato. E' così nel dibattito parlamentare sull'omicidio stradale, dove chi interviene si sente spesso in dovere di ripercorrere uno o più incidenti mortali con, immancabile, la denuncia dell'inadeguata risposta sanzionatoria dello stato¹⁷³. Ma è così anche in occasione della discussione sulla riforma della legittima difesa abitativa, dove trovano ampio spazio le disavventure di cittadini onesti colpevoli solo di essersi difesi¹⁷⁴.

Si riscontra qui una manifestazione concreta del 'paradigma vittimario'¹⁷⁵, ovvero della tendenza a contrapporre alla dimensione pubblica della pena il dolore privato delle vittime che ha per risultato quello di ostacolare la realizzazione del disegno costituzionale della pena quale strumento di recupero sociale del reo¹⁷⁶. E' questo uno dei profili più insidiosi del populismo penale. Accreditando l'idea della sanzione penale come omaggio al dolore delle vittime¹⁷⁷, il legislatore rinuncia a svolgere il compito di razionalizzare il bisogno umano di difesa e vendetta¹⁷⁸. Reinterpretata dall'angolo visuale privato delle vittime, la pena ritorna ad essere pensata in funzione principalmente (se non esclusivamente) retributiva¹⁷⁹. In una regressione che porta a rivalutare l'autotutela, se non addirittura la vendetta, appare del tutto coerente

crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra. Il disegno di legge attualmente in fase di discussione al Senato prevede l'introduzione di una circostanza aggravante al reato previsto dall'art. 3 della legge 654/1975 come modificato dalla legge 85/2006 (propaganda dell'odio razziale e istigazione a commettere atti di violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi).

¹⁶⁷ Si vedano gli interventi dei sen. Gotor e Giovanardi (seduta della Commissione Giustizia n. 53 del 15.10.2013), Corsini e Manconi (seduta n. 387 del 10.2.2015) e Palermo (seduta n. 388 del 11.2.2015).

¹⁶⁸ Il Senato ha sentito nel corso di audizioni informali i professori Luzzatto, Canfora e Ginzburg.

¹⁶⁹ Cfr. E. FRONZA, *Negazionismo (diritto penale)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Annali VIII, 654-656.

¹⁷⁰ Si veda l'intervento del sen. Buccarella nella seduta n. 388 del 11.2.2015.

¹⁷¹ Il testo del disegno di legge è stato approvato l'11.2.2015.

¹⁷² Così, *expressis verbis*, il sen. Candiani nella riunione n. 461 del 9.6.2015.

¹⁷³ Si vedano, ad esempio, gli interventi della sen. Stefani e del sen. Scilipoti Isigrò nella riunione n. 461 del 9.6.2015.

¹⁷⁴ Si veda in proposito l'intervento dell'on. Ascierto nella riunione n. 735 del 23.1.2006 e dell'on. Perrotta nella riunione della Camera dei Deputati n. 712 del 28.11.2005.

¹⁷⁵ A. PUGIOTTO, *Cortocircuiti da evitare. Dimensione costituzionale della pena e dolore privato delle vittime*, in F. Corleone, A. Pugiotto (a cura di), *Il delitto della pena. Pena di morte ed ergastolo, vittime del reato e del carcere* (Ediesse, 2012), 157-177.

¹⁷⁶ *Ibidem*, 158-159.

¹⁷⁷ Si vedano in via esemplificativa gli interventi del sen. Cucca e Lumia nella riunione n. 461 del 9.6.2015 in materia di omicidio stradale. Di riconoscenza alle vittime e ai testimoni dell'Olocausto parla la sen. Valentini nella seduta n. 387 del 10.2.2015.

¹⁷⁸ M. DONINI, *supra* n. 100, 4X.

¹⁷⁹ A. PUGIOTTO, *supra* n. 175, 167-168, sottolinea come proprio la pubblicità sia garanzia di emancipazione della pena dalla dimensione vendicativa privata.

proteggere la vittima anche quando questa è tutt'altro che vulnerabile o inerme. Ecco quindi spiegata la continua attenzione del legislatore penale al tema legittima difesa. Enucleato nel domicilio un ambito svincolato dal rispetto del principio di proporzione tra offesa e difesa, il legislatore restituisce alla vittima la possibilità di ricorrere più facilmente alla violenza. Con il rischio, nemmeno troppo remoto, di favorirne la metamorfosi in carnefice¹⁸⁰.

F. I soliti sospetti

Speculare all'adesione al paradigma vittimario è la propensione tipica del populismo penale a prendere di mira specifiche figure di reo. E' questo un orientamento che si rinviene in una pluralità di fattispecie congegnate più che per sanzionare determinati fatti, per perseguire specifici autori. Questa è, ad esempio, la strategia che pare ispirare molti dei reati connessi all'immigrazione¹⁸¹. Sanzionare l'ingresso illegale dell'immigrato, magari anche se vittima di tratta; punire il trattenimento indebito nel territorio nazionale, senza accordare rilevanza al giustificato motivo, e stabilire obblighi di denuncia della clandestinità in capo ai pubblici ufficiali ad altro non serve che a rendere la vita intollerabile e ad aumentare l'isolamento di individui appartenenti ai segmenti più vulnerabili della società¹⁸².

L'intento di colpire duramente e marginalizzare i soliti sospetti utilizzando la carcerazione in chiave esclusivamente repressiva ispira anche l'irrigidimento della disciplina della recidiva¹⁸³. E' un legislatore che in fin dei conti si lava la coscienza quello che, di fronte a biografie criminali che dovrebbero far sorgere interrogativi sull'effettiva capacità rieducativa delle pene, decide di calcare la mano con aumenti di pena fissi¹⁸⁴, limiti al riconoscimento delle circostanze attenuanti¹⁸⁵, un regime di prescrizione sfavorevole¹⁸⁶ e modifiche altrettanto penalizzanti dell'ordinamento penitenziario¹⁸⁷. Che poi le statistiche dimostrino che proprio la carcerazione sia la via

¹⁸⁰ Per una opportuna esemplificazione degli esiti abnormi della disciplina vigente della legittima difesa abitativa si veda l'appello dei giuristi ...

¹⁸¹ Si veda a riguardo l'intervento del sen. Rizzi nella seduta n. 94 del 18.11.2008. Denuncia i rischi di deriva verso un diritto penale del tipo d'autore l'on. Turco nella seduta n. 175 del 12.5.2009.

