

VI  
ANCORA SULLA LEGALITÀ IN MATERIA PENALE  
(Storicità ed universalità di un principio)

FRANCESCO PALAZZO\*

1. ANTINOMIE SU FONDAMENTO E SIGNIFICATO DELLA LEGALITÀ PENALE

Nonostante l'alto grado di consolidamento ormai conseguito dal principio della legalità in materia penale, financo negli ordinamenti più lontani dalle tradizioni illuministiche e giuspositivistiche, quel principio non cessa tuttavia di essere se non scosso quantomeno animato da interne antinomie. Più precisamente, le antinomie cui intendiamo far riferimento in questa sede sono due, tra loro molto diverse anche se strettamente collegate.

In primo luogo, v'è un'antinomia per quanto attiene al *fondamento* stesso della legalità in materia penale, essendo stato esso ricondotto ora ad esigenze razionali di coerenza funzionale e di logica coesistenzialità interne al diritto (e al precetto) penale, ora ad esigenze esterne e storico-politiche di garanzia individuale contro i possibili abusi del diritto penale da parte degli organi istituzionali contitolari della c.d. potestà punitiva.

In secondo luogo, v'è un'antinomia per quanto attiene alla *natura della garanzia* realizzata dalla legalità. Invero, posto – come vedremo tra un attimo – che la legalità operi fondamentalmente in chiave garantistica, in penale come in tutti gli altri settori in cui si è affermato un analogo principio, aperta rimane l'alternativa se la legalità realizzi una garanzia di tipo prevalentemente *formale* ovvero anche *sostanziale*. Anzi si deve probabilmente considerare di gran lunga maggioritaria la convinzione sulla natura in definitiva formale della garanzia, riguardando essa il tipo e la qualità delle fonti senza essere in grado di nulla dire in ordine ai “contenuti” legislativi<sup>1</sup>. Al contrario, cercheremo di mostrare come

---

\* Professore di Diritto penale nell'Università di Firenze.

<sup>1</sup> Si consideri, ad es., come uno dei più diffusi manuali tra quelli maggiormente sensibili

questa contrapposizione tra forma e sostanza sia in gran parte artificiosa, essendo invece orientata la genuina ed originaria direzione garantista del principio ad evitare la degenerazione proprio dei contenuti legislativi. Con la conseguenza che la reale portata garantista del principio – ed il suo effettivo e mutevole atteggiarsi – sono storicamente condizionati dalle attese diversamente riposte nei vari organi partecipi della potestà punitiva e, più in generale, dagli equilibri di forza che tra quelli vengono ad instaurarsi<sup>2</sup>.

Iniziando dalla prima antinomia, è un dato notorio che nella storia del diritto penale non sono mancate – anche in anni a noi vicinissimi – ricostruzioni della legalità in chiave prevalentemente logico-razionale. Da Beccaria a Feuerbach fino al compianto Pietro Nuvolone, la legalità è stata concepita principalmente come esigenza di una formulazione chiara e precisa dei precetti penali, affinché questi ultimi potessero facilmente raggiungere i loro destinatari e a loro volta essere attinti dalla conoscenza, o quantomeno dalla conoscibilità, dei destinatari stessi onde motivarne le determinazioni di volontà in senso conforme all'ordinamento<sup>3</sup>. Di una costruzione concettuale del genere vi è un segno evidente, da ultimo, anche nella recente sentenza della Corte costituzionale in tema di *ignorantia legis* (sentenza n. 384 del 1988).

In sintesi, si può dire che – in siffatta prospettiva – la legalità viene concepita come una categoria concettuale *specificamente penalistica* al pari di altre, quali essenzialmente quelle della colpevolezza e della prevenzione generale mediante intimidazione con le quali in effetti la legalità viene a instaurare strettissimi rapporti – logici ed interni al sistema – di strumentalità funzionale. Senza legalità dei precetti non può esserci né vera colpevolezza né reale capacità intimidatoria della pena. La fondazione della legalità penale su basi logico-razionali, mentre da un lato sembrerebbe mettere il principio al riparo dai mutevoli condiziona-

---

alle problematiche storiche e politiche del diritto penale, contrapponga legalità formale e legalità sostanziale, collocando nella prima il principio del *nullum crimen sine lege*: MANTOVANI, *Diritto penale*, parte gen., Padova, 1992, 39 ss.

<sup>2</sup> Tra gli acuti sostenitori della storicità del principio in materia penale, va ricordato principalmente BRICOLA, *Legalità e crisi: l'art. 25, 2° e 3° comma, della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70*, in *La quest. crim.*, 1980, 179 ss. (pubblicato anche come *Commento all'art. 25, 2° e 3° co., Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1981).

<sup>3</sup> Su Beccaria, v. NEPPI MODONA, *L'utile sociale nella concezione penalistica di Cesare Beccaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 477. V. su Feuerbach, CATTANEO, *Anselm Feuerbach filosofo e giurista liberale*, Milano, 1970, 452; e ancora, sui rapporti con altri filosofi dell'illuminismo penale, ID., *Paura e pena* (Hobbes, Feuerbach e Kant), in *Illuminismo e legislazione penale*, Milano, 1993, 180 ss.

