

IL BICAMERALISMO ASIMMETRICO NELLO SPECCHIO DELLA RISERVA DI LEGGE IN MATERIA PENALE ^(*)

di Vincenzo Maiello

1. Dobbiamo essere grati a Sandro Staiano per aver voluto organizzare un confronto “polifonico” sui temi della riforma costituzionale, aperto anche alle differenti sensibilità disciplinari di quanti approfondiscono branche specialistiche dell’ordinamento giuridico. La condivisibilità dell’impostazione risiede nel *nomos* che ne innerva la *ratio*: vi si coglie l’allineamento col senso profondo del concetto di Costituzione (*Verfassung* ancor più che *Grundgesetz*) e con la correlata esigenza di concepirne l’opera di revisione – prima ancora che in guisa di componente dell’universo giuridico e della connessa elaborazione teorica – quale “affare” di competenza del discorso pubblico, rimesso alla disputa democratica e, dunque, al naturale luogo di formazione degli aspetti critico-razionali della coscienza politica collettiva (specie allorché questa sia investita del responso sovrano, come accade nelle consultazioni referendarie di natura confermativa).

Quanto alla riflessione a cui vengo chiamato, osservo come il profilo della riforma che, quasi d’istinto, solletica le osservazioni del penalista è il suo stesso asse portante, ossia il superamento del bicameralismo simmetrico nella formazione legislativa del diritto.

Evidenti le ragioni: l’apertura verso una produzione (potenzialmente) “monocamerale” della sola materia assoggettata, per statuto costituzionale, alla riserva assoluta di legge, incidendo sulla tradizionale ampiezza del principio, rischia di indebolirne la *ratio* propriamente democratica: in pratica, la *connotazione di scopo* della legalità penale che, se sul versante politico-ideologico, può dirsi debitrice del pensiero contrattualistico e della svolta rivoluzionaria, sul piano storico ha ricevuto conferma e rafforzamento dall’evoluzione del parlamentarismo, avvenuto col suffragio universale e con la costituzionalizzazione dello stesso *nullum crimen*.

In questa prospettiva, all’attribuzione alle assemblee liberamente elette dal popolo (della materia) dei delitti e delle pene viene collegato il significato di “*assicurare – a garanzia della libertà dei cittadini – una più forte legittimazione politica delle scelte punitive dello Stato*” (Marinucci-Dolcini).

* Il testo riproduce l’intervento svolto nell’ambito del Convegno sul tema “Riformare la Costituzione: un confronto aperto”, tenutosi il 30 maggio 2016 presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università di Napoli Federico II su iniziativa della Rivista *Federalismi.it*, che si ringrazia per avere autorizzato la pubblicazione del lavoro anche su *questa Rivista*.

D'altra parte, la Corte Costituzionale non ha mancato di scrutinare il fondamento della matrice parlamentare della legge penale in connessione ai caratteri identificativi del diritto criminale di ascendenza illuministico/liberale, qualificato dai principi di *sussidiarietà, frammentarietà e proporzionalità*, affermando che la giustificazione della sede parlamentare risiede nella sua più spiccata capacità di attuare questo complessivo programma di politica criminale (cfr. sent. n. 487/89).

Dietro questo approccio non è difficile scorgere paradigmi elaborati sugli spunti offerti dalla ricca riflessione europeo/novecentesca di stampo costituzionalistica e filosofico/politica (Kelsen, Habermas), impegnata a scongiurare i pericoli di depauperamento assiologico (degli strumenti e delle forme) della democrazia liberale.

Il ragionamento, che funge da retroterra della richiamata fondazione democratico/razionale e strutturale/funzionalistica della riserva di legge, può essere così riassunto: a) il procedimento legislativo esalta il metodo della "discussione pubblica", quale *ambiente* capace di favorire il confronto tra punti di vista antagonisti, o soltanto differenti, circa le soluzioni relative all'*an*, al *quomodo* ed al *quantum* di tutela coercitiva; b) l'istituzione parlamentare rappresenta, pertanto, il luogo che asseconda le virtualità *dialogico/discorsive*, oltre che *l'orientamento all'intesa*, della dialettica politica, definendo le premesse di epiloghi deliberativi adottati col concorso delle forze di minoranza; c) si profilano, in tal modo, le condizioni per accreditare un *contesto comunicativo* strumentale ad attenuare i rischi di torsione retorico/autoritaria dello schema democratico e di un suo scivolamento verso forme di rappresentazione e di decisione, esposte alle logiche della maggioranza ed alla tirannia delle sue pretese (Fiandaca; Palazzo; Ferrajoli).

