

ILLUMINISMO GIURIDICO E DIRITTO PENALE, OGGI (DALLA PROSPETTIVA DI UN VIGENTISTA)*

di Roberto Bartoli

Se l'Illuminismo giuridico segna un autentico progresso per la civiltà del diritto penale, esso presenta però anche alcune contraddizioni spesso non scorte. In particolare, grande limite dell'Illuminismo giuridico sembra essere la valorizzazione del legislatore e quindi del potere politico in termini di garanzia: ma la democrazia non è di per sé garanzia, potendo essere liberticida. Tale limite affligge anche l'odierno garantismo penale. Forse è venuto il momento, con spirito illuminista, di riconoscere che la garanzia più profonda nell'ambito del diritto penale proviene dalla giurisdizione, come ci dimostra l'odierno costituzionalismo, proprio perché è la giurisdizione l'unico potere che può controbilanciare in termini anti-maggioritari il potere politico. Mettere in discussione la giurisdizione significa minare le garanzie e aprire la strada a possibili derive autoritarie.

SOMMARIO: 1. *Excusatio non petita*... – 2. Che cos'è l'Illuminismo? – 2.1. Il giusnaturalismo. – 2.2. Individualismo e assolutismo giuridico. – 2.3. Alcuni tratti lungimiranti dell'Illuminismo giuridico. – 3. La legalità illuministica tra Ottocento e Novecento. – 4. E oggi? – 4.1. Il garantismo penale. – 4.2. Il costituzionalismo moderno. – 5. Un breve *excursus* in tema di legalità e interpretazione tra concezioni legalistiche e giurisprudenziali: una terza via è forse possibile. – 6. Illuminismo giuridico, illuminismo e costituzionalismo.

1. *Excusatio non petita*...

Mi sia consentito, in premessa, esprimere un sincero ringraziamento agli amici Loredana Garlati, Marco Miletta, Ileana del Bagno e Orazio Abbamonte: un ringraziamento non di mera circostanza, ma autenticamente sentito, per l'accoglienza e l'invito a partecipare a questa bellissima, e per me interessantissima, occasione d'incontro e di riflessione.

Ci è stato chiesto di parlare del rapporto tra Illuminismo giuridico e diritto penale, più precisamente dell'attualità di tale rapporto ovvero dell'eredità dell'Illuminismo giuridico nell'ottica di un penalista di oggi, vale a dire di un positivista, direi, meglio ancora, di un "mero" vigentista. Cosa vede oggi il penalista che volge il proprio sguardo al passato e lo getta sull'Illuminismo giuridico? Una realtà irriconoscibile? Un mondo riconoscibile dove si scorgono analogie e differenze,

(*) Il presente contributo è stato pubblicato nel volume collettaneo *Illuminismo e diritto penale, Incontri di Studi dell'Associazione Raffale Ajello* (2024-2025), a cura di I. Del Bagno, Napoli, 2025. Si ringrazia l'Editore e la curatrice per averne autorizzato la pubblicazione in questa *Rivista*.

continuità e cesure con il presente? Insomma, cosa c'è dell'Illuminismo giuridico di ieri nel diritto penale di oggi?

Non posso negare che davanti a siffatte domande ho provato, e provo tutt'ora, un reale sgomento. In quanto vigentista, altro non sono che un umile manovale del diritto, non solo ingabbiato nelle strettoie della legge, ma anche, a ben vedere, "prevaricato" dalla *voluntas* della politica che in essa si esprime e che negli ultimi tempi si fa sempre più unilaterale e monologante, ancor più espressione di potere. E il dominio della legge non può che incidere inevitabilmente sulla visione del giurista tendendo a renderla piuttosto angusta.

Quando ho rappresentato agli amici promotori dell'iniziativa tutte le mie riserve e i miei timori, mi è stato risposto di non preoccuparmi, testualmente mi è stato detto: "tranquillo, non dovrai dirci che cos'è l'illuminismo; dovrai semplicemente dirci il tuo punto di vista di penalista oggi". Una rassicurazione che in realtà ha sortito l'esatto effetto opposto, perché i miei perturbamenti si sono ingigantiti e irrobustiti. Alla questione di che cosa sia l'Illuminismo giuridico, di per sé fuori dalla mia portata, se n'è aggiunta un'altra: che cos'è il diritto penale oggi, qual è la sua cifra, la sua essenza?

Ebbene, se lo storico guarda al passato con gli occhi del passato, un vigentista non può che guardare al passato che con gli occhi del presente. Ecco che, se non ho compreso male, oggi, in questo incontro, a me si chiede proprio quello che per uno storico costituisce l'errore che non deve mai commettere: guardare al passato con gli occhi del presente.

D'altra parte, a ben vedere, se per lo storico un tale sguardo costituisce un faticoso errore, per un vigentista, in particolare se penalista, forse finisce per essere una sorta di virtù, visto che oggetto permanente delle sue analisi è il rapporto tra autorità/potere e garanzie per la persona. Soprattutto poi se, nel guardare al passato con gli occhi del presente, si prova a scorgere non solo i limiti del presente, ma anche le cause e le ragioni profonde di questi limiti, e ciò al fine di tentare di forgiare nuove forme di tutela che consentano di evitare i disastri che si sono verificati nella storia, disastri caratterizzati dall'esercizio della violenza senza limiti, e che, a quanto pare, tornano cupamente a riaffacciarsi.

2. Che cos'è l'Illuminismo?

In realtà, è impossibile trascurare questa domanda che costituisce il nostro punto di partenza. Non sarò certo io a rispondere a questo interrogativo che ciclicamente si ripropone: da Kant a Horkheimer e Adorno, da Foucault a Todorov. Oggi il tema è di nuovo particolarmente presente nel dibattito e nelle riflessioni degli storici e dei filosofi. Ma anche in ambito penalistico sembra tornare in auge.

Illuminismo come concetto unitario oppure come illuminismi? E anche là dove si riconosca che si debba parlare di illuminismi, esiste comunque una cifra essenziale che li unisce?

Illuminismo come un qualcosa che appartiene al passato oppure come un qualcosa che esprime un'essenza più ampia che si estende fino ai giorni nostri?

Illuminismo come progresso ed emancipazione (ponendosi poi la questione di “in cosa consista questo progresso”) oppure come promesse tradite, se non addirittura simulate strategie di dominio?