Diversa la prospettiva in cui si muove Nuvolone, meno ancorata al risultato utilitaristico della prevenzione, e strettamente condizionata invece dalla struttura logica della norma comando: v. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1975, 25.

menti storici ancorandolo all'intangibilità di relazioni logiche fra categorie apparentemente indiscusse, dall'altro lo espone al rischio di un rovinoso tracollo nel momento in cui il ruolo di quelle categorie nel sistema sia in tutto o in parte revocato in dubbio<sup>4</sup>.

Innanzitutto, è chiaro che la legalità concepita in chiave di colpevolezza e di prevenzione generale viene praticamente a coincidere e ad esaurirsi con l'istanza relativa ad una corretta *formulazione* della norma, mettendo sostanzialmente da parte l'altra – non meno importante – relativa alla *tipologia* delle fonti autorizzate alla produzione del diritto penale. In sostanza, perché si possa fondare un rimprovero di colpevolezza e possa dispiegarsi l'effetto di prevenzione generale, ciò che importa è la chiarezza espressiva della norma precettiva, del tutto indifferente rimanendo la fonte (primaria, secondaria, statale, regionale) da cui essa è prodotta

In secondo luogo, una siffatta concezione della legalità appare eccessivamente mutuataria rispetto a premesse imperativistiche della norma penale. In fondo, la legalità sarebbe “degradata” a corollario della natura imperativa della norma penale. E, se nell'area del diritto punitivo il carattere imperativo della legge può certamente vantare le sue migliori *chances*, tuttavia non appare convincente oggi collegare un principio del rango e della portata della legalità a premesse così aleatorie scientificamente se non addirittura compromesse da una visione “psicologistica” del meccanismo funzionale della norma punitiva<sup>5</sup>.

In terzo luogo, se è vero che l'effetto di prevenzione generale della criminalità è conseguenza *anche* di una buona formulazione delle norme penali, è parimenti indubbio che – in una visione sociologicamente e criminologicamente più complessa del fenomeno – la prevenzione generale è una funzione di molteplici variabili, tra le quali la legalità così intesa occupa un posto se non marginale certamente non così essenziale come talvolta si suppone. Soprattutto se intesa non nella limitata accezione negativa di intimidazione e deterrenza individuale, ma in quella più significativa e positiva di “veicolazione sociale” dei valori tutelati, la prevenzione generale è ben compatibile – se non addirittura meglio realizzabile – anche con norme relativamente imprecise ed indeterminate e di fonte non legislativa oltre che addirittura con mezzi e strumenti non normativi di educazione sociale.

---

<sup>4</sup> Per un quadro del “difficile momento” attraversato oggi dalla colpevolezza nei suoi rapporti con la prevenzione generale, v. FIANDACA, *Considerazioni sulla colpevolezza e prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 836; PADOVANI, *Teoria della colpevolezza e scopi della pena*, *ivi*, 798; MAIWALD, *La colpevolezza quale presupposto della pena statale: necessità dell'istinto o realtà metafisica?*, in *Riv. polizia*, 1992, 705.

<sup>5</sup> Per una critica all'imperativismo, v. MODUGNO, *Norma (teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 333 ss.; e, con specifico riferimento al diritto penale, PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, parte gen., Milano, 1993, 31 ss.

Non va infine sottaciuto un ultimo motivo di debolezza di questa stretta ed esclusiva derivazione logica della legalità dalla funzione generalpreventiva della norma penale. E cioè che la prevenzione generale non è più oggi – anche per espresso dettato costituzionale – l'unica funzione cui si ispira il sistema della giustizia penale. Pur lasciando da parte la componente “retributiva” del sistema, i cui rapporti con la legalità sono in effetti non poco problematici<sup>6</sup>, basterebbe qui ricordare l'orientamento finalistico del sistema verso la c.d. rieducazione (art. 27, terzo comma, Cost.) per rendersi subito conto di come questa nuova istanza di risocializzazione imponga – per logica necessità – una sensibile attenuazione della legalità. Basti, invero, pensare all'impossibilità di dare una veste rigorosamente legalistica, quanto a tecniche di formulazione e a fonti normative, ai giudizi prognostico-personologici e alla disciplina penitenziaria necessari per tentare di tradurre nella realtà soprattutto carceraria l'istanza rieducativa<sup>7</sup>.

Vedremo, dunque, tra poco – nei paragrafi successivi – come il fondamento della legalità in penale sia meglio ravvisabile in esigenze di garanzia, storicamente condizionate e mutevoli in relazione all'assetto dei poteri nei confronti dei quali è di volta in volta più avvertito il bisogno di garanzia. Ma ciò non significa che non esista un'istanza legalitaria per così dire “assoluta” od “universale”, caratteristica e finanche connaturale al diritto punitivo, indipendente nella sua essenza originaria dalla compagine storico-politica in cui si situano gli organi e i poteri titolari della pretesa punitiva. Si tratta della generica ed indifferenziata, ma non per questo trascurabile, esigenza che la materia penale, il campo dei delitti e delle pene, siano *legislativamente predeterminati e delimitati*, non importa come né da quale fonte. È un'esigenza, garantista ripetiamo, ma che attiene al problematico rapporto esistente tra il potere punitivo e la dignità dell'uomo<sup>8</sup>. In questo senso,

---

<sup>6</sup> I punti di maggiore “crisi” nel rapporto tra retribuzione e legalità, che comunque rimane pur sempre storicamente condizionato dalle diverse accezioni della retribuzione, sono costituiti dalla incommensurabilità tra le due grandezze del reato e della pena e, soprattutto, dalla inafferrabilità empirica e difficoltà di traduzione legislativa dei parametri del giudizio di “rimproverabilità”: v. in particolare EUSEBI, *La «nuova» retribuzione. Pena retributiva e teorie preventive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 920 ss.