Sotto diverso, ma complementare, profilo, la plausibilità teorica dell'anzidetta ricostruzione della riserva di legge discende (anche) dai paradigmi penalistici, improntati alla filosofia di fondo degli Stati costituzionali di diritto. La loro caratterizzazione nel senso della *razionalità secondo lo scopo*, imponendo una declinazione in chiave *ermeneutica* e *modulare* dei criteri di delimitazione del potere di punire (Donini), ne rilegittimano la provenienza da una "comunità di parlanti" capace di esprimere il consenso sociale razionale verso scelte di tutela "non artificiali" e non ipotocate dalle narrazioni retoriche del (mero) simbolismo comunicativo e della risposta "contingente".

Al contrario, l'implementazione di concezioni, rispettivamente, *eticizzanti* o *tecnocratiche* della penalità ben potrebbe prescindere da una base di discussione delle relative decisioni, che sia genuinamente democratica in quanto orientata al metodo del pluralismo dialettico (in tema di "diritti" e di "scienza") e della mediazione ermeneutica.

Nella complessa, ma consequenziale persuasività di questo *discorso legittimante*, che registra l'intreccio tra "vincoli procedurali" di costruzione della decisione politico-criminale e "qualità performative" di quest'ultima, affiora la cifra caratterizzante della riserva di legge: la certificazione del suo valore aggiunto rispetto a forme di "legalità non legislativa".

Riesce, allora, arduo negare che – nel contesto dei valori e degli scopi dei modelli di diritto penale a vocazione democratico-costituzionale – la riserva di legge

parlamentare si lasci preferire alle altre fonti di produzione giuridica non già in forza di argomenti logico-formali (iscrivibili nell'orbita della separazione dei poteri, ovvero della "costruzione a gradi" dell'ordinamento), bensì in ragione del suo prorompente *nomos*, che ne fa *theatrum* istituzionale in grado di promuovere una composizione più efficace ed equilibrata del conflitto fra funzioni ordinanti di tutela (degli interessi della comunità) ed esigenze (individuali) di *Magna Charta*.

Ora, se si dovesse valutare l'impatto penalistico della riforma avendo esclusivo riguardo alle acquisizioni esposte, il giudizio che ne deriverebbe sarebbe di forte preoccupazione per la tenuta di un diritto penale di formazione democratica; si rischierebbe di aprire spazi per alimentare allarmismi apocalittici, nel foro di una discussione pubblica già minata dagli approcci demagogico/populistici di quanti utilizzano le questioni costituzionali quali propellenti ideologici per contrapposizioni faziose.

Indubbiamente, la soppressione del meccanismo della *seconda lettura conforme* potrebbe essere vista quale rinuncia ad un momento di "ponderazione", di "raffreddamento emotivo" e di "approfondimento riflessivo" di scelte gravi (quali dovrebbero essere quelle inerenti l'ambito della punibilità), potenzialmente assai nocivo per la ragionevolezza e l'equilibrio politico-criminale delle soluzioni di tutela, specie in rapporto a materie sulle quali la discussione pubblica stenta a ricomporsi in assunti condivisi.

2. Le cose stanno, però, in maniera alquanto diversa e premono nella direzione di una rappresentazione chiaroscurale delle questioni in gioco.

L'intrinseca complessità del diritto (che registra l'intreccio di componenti propriamente normative e di aspetti connessi ai momenti decisionali ed applicativi del suo inserimento nella vita reale) impone che nello spazio della riflessione non si tenga conto soltanto delle "parole-chiavi" del *vocabolario deontologico* della legalità penale, ma anche degli esiti che affiorano da una complessiva analisi delle modalità attraverso cui è venuta maturando la produzione penalistica nell'esperienza repubblicana: in quella stagione, cioè, storico/istituzionale, ove la performatività democratica della riserva di legge avrebbe dovuto dispiegare con maggior compiutezza le proprie capacità di prestazione.