In estrema sintesi, e con molta approssimazione, ma allo scopo di definire al meglio il mio pensiero, a me pare che se, da un lato, la cifra profonda dell’Illuminismo *tout court* sia – per così dire – unitaria, risiedendo nella valorizzazione di una sorta di metodo, vale a dire della critica razionale, potremmo dire della contestazione di ogni *status quo* che contraddistingue l’oggetto osservato mediante una razionalità orientata alla tutela dell’uomo; dall’altro lato, l’Illuminismo giuridico si presenta strutturalmente contraddittorio: a dire il vero, a ben vedere, con molteplici punti e livelli di contraddizione.

L’Illuminismo giuridico segna infatti un indubbio ed enorme progresso di civiltà nel momento in cui giunge a forgiare il primo costituzionalismo penale attraverso l’elaborazione delle libertà, dei diritti e dei principi di garanzia, contribuendo a modellare una nuova penalità in termini strutturalmente diversi dal passato, a cominciare dal superamento delle pene corporali. Esso, però, non solo presenta accanto a punti di forza anche punti di debolezza, ma, più in profondità, sono proprio alcuni suoi punti di forza a contenere punti di debolezza: primo fra tutti l’enfaticizzazione del principio di legalità, che nel concentrare la produzione giuridica in una sola fonte, finisce per (ri)affermare il primato della politica sul diritto, ponendo così a rischio gli stessi principi di garanzia (e qui, come si può vedere, emerge evidentissimo il mio errore di valutare il passato con gli occhi del presente). Legalità che poi nel tempo sarà sempre più connessa alla democrazia e quindi alla logica maggioritaria, mantenendo, ma forse anche rafforzando, il primato della politica come *voluntas* sostenuta addirittura da una legittimazione per l’appunto democratica.

Potremmo parlare quindi di una realtà non solo contraddittoria, ma addirittura dissimulativa, per certi aspetti ingannatoria, anche se io preferisco parlare di una realtà tragica, come la maggior parte dei pensieri “occidentali”, non solo nel senso che la contraddizione risulta in parte ineliminabile e difficilmente componibile (legittimazione *versus* legittimità), ma anche nel senso che l’affermazione del progresso (i principi di garanzia del primo costituzionalismo) non poteva che passare dall’enfaticizzazione del punto di debolezza (la democrazia sottesa alla legalità): e ciò, sia in virtù della connessione tra potere sociale emergente (borghesia) e potere istituzionale capace di esprimerlo (Parlamento eletto), sia perché, postulando la democrazia il concetto di libertà (la democrazia si pensa necessariamente basata sulla libertà), l’evocazione della democrazia induce a pensarla di per sé in termini di libertà e quindi in termini di garanzia, trascurando però che, attraverso la vocazione maggioritaria, il punto di partenza di libertà che contraddistingue astrattamente l’idea di democrazia rischia di tradursi – nella dinamica concreta della storia – in scelte liberticide.

Non solo, ma, come cercherò di mettere in evidenza, questo punto di debolezza consistente nel mantenimento del primato della politica attraverso la centralità della legalità, oltre ad essere stato alla base dei disastri del primo Novecento, sembra costituire ancora oggi un pericolo rispetto al quale c’è da chiedersi se e quanto sia stato neutralizzato (direi che qui siamo al massimo dell’errore o della virtù).

2.1. Il giusnaturalismo.

A me pare che l'Illuminismo giuridico sia strutturalmente contraddittorio nei suoi grandi contenuti del giusnaturalismo, dell'individualismo e dell'assolutismo giuridico. Se indiscutibile punto di forza è il giusnaturalismo, l'individualismo e l'assolutismo giuridico (la legge, la legalità, il legislatore, la democrazia: in una parola la politica) sono senz'altro punti di forza, che tuttavia contengono in sé punti di debolezza.

Il giusnaturalismo si può considerare una sorta di *big bang* della prospettiva del costituzionalismo. Se l'Illuminismo è critica e "contestazione", l'Illuminismo giuridico in ambito penalistico non poteva che tradursi in una sorta di critica e contestazione del potere che può farsi abuso e arbitrio.

Ecco il giusnaturalismo come un qualcosa che preesiste, come condizione pre-storica, pre-contingente che sta prima dell'attualità, di ogni ultimo presente. E se questo contingente è lo Stato, il potere, l'esercizio della violenza, vale a dire la politica (che poi diventerà la maggioranza di turno), ciò che è preesistente implica un qualcosa di inalterabile, non solo e non tanto sul piano dei fini, ma prima ancora con riferimento alla utilizzabilità dei mezzi: da un lato, prima della conquista del potere, tutti i fini possono essere perseguiti, purché ci si attenga alle regole democratiche e non si adoperi la violenza per conquistare il potere; dall'altro lato, una volta conquistato il potere, le finalità non si possono che perseguire entro limiti invalicabili, vale a dire attraverso un esercizio del potere (comprensivo del potere di violenza) che deve risultare legittimo e quindi sottoposto a limiti, con conseguente inevitabile vaglio di legittimità in ordine agli stessi mezzi.

Certo, rispetto a questo preesistente si stagliano le varie concezioni, e dai vari giusnaturalismi derivano poi i vari illuminismi giuridici. Si pensi alle diverse concezioni di Locke, Montesquieu, Beccaria, Rousseau. Ma ciò che assume rilievo è proprio l'esistenza di un qualcosa che per l'appunto pre-esiste inalterabile, che la politica trova già predefinito e precostituito, indisponibile e invalicabile.

Ecco che giusnaturalismo significa nella sostanza limiti preesistenti. Quindi limiti all'arbitrio, agli eccessi, agli abusi, alle prevaricazioni e alle manipolazioni del potere. E in ambito penalistico è soprattutto il pensiero di Beccaria a segnare il passo: «fu la necessità che costrinse gli uomini a cedere parte della propria libertà: è adunque certo che ciascuno non ne vuol mettere nel pubblico deposito che la minima porzione possibile, quella sola che basti ad indurre gli altri a difenderlo. Tutto il di più è abuso, non giustizia; è fatto, non già diritto»¹.