¹⁸² F. VIGANÒ, *Diritto penale e immigrazione: qualche riflessione sui limiti di discrezionalità del legislatore*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2010, 13-36.

¹⁸³ Legge 251/2005.

¹⁸⁴ L'applicazione della recidiva rimane facoltativa. Tuttavia, una volta applicata essa comporta aumenti di pena spesso previsti in misura fissa e notevolmente più elevati che in passato: la recidiva semplice porta ad un aumento di un terzo della pena (in precedenza l'aumento era fino ad un sesto); nei casi di recidiva pluriaggravata l'aumento della pena è della metà (in precedenza era fino a metà); nei casi di recidiva reiterata semplice l'aumento è pari a metà della pena, mentre è di due terzi nei casi di recidiva reiterata aggravata.

¹⁸⁵ La nuova disciplina della recidiva reiterata limita fortemente la possibilità di applicare le circostanze attenuanti generiche (cfr. art. 62 bis, c. 2 c.p.) e la possibilità di far prevalere le circostanze attenuanti su quelle aggravanti (art. 69, c. 4 c.p.). Entrambi i profili sono stati almeno in parte corretti da interventi della Corte Costituzionale.

¹⁸⁶ Cfr. art. 157 c.p.

¹⁸⁷ In caso di recidiva reiterata è previsto il divieto di sospensione dell'ordine di carcerazione ed un regime sfavorevole per la concessione di permessi premio, della detenzione domiciliare, la semilibertà ed i benefici penitenziari

maestra per la recidiva¹⁸⁸, è circostanza che è conveniente trascurare, soprattutto se la preoccupazione principale è quella di infierire su devianza sociale e marginalità con misure che poco hanno a che vedere con la vocazione inclusiva della Costituzione¹⁸⁹.

G. Rimozione della libertà personale e complesso accusatorio

Già, ma quale ruolo svolge la Costituzione all'interno della discussione di provvedimenti legislativi che in maniera così insistente ne mettono alla prova la tenuta? Un primo profilo da sottolineare è la sostanziale marginalizzazione dei diritti fondamentali, oscurati da discussioni che seguono traiettorie alternative o ne depotenziano la portata garantista fino a renderli insignificanti. Colpisce, in particolare, che sia proprio la libertà personale, il diritto che più di tutti dovrebbe rilevare nella discussione di norme di incriminazione penale, a subire un processo di vera e propria rimozione. Nei dibattiti parlamentari di libertà personale sorprendentemente non si parla¹⁹⁰, né sembra che, al di là della sua evocazione esplicita, questo diritto fondamentale riesca ad indurre una qualche misura di cautela in chi con pervicacia interviene per inasprire le pene o espandere il perimetro del penalmente rilevante¹⁹¹.

E' questa probabilmente una conseguenza del complesso accusatorio che sembra essersi impadronito del legislatore¹⁹². La tendenza ad estendere all'agire politico la logica accusatoria tipica del pubblico ministero non porta soltanto a ridefinire una parte non piccola delle politiche pubbliche in termini di politica criminale¹⁹³, ma induce surrettiziamente a pensare che la libertà personale in gioco sia sempre e soltanto quella di una parte della società di cui in fondo si farebbe volentieri a meno. Talvolta questo succede perché i soliti sospetti godono di scarsa rappresentanza all'interno del Parlamento. Più spesso questo accade per l'irresistibile propensione del legislatore populista a schierarsi con le vittime o, comunque, con la parte sana della società¹⁹⁴. Solo in rari momenti¹⁹⁵ capita al legislatore di assumere anche la

¹⁸⁸ F. LEONARDI, *Le misure alternative alla detenzione tra inserimento sociale e abbattimento della recidiva*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2007, 2, 24. Si veda anche l'intervento del guardasigilli Orlando agli Stati generali dell'esecuzione penale del 18.4.2016, dove si sottolinea che «i detenuti che provengono da una precedente esperienza carceraria sono infatti circa il 56%; il 67% tra gli italiani, il 37% tra gli stranieri».

¹⁸⁹ L'impatto negativo sul principio di eguaglianza della riforma della recidiva è sottolineata in particolare dagli on. Bonito (seduta n. 382 del 3.11.2003), Pisapia (seduta n. 559 del 14.12.2004) e Russo Spena (seduta n. 702 del 9.11.2005).

¹⁹⁰ La libertà personale fa capolino nel dibattito sulla disciplina delle sostanze stupefacenti nell'intervento dell'on. Finocchiaro (seduta delle Commissioni Giustizia e Affari Sociali del 1.2.2006), peraltro con riferimento ad un aspetto secondario, ovvero per denunciare le eccessive limitazioni previste in via amministrativa a carico di soggetti incriminati per l'uso di droghe leggere.

¹⁹¹ In modo analogo, è raro che il dibattito si concentri sulla finalità rieducativa della pena. Si vedano però, all'interno del dibattito sulla riforma della recidiva, gli interventi dell'on. Fanfani (seduta n. 382 del 3.11.2003), Ranieli (seduta n. 561 del 16.12.2004), Pisapia (seduta n. 559 del 14.12.2004) e del sen. Zancan (seduta n. 837 del 7.7.2005).

¹⁹² G. FIANDACA, *supra* n. 116, 99.

¹⁹³ *Ibidem*.

¹⁹⁴ *Ibidem*, 103. Cfr. *supra* III.2.E.

¹⁹⁵ Si veda a riguardo l'intervento del sen. Giovanardi nel dibattito sul reato di omicidio stradale in cui, considerata l'eventualità per qualsiasi individuo di trovarsi tanto nei panni della vittima quanto dell'autore di un incidente stradale mortale, si auspica un diverso bilanciamento fra le esigenze delle vittime e degli autori del reato (seduta n. 461 del 9.6.2005).

prospettiva del reo¹⁹⁶ e di non vivere con insofferenza quelle garanzie costituzionali che dovrebbero indurre ad una visione più complessa della politica criminale.