Seguendo questo itinerario, si resta sorpresi dalla enorme divaricazione tra l'offerta (costituzionale) di legalità parlamentare e la sua resa storica.

Uno sguardo grandangolare sul *diritto penale dell'era repubblicana* – non solo della sua ultima stagione, anche se qui con indubbia accentuazione dei profili rilevanti – ci restituisce la realtà di una sconcertante vicenda di "aspettative deluse", connotata da pratiche di sterilizzazione, su ampia scala, della "promessa" di definire la disciplina della punibilità entro l'esclusivo circuito della legalità parlamentare.

È accaduto, infatti, che una parte preponderante del profluvio di disposizioni penali, introdotte o modificate negli ultimi decenni, sia stata frutto del ruolo di crescente protagonismo assunto dalle fonti governative, percorrendo i duplici sentieri della decretazione di urgenza e della normazione delegata.

Ciò che colpisce è la spregiudicatezza con cui la prassi si è incaricata di rovesciare il paradigma costituzionale di legalità penale, prima dando ingresso e, poi, consolidando forme di pervasiva espropriazione delle funzioni normative del parlamento ad opera dell'esecutivo.

Non è possibile in questa sede affrontare il tema nella parabola delle sue complesse articolazioni, ma mi sia consentito solo rammentare vicende emblematiche, quali: a) la questione di fiducia posta in sede di conversione di decreti-legge; b) l'approvazione – in via contestuale alla conversione in legge di decreti – di o.d.g. che impegnano il Governo alla presentazione di d.d.l. di modifica della normativa appena varata; c) l'approvazione di emendamenti in sede di conversione da cui originano disposizioni non inserite nel decreto per essere prive dei requisiti legittimanti il ricorso alla disciplina di urgenza (fenomeno travolto dalla scure della incostituzionalità dichiarata con la sentenza n. 32/14); d) il recepimento delle fonti comunitarie attraverso la decretazione delegata.

A queste forme di vistosa (e patologica) sopraffazione della *ratio* democratico-parlamentare del principio, messe in campo dalla *voracità saprofita* del potere di governo, va senz'altro aggiunta la strisciante, e pervicace, aggressione alla sostanza democratico-garantista della riserva che si viene consumando nell'esperienza parlamentare, in seguito alla trasformazione in senso maggioritario della rappresentanza elettorale.

Non v'è, allora, chi non veda come il quadro tracciato impedisca di scorgere nella riforma del bicameralismo una trasformazione "golemica" che giustifichi previsioni catastrofiche sul futuro della *democrazia penale*.

Non si fa fatica ad immaginare i sorrisi irridenti degli analisti più disincantati, angosciati dalla *immane concretezza* dell'incessante *processualizzazione storica* delle "meta-narrazioni", innanzi ai commenti preoccupati dei loro colleghi *intenti a guardare il cielo*. Essi potrebbero addirittura intravedere nell'odierna opera di revisione i germi di una realistica marginalizzazione delle pratiche di "cannibalizzazione" delle prerogative parlamentari da parte dell'esecutivo. Sul punto, si potrebbe finanche argomentare che il nuovo sistema appare capace di innescare una prassi di contenimento del ricorso all'art. 77 Cost., indotto sia dalla ordinaria e prevedibile riduzione dei tempi del procedimento legislativo, sia dalla riscrittura di questa disposizione costituzionale.

Sebbene, invero, quest'ultima non includa la materia penale tra quelle per le quali è vietato il ricorso al decreto-legge, sembra indubbio la sua volontà di riaffermare uno sfavore di sistema verso l'istituto, come si ricava anche dalla introduzione del c.d. "voto a data certa" (art. 72, comma 7) che appare proiettato a coprire ambiti di intervento tradizionalmente attratti nell'orbita della fonte governativa.

3. Ora, pur nel convincimento che il traghettamento della formazione delle leggi verso i lidi del bicameralismo asimmetrico non trascinerà il diritto penale nel baratro della democrazia perduta – ove la *voluntas* della maggioranza schiaccierà inesorabilmente la *ratio* ordinante della "buone" soluzioni ispirate a proporzione ed

efficacia –, permangono, nondimeno, ragioni di preoccupazione e perplessità sulle prospettive di difesa della legalità parlamentare, che il nuovo sistema acquisisce, senza, naturalmente, determinarle a titolo per c.d. originario.