D'altra parte, già qui, in realtà, si potrebbero scorgere significative contraddizioni interne all'Illuminismo giuridico, ma a mio avviso si tratta di contraddizioni che non esito a definire "innocue". Da un lato, si può osservare come, nato per scardinare metafisiche e ontologie, l'Illuminismo, mediante il giusnaturalismo, ripiombi in una sorta di metafisica e di ontologia: si trova qui concretizzata quella logica dello

¹ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, § 2.

spostamento che si ritrova in moltissimi passaggi storici che si ritengono rivoluzionari, ma che poi alla fine non lo sono poi così tanto, perché, invece di “risolvere” un determinato problema, lo spostano. Ma, a ben vedere, si trova qui anche la dimensione – per così dire – metafisica e “trascendente” che avvolge ogni patto costituente (potremmo dire l’instirpabile “teologia politica”). Dall’altro lato, non può non suscitare perplessità il fatto che, rispetto a ciò che si definisce preesistente e che quindi dovrebbe unire ed essere condiviso, vi siano in realtà visioni diverse.

D’altra parte, come accennato, si tratta di contraddizioni in definitiva innocue, perché, una volta riconosciute, l’aspetto che si deve evidenziare è che la prospettiva giusnaturalistica è orientata a porre limiti per prevenire abusi mettendo al centro il singolo. Inoltre, è dall’incontro tra visioni diverse che scaturisce la più autentica e profonda “ontologia” condivisa, per cui dalle diverse prospettive esistenti si estrae ciò che è “in comune”. Siamo al cuore del costituzionalismo in fase costituente.

Insomma, riconosciuto che anche metafisica e ontologia giuridica altro non sono che scelte politiche, la scelta politica per la metafisica e l’ontologia che esprime l’Illuminismo giuridico finisce per essere in un certo qual modo, in parte (solo in parte!), impolitica, proprio in quanto orientata a porre limiti alla politica che può tendere fisiologicamente a farsi assoluta, trasformandosi così, come vedremo meglio a breve, in una scelta politica per il diritto. Il giusnaturalismo illuminista non può che essere politico, ma, nascendo per porre limiti alla politica, è scelta politica nel senso del diritto.

2.2. Individualismo e assolutismo giuridico.

Il giusnaturalismo illuminista, vero e proprio punto di partenza, si declina poi in due articolazioni: nell’antropologia dell’individualismo e nell’assolutismo giuridico ovvero nella maestà della legge riferibile all’assetto dei poteri. Si tratta di due articolazioni che costituiscono senz’altro punti di forza, ma che, a ben vedere, presentano anche quei punti di debolezza ai quali abbiamo fatto cenno e che finiscono per insidiare e contraddire la stessa idea di limite.

L’individualismo presenta due caratteristiche fondamentali: astrattismo (idealità) e solipsismo. Da un lato, il soggetto che sta alla base di tutti i ragionamenti è un modello astratto, ideale, avulso dalla realtà, dalla società e dalla storia. Dall’altro lato, si tratta di un soggetto più che solitario, conchiuso, isolato, incomunicante, non relazionale: l’immagine che si staglia è di un minuscolo soggetto singolo davanti a uno Stato immane e sconfinato che lo sovrasta, quindi a ben vedere più bisognoso di tutela che capace di imporla attraverso la sua “preesistenza”.

Suo punto di forza è il suo essere portatore di libertà e di diritti per l’appunto preesistenti. Tuttavia, la scelta antropologica individualistica si riferisce a un modello che non solo non esiste nella realtà, ma se esiste è riferibile soltanto ad alcuni soggetti che, in quanto appartenenti alla classe borghese, risultano già forti. Insomma, l’individualismo contrappone al potere un soggetto debole anche perché irrealmente ideale, di per sé destinato ad essere sopraffatto.

Sull'assolutismo giuridico ci sarebbe da dire molto, ma in realtà tutto è già stato detto dal Maestro Paolo Grossi e da tutta la sua Scuola straordinaria. Assolutismo giuridico significa in un primo momento Sovrano legislatore, ma poi diviene ben presto popolo legislatore, nella sostanza democrazia, e si può considerare un punto di forza in ragione non solo dell'autodeterminazione/sovranità del popolo, ma anche della libertà sulla quale la democrazia si basa come una sorta di indispensabile e intramontabile postulato.

Ma assolutismo giuridico significa anche dominio, centralizzazione e accentramento del potere a scapito della società e degli individui. Inoltre, la sovranità che diviene arbitraria, nel momento in cui si fa assoluta, si contrasta spostandola dal Sovrano al Parlamento e, punto decisivo, il Parlamento viene concepito come un organo necessariamente di garanzia e di tutela dei consociati in quanto democraticamente eletto, per cui i rappresentanti del popolo non potrebbero mai andare contro i loro elettori, divenendo centrale il concetto di legittimazione che assorbe in sé quello di legittimità. Piuttosto sono i giudici che nel discostarsi dalla volontà del legislatore riaprono all'arbitrio e possono minare la democrazia. A ben vedere, un altro spostamento, perché l'assolutismo della sovranità non dipende soltanto dalla circostanza che la sovranità è esercitata da un uomo solo, ma prima ancora dalla presenza di un potere assoluto, con la conseguenza che la stessa sovranità deve essere frammentata in molteplici poteri che si limitano reciprocamente in modo autenticamente effettivo: insomma, se permane un potere assoluto permane la possibilità che poi il potere e la sovranità siano concentrati nelle mani di una persona sola.

Ma soprattutto individualismo e assolutismo giuridico nell'ottica contrattualistica si legano e si saldano, in una connessione che finisce per esaltare i punti di debolezza di ciascun concetto e per minare la stessa idea giusnaturalistica di limite.

Ed infatti, libertà e diritti hanno bisogno di protezione da parte dello Stato, ma nell'assetto illuministico dei poteri tale protezione è assicurata dal legislatore e quindi dalla politica. A ben vedere, nel momento in cui si depotenzia il potere giudiziario, la tutela delle libertà e dei diritti è collocata interamente nelle mani dello stesso legislatore che non è *ratio*, ma *voluntas*: riemerge la legittimità che si esaurisce nella legittimazione.