Che sia difficile resistere al complesso accusatorio è provato anche dal fatto che la stessa opposizione ne pare in qualche misura influenzata. A leggere i resoconti dei dibattiti parlamentari non sembra infatti che la libertà personale e, più in generale, la garanzia dei diritti siano in grado di alimentare argomentazioni efficaci idonee a contrastare i motivi, le pulsioni e le spregiudicate strategie che ispirano il populismo penale¹⁹⁷. Di solito, le critiche dell'opposizione tendono ad evidenziare l'inadeguatezza, l'irrazionalità o la sproporzione degli interventi proposti dalla maggioranza¹⁹⁸. Più difficile che i diritti fondamentali inducano a contestare gli obiettivi di queste misure. Ma se da un lato questa scelta rende la critica più incisiva e penetrante¹⁹⁹, dall'altro può essere interpretata come un chiaro sintomo di subalternità ideologica²⁰⁰. Difendere le garanzie di Caino può costare caro in termini elettorali; meglio quindi ricorrere ad argomentazioni più tecniche che, per quanto puntuali ed efficaci, evitano di innalzare il livello dello scontro e sfidare il populismo penale anche sul terreno ideologico.

H. Sussidiarietà e meritevolezza della pena come risorse di opposizione politica

In tutto coerente con l'arretramento dall'avamposto dell'aperta rivendicazione dei diritti fondamentali, è la strategia diretta a contestare il rispetto del principio di sussidiarietà. Negli interventi di chi si oppone al populismo penale frequente è il richiamo all'elaborazione di strumenti alternativi alla sanzione penale. In una prima serie di contributi, il principio di sussidiarietà ispira considerazioni di natura squisitamente politica. E' così quando, nell'ambito della discussione dell'ennesimo intervento in materia di violenza sugli stadi, si afferma l'opportunità di adeguate politiche dirette ad affrontare il disagio giovanile²⁰¹. Ma lo stesso accade quando, in luogo dell'inasprimento delle pene, si invita il legislatore ad assicurare le risorse di carattere organizzativo necessarie a magistratura e forze di polizia per rispondere alla

¹⁹⁶ Salvo non dover intervenire su reati che lo riguardano più da vicino, come nel caso delle norme in materia di falsi elettorali introdotte con la legge 61/2004, con cui si è proceduto ad una sostanziale diminuzione di pena decisamente incoerente col rigore sanzionatorio applicato ad analoghi tipi di falso. Si vedano a riguardo gli interventi degli on. Boato e Mascia (seduta n. 340 del 15.7.2003).

¹⁹⁷ Costituiscono un esempio abbastanza isolato gli interventi dei sen. Zancan (seduta n. 668 del 6.10.2004), Brutti (seduta n. 835 del 6.7.2005), Pisapia e Russo Spena (seduta n. 735 del 23.1.2006) in tema di proporzionalità presunta della legittima difesa abitativa. La tutela del diritto di difesa affiora anche negli interventi dei sen. Maritati (seduta n. 9 delle Commissioni Affari Costituzionali e Giustizia dell'8.7.2008), Casson (seduta n. 89 del 12.11.2008) e Carofiglio (seduta n. 90 del 12.11.2008) nel dibattito sul reato di immigrazione clandestina. La tutela della libertà di espressione e ricerca scientifica compare invece negli interventi dell'on. Capacchione (seduta n. 132 del 24.20.2013) e dei sen. Scilipoti, Barani Corsini (seduta n. 387 del 10.2.2015) nel dibattito sul reato di negazionismo.

¹⁹⁸ Cfr. *infra* III.2.H.

¹⁹⁹ Si vedano, ad esempio, le considerazioni del sen. Li Gotti sull'impatto abnorme del reato di immigrazione clandestina sull'organizzazione giudiziaria (seduta n. 124 del 14.1.2009).

²⁰⁰ Ricorrente è, ad esempio, nel dibattito sul reato di immigrazione clandestina l'argomento contrario all'incriminazione penale, ma sostanzialmente convergente rispetto all'obiettivo di evitare gli ingressi e le permanenze irregolari. Cfr., *ex multis*, l'intervento del sen. Galperti nella seduta n. 90 del 12.11.2008.

²⁰¹ Si veda l'intervento dell'on. Pecorella nella seduta n. 135 del 27.3.2007. In senso analogo il richiamo dell'on. Pisapia (seduta n. 559 del 14.12.2004) a privilegiare politiche preventive o riabilitative nei confronti dei tossicodipendenti in luogo delle misure repressive.

criminalità²⁰². In una seconda serie di interventi, la prospettazione delle alternative da parte dell'opposizione assume una connotazione più tecnica. In luogo dell'intervento sulla legittima difesa abitativa, per esempio, vi è chi propone di introdurre una causa di non punibilità a tutela di chi, all'interno del proprio domicilio, usa un mezzo non manifestamente sproporzionato per contrastare l'offesa²⁰³. In tema di immigrazione clandestina, diversi sono gli interventi che contestano l'utilità del ricorso allo strumento penale per contenere i flussi migratori²⁰⁴.

Considerazioni prevalentemente di natura tecnico-giuridica sono anche quelle che investono la ragionevolezza e la proporzionalità delle proposte in discussione. Diverse sono le situazioni in cui i parlamentari di opposizione rilevano l'irragionevole disparità di trattamento di fatti analoghi. E' una vera e propria levata di scudi quella che, ad esempio, vede le opposizioni opporsi all'introduzione di una fattispecie di reato specifica per le lesioni a pubblico ufficiale circoscritta ai fatti commessi in occasione di manifestazione sportive, con chiara disparità di trattamento rispetto ad analoghe violenze commesse in diverso tipo di manifestazioni²⁰⁵. Così come nel dibattito sull'omicidio stradale diversi sono gli interventi diretti a lamentare l'incomprensibile esclusione dagli aggravamenti di pena di tutta una serie di condotte di guida altrettanto spericolate e spregiudicate di quelle soggette a sanzione più severa²⁰⁶. In altre ipotesi, considerazioni in merito alla ragionevolezza portano invece a lamentare la mancata distinzione di situazioni diverse, come nel caso dell'equiparazione sanzionatoria di condotte potenzialmente assai diverse come l'ingresso illegale e il trattenimento indebito nel territorio nazionale, o l'incriminazione di condotte riguardanti le droghe leggere e droghe pesanti²⁰⁷.

²⁰² Così ad esempio l'on. Finocchiaro (seduta n. 560 del 15.12.2004). In senso analogo gli interventi dei sen. Albano (seduta n. 461 del 9.6.2015) e Barani (seduta n. 463 del 10.6.2015) con cui si osserva l'esigenza di garantire maggiori controlli da parte delle forze dell'ordine, interventi di educazione stradale ed apposite tecnologie al fine di incrementare la sicurezza stradale. Si veda anche l'intervento del sen. Airola (seduta n. 387 del 10.2.2015) nel dibattito sul reato di negazionismo, dove rilevando l'inadeguatezza della risposta penale, si propone un investimento maggiore nell'istruzione.