Vero è, infatti, che le “promesse non mantenute” del sistema penale imperniato sulla riserva costituzionale di legge traggono causa da fattori che trascendono l’articolazione mono e/o bicamerale della produzione legislativa, attingendo una molteplicità di piani e di ragioni (Palazzo); taluni profondi e non contingenti, legati alla crisi filosofica e politica della legge ed alla crescente difficoltà dell’arena parlamentare di essere “sintesi della dialettica democratica”, capace di realizzare – entro le complesse società contemporanee connotate da un accentuato e convulso dinamismo – modelli deliberativi di *concordia discors*.

È altrettanto indiscutibile, tuttavia, che nella situazione italiana, la crisi della legalità penale parlamentare sia stata causata anche da ragioni artificiali e normative che – ove non corrette – appaiono destinate ad amplificarsi nell’ambiente del bicameralismo asimmetrico.

Penso alle perverse relazioni combinatorie, con relative nocive sinergie, tra decretazione di urgenza, questione di fiducia in sede di conversione ed elezione parlamentare con sistema maggioritario.

Mi sembra problematico contestare che in questo contesto – avviato ad aggravarsi ove l’*Italicum* dovesse entrare in vigore senza modifiche – l’abbandono della seconda lettura conforme rischi di trasformarsi in un liquido infiammabile gettata sul fuoco che, da tempo, divora la sostanza democratica della legalità penale parlamentare. Ad irrobustirsi è la prospettiva di un governo penale dell’esecutivo: in pratica, una delle situazioni foriere di determinare proprio un genere di abusi che la riserva alle assemblee parlamentari avrebbe dovuto scongiurare.

Quali i possibili rimedi, *sic stantibus rebus*, senza, cioè, postulare il ricorso ad ulteriori (pur se necessarie) riforme della Carta – quali l’esclusione dalla materia penale dal campo di applicazione degli artt. 76 e 77 e l’introduzione di una “riserva di codice e di legge organica”)?

In primo luogo, un accrescimento della percentuale di rappresentanza proporzionale ed uno smussamento delle aggressività maggioritarie nella configurazione del sistema elettorale.

Potrebbe, poi, ipotizzarsi una disciplina degli *interna corporis* che articoli in senso democratico il rapporto tra iniziative legislative governative ed ampiezza del sindacato dell’assemblea, stabilendo, ad esempio, un divieto di porre la questione di fiducia in sede di conversione di decreti-legge che contengono disposizioni penali (*in malam et in bonam partem*). Non so quanto, in termini di stretto diritto costituzionale, la proposta possa avviarsi verso una sua praticabilità, anche avuto riguardo alle perplessità avanzate da autorevole dottrina nei confronti dell’*uso plurimo del rinvio ai regolamenti parlamentari* contenuto nel progetto di riforma (Manzella), fondate sulla considerazione che un sistema reticolare di *interna corporis* potrebbe mettere a rischio la stessa rigidità della Costituzione, moltiplicando le zone franche dal sindacato della Corte. E tuttavia, ritengo, assai sommessamente, che l’auspicata ipotesi andrebbe sostenuta per la sua destinazione a rinforzare la spina dorsale del parlamentarismo

costituzionale, incarnata dalla sovranità dei poteri d'assemblea, che la legge di revisione mostra di voler custodire alimentando uno sfavore di principio verso i decreti-legge, del quale può – come anticipato – considerarsi espressione il tipo procedimentale del “voto a data certa”.

4. Quale l'incidenza che il “recupero della lettura bicamerale”, delineata dalla riforma, potrà avere sulla tenuta della *ratio* democratica e della funzione discorsivo-dialettica della riserva di legge penale?

Sul piano teorico, prevale la considerazione di una certa asimmetria funzionale e teleologica tra il potere di proposta della seconda Camera ed il contributo di razionalità (*secondo i valori e secondo lo scopo*) che la sede rappresentativa della sovranità popolare può fornire alla causa di un diritto penale in senso liberal/democratico.