Inoltre, formidabile e implacabile è la miscela che scaturisce dall'incontro tra l'astrattismo antropologico dell'individualismo e la generalizzazione della legge: la consistenza astratta dell'individuo determinerà ancor di più un'attrazione delle sfere dell'individuo nelle mani del legislatore e quindi alla fine un'appropriazione dell'individuo da parte dello Stato: se, da un lato, libertà e diritti nelle mani esclusive del legislatore divengono bilanciabili, dall'altro lato lo sviluppo del concetto di bene giuridico consente una manipolazione degli interessi da tutelare, tale per cui questi ultimi finiscono per prevalere sempre sulle libertà, fino a giungere ad incriminarle. Detto diversamente, l'astrazione e il solipsismo antropologici combinati con l'assolutismo giuridico generalizzante comportano un'idealizzazione degli interessi in gioco rispetto ai quali il potere ha mani libere nel manipolarli, potendo restringere gli spazi di libertà dei consociati.

2.3. *Alcuni tratti lungimiranti dell'Illuminismo giuridico.*

Attenzione! Oltre ai principi di garanzia, non sono mancate nell'Illuminismo giuridico aperture visionarie che costituiscono vere e proprie anticipazioni del moderno costituzionalismo.

Si pensi al pensiero di Montesquieu, del quale affascina senz'altro il concetto della separazione dei poteri. Tuttavia, a ben vedere, si tratta di una concezione che ancora una volta presenta contraddizioni, perché, se, da un lato, frammenta la sovranità in più soggetti che esercitano poteri diversi, dall'altro lato non risolve il problema dell'assolutismo della sovranità, in quanto, nel momento in cui Montesquieu degrada i giudici a bocche della legge, il legislatore mantiene il proprio dominio sulla giurisdizione e quindi nella sostanza la sovranità resta assoluta: insomma, la separazione dei poteri di Montesquieu descrive una divisione delle attività di potere distribuite tra "poteri diversi", ma sull'autentico piano del potere si finisce per affermare il dominio del legislatore e della politica sulla giurisdizione che viene sottoposta alla legge. Non solo, ma poi il legislatore non esiterà a riattribuire tutti i poteri all'uomo unico al comando.

Ecco che del pensiero di Montesquieu ad affascinare è piuttosto l'idea della "virtù" che deve contraddistinguere un determinato ordinamento, idea che sarà poi ripresa con forza del tutto peculiare da Benjamin Constant attraverso il concetto di "legge giusta" e che in definitiva costituisce l'autentico pilastro del costituzionalismo.

Un'apertura visionaria si può poi considerare il pensiero di Beccaria sulla pena di morte, dove l'istanza abolizionista viene alla fine sostenuta anche attraverso un vero e proprio riferimento al personalismo. Così come, sempre nell'affrontare il tema della pena di morte, è ancora Beccaria che lascia emergere la distinzione tra diritto penale della guerra e diritto penale della pace e tra regola ed eccezione, uno dei tratti permanenti delle problematiche della penalità sul quale torneremo a breve.

Infine, si possono considerare anticipazioni i concetti di utilitarismo e laicità, destinati ad essere implementati nel costituzionalismo moderno. Se la prospettiva utilitaristica spinge nel senso dell'assolutismo finalistico (perseguire lo scopo attraverso qualsiasi mezzo), valorizzando la razionalità l'Illuminismo apre a una valutazione del mezzo rispetto allo scopo che pone limiti all'esercizio del potere, aprendo all'idea di misurare in termini di coerenza il rapporto mezzo/fine e profilando così una dimensione di garanzia che poi modernamente prenderà corpo nella ragionevolezza. Anche il concetto di laicità ha in sé una forte proiezione avveniristica, perché, contrastando visioni assolutistiche, apre non solo al pluralismo, ma anche, più che al relativismo, al "relazionalismo", vale a dire alla capacità di mettere in relazione le diverse prospettive, assestando così un doppio colpo all'assolutismo (pluralismo combinato al relazionalismo).

3. La legalità illuministica tra Ottocento e Novecento.

Possiamo saltare dall'Illuminismo all'oggi come se nulla sia accaduto nell'Ottocento fino ai primi del Novecento? Direi proprio di no.

Una breve sosta s'impone al solo fine di osservare come sia proprio il punto di forza dell'Illuminismo giuridico, vale a dire la legalità, a rivelarsi il grande punto di debolezza.

Come dimenticare la doppia legalità ottocentesca? Una, buona per i galantuomini, l'altra buona per i pezzenti e i fannulloni. Una, capace di porre limiti alle libertà indicando a una parte dei consociati ciò che si può fare o non si può fare, nell'assunto che, grazie alla forza derivante dalla collocazione sociale, la finalità che ci si prefigge si potrà benissimo perseguire che i molti mezzi leciti; l'altra capace di reprimere, escludere, neutralizzare, più che orientare il comportamento. L'astrattismo solipsista unito alla legalità borghese non può che produrre questa doppia legalità.

E come dimenticare la doppia legalità che si sposta dal fatto e dalla responsabilità per la realizzazione dello stesso, alla pericolosità sociale, sia in ordine alle misure di sicurezza, sia con riferimento alle misure di polizia che colpiscono non per quello che si fa, ma per quello che si è.

E come dimenticare la doppia legalità riferita alla normalità e all'emergenza, alla regola e all'eccezione che sospende qualsiasi garanzia fino ad arrivare all'impiego delle armi per contrastare i fenomeni del brigantaggio (nella sostanza un'anticipazione del concetto di guerra al terrorismo).

Tutti tratti che, come ci ha insegnato Mario Sbriccoli, si possono considerare permanenti addirittura fino ai giorni nostri e che trovano nella legalità il grande strumento per essere attuati mantenendo la parvenza del rispetto delle garanzie.

Ma alla legalità non può che riferirsi anche il regime fascista. Certo, il vero potere sarà esercitato neutralizzando il Parlamento e per le vie di fatto, a prescindere dalla legalità e violandola in concreto. Ma ancora una volta, trascorso il periodo di transizione e assestamento, impossibile dimenticare le leggi razziali, contraddistinte da quella discriminazione istituzionale fondata sull'essere alla quale non si potrà che rispondere attraverso il principio di eguaglianza non solo e non tanto formale, quanto piuttosto universale (art. 3 Cost.).