²⁰³ In questo senso l'emendamento (respinto) 1.101 proposto dai sen. Fassone Calvi.

²⁰⁴ Cfr. l'intervento del sen. Carofiglio nella seduta n. 90 del 12.11.2008.

²⁰⁵ Si vedano gli interventi degli on. Cirielli, Ascierio, Bono, Benedetti Valentini, Bosi (seduta n. 135 del 27.3.2007), dei sen. Brutti, Centaro (seduta del 28.3.2007 delle Commissioni Affari Costituzionali e Giustizia) e dei sen. Di Lello, Sinisi e Schifani (seduta n. 135 del 3.4.2007). Nonostante l'ampio consenso riscontrato da queste valutazioni anche nel governo e nella maggioranza, il decreto legge 8/2007 non veniva emendato sul punto in sede di conversione in ragione del rischio, paventato dal Governo, di decadenza dell'intero decreto. Nonostante l'impegno esplicito a procedere in un momento successivo alla correzione (cfr. gli interventi del Ministro dell'Interno Amato e della sen. Finocchiaro nella seduta n.135 del 3.4.2007), la disciplina a suo tempo introdotta con il decreto legge 8/2007 risulta tuttora invariata.

²⁰⁶ Si vedano gli interventi dei sen. Orellana, Lo Moro, Ferraresi e Malan (seduta n. 461 del 9.6.2015) in cui si rileva come non siano soggetti ad aumento di pena l'omicidio cagionato da guida distratta dall'uso di apparecchiature elettroniche, dal mancato arresto del veicolo al posto di blocco o dall'ingresso non autorizzato in zona pedonale.

²⁰⁷ Si vedano gli interventi degli on. Mantini (seduta delle Commissioni Giustizia e Affari Sociali del 1.2.2006), Zanella e Fanfani (seduta n. 746 del 7.2.2006). L'unico argomento addotto a sostegno della scelta di superare la differenziazione di trattamento tra droghe pesanti e droghe leggere sarebbe il consistente aumento di principio attivo rilevato nei sequestri più recenti di sostanze come la cannabis, cfr. l'intervento dell'on. Anedda alle Commissioni II e XII del 31.1.2006.

Ridotte sono infine le ipotesi in cui si censura l'effettiva meritevolezza o la sproporzione delle pene²⁰⁸. Gli interventi ispirati dal principio di ragionevolezza tendono piuttosto ad evidenziare vere e proprie contraddizioni generate dal furore ideologico del legislatore penale. E' per questa via, ad esempio, che si denuncia l'applicabilità del reato di ingresso illegale anche agli stranieri vittime di tratta, la punizione di consumatori di sostanze stupefacenti per uso terapeutico o il fatto che il trattamento sanzionatorio della recidiva semplice (aumento di un terzo) possa risultare superiore a quello della recidiva qualificata (aumento sino alla metà)²⁰⁹.

I. Sfiducia nei confronti del giudice e svalutazione della legalità costituzionale

Un ultimo profilo a cui è opportuno far cenno riguarda la tendenza del populismo penale a circoscrivere la discrezionalità del giudice. Emerge a questo riguardo con nettezza un atteggiamento di sfiducia per una magistratura rappresentata come lassista nei confronti della criminalità ed insensibile alla domanda di sicurezza dei cittadini. Lo si può constatare, per esempio, nel caso dell'introduzione della presunzione di proporzionalità in caso di legittima difesa abitativa, quando il relatore parla di irrazionale applicazione giurisprudenziale dell'art. 52 c.p. e di trasformazione di un istituto diretto a tutelare le vittime in uno strumento che giova agli aggressori²¹⁰. Così è anche nel caso della riforma della recidiva, concepita come risposta alla tendenza della giurisprudenza di concedere indiscriminatamente le circostanze attenuanti generiche²¹¹. Ma anche l'introduzione del reato di omicidio stradale è in fondo un intervento diretto ad assicurare che le oscillazioni della giurisprudenza tra dolo eventuale e colpa cosciente non si risolvano in un trattamento sanzionatorio mite in favore del reo²¹².

Si badi, non è solo la magistratura ad essere bersaglio della *vis polemica* del populismo penale. Analoga svalutazione investe la dimensione tecnica della legislazione penale e, più in generale, il complesso delle garanzie costituzionali²¹³. Siamo in presenza a questo riguardo di un profilo costitutivo del populismo, consistente nella sfiducia nei confronti dei saperi tecnici e nella svalutazione di orientamenti normativi percepiti come esclusiva espressione di élite autoreferenziali²¹⁴. Individuando nella magistratura ed in chi professa una concezione costituzionale del diritto penale l'élite corrotta da combattere²¹⁵, il populismo penale dimostra tutto il proprio potenziale corrosivo. Ed è difficile in questa materia essere indulgenti o, addirittura, fiduciosi nei confronti dell'avanzata del populismo. Se infatti in altri ambiti è (forse) lecito esprimere fiducia rispetto a forze politiche che

²⁰⁸ Perplessità sui nuovi limiti edittali applicati all'omicidio stradale sono espresse dai sen. De Cristofaro, Lo Moro. Insoddisfatti invece per il non sufficiente rigore delle sanzioni accessorie sono i sen. Stefani e Cappelletti (seduta n. 461 del 9.6.2015).

²⁰⁹ Si veda l'intervento del sen. Fassone (seduta n. 852 del 25.7.2005).

²¹⁰ Intervento dell'on. Rossi alla riunione della Commissione Giustizia del 21.7.2005.

²¹¹ Si vedano gli interventi degli on. Vitali (seduta n. 382 del 3.11.2003) e Palma (seduta n. 561 del 16.12.2004).

²¹² Si veda l'intervento del sen. Cucca nella seduta n. 461 del 9.6.2015.

²¹³ G. FIANDACA, supra n. 116, 101.

²¹⁴ Ibidem, 98.

²¹⁵ E' tipica del populismo la tendenza a rappresentare la società come composta da un popolo puro e da una élite corrotta, cfr. M. ANSELMINI, *Populismo e populismi*, in S. ANASTASIA, M. ANSELMINI, D. FALCINELLI (a cura di), *Populismo penale: una prospettiva italiana* (Cedam, 2015), 6-7.

esprimono istanze di genuina e benefica ribellione nei confronti di un assetto politico nei fatti sempre più post-democratico²¹⁶, in materia penale un simile atteggiamento porta ad esiti paradossali. Nel sistema politico ed istituzionale vigente il populismo penale è tutt'altro che la voce di segmenti sociali marginalizzati che cercano di farsi spazio in un contesto che li esclude. No, il populismo penale è influente e ben rappresentato. Proprio questa scomoda realtà induce a volgere lo sguardo verso il giudizio di costituzionalità, per comprendere se quella sia (o possa essere) una sede in cui la libertà personale riceve una più rigorosa protezione.