<sup>7</sup> Cfr. l'ampia trattazione di MONACO, *Prospettive dell'idea dello “scopo” nella teoria della pena*, Napoli, 1984, 121 ss., in cui il problema è significativamente impostato in termini di garanzia di una *razionalità* della determinazione delle conseguenze sanzionatorie, più che di stretta legalità.

<sup>8</sup> Cfr. NAUCKE, *Gesetzlichkeit und Kriminalpolitik*, in *Juristische Schulung*, 1989, 862 ss. Qualunque visione laica, ispirata a prevalenti finalità di utilità sociale, del diritto punitivo implica una componente di *strumentalizzazione* dell'uomo reo, che rappresenta a sua volta la ragione culturale di tutti i tentativi di “legittimazione” o di “nascondimento” mediante la categoria della retribuzione morale. In argomento, cfr. specialmente CATTANEO, *Il problema filosofico della pena*, Ferrara, 1978, 53-65; ID., *Pena Diritto e Dignità umana. Saggio sulla filosofia del diritto penale*, Torino, 1990.

può dirsi forse che tale esigenza legalitaria è insita nel diritto penale. Nel senso cioè che, almeno nella tradizione occidentale, il principio di una delimitazione normativa del potere punitivo pubblico costituisce un'esigenza minima di civiltà, al di là della quale la pena sconfinava in esercizio arbitrario di forza sopraffattrice.

## 2. ALTERNE VICENDE DELLA LEGALITÀ NELL'ITALIA DELL'ULTIMO TRENTENNIO

È giunto ora il momento di passare alla seconda, e più consistente, antinomia interna al principio di legalità in materia penale. Esigenza garantista, s'è detto; ma garanzia di tipo formale ovvero anche sostanziale? Strumento di tutela dell'individuo contro l'arbitrio antilegalitario ovvero anche vincolo contenutistico per il legislatore rispetto ad un determinato quadro di valori? Nonostante che sia diffusa e certo comprensibile l'idea di una natura eminentemente *formale* della garanzia della legalità, la nostra convinzione è in parte diversa. Limitatamente intesa in senso formale, la legalità si "riduce" a quella garanzia essenziale ma minima di predeterminazione e limitazione normativa del potere punitivo, nel senso che s'è appena finito di dire nel paragrafo precedente. Una garanzia cioè nei confronti di valori ed esigenze quasi antropologiche di sicurezza dell'individuo e di coesistenza tra potere punitivo pubblico e dignità dell'uomo. Ma la legalità ha, storicamente, anche uno spiccato significato sostanziale, nel senso che i suoi trionfi o le sue cadute – le sue antinomie storiche, dunque – sono dovuti alla contingente capacità del principio di assicurare, seppure in linea tendenziale e indiretta, la "*bontà contenutistica*" del prodotto normativo penale<sup>9</sup>. Bontà che, in ultima analisi, dipende dal maggiore credito politico di cui godono gli organi chiamati alla produzione delle norme penali; dipende dal grado di adesione ideologica di tali organi ai quadri di valore condivisi da chi detiene il potere politico.

Quando le condizioni storico-politiche ed istituzionali consentono alla legalità – come accadde allorché il principio si affermò nella sua pienezza illuministica – di contribuire ad assicurare la bontà contenutistica del prodotto normativo, allora la legalità dispiega interamente il suo ruolo garantista in senso tanto "formale" che "sostanziale". Quando, invece, queste condizioni mancano ecco che la legalità "limita" il suo significato garantista alla tutela dei valori "universali", "a-contenutistici" della sicurezza individuale e della dignità umana. In definitiva, si può dire che la legalità operi in due direzioni garantiste: una costante, verso l'appagamento di un'esigenza minima di civiltà indifferente a quali che

---

<sup>9</sup> V., in particolare, CARLASSARE, *Legalità (principio di)*, in *Enc. giur. Treccani*, XVIII, Roma, 1990, 1 ss.

siano i contenuti della legge; una variabile, verso l'affermazione tendenziale e indiretta dei contenuti normativi più coerenti coi quadri di valore politicamente affermati. Di questo secondo aspetto è venuto il momento di occuparsi più da vicino.