Ecco che, al di là di tutte le distinzioni che si possono compiere con riferimento al tecnicismo giuridico, distinguendo tra la prolusione di Arturo Rocco del 1910, quello "contaminato" del positivismo giuridico e quello pienamente asservito del fascismo, tratto costante resta la "sottoposizione" alla legge, la configurazione di una scienza e di un'ermeneutica giuridiche "neutre", che si attagliano perfettamente alla legalità che di per sé è strumento altrettanto neutro, capace di assumere contenuti di garanzia o liberticidi a seconda della forza politica che detiene il potere.

Insomma, nella fase precedente al costituzionalismo moderno, sarà la legalità lo strumento per veicolare la *voluntas* liberticida e discriminatoria. La legalità illuministica, di per sé concepita in termini di garanzia, nell'Ottocento e nel Novecento si rivela per quello che è: uno strumento nelle mani della volontà politica.

4. E oggi?

A me pare che oggi si possano individuare due grandi prospettive di fondo. Da un lato, v'è la prospettiva del garantismo penale, del diritto penale liberale, che trova l'espressione più compiuta nel pensiero di Luigi Ferrajoli e che ha la sua matrice nel giuspositivismo di Norberto Bobbio. Dall'altro lato, v'è la prospettiva del costituzionalismo moderno, che ricondurrei al (dimenticato) pensiero di Nicola Matteucci e che, in ambito penalistico, con molteplici varianti, è offerto dalla linea del fuoco che passa da Giuseppe Bettiol, Pietro Nuvolone e Aldo Moro, per conoscere poi uno slancio innovatore in Vassalli e Bricola, e più di recente in Pulitanò, Palazzo, Fiandaca e Dolcini.

A me pare che garantismo penale e costituzionalismo moderno siano due realtà in parte identiche, in parte diverse. Sono identiche con riferimento alla finalità ultima che perseguono: obiettivo di entrambe le concezioni è tutelare il consociato da possibili abusi e prevaricazioni, ponendo limiti invalicabili alla politica. In questa prospettiva, garantismo penale e costituzionalismo moderno condividono con l'Illuminismo giuridico il giusnaturalismo. Un giusnaturalismo oggi certamente positivizzato nel momento in cui le garanzie sono state inserite in fonti scritte, oltretutto sovraordinate, e sono state previste giurisdizioni costituzionali. Ma che, nonostante questa previsione giuspositiva, resta necessariamente sostanziale e preesistente in quanto irriducibile alla volontà del legislatore contingente.

Tuttavia, garantismo penale e costituzionalismo moderno sembrano differire sul piano dei mezzi. Il garantismo penale continua a restare radicato a una visione, se non di individuo e di libertà, quanto meno di uomo e diritti universali, una visione che, come vedremo, resta pur sempre contaminata da un astrattismo che in definitiva risulta manipolabile; inoltre, e soprattutto, il garantismo tende a valorizzare il ruolo del legislatore, del potere legislativo, della legge e della democrazia e quindi al fondo della politica a scapito della giurisdizione. Il costituzionalismo moderno, invece, è andato oltre lo stesso individuo e l'uomo, per aprirsi al concetto più articolato e complesso di persona che se opportunamente valorizzato costringe a una inevitabile concretizzazione che smaschera le pulsioni manipolatorie. Inoltre, il costituzionalismo tende a valorizzare proprio la giurisdizione, l'altra grande autentica novità del costituzionalismo moderno, da leggersi non solo in termini antimaggioritari, ma, più a fondo, di effettiva e piena tutela della persona contro gli abusi dello Stato, visto che le violazioni più significative dei diritti della persona provengono proprio dallo Stato.

Ebbene, a me pare che, mentre il garantismo penale si pone nel pieno solco dell'Illuminismo e vi resta nella sostanza imbrigliato, il costituzionalismo moderno, invece, si pone nel solco dell'Illuminismo ma in qualche modo lo supera: tra Illuminismo/garantismo e costituzionalismo finiscono per esservi molte affinità, ma anche differenze decisive sul piano antropologico e su quello dell'assetto dei poteri.

4.1. *Il garantismo penale.*

Garantismo penale significa limitare il potere valorizzando la prospettiva universalistica dei diritti dell'uomo e la democrazia che dà legittimazione al legislatore.

In particolare, sul piano antropologico, la novità – per così dire – evolutiva è segnata dal passaggio dall'individuo all'uomo e quindi dall'emersione dei diritti umani in una prospettiva universalistica. D'altra parte, l'universalismo dei diritti umani si presta a una doppia lettura, manifestando una sorta di lato oscuro: se, da un lato, i diritti umani svolgono una fondamentale funzione di garanzia contro discriminazioni "istituzionali" basate sull'essere; dall'altro lato, però, non solo si possono accordare con le esigenze preventive di tutela, ma possono spingere queste esigenze preventive verso gravi violazioni degli stessi diritti umani.

Ciò emerge molto bene se si pone attenzione ai diritti umani come oggetto di tutela del diritto penale oppure come base dalla quale scaturiscono doveri di tutela, doveri di punire al fine di impedire l'impunità all'interno degli Stati dove si realizzano violazioni di diritti umani.

Nella prima prospettiva – diritti umani come oggetto del diritto penale – tali diritti intessono un rapporto funzionale con il diritto penale, nel senso che avallano, se non addirittura incrementano, i rischi di eccessi e di strumentalizzazione propri del potere punitivo. I diritti umani come oggetto di tutela possono comportare un'assolutizzazione della tutela, per cui non resta alcuno spazio per un bilanciamento con interessi contrapposti: si pensi al contrasto al terrorismo. Inoltre, comportano una smaterializzazione dei beni giuridici tutelati, con conseguente idealizzazione: si pensi a tutti i nuovi delitti contro la persona (da ultimo l'introducendo femminicidio) che fanno leva sul concetto di dignità e che determinano una vera e propria idealizzazione della tutela. Ecco che anche i diritti umani, riferiti all'uomo come modello ideale, si muovono all'interno di una prospettiva astrattizzante che nel momento in cui entrano nell'orbita generalizzante del legislatore possono conoscere una manipolazione identica a quella a cui vanno incontro i diritti dell'individuo e i beni giuridici. Insomma, il passaggio dalle libertà dell'individuo ai diritti dell'uomo non scalfisce quell'astrattismo che comporta un'idealizzazione dei beni di tutela e che è alla base delle manipolazioni. Anzi, per certi aspetti lo incrementa: in questa prospettiva meritano la massima attenzione i reati di odio, destinati a comprimere la libertà di manifestazione del pensiero quale che sia l'odio che si tende ad istigare, reati di odio alla fine avallati dalla stessa Corte EDU. Ma si pensi anche alla normativa internazionale a contrasto del terrorismo internazionale che ha comportato un'anticipazione della tutela così arretrata da sfociare, ancora una volta, in incriminazioni di libertà.