3. *Il limitato potenziale correttivo della giurisprudenza costituzionale*

La giurisprudenza costituzionale sui limiti all'incriminazione penale non sembra tuttavia offrire rassicurazioni sufficienti. Anche in sede di controllo di costituzionalità, la libertà personale rivela una portata garantista assai ridotta, dissolvendosi letteralmente nell'applicazione di una versione particolarmente deferente del principio di ragionevolezza²¹⁷. L'incriminazione penale diviene perciò dominio esclusivo della politica²¹⁸: che si tratti di sindacare la definizione dei fatti punibili²¹⁹ o di valutarne il trattamento sanzionatorio²²⁰, di verificare il rispetto del principio di offensività²²¹ o l'adeguatezza di un reato a tutelare un bene giuridico²²², la Corte Costituzionale pare irremovibile nel riconoscere al legislatore ampi margini di manovra, limitandosi a censurare solo le violazioni più gravi del principio di ragionevolezza²²³.

Nell'approfondire l'analisi di questa giurisprudenza, occorre quindi premettere che la libertà personale è trattata alla stregua di un principio e che il giudizio sulle leggi di incriminazione penale non è esentato dalla pervasiva applicazione del principio di ragionevolezza che caratterizza la giustizia costituzionale italiana²²⁴. Qui come altrove il giudice costituzionale non sembra seguire un criterio di giudizio lineare e strutturato²²⁵. Nulla tuttavia impedisce di ricostruirne l'operato facendo riferimento ai

²¹⁶ Per una rivalutazione in questo senso del populismo, si veda E. LACLAU, *On Populist Reason* (Verso, 2007).

²¹⁷ G. FIANDACA, *supra* n. 89, 1263, dove si osserva come la giurisprudenza costituzionale abbia fatto proprio un orientamento mediano tra libertà politica e neo-giusnaturalismo costituzionale.

²¹⁸ V. MANES, *I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2012, 100.

²¹⁹ Cfr. ad esempio, la sent. 250/2010, § 5 e 6.3 in materia di reato di immigrazione clandestina, dove la Corte afferma: «Determinare quale sia la risposta sanzionatoria più adeguata a tale illecito, e segnatamente stabilire se esso debba assumere una connotazione penale, anziché meramente amministrativa [...], rientra nell'ambito delle scelte discrezionali del legislatore, il quale ben può modulare diversamente nel tempo – in rapporto alle mutevoli caratteristiche e dimensioni del fenomeno migratorio e alla differente pregnanza delle esigenze ad esso connesse – la qualità e il livello dell'intervento repressivo in materia».

²²⁰ Cfr. ad esempio, la sent. 9/1972, § 7, in materia di commercio e detenzione di sostanze stupefacenti.

²²¹ Cfr. sent. 225/2008, § 3 riguardante il reato di possesso ingiustificato di chiavi alterate o grimaldelli.

²²² Cfr. sent. 250/2010, § 10.

²²³ Di qui la frequente prassi di rigettare le questioni di costituzionalità per manifesta infondatezza, cfr. ad esempio l'ord. 262/2005, in tema di omessa o ritardata comunicazione dei nominativi degli ospiti di un albergo.

²²⁴ M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Intervento alla Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, 24-26 ottobre 2013, 1-2.

²²⁵ *Ibidem*, 14-15.

consueti canoni in cui si articola il giudizio di ragionevolezza o proporzionalità. Solo attraverso una simile impostazione è possibile infatti individuare gli ambiti in cui la Corte Costituzionale è più propensa ad intervenire e, di conseguenza, il tipo di contributo che è ragionevole aspettarsi da essa nella tutela della libertà personale.

Poco o nulla ci si può attendere, ad esempio, dal sindacato sugli obiettivi perseguiti dal legislatore, ossia sulla legittimità dei beni giuridici che giustificano le restrizioni alla libertà personale. In tutta una serie di pronunce è semplice per la Corte Costituzionale ancorare la fattispecie punitiva a beni giuridici di sicuro fondamento costituzionale²²⁶. In altre, per quanto la rilevanza costituzionale del bene giuridico protetto non sia immediata, la Corte pare comunque disponibile ad allargare le maglie dei principi costituzionali e a riconoscere la legittimità degli obiettivi perseguiti dal legislatore²²⁷. Solo in casi estremi si arriva a dichiarare che il comportamento punito non compromette alcun bene giuridico meritevole di tutela e che, quindi, le limitazioni alla libertà personale sono ingiustificate²²⁸.

Non molto più promettente è il sindacato sull'adeguatezza delle leggi di incriminazione penale, ovvero sulla loro effettiva capacità di assicurare protezione ai beni giuridici in questione. Sono infatti davvero poche e riguardanti casi tutto sommato marginali le pronunce in cui la Corte Costituzionale rileva lo scarso contributo del reato in questione alla tutela di un determinato bene giuridico²²⁹. Su questo specifico punto, si sconta probabilmente la scelta della Corte Costituzionale di prediligere un uso argomentativo dei principi costituzionali, senza valorizzare contributi conoscitivi di natura empirica²³⁰. Accade così che la Corte si ritenga soddisfatta dall'accertamento della pericolosità in astratto dell'attività sanzionata, rimettendo semmai al giudice ordinario la puntuale verifica dell'effettiva pericolosità della condotta punita²³¹. In questa prospettiva, solo in presenza di scelte

²²⁶ E' questo il caso, ad esempio, delle norme che punivano l'obiezione di coscienza totale all'obbligo di servizio militare, incardinate negli artt. 2 e 52 della Costituzione (cfr. sent. 409/1989).

²²⁷ Difficile quindi che i principi costituzionali riescano ad operare come filtro nella selezione degli obiettivi che ispirano l'incriminazione penale. E' frequente infatti che si attribuisca rilevanza costituzionale implicita al bene giuridico protetto. Questo è, ad esempio, il caso del reato di immigrazione clandestina, diretto a tutelare l'interesse dello stato al controllo e alla gestione dei flussi migratori, bene ritenuto strumentale ad un bene giuridico finale di sicuro rilievo costituzionale quale la sovranità dello stato, cfr. sent. 250/2010, § 6.3. Analogo è il caso del reato di mendicizia invasiva, diretto a tutelare il bene giuridico della tranquillità pubblica e lo spontaneo adempimento del dovere di solidarietà (cfr. sent. 519/1994, § 4).