Per meglio avvicinarci al nostro tema, può essere utile prendere le mosse da una vicenda che è ormai sotto gli occhi di tutti. Negli anni Sessanta fino all'inizio dei Settanta, in Italia, soprattutto in quella parte della cultura di sinistra più sensibile ai problemi e all'importanza della dimensione giuridica del sociale, maturò un chiaro atteggiamento contestativo o quantomeno svalutativo della legalità, nel quadro di una più generale critica antiformalistica, che si spingeva fino alla smitizzazione di valori come quello della certezza del diritto. Oggi si assiste ad una evidente riconversione di questi orientamenti non immune però da un certo disagio e da qualche incertezza dovuti anche alla fase di transizione e instabilità in cui ci troviamo<sup>10</sup>.

In effetti, se l'originario atteggiamento antilegalistico e antiformalistico si radicava nella contestazione dei contenuti normativi ed ideologici consentanei al passato regime ed espressi in modo particolarmente incisivo nel codice penale; se – in sintesi – alla *legalità codicistica* (quale che fosse la sua originaria valenza politica)<sup>11</sup> si contrapponeva la *legittimità costituzionale*<sup>12</sup>, lungo linee di strategia giudiziaria che non mancarono di produrre frutti importanti, attualmente il quadro è molto più composito e financo confuso.

Pur essendo indubbia la tendenza, evidente anche nella sinistra, ad un recupero valorativo della legalità, solo alcuni ne teorizzano la valenza quasi universalistica – per non dire etico-sociale – di “vocazione illuministica del diritto moderno”<sup>13</sup>. Altri, invece, ricollocano la legalità in un contesto maggiormente storicizzato in cui viene esaltata la sua valenza di strumento di controllo dei poteri

<sup>10</sup> Il fenomeno di cui al breve cenno nel testo, può essere percepito con chiarezza mediante la consultazione del volume *Giudici e democrazia. La magistratura progressista nel mutamento istituzionale*, a cura di N. Rossi, Milano, 1994; v., in particolare ed esemplificativamente, DE RUGGIERO, *I rapporti tra giurisdizione e politica oggi*, *ivi*, 220. Non meno significativo, peraltro, anche se a titolo quasi esemplificativo, il congresso di Firenze (2-3 ottobre 1992) su *La certezza del diritto. Un valore da ritrovare*, Milano, 1993.

<sup>11</sup> L'inciso parentetico intende fare riferimento all'opinione di chi ha interpretato il rispetto della legalità da parte del codice fascista in chiave di espressione autoritaria del principio dell'onnipotenza legislativa: cfr. NEPPI MODONA, *Tecnicismo e scelte politiche nella riforma del codice penale*, in *Dem. dir.*, 1977, 661 ss.

<sup>12</sup> Per questa alternativa, v. MEZZANOTTE, *Le fonti tra legittimazione e legalità*, in *Queste istituzioni*, 1991, (87-88), 50 ss.

<sup>13</sup> V. in particolare ZOLO, *Cittadinanza democratica e giurisdizione*, in *Giudici e democrazia*, cit., 83-84; ma anche tutta l'ispirazione del libro di FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 1989.

forti, fino a pervenire alla equazione della legalità come “potere dei senza potere”<sup>14</sup>: in un’implicita premessa, peraltro, che la situazione normativa ed ordinamentale italiana, ormai, dopo le grandi stagioni riformistiche degli anni Settanta, sia tale da consentire questo spostamento di obiettivo strategico dalla “legittimità” innovatrice alla “legalità” conservatrice.

Senonché questo recupero della legalità non sembra destinato ad essere – almeno finora – né pieno né pienamente convinto, per la presenza di fattori politici ed istituzionali che non lasciano ancora intravedere per la legalità l’assunzione di un significato del tutto univoco. Da un lato, infatti, questo recupero di legalità in chiave di controllo dei poteri forti avviene in un contesto di palese sovradimensionamento del potere giudiziario: in un clima, dunque, certamente sfavorevole ad un ripristino della legalità nel suo originario contenuto di prevalenza tendenzialmente monopolistica della fonte legislativa nel processo di produzione normativa<sup>15</sup>.

Dall’altro lato, le trasformazioni in senso maggioritario della nostra democrazia rendono sospetto l’indubbio rafforzamento della legalità che a tali trasformazioni potrebbe conseguire<sup>16</sup>. Le perplessità sulle reali possibilità di ripristinare una forte legalità mediante un appiattimento del principio democratico su quello maggioritario<sup>17</sup>, derivano dall’incertezza che all’innovazione del meccanismo istituzionale si accompagni anche l’acquisizione di un adeguato credito politico da parte delle attuali forze di maggioranza. In questo quadro di riferimento, di fronte al rischio reale o presunto di involuzioni maggioritarie, non può non riaffiorare la contrapposizione tra legittimità e legalità con conseguente spostamento del baricentro del sistema dalla fonte legislativa a quella interpretativa-giudiziaria.

In conclusione, l’aspirazione indubbiamente risorgente ad un recupero della legalità – anche se in chiave essenzialmente universalistica di limite al potere punitivo – sembra soffrire di una forte incertezza sui contenuti da dare ad essa. La parola d’ordine continua ad essere quella dei valori democratici<sup>18</sup>. Ma quali valori: quelli della nuova democrazia maggioritaria, quelli antichi e polivalenti

<sup>14</sup> V. in particolare, FLORES D’ARCAIS, *Sinistra e legalità*, in *Quest. giust.*, 1993, 301 ss.; nonché ad es. GIALANELLA, *La corruzione italiana e la questione «politica» della legalità*, *ivi*, 772.