Anche nella seconda prospettiva – dovere di tutela dei diritti umani – il rapporto tra diritti umani e diritto penale tende a farsi ambiguo: se, da un lato, il dovere di tutela tende a garantire una protezione (la violazione dei diritti umani non può restare impunita; gli Stati non possono restare inerti davanti alle violazioni dei diritti umani); dall'altro lato, lo stesso dovere di tutela, proprio perché spinge nella direzione della tutela, può tornare a determinare eccessi e strumentalizzazioni.

Sul piano politico-giuridico, il garantismo penale si pone in piena continuità con l'Illuminismo giuridico attraverso la valorizzazione della legge, del legislatore, della democrazia, della politica e il depotenziamento del potere giudiziario che torna ad essere ridotto a bocca della legge, replicandosi così un rapporto di subalternità del giudice al legislatore.

Il punto è molto delicato e merita la massima attenzione. A ben vedere, la valorizzazione della legalità muove dall'obiettivo di limitare la discrezionalità giurisdizionale che nel momento in cui fuoriesce dai limiti della legge si fa arbitrio: problema grave, reale, sul quale torneremo. Insomma, il punto di partenza si potrebbe considerare autenticamente e plausibilmente illuministico. Tuttavia, nel momento in cui si valorizza la legalità come antidoto all'arbitrio giudiziario non ci si avvede della circostanza che la legalità è nella sostanza politica, con conseguente possibile prevaricazione. Si potrebbe dire che nel valorizzare la legalità in chiave anti-arbitrio giurisdizionale si finisce per trascurare la dimensione politica che penetra all'interno della legalità e che a sua volta può determinare abusi.

Ecco riemergere tutti i problemi (tragici) già presenti nell'Illuminismo giuridico. Certo, è indubbio che i valori costituzionali come anche i diritti fondamentali e quindi nella sostanza le garanzie sono primariamente affidate alla politica e ai poteri legislativo ed esecutivo in cui essa s'incardina e si esprime. Tuttavia, non solo è ben possibile che la maggioranza di turno trascuri la valenza dei principi, ma anche che spinga per un loro travalicamento. E se il garantismo esaurisce le garanzie nel legislatore, il primato della legge può degenerare in senso illiberale, ponendosi così un'esigenza di garanzia che soltanto la giurisdizione è in grado di soddisfare.

Vedendo le cose dalla prospettiva della più viva attualità, appare del tutto evidente come la parte politica che detiene oggi il potere torni ad affermare con forza la legalità proprio al fine di sottoporre il giudice alla legge, ma non solo – e non tanto – con la finalità di evitare gli arbitri della giurisdizione nel momento applicativo della legge, ma piuttosto per eliminare il controllo di legittimità costituzionale sulla legalità che soltanto la giurisdizione può compiere.

Ecco che il garantismo in chiave anti-arbitrio giudiziario rischia di diventare alleato delle pulsioni politiche illiberali che spingono in senso anti-giurisdizionale *tout court*, contro cioè la giurisdizione che svolge funzioni di limite al potere politico/esecutivo che può compiere abusi.

4.2. Il costituzionalismo moderno.

Il costituzionalismo moderno va oltre il garantismo. Il primo oltre è antropologico, perché affianca ai concetti di individuo (art. 2 Cost.) e di uomo (art. 3.1 Cost.) quello di persona (art. 3.2 Cost.). Il concetto di persona apre a una prospettiva davvero peculiare e per certi aspetti inedita e rivoluzionaria, perché persona significa il singolo in carne ed ossa, ogni essere vivente, ciascuno di noi inserito nella storia, nella società, nelle relazioni: unico e irripetibile.

Il secondo oltre sta per l'appunto nella valorizzazione della giurisdizione e in particolare della giurisdizione costituzionale. Sul piano domestico, la giurisdizione costituzionale non è costituita soltanto dalla Corte costituzionale, ma prima ancora dai giudici ordinari ai quali viene riconosciuto il potere di sollevare questione di legittimità costituzionale. Ciò significa che i giudici ordinari sono sì subordinati alla legge, ma quando la legge risulta costituzionalmente legittima. Se invece la legge viola libertà diritti e principi di garanzia, il giudice non solo può, ma deve discostarsi dalla legge e guardare direttamente alla Costituzione.

Certo anche la giurisdizione può presentare e presenta i suoi limiti, anche perché, essendo esercizio di potere oltretutto statale, si presta ad abusi. E, come accennato, si tratta di una realtà problematica che non può essere trascurata. Ecco che, più che neutralizzare la giurisdizione, si dovrebbe elaborare una prospettiva che limiti e vincoli la discrezionalità in termini più effettivi alla legge costituzionalmente legittima. Sul punto diviene fondamentale iniziare a interrogarsi se non sia necessario implementare le garanzie contro gli esercizi arbitrari del potere giurisdizionale: si pensi a ricorsi diretti della persona alla Corte costituzionale contro sentenze "ingiuste" perché comportano violazioni di diritti e principi.

Ma la giurisdizione, oltre ad essere potere che applica la legge, nel costituzionalismo moderno è, primariamente, potere di garanzia che per essere tale non può essere sottoposto alla legge, ma si deve svincolare dalla stessa proprio allorché la legge risulta costituzionalmente illegittima.

Ma il punto di vera rivoluzione del costituzionalismo moderno sta nella combinazione tra personalismo e giurisdizione che consente una tutela reale ed effettiva della persona in carne ed ossa. Da un lato, si consideri la trasformazione subita dalla giurisprudenza della Corte EDU, che è sì giurisprudenza che fa valere i diritti universali dell'uomo, ma che ormai declina siffatti diritti calibrandoli sulla situazione concreta e quindi sulla persona. Si pensi a quella giurisprudenza che ha dissolto un altro mito illuminista secondo cui, a differenza della pena pecuniaria che muta afflittività a seconda del patrimonio del destinatario, la privazione della libertà personale sarebbe invece eguale per tutti gli uomini: in molte sentenze la Corte EDU ci insegna che la carcerazione muta a seconda che la persona sia sana oppure malata e vulnerabile.