²²⁸ Si veda, ad esempio, la sent. 120/1968, dove si è dichiarata l'incostituzionalità del divieto di inserzione nei giornali di corrispondenze o avvisi amorosi, e la sent. 189/1987, riguardante il reato di esposizione non autorizzata di bandiere dei paesi stranieri.

²²⁹ Si veda, ad es., la sent. 370/1996, § 2, dove si è rilevata l'inadeguatezza della contravvenzione di possesso ingiustificato di valori rispetto all'obiettivo di contrastare fenomeni di arricchimento personale ottenuto mediante vie illecite ed occulte.

²³⁰ M. DONINI, supra n. 100, 39.

²³¹ Si veda in proposito la sent. 360/1995 in materia di coltivazione di stupefacenti. In questa circostanza, la Corte Costituzionale si è accontentata di accertare la pericolosità in astratto della coltivazione per la salute umana, attribuendo al giudice di merito il compito di verificare in concreto l'offensività delle specifiche condotte di coltivazione nel presupposto che in alcuni casi sia possibile ritenerle penalmente irrilevanti in base all'art. 49 c.p.

manifestamente inadeguate la garanzia costituzionale alla libertà personale riacquista una qualche consistenza²³².

Un discorso analogo vale per il controllo sul rispetto del principio di sussidiarietà. Per quanto in questo ambito la Corte Costituzionale non esiti ad esortare il legislatore ad un uso selettivo della sanzione penale²³³, il più delle volte questo accade in situazioni in cui la scelta di incriminare determinate condotte risulta giustificata²³⁴. Più rara è invece l'applicazione in chiave critica del principio di sussidiarietà, anche qui riservata ad episodi in fin dei conti poco significativi²³⁵.

Per incontrare pronunce ispirate a criteri di giudizio più incisivi è necessario rivolgere l'attenzione ad alcune decisioni riguardanti la ragionevolezza e la proporzionalità della sanzione penale. Si può ricordare, ad esempio, la sentenza con cui si è dichiarata manifestamente sproporzionata la quantificazione della pena della reclusione per chi rifiuta il servizio militare in tempo di pace per motivi di coscienza in relazione alle minori pene previste per chi manca alla chiamata al servizio militare senza motivo o per motivi futili²³⁶. E proprio la disponibilità di un *tertium comparationis* ha permesso alla Corte Costituzionale di censurare l'irragionevolezza del trattamento sanzionatorio più severo della violazione di vincoli su beni paesaggistici individuati in via provvedimentale rispetto alla violazione di vincoli riguardanti beni tutelati per legge²³⁷.

Ma è soprattutto nel giudizio riguardante la circostanza aggravante della clandestinità che i principi di ragionevolezza e proporzionalità dimostrano di poter essere impiegati

²³² Per un recente esempio, si veda la sent. 74/2016 dove il divieto di prevalenza della circostanza attenuante della collaborazione per i reati di narcotraffico sulla recidiva reiterata è stata considerata manifestamente irragionevole in relazione all'obiettivo di favorire la dissociazione e la collaborazione.

²³³ Si veda, ad esempio, la sent. 409/1989, § 4, dove la Corte afferma: «non v'è dubbio, infatti, che il legislatore non è sostanzialmente arbitro delle sue scelte criminalizzatrici ma deve, oltre che ancorare ogni previsione di reato ad una reale dannosità sociale, circoscrivere, per quanto possibile, tenuto conto del rango costituzionale della (con la pena sacrificata) libertà personale, l'ambito del penalmente rilevante ma è anche indubbio che le valutazioni, dalle quali dipende la riduzione del numero delle incriminazioni, attongono a considerazioni generali (sulla funzione dello Stato, sul sistema penale, sulle sanzioni penali) e particolari (sui danni sociali contingentemente provocati dalla stessa esistenza delle incriminazioni, dal concreto svolgimento dei processi e dal metodo d'applicazione delle sanzioni penali) 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" del diritto penale) 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».

²³⁴ Così è nel caso del giudizio sul reato di obiezione di coscienza totale (sent. 409/1989), ma si veda anche il giudizio sul regime sanzionatorio del responsabile di gestione dell'acquedotto in caso di fornitura di acqua priva dei requisiti di qualità stabiliti a tutela della salute umana, cfr. sent. 317/96, § 2-3.

²³⁵ Il ricorso allo strumento penale è stato ritenuto abnorme nel caso del reato di mendicizia non invasiva, suggerendo come risposta più adeguata al fenomeno sociale della mendicizia la predisposizione di interventi ispirati al valore costituzionale della solidarietà, cfr. sent. 519/1995, § 3. Per un esito analogo si veda anche la sent. 189/1987, § 4, dove si è dichiarata la manifesta irrazionalità della contravvenzione che punisce l'esposizione non autorizzata di bandiere straniere.

²³⁶ Cfr. sent. 409/1989, § 6.

²³⁷ Si veda la sent. 56/2016. L'indisponibilità di un *tertium comparationis* che permettesse di individuare una soluzione costituzionalmente obbligata ha portato la Corte Costituzionale a dichiarare l'inammissibilità dell'equiparazione del trattamento sanzionatorio di droghe leggere e droghe pesanti, cfr. sent. 23/2016.

utilmente nel contrasto di misure penali populiste²³⁸. La pronuncia in questione muove infatti da premesse decisamente garantiste: dopo aver affermato che la condizione giuridica dello straniero non giustifica un trattamento diversificato e peggiorativo nella tutela dei diritti fondamentali, la Corte rileva la contrarietà al principio di eguaglianza di un trattamento penale più severo motivato solo da qualità personali del reo estranee al fatto-reato²³⁹. L'introduzione da parte dell'aggravante in questione di una distinzione fondata sulle condizioni personali e sociali del reo, ovvero su uno dei parametri esplicitamente previsti nel nucleo duro del principio di eguaglianza, induce la Corte ad una valutazione stringente del rispetto del principio di ragionevolezza. Si osserva allora che l'aggravante non individua un maggior danno o pericolo per i beni giuridici tutelati dalle norme penali, né pare che essa consenta di contrastare in maniera più efficace l'immigrazione irregolare²⁴⁰. La Corte rileva poi che l'aggravante, cumulandosi al reato di immigrazione clandestina, determina una intensificazione sproporzionata del carico sanzionatorio²⁴¹. L'inserimento nell'ordinamento di quella che, in fondo, è una presunzione generale assoluta di pericolosità sociale, oltre a poter contribuire ad esiti punitivi arbitrari nel caso singolo, ha un effetto stigmatizzante che prescinde del tutto dalla condotta del reo²⁴².