<sup>15</sup> V. ad es. RODOTA, *Il potere giudiziario nelle moderne democrazie: ruolo, limiti e controlli*, in *Giudici e democrazia*, cit., 197-198; sul sovradimensionamento del ruolo del potere giudiziario, v. anche BRANCACCIO, *Il ruolo del giudice oggi*, in *Quest. giust.*, 1993, 752.

<sup>16</sup> FERRARA, *Inquisire, delegittimare, giurisdire?*, in AA.VV., *Il potere dei giudici*, Roma, 1994, 68; PEPINO, *Legalità e diritti di cittadinanza nella democrazia maggioritaria*, in *Quest. giust.*, 1993, 237 ss.; ROSSI, *Democrazia maggioritaria e giurisdizione*, *ivi*, 506 ss.

<sup>17</sup> Perplessità manifestate ad es. da MEZZANOTTE, *Le fonti*, cit., 57 ss.

<sup>18</sup> Cfr. BALDASSARRE, *Costituzione e teoria dei valori*, in *Pol. dir.*, 1991, 639.

della Carta costituzionale, quelli un po' vuoti se non concettualistici, costituiti dalle regole democratiche disciplinanti i processi di formazione del consenso?

### 3. LA CADUTA DEL PRIMATO DELLA LEGGE

Lasciando ora da parte queste vicende così generali che la legalità penale ha vissuto nell'ultimo trentennio in Italia, anche un'analisi più tecnica del principio di legalità conferma che i suoi splendori e le sue crisi dipendono dalla sua maggiore o minore capacità di contribuire ad assicurare la "bontà" del prodotto legislativo.

Prima di affrontare questa analisi, è però necessario rammentare brevemente la triplice articolazione del principio di legalità in materia penale<sup>19</sup>, per quanto attiene cioè (a) al piano delle fonti sotto specie della riserva di legge; (b) al piano della formulazione della legge penale e della sua interpretazione, sotto specie dei due connessi principi di determinatezza e di tassatività; e infine (c) al piano dell'applicazione nel tempo sotto specie del principio di irretroattività della legge penale. Conveniamo di lasciare da parte, in questa sede, il principio di irretroattività per le peculiarità che esso presenta e che lo avvicinano alle esigenze minime ed assolute della legalità, come le abbiamo viste all'inizio del nostro discorso. Anche se bisogna riconoscere che pure il principio di irretroattività, non meno degli altri si piega talvolta alla necessità storica di non ostacolare l'affermazione di certi contenuti normativi generalmente accreditati, come dimostrano ormai ampiamente le vicende relative alla repressione dei crimini di guerra o contro l'umanità<sup>20</sup>.

Iniziando ora dalla riserva di legge, è assai facile comprendere come l'aspirazione – almeno tendenziale – al monopolio della legge nella produzione normativa penale, che costituisce il tratto essenziale di quel principio, è idea capace di accreditarsi in presenza di determinate condizioni storico-politiche. Almeno tre, più precisamente. Innanzitutto, occorre che le caratteristiche socio-culturali della classe politica e i meccanismi di formazione della rappresentanza politica consentano di riporre fiducia nell'organo legislativo e nella sua capacità di saper interpretare le esigenze di tutela degli interessi fondamentali della collettività. Ed in proposito va anche tenuto presente che in campo penale, trattandosi di interessi e valori implicanti spesso un coinvolgimento anche emotivo di gruppi

---

<sup>19</sup> Particolarmente chiara questa articolazione in MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 77 ss.

<sup>20</sup> Sul punto, v. per tutti VASSALLI, *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig. disc. pen.*, VIII, Torino, 1994, 18 ss. (estr.).



ed individui, più arduo e delicato si fa il rapporto di rappresentanza tra cittadini e parlamentari.

In secondo luogo, la riserva di legge, nella sua specifica accezione di limite nei confronti degli atti normativi del potere esecutivo a tutto favore della fonte legislativa, presuppone la possibilità non solo di distinguere formalmente gli atti provenienti dal potere legislativo e quelli provenienti dal potere esecutivo, ma anche e soprattutto di differenziare sostanzialmente le forze politiche protagoniste o comunque attive nel processo di formazione della volontà legislativa dalle forze politiche operanti in sede governativa<sup>21</sup>. In effetti, se si instaurasse una identità tra le due, la *ratio* della riserva di legge perderebbe gran parte del suo significato originario.

Infine, il monopolio legislativo del Parlamento presuppone naturalmente la sua possibilità istituzionale e la sua capacità tecnica di legiferare. Una situazione di stallo o di paralisi, dovuta ad esempio ad ingolfamento o lentezza cronici, ovvero la difficoltà tecnica delle materie da disciplinare, dinanzi alla quale il parlamento si rivelasse impreparato, renderebbero di fatto impossibile il mantenimento del monopolio legislativo.