Dall'altro lato, si pensi alla trasformazione subita dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, giudice delle leggi, ma che ormai sempre di più opera in una prospettiva di concretezza che guarda alla persona con sviluppi straordinari: si pensi al recente riconoscimento del diritto all'affettività in carcere.

Una prospettiva, quella del personalismo e della giurisdizione, che se adottata e sviluppata appieno potrebbe portare a una vera e propria riconfigurazione del diritto penale in termini di implementazione delle garanzie in chiave – per così dire – anti-potere. Da un lato, gli stessi principi finiscono per essere ridefiniti in termini personalistici: si pensi alla valorizzazione della retroattività della legge penale favorevole come diritto della persona e che sta comportando un'assolutizzazione anche di tale principio. Dall'altro lato, reato e pena sono destinati a un ripensamento radicale. Così, ad esempio, con riferimento al reato, il personalismo non può che indurre a una rilettura complessiva del ruolo dell'autodeterminazione, la quale per l'appunto non può

che radicarsi in quella del soggetto in carne ed ossa, mettendo così in crisi ad esempio i concetti di vulnerabilità e dignità che si prestano a un'astrattizzazione manipolatrice che alla fine pone limiti all'autodeterminazione, divenendo decisivo l'accertamento dell'autodeterminazione la quale deve risultare effettiva. Con riferimento alla pena, è lo stesso carcere ad entrare in crisi, perché v'è un'incompatibilità di fondo tra la cattività e l'auto-responsabilizzazione, che invece risulta compatibile con l'idea di punire, ma in libertà.

Ed ancora, si pensi a tutto il tema del sindacato sulle scelte di criminalizzazione. Da un lato, si continua a perorare la teoria del bene giuridico, una teoria che, come mostra la storia, non consente di offrire efficaci delimitazioni, perché sul bene giuridico si viene a proiettare quella prospettiva generalizzante e pubblicistica che dà luogo alle manipolazioni. Dall'altro lato, alla concezione dei beni giuridici si contrappongono i *diritti* della persona, una prospettiva che tuttavia continua a muoversi in una dimensione astrattizzante, con esiti quanto meno paternalistici. Ebbene, personalismo significa porre al centro della tutela non beni o diritti astratti, ma beni concreti e in primo luogo beni che riguardano proprio la persona in carne ed ossa, nella reale vicenda criminosa. Ecco che, ad es., con riferimento a quelle incriminazioni che entrano in tensione con l'esercizio di libertà (si pensi alle quattro libertà politiche della manifestazione del pensiero, di riunione, di associazione e di sciopero), si possono considerare legittime quelle in cui si prevede il pericolo concreto di passaggio alla violenza offensiva di interessi reali riferibili alla persona, mentre risultano illegittime quelle incriminazioni anticipate che, facendo leva su beni giuridici manipolabili come l'ordine pubblico, la sicurezza, il prestigio o la dignità e l'eguaglianza in termini antidiscriminatori, finiscono per porre veri e propri limiti alle libertà. Insomma, nel costituzionalismo moderno, i limiti alle libertà non devono passare da una valutazione dei fini per i quali sono esercitati, ma da un vaglio sui mezzi.

5. Un breve *excursus* in tema di legalità e interpretazione tra concezioni legalistiche e giurisprudenziali: una terza via è forse possibile.

Una riflessione sui rapporti tra Illuminismo giuridico e diritto penale, oggi, impone di toccare il tema dell'interpretazione.

Ebbene, l'impressione è che questo tema sia ancora affrontato – per così dire – in termini illuministici: da un lato, vi sono i sostenitori della concezione descrittiva, dall'altro quelli della concezione creativa. Da un lato, al fine di limitare il giudice, v'è una concezione legalistica che fa leva sul vincolo linguistico, dall'altro v'è invece una concezione giurisprudenziale che riconfigura le garanzie in termini di prevedibilità, lasciando nella sostanza libera l'attività interpretativa del giudice, purché si consolidi un orientamento stabilizzato e quindi per l'appunto prevedibile.

A me pare che si tratti di due posizioni speculari, opposte nei punti di partenza e di arrivo, ma alla fin fine chiuse all'interno del medesimo orizzonte concettuale, basato sull'idea che l'interpretazione attiene al singolo lemma che deve essere interpretato, per cui l'orientamento legalistico reclama un vincolo alla lettera e ai significati linguistici

attribuibili al lemma, mentre quello giurisprudenziale lo nega, richiedendo il consolidamento di un'interpretazione.

Ebbene, a me pare indispensabile uscire da questa netta contrapposizione che si agita all'interno dello stesso orizzonte e per spiegare il mio pensiero vorrei soffermarmi, nella maniera più semplice possibile, su cosa si debba intendere per vincolo del testo.

In particolare, le concezioni legalistiche che vincolano alla lettera del testo, come anche quelle giurisprudenziali che vincolano alla prevedibilità/stabilità dell'interpretazione, alla fine si basano sull'idea che il testo da interpretare sia il singolo lemma. Di conseguenza, le concezioni linguistiche ritengono che l'interpretazione adottabile debba rientrare tra i possibili significati linguistici del lemma, mentre quelle giurisprudenziali ritengono consentita anche un'interpretazione che fuoriesce dal significato linguistico, purché su di essa si venga a formare un orientamento consolidato, valorizzando così la funzione nomofilattica della Corte di cassazione e in particolare delle Sezioni Unite.

Ebbene, a me pare opportuno mutare paradigma e uscire dalla valorizzazione del testo come singolo lemma, per valorizzare invece il testo come tipo criminoso. Da un lato, infatti, interpretare il singolo lemma in termini linguistici non consente di definire la dimensione normativa del precetto, la quale è, invece, definibile solo in termini di senso della norma ovvero di scopo: insomma, l'interpretazione linguistico-letterale del lemma è priva di senso e anima normativa perché sconnessa dallo scopo della norma. Ecco che, dall'altro lato, il criterio ermeneutico è offerto proprio dallo scopo della norma, il quale tuttavia non è scelto a caso dal giudice, ma viene individuato attraverso la definizione del c.d. tipo criminoso, vale a dire da un'attività interpretativa che attiene a tutti gli elementi costitutivi previsti dalla fattispecie che contribuiscono a determinare il disvalore e l'offensività del singolo fatto criminoso, con la conseguenza che ogni singolo lemma deve poi essere interpretato facendo leva su tale scopo derivante dal tipo criminoso legale.