Non sempre l'applicazione del principio di ragionevolezza conduce ad esiti così promettenti. Occorre infatti riconoscere che, oltre ad ispirare pronunce così puntuali sul fronte della garanzia dei diritti fondamentali, il principio di ragionevolezza è all'origine di pronunce più accomodanti nei confronti di scelte di politica criminale più che discutibili. Spiccano, a questo riguardo, una serie di decisioni in materia di reati riguardanti le sostanze stupefacenti. Il principio di ragionevolezza, per esempio, non porta a censurare l'equiparazione nel trattamento sanzionatorio di condotte così diverse come la detenzione a fini di spaccio e la detenzione per uso personale²⁴³. Sempre l'applicazione del principio di ragionevolezza permette alla Corte di giustificare la disparità di trattamento sanzionatorio di condotte come la coltivazione di sostanze stupefacenti per uso personale (sottoposta a sanzione penale) e l'importazione, l'acquisto o la detenzione per uso personale (depenalizzate a seguito di referendum)²⁴⁴, o di ammettere che in caso di detenzione ai fini di spaccio di quantitativi ridotti di sostanza stupefacente non sia doveroso valorizzare la distinzione tra droghe leggere e droghe pesanti rilevante in caso di detenzione di maggiori

²³⁸ Si veda la sent. 249/2010.

²³⁹ *Ibidem*, § 4.1 e 4.2.

²⁴⁰ *Ibidem*, § 5. Emerge, quindi, in relazione all'inefficacia dell'aggravante anche un profilo riguardante la sua incongruità-inadeguatezza.

²⁴¹ *Ibidem*, § 6.

²⁴² *Ibidem*, § 9. A questo riguardo, diverso è invece l'esito del giudizio riguardante il reato di immigrazione clandestina, in cui la Corte ha ritenuto essere sanzionata non una qualità personale ma una condotta (ingresso illegale o indebito trattenimento), cfr. sent. 250/2010, § 6.2.

²⁴³ Cfr. la sent. 9/1972, § 7, dove il trattamento legislativo uniforme è giustificato alla luce della tutela del diritto (ma più appropriato, in questo caso, sarebbe dire il dovere) alla salute e dell'obiettivo della lotta alla droga.

²⁴⁴ Cfr. sent. 360/1995. A fronte della segnalata disparità di trattamento, la Corte Costituzionale si era inizialmente espressa con una dichiarazione di inammissibilità motivata dalla possibilità di estendere in via interpretativa alla coltivazione la depenalizzazione della detenzione per uso personale (cfr. sent. 443/1994). Dopo che la Corte di Cassazione aveva rigettato questa soluzione, la Corte Costituzionale ha sostenuto l'eterogeneità delle condotte in questione rilevando l'assenza nel caso della coltivazione del nesso di immediatezza con l'uso personale riscontrabile invece nella detenzione (cfr. sent. 360/1995, § 5 e 6).

quantità di sostanza stupefacente²⁴⁵. Insomma, il principio di ragionevolezza si dimostra strumento facilmente manipolabile che si presta sia ad interventi correttivi nei confronti della legislazione penale, sia a pronunce meno coraggiose e convincenti sul fronte della garanzia della libertà personale.

IV. Diritti fondamentali senza illusioni

Lo studio sulla portata garantista della libertà personale e sui limiti all'incriminazione penale induce a considerare empiricamente infondata la tesi dei diritti fondamentali in senso forte. La libertà personale è un diritto programmaticamente esposto a restrizioni legislative che si giustificano non solo in vista della tutela di beni giuridici radicati nella Costituzione, ma di un più ampio ventaglio di interessi autonomamente individuati dal legislatore.

Anche la tesi opposta, quella della concezione politica dei diritti fondamentali, mostra tutti i suoi limiti. Nel campo dell'incriminazione penale, il procedimento legislativo offre garanzie insufficienti ad assicurare un ricorso selettivo allo strumento penale. Inoltre, tale tesi è smentita con riferimento al teorizzato effetto disabilitante del controllo di costituzionalità sull'attività legislativa. Lungi dal porre una difficoltà contromaggioritaria, la giurisprudenza costituzionale non sembra discostarsi in maniera significativa dal sentimento medio dell'opinione pubblica²⁴⁶. Semmai, il sindacato sull'incriminazione penale dimostra l'esistenza di una difficoltà maggioritaria, ovvero di una tendenziale incapacità della Corte Costituzionale di contrastare derive che rischiano di corrodere i diritti delle minoranze e, più in generale, i principi costituzionali²⁴⁷. Di conseguenza, anche se i diritti fondamentali possono essere tutelati attraverso il controllo di costituzionalità, molto e, forse, troppo è ancora nella disponibilità del legislatore. Di questo è difficile rallegrarsi: in un periodo in cui la sensibilità garantista lascia parecchio a desiderare, è poco rassicurante affidare le sorti dei diritti in maniera quasi esclusiva al circuito democratico-rappresentativo.

Maggiore fondatezza va riconosciuta alla tesi dei diritti fondamentali come principi e, più nello specifico, al modello costituzionale debole del diritto penale. Dal punto di vista teorico, questa concezione consentirebbe ai diritti fondamentali di esplicitare la propria portata garantista tanto in sede legislativa quanto in sede giurisdizionale essenzialmente per il tramite del principio di proporzionalità. Al lato pratico, però, anche questa impostazione si rivela poco appagante: nei confronti restrizioni operate dal legislatore, essere titolari della libertà personale significa solo poter esigere una giustificazione, poiché solo in presenza di provvedimenti legislativi abnormi è possibile ottenere un rimedio giurisdizionale. Dalla Corte Costituzionale, infatti, non è ragionevole attendersi né l'esercizio di una funzione di filtro con riferimento ad incriminazioni connesse a beni giuridici scollegati dal testo costituzionale, né un argine di fronte all'uso simbolico del diritto penale. In modo analogo, la Corte pare

²⁴⁵ Cfr. sent. 23/2016, § 2.4. E' interessante notare la distanza di questa pronuncia da quanto deciso nella sent. 9/1972, § 4, quando la Corte aveva ritenuto giustificate le differenziazioni del trattamento sanzionatorio basate sulla diversa pericolosità delle sostanze stupefacenti.