Orbene, nessuna di queste tre condizioni è oggi presente in Italia. Ma particolarmente significativo, nel senso della svalutazione subita dalla riserva di legge, si è rivelato il ruolo assunto da partiti politici nel meccanismo di rappresentanza parlamentare<sup>22</sup>. In effetti, i partiti – lungi dall’agevolarlo – hanno finito per ostacolare il rapporto tra rappresentanti parlamentari e collettività popolare, divenendo per così dire “autoreferenziali”<sup>23</sup>; o meglio, divenendo il referente per lo più unico o prevalente dell’attività legislativa dei parlamentari. Mentre, da un lato, s’inceppava dunque l’originario meccanismo della rappresentanza politica, dall’altro si produceva un conseguente fenomeno di *deminutio* delle virtù legislative del Parlamento, fatto di due facce apparentemente antitetico ma in fondo ascrivibili alla stessa medaglia.

Per un verso, il ruolo assunto dalle organizzazioni di partito – con la connessa scomparsa del contributo intellettuale del singolo parlamentare (complice altresì la professionalizzazione della “carriera” politica) e l’emergere di *leaders* alla testa del partito – ha portato ad una spiccata frantumazione dell’organo legislativo, rigidamente diviso, ideologicamente ma anche talvolta opportunisticamente, lungo le linee di confine tracciate tra i molteplici partiti, ciascuno alla

---

<sup>21</sup> Similmente, cfr. CARLASSARE, *Legge (riserva di)*, in *Enc. giur. Treccani*, XVIII, Roma, 1990, 2.

<sup>22</sup> Con specifico riferimento alla materia penale, cfr. MUSCO, *Consenso e legislazione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 90-91.

<sup>23</sup> Cfr. ZOLO, *Il principato democratico. Per una teoria realistica della democrazia*, Milano, 1992, 144.

ricerca di una sua caratterizzazione vitale. Per un altro verso, il potere politico, e quello di legiferazione in specie, è venuto a concentrarsi necessariamente nelle coalizioni dei partiti costituenti la maggioranza al governo.

Da ciò due conseguenze decisive per le “sorti” della riserva di legge, la quale in effetti fu pensata dai costituenti in tutt’altro clima politico-istituzionale. In primo luogo, il ruolo delle minoranze di opposizione nel processo di produzione legislativa, ruolo che – come è ben noto – ha costituito una delle anime vitali della riserva nei moderni sistemi di democrazia liberale<sup>24</sup>. Dinanzi agli steccati imposti dalla geografia dei partiti, le minoranze si sono trovate o sospinte ad un ruolo prevalentemente di contestazione negativa dell’attività legislativa della maggioranza, con pesanti conseguenze pregiudizievoli per la produttività e funzionalità del Parlamento e dunque per la sua centralità nel processo legislativo. Oppure sono state tentate di riconquistare spazio mediante pratiche di consociativismo, palese od occulto, ma in ogni caso in irriducibile contrasto con quel ruolo di partecipazione critica alla legiferazione, ad esaltare e garantire il quale è originariamente diretta la riserva di legge.

In secondo luogo, e per ulteriore e finale conseguenza di tutto ciò, si è verificata una sostanziale coincidenza tra le forze politiche detentrici in Parlamento del reale potere di normazione legislativa e quelle titolari del potere di normazione secondaria nel governo: esse si sono identificate, cioè, nei partiti politici della coalizione di maggioranza, unici e reali titolari di un unitario ed indifferenziato potere. Nello specchio dei partiti di maggioranza sfuma qualunque differenza, anche di mentalità e di sensibilità politica, tra uomini di governo e singoli parlamentari, con definitivo sbiadimento del ruolo di questi ultimi.

Sotto un profilo completamente diverso, il parlamento subisce un’ulteriore *deminutio*, che non manca di rendere quasi antistorico l’originario significato della riserva di legge. L’irruzione prepotente della tecnologia in quasi ogni attività umana delle odierne società richiede nel legislatore un patrimonio di conoscenze scientifiche ed empiriche assolutamente impensabile nei singoli parlamentari. Solo le complesse strutture dei vari apparati ministeriali sono teoricamente in grado di dominare molte delle materie reclamanti una disciplina giuridico-penale. Ovvio, dunque, la conseguenza di uno spostamento del baricentro legislativo dal Parlamento al governo<sup>25</sup>.

Gli effetti che questi fenomeni hanno prodotto sulle vicende penalistiche degli ultimi anni sono sotto gli occhi di tutti. È un fatto, innanzitutto, che ad onta delle perplessità manifestate dalla dottrina sulla legittimità costituzionale del

---

<sup>24</sup> Cfr. TRAPANI, *Legge penale: I Fonti*, in *Enc. giur. Treccani*, XVIII, Roma, 1990, 4.

<sup>25</sup> Si cfr. sul punto VASSALLI, *Nullum crimen*, cit., 29 (estr.).

decreto-legge in materia penale<sup>26</sup>, non c'è quasi riforma o modifica del diritto penale che non sia stata adottata mediante provvedimenti d'urgenza del governo. Una prassi, questa, che sembra per così dire fotografare il duplice fenomeno, da un lato, dell'impossibilità del Parlamento di legiferare e, dall'altro, di una sorta di «dittatura della maggioranza»<sup>27</sup>. È un fatto non meno incontestabile, in secondo luogo, l'enorme incidenza assunta anche in penale dalle fonti secondarie per il tramite delle c.d. norme penali in bianco, nelle quali l'individuazione del precetto è più o meno estesamente affidata appunto al ruolo integrativo svolto dagli atti amministrativi<sup>28</sup>.