Si pensi alla seguente questione: se nella violenza prevista dalla fattispecie di violenza sessuale di cui all'art. 609-*bis* rientri anche il concetto di "mera sorpresa", vale a dire l'atto sessuale che viene compiuto nella sostanza non solo e non tanto contro la volontà della persona, ma in assenza del suo consenso: si pensi alla pacca data sul sedere della vittima oppure al bacio dato inaspettatamente. Ebbene, in termini linguistici il tema diviene nella sostanza irrisolvibile, perché, da un lato, vi sarà chi ritiene che nella violenza rientri tutto ciò che non si vuole e quindi anche la sorpresa che prescinde dalla volontà; dall'altro lato vi sarà invece chi ritiene che violenza è ciò che prevarica, necessitando quindi di una forma di coazione. Ecco quindi affermarsi nella realtà l'orientamento giurisprudenziale che infatti è ormai consolidato nel far rientrare nel concetto di violenza anche la mera sorpresa.

A me pare che il tema sia razionalmente risolvibile se si osserva come l'art. 609-*bis* sia stato tipizzato in termini tali da focalizzare il disvalore non tanto sull'atto senza consenso, ma piuttosto in termini di coazione, visto che come modalità di condotta si prevedono espressamente la violenza, la minaccia e l'abuso di potere. Stando così le cose, si deve ritenere che la violenza necessiti di una componente coattiva, che, se non risulta rintracciabile nella condotta, si colloca al di fuori del tipo criminoso. Con la conseguenza

che attualmente nel nostro sistema, considerato il tipo criminoso legale previsto dall'art. 609-bis, gli atti sessuali realizzati con sorpresa dovrebbero essere puniti come violenza privata, dove si punisce come prodotto della violenza anche il "tollerare", un elemento costitutivo che determina un tipo criminoso aperto anche a comportamenti che non determinano necessariamente un'autentica coazione.

Ecco che per vincolo fornito dalla legge non si deve intendere il vincolo del singolo lemma, ma quello derivante dallo scopo del fatto tipico, il quale si ricava dal tipo criminoso descritto dalla fattispecie legale.

6. Illuminismo giuridico, illuminismo e costituzionalismo.

La penalistica ha fatto dell'Illuminismo giuridico una sorta di mito. Senza vedere le cose in chiaro/scuro, l'Illuminismo giuridico è stato esaltato per la sua fondamentale prospettiva giusnaturalistica, perdendo però di vista alcune contraddizioni. Tuttavia, a un'attenta analisi, l'Illuminismo giuridico si presenta come realtà composita, complessa, con chiari e scuri.

Ebbene, la visione illuministica viene oggi ripresentata nella sostanza immutata attraverso il garantismo penale che ha in sé punti di forza, ma anche punti di debolezza, soprattutto nella valorizzazione del legislatore e nella difficoltà di distinguere tra una giurisdizione di applicazione della legge costituzionalmente legittima che deve essere subordinata e vincolata alla legge e una giurisdizione costituzionale che invece deve porre in discussione la legge allorché si palesino problemi di legittimità costituzionale. Ebbene, questo punto di debolezza può fare oggi molto male, soprattutto se il populismo penale si spinge fino a contestare la stessa giurisdizione in quanto tale, annichilendo la grande novità del costituzionalismo moderno, vale a dire il suo ruolo di garanzia costituzionale della persona.

Ecco che a mio avviso occorre guardare all'Illuminismo giuridico con spirito – per così dire – illuminista, occorre cioè criticare anche l'Illuminismo giuridico. Forse è proprio il metodo critico il grande lascito dell'Illuminismo, che tuttavia abbiamo finito per dimenticare.

Ecco che, se vogliamo essere davvero illuministi, è giunto il momento di andare oltre le problematiche da Illuminismo giuridico e di iniziare a riflettere sul nostro costituzionalismo.

Da un lato, a me pare che non si sia ancora compresa la rivoluzione del costituzionalismo, anche perché abbiamo continuato a guardare al costituzionalismo con gli occhi dell'Illuminismo giuridico, e che pertanto ci sia ancora molta strada da compiere nel far penetrare a tutti i livelli la nuova visione su cui il costituzionalismo si basa, caratterizzata dall'idea di porre limiti al potere politico attribuendo centralità alla persona. Una visione che nella sostanza porta a ridimensionare notevolmente il potere che va a danno dei consociati con conseguenze relevantissime nell'ambito del diritto penale o comunque dell'impiego della violenza da parte dello Stato. Ed infatti, in questa prospettiva, per fare solo alcuni esempi, verrebbe meno lo stesso concetto di pericolosità sociale che nulla ha a che vedere con la persona ma che è solo una proiezione valutativa

del potere sulla persona; proiezione priva, nella sostanza, di substrato effettivo, con la conseguenza che parti storiche del nostro sistema sanzionatorio, come ad esempio le misure di sicurezza per l'imputabile e le misure di prevenzione, sarebbero destinate a saltare. Ed ancora, ad entrare in crisi sarebbe la stessa detenzione amministrativa che nel comportare una restrizione della libertà identica a quella carceraria non può essere legittimata da fatti che risultano privi di offesa; essa dovrebbe avere, tutt'al più, una durata brevissima, mentre al contempo gli Stati andrebbero costretti a organizzarsi per le espulsioni, non potendo la loro inefficienza ricadere sulle persone (prioritarie rispetto agli interessi statuali).

Dall'altro lato, si potrebbe anche iniziare a vedere eventuali limiti del nostro costituzionalismo ovvero riflettere sulla necessità di eventuali implementazioni: così, ad es., al fine di contenere un potere eccessivo della giurisdizione si potrebbe pensare a strumenti di garanzia contro sentenze definitive che si rivelano – per così dire – incostituzionali.

Insomma, par giunto davvero il momento di aprire una nuova fase storica: quella del costituzionalismo. Con un'unica speranza: che ormai non sia troppo tardi.