Mentre, invero, il Senato rappresenta le istituzioni (sic!) territoriali, la premessa di funzionalità epistemica (*lato sensu*) della riserva di legge statale si identifica nella capacità del parlamento di rappresentare il popolo sovrano nella sua unità (non a caso, una lettura costituzionalmente “infrasingolista” dell'art. 25, comma 2 ne sottolinea la derivazione dal secondo comma dell'art. 1 Cost.).

In proposito, occorre ancora una volta richiamarsi all'argomentazione deontologica articolata dalla sentenza costituzionale n. 487/89, anche perché relativa allo scrutinio di una normativa “regionale” recante una diversa disciplina dei presupposti di una causa di estinzione del reato fissati da una legge dello Stato. Secondo quella pronuncia, la legittimazione del parlamento quale esclusivo custode della produzione normativa in ambito penale discende dal suo essere organo “*che appunto possiede la più generale visione di beni e valori presenti nella società*”; non si vede, allora, come questa logica – necessaria per conferire *consenso sociale razionale* alle scelte incriminatrici e *coerenza sistematica* all'intera disciplina penale – possa dirsi compatibile con le capacità di prestazioni rappresentative affidate alla frammentata realtà delle istituzioni territoriali.

In una prospettiva di realismo storico, non è difficile pronosticare che i due rami del parlamento avranno necessità di avviare relazioni intercamerali orientate all'intesa – quantomeno sulle materie rientranti nella competenza bicamerale paritaria. In quest'orizzonte, temo che il potere di proposta del Senato (art. 70, terzo comma) – quando esercitato in rapporto a leggi penali – possa promuovere correzioni del testo approvato dalla Camera dei deputati in una direzione ben diversa da quella suggerita da una razionalità politico-criminale, ispirata alle ragioni del garantismo e delle istanze positivo/integratrici della prevenzione penale, ma, al contrario, permeabile alle pulsioni demagogico/populistiche connesse a rivendicazioni identitarie di nocive logiche localistiche. Se ciò dovesse accadere, dovremmo prendere atto che la variante bicamerale nei termini costruiti dal progetto di revisione costituzionale non rappresenta affatto, relativamente alla categoria della legge penale, un riuscito tentativo di immettere ossigeno nel suo polmone democratico, sicché preferibile sarebbe stato, paradossalmente, un sistema monocamerale secco.

5. Considerazioni in parte analoghe vanno svolte in rapporto alla competenza bicamerale simmetrica prevista dal primo comma dell'art. 70, nella parte riferita alla *"legge che stabilisce le orme generali, le forme e i termini della partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea"*.

La proiezione penalistica della previsione rinvia alla (vicenda della) recezione, nell'ordinamento interno, delle scelte formalizzate dal diritto dell'Unione nell'ambito della potestà penale c.d. indiretta, che il titolo V del TFUE (dedicato allo *"spazio di libertà, sicurezza e giustizia"*) riconosce al Parlamento ed al Consiglio, nelle forme della competenza *"autonoma"* (art. 83, par. 1) e di quella *"accessoria"* (art. 83, par. 2).

Ora, non credo di azzardare una valutazione peregrina se affermo che l'attribuzione (anche) al ramo del parlamento composto da membri *"rappresentativi delle istituzioni territoriali"* (art. 57, primo comma), della fase di concretizzazione nazionale della disciplina europea, in tema di criteri per una definizione minima di reati e pene, contiene gli ingredienti dell'ossimoro.

E ciò in quanto l'apprezzamento dell'impatto sul sistema penale nazionale della normativa euro-unitaria in materia criminale viene rimesso ad un contesto che, per un verso, è privo di potestà legislativa nell'ambito del diritto penale *ab origine* nazionale, per l'altro, è portatore di una logica di tutela in larga parte antagonista alla prospettiva unificatrice verso cui tende il progetto europeo, nonché ai relativi interessi di disciplina.

6. All'esito di questa riflessione *"a caldo"* sulla disciplina del procedimento legislativo prefigurata dal progetto di riforma, sarei tentato dal rilevare, in forma di schizzo impressionistico, che l'indebolimento (pur non dirompente) indebolimento della ratio democratica e della funzione discorsivo-dialettica della riserva di legge rischia di non giovare all'accreditamento di questo principio quale *"contro-limite"* alla *primauté* del diritto dell'Unione: per quanto mi riguarda, non è una buona cosa!