Almeno un cenno merita infine il complesso fenomeno della recezione anche in materia penale della produzione normativa di origine comunitaria<sup>29</sup>. La tecnica, che va consolidandosi, di acritica e pedissequa recezione delle norme comunitarie nell'ordinamento nazionale, da un lato, rende ormai quasi un luogo comune la vecchia lamentazione sul deficit di rappresentanza democratica che affliggerebbe tale fenomeno ponendolo in antitesi con la *ratio* della riserva. Ma, dall'altro, non può nemmeno essere sbrigativamente accettata nel nome di una presunta "razionalità superiore" consistente in fondo unicamente nelle indubie virtù armonizzatrici della normativa europea, spesso nascenti da necessità o strategie economiche. Da qui, tutto un filone di pensiero fiduciosamente proiettato verso la scoperta dei valori positivi di un "diritto comune"<sup>30</sup>, capace di accreditarsi anche al di fuori di una legalità tradizionalmente ed angustamente concepita.

---

<sup>26</sup> BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it.*, XIX, Torino, 1973, 39; similmente FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, parte gen., Bologna, 1989, 61.

<sup>27</sup> Sul fenomeno e sulle sue implicazioni, v. MUSCO, *Consenso e legislazione penale*, cit., 86. Dalla compattezza del sistema politico, e dalla caduta di garanzia della riserva di legge, si ricava per contro un potenziamento del ruolo di controllo svolto dalla magistratura: cfr. SENESE, *Sovranità popolare e potere giudiziario*, in AA.VV., *Il potere dei giudici*, cit., 77 e 84.

<sup>28</sup> Cfr. da ultimo, VICICONTE, *Riserva di legge in materia penale e fattispecie in rapporto di integrazione con atti amministrativi*, in *Sulla potestà punitiva dello Stato e delle Regioni*, Milano, 1994, 55 ss.

<sup>29</sup> V., anche per l'ampia bibliografia, BERNARDI, *Comunitarizzazione del diritto e codificazione penale*, in corso di stampa.

<sup>30</sup> Cfr. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, Paris, 1994; PAGLIARO, *Limiti all'unificazione del diritto penale europeo*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1993, 199.

#### 4. LA RISERVA DI LEGGE TRA ATTENUAZIONI GIURISPRUDENZIALI E RESISTENZE DOTTRINALI.

Dinanzi a questi molteplici e potenti fattori di condizionamento, la riserva di legge in materia penale ha subito un ridimensionamento della sua originaria fisionomia. Ma la direzione, l'orientazione finalistica della riserva rimane pur sempre sostanzialmente immutata: quella – sostanziale, appunto – di privilegiare nel sistema il ruolo di quelle fonti che, *malgrado tutto*, appaiono comunque più accreditate o più funzionali alle attuali esigenze della società.

La Corte costituzionale ha in effetti consolidato questa situazione, sanzionando con la sua autorevolezza un'interpretazione per così dire riduttiva delle originarie potenzialità della riserva di legge in materia penale. Senza poter qui scendere in dettagli<sup>31</sup>, basti pensare che nella giurisprudenza della Corte solo due sono state finora le sentenze di accoglimento per violazione della riserva. La prima<sup>32</sup>, ormai risalente, muovendo dalla premessa che la determinazione delle sanzioni penali da parte della legge è prescrizione costituzionale da interpretarsi più rigorosamente rispetto alla stessa determinazione del precetto, escludeva che fonti secondarie potessero in alcun modo contribuire alla individuazione delle sanzioni ancorché di queste ultime la legge individuasse tassativamente i limiti estremi. La seconda, ed abbastanza recente, sentenza riguarda invece – come del resto la maggior parte delle pronunce – la formulazione del precetto<sup>33</sup>. Si tratta di una sentenza molto elaborata e complessa che, nel tentativo peraltro di non discostarsi dalla giurisprudenza precedente, procede ad una inedita tripartizione dei possibili rapporti di integrazione tra fonti legislative e fonti secondarie, onde diversamente valutarne la compatibilità costituzionale. Affermata la costituzionalità delle ipotesi di rinvio a fonti secondarie in funzione di *specificazione meramente tecnica* (a) e delle fattispecie penali di *inosservanza* di specifici provvedimenti amministrativi (b), la Corte giudica incostituzionale il rinvio ad atti amministrativi concorrenti alla formulazione di *elementi essenziali* della fattispecie (c). E ciò indipendentemente dal fatto che la fonte subprimaria concorrente – nella specie un decreto ministeriale – fosse addirittura *già esistente* al momento dell'emanazione della legge incriminatrice.

---

<sup>31</sup> Per una rassegna della giurisprudenza costituzionale, v. PICOTTI, *La legge penale*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, diretta da F. BRICOLA e V. ZAGREBELSKY, parte gen., I, Torino, 1984, 17 ss.

<sup>32</sup> Sentenza Corte cost., 17 marzo 1966, n. 26, in *Giur. cost.*, 1966, 255.

<sup>33</sup> Sentenza Corte cost., 11-14 giugno 1990, n. 282, in *Foro it.*, 1991, I, 3020, con nota di ALBEGGIANI, *Riserva di legge e determinazione dei soggetti attivi di un reato proprio*; e in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 989, con nota di VICICONTE, *Nuovi orientamenti della Corte costituzionale sulla vecchia questione delle norme «in bianco»*.

Non sembra che né l'una né l'altra delle due pronunce di accoglimento siano destinate ad incidere sulla consolidatissima interpretazione riduttiva della Corte. Quanto alla prima, invero, essa riguarda esclusivamente il profilo sanzionatorio della norma, con una delimitazione di campo che esclude la possibilità di trarne qualsiasi illazione sul piano della formulazione del precetto. Anzi: solo in presenza di norme legislativamente determinate nel profilo sanzionatorio, è possibile per la Corte costruire argomentazioni dirette a dimostrare l'originaria completezza di un precetto pur integrato da fonti secondarie. Se, infatti, il legislatore fosse così sprovveduto da rimettere alla fonte secondaria la determinazione sanzionatoria, e quindi la quantificazione del disvalore del fatto illecito, ciò costituirebbe la confessione implicita della rinuncia alla individuazione legislativa del precetto e del suo autonomo ed originario contenuto valutativo. Vogliamo in definitiva dire che la posizione assunta dalla Corte con questa prima sentenza è del tutto compatibile – come hanno poi dimostrato i fatti – con l'ammissione delle più larghe aperture alla fonti secondarie nella determinazione del precetto. Anzi, si potrebbe quasi dire che la piena individuazione legislativa della sanzione è condizione necessaria per giustificare la legittimità di un'integrazione a livello di precetto.

Quanto poi alla seconda pronuncia, sembra difficile che essa possa scuotere la precedente giurisprudenza, e non tanto per la fedeltà al passato da essa professata, quanto per l'incompleta persuasività del suo percorso argomentativo. In effetti, tra l'altro, non è immediatamente afferrabile come possano essere così rigorosamente censurate le ipotesi di integrazione di elemento essenziale (c), salvando invece incondizionatamente le fattispecie di inosservanza (b) che, non solo sono pur sempre riconducibili alle ipotesi *sub* c, ma di esse costituiscono la più problematica forma di manifestazione<sup>34</sup>.

Dunque la giurisprudenza della Corte può dirsi monoliticamente attestata nel salvataggio di tutta l'imponente legislazione penale in cui le fonti secondarie entrano senza ritegno. Dal punto di vista "tecnico", siffatto risultato viene raggiunto ormai da anni attraverso la teoria c.d. della "sufficiente specificazione legale". In base ad essa – com'è noto – la riserva sarebbe rispettata tutte le volte in cui «sia una legge (o un atto equiparato) – non importa se proprio la medesima legge che prevede la sanzione penale o un'altra legge – ad indicare con sufficiente specificazione i presupposti, i caratteri, il contenuto e i limiti dei provvedimenti dell'autorità amministrativa, alla trasgressione dei quali deve seguire la pena»<sup>35</sup>.

---

<sup>34</sup> Più ampiamente, v. PALAZZO, *Legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1993, 37-38 (estr.).

<sup>35</sup> Fra le tante, cfr. per es. sentenza Corte cost., 10 giugno 1982, n. 108, in *Giur. cost.*, 1982, 1055.

Le conseguenze di questo orientamento sono evidenti. Sul piano concettuale, il carattere intrinsecamente quantitativo del criterio della “sufficiente specificazione legale” significa francamente una relativizzazione della riserva, ad onta delle più o meno convinte affermazioni sulla sua assolutezza. Sul piano empirico, il carattere quantitativo del criterio conferisce un larghissimo margine di manovra alla Corte, di cui essa finora si è avvalsa per conseguire il risultato ultimo del salvataggio delle norme in bianco e più in generale di tutte le ipotesi di integrazione da parte di fonti subprimarie, salve le isolate eccezioni di cui prima s’è detto<sup>36</sup>.

Per quanto riguarda, infine, la dimensione per così dire “dottrinale” del principio di riserva di legge, si ha un’impressione non proprio confortante dell’atteggiamento assunto dalla dottrina maggioritaria, la quale si rivela ostinatamente distante dalla dimensione “giurisprudenziale” del principio. In effetti, da un lato, salva qualche eccezione, la dottrina continua – quasi tralaticciamente – ad affermare il dogma del carattere assoluto della riserva in materia penale<sup>37</sup>. Dall’altro, per quanto riguarda poi la precisazione dei contributi normativi secondari compatibili con l’assolutezza della riserva, il criterio decisamente più corretto e convincente, tra i non pochi che sono stati anche fantasiosamente elaborati, rimane quello della c.d. “specificazione tecnica”. In base ad esso, i contributi delle fonti secondarie sono ammissibili solo quando abbiano un ruolo meramente specificativo di elementi già concettualmente definiti, o quantomeno