²⁴⁶ A. BARAK, *supra* n. 16, 107.

²⁴⁷ M. DORF, *Majoritarian Difficulty and Theories of Constitutional Decision Making*, in *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, 2010-2011, 13, 287-288.

poco propensa ad applicare in maniera rigorosa il principio di sussidiarietà²⁴⁸, e solo in qualche caso circoscritto arriva a censurare l'inadeguatezza delle incriminazioni o irragionevoli contraddizioni esistenti tra fattispecie assimilabili. Insomma, in tema di garanzia della libertà personale non c'è da coltivare troppe illusioni nei confronti di un assetto istituzionale che, una volta investito da derive populiste, fatica a trovare le risorse per un'efficace reazione.

Proprio l'affacciarsi del populismo penale può giustificare sforzi diretti a rafforzare la portata garantista dei diritti fondamentali. Non credo si tratti qui di addossare alla concezione dei diritti come principi responsabilità che solo in parte le appartengono, né ritengo sia produttivo invocare un passaggio ad una concezione teorica forte dei diritti. Le carenze e le criticità rilevate in questo studio giustificano tentativi teoricamente più modesti ma, forse, al lato pratico più efficaci.

A fronte delle non esaltanti prestazioni del legislatore, pare ad esempio utile riflettere su possibili meccanismi idonei ad accentuare la garanzia dei diritti fondamentali all'interno del procedimento legislativo. Nell'ordinamento dell'Unione Europea, ad esempio, da tempo si è iniziato a sottoporre le iniziative legislative a valutazioni d'impatto alla luce del principio di proporzionalità²⁴⁹ e, più recentemente, dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Carta di Nizza²⁵⁰. Si tratta per ora di tentativi non scevri da ambiguità²⁵¹ che, comunque, sembrano indirizzarsi verso una trasformazione dell'*ethos* legislativo dell'Unione ed una maggiore sensibilità rispetto alla cultura dei diritti²⁵².

Ancora più significativa è l'esperienza britannica di applicazione in sede legislativa dello *Human Rights Act (1998)*. Oltre a richiedere a governo e parlamento di esaminare l'impatto sui diritti fondamentali dei propri provvedimenti²⁵³, l'istituzione di un *Joint Committee on Human Rights* ha reso sistematico il controllo indipendente sul rispetto dei diritti all'interno del procedimento legislativo²⁵⁴. Il tentativo di instillare una maggiore consapevolezza in merito alla tutela dei diritti a monte dell'eventuale (e, anche in quell'ordinamento, debole) controllo giurisdizionale ha prodotto risultati di rilievo: nel corso della propria attività, il *Joint Committee on Human Rights* non solo ha ispirato l'approvazione di emendamenti correttivi ai

²⁴⁸ La prevalente portata politica e non giustiziabilità del principio di sussidiarietà è rilevata da M. DONINI, supra n. 99, 430.

²⁴⁹ Si vedano l'art. 5 del Protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità e la Comunicazione della Commissione "Legiferare meglio per ottenere risultati migliori – Agenda dell'UE" COM (2015) 215 final. Incentrato sulla valutazione di impatto è anche il recente Accordo interistituzionale tra Parlamento europeo, Consiglio e Commissione sul *Better Law-Making*, cfr. <ec.europa.eu/smart-regulation/better_regulation/documents/iia_blm_final_en.pdf>.

²⁵⁰ Cfr. Comunicazione "Strategia per un'attuazione effettiva della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea" COM (2010) 573 def.

²⁵¹ Le valutazioni di impatto previste nell'ambito dell'iniziativa *Better Law-Making* sembrano principalmente dirette a minimizzare i costi delle misure di regolamentazione per le imprese. Cfr. in particolare la Comunicazione "The REFIT Platform – Structure and Functioning" C(2015) 3260 final.

²⁵² Per una prima verifica a riguardo si veda I. BUTLER, *Ensuring compliance with the Charter of Fundamental Rights in legislative drafting: the practice of the European Commission*, in *European Law Review*, 2012, 37, 397.

²⁵³ Cfr. *Human Rights Act*, sect. 19.

²⁵⁴ Sull'attività del *Joint Committee on Human Rights* si veda J. L. HIEBERT, *Parliament and the Human Rights Act: Can the JCHR help facilitate a culture of rights?*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2006, 4, 1-38.

provvedimenti legislativi più controversi, ma è riuscito ad affermarsi come una sede aperta alle istanze della società civile organizzata interessata a promuovere il rispetto dei diritti fondamentali²⁵⁵. Non sfugge come la sperimentazione di dispositivi analoghi potrebbe rafforzare la garanzia dei diritti fondamentali anche nell'ordinamento costituzionale italiano. In presenza di un circuito democratico-rappresentativo più permeabile alla cultura dei diritti fondamentali, anche la scelta della Corte Costituzionale di mantenere un atteggiamento deferente nei confronti di un legislatore che spesso non lo merita apparirebbe più convincente di quanto non lo sia ora.

Ma al di là di auspicabili correttivi all'interno del procedimento legislativo, anche i criteri di giudizio impiegati dalla Corte in materia di limiti all'incriminazione penale possono essere oggetto di una rivisitazione critica. Si badi, a suscitare perplessità non è tanto o solo la deferenza con cui la Corte affronta il controllo di costituzionalità delle leggi penali, quanto l'uniformità dei criteri di giudizio impiegati in presenza di una pluralità di variabili che potrebbero invece giustificare una gamma più diversificata di standard di giudizio. Davvero di fronte a reati introdotti con decreto legge o decreto legislativo la Corte deve impiegare gli stessi criteri di giudizio utilizzati per reati approvati con legge? Davvero il controllo di costituzionalità su incriminazioni che prevedono la pena detentiva deve seguire gli stessi criteri utilizzati per misure che prevedono solo sanzioni pecuniarie? Davvero non esiste una relazione tra intensità del controllo di costituzionalità e qualità e quantità della pena? Qualora si ritenesse di predisporre correttivi giurisdizionali più efficaci contro il populismo penale, queste sono alcune delle domande da cui si potrebbe partire.

²⁵⁵ Ibidem, 36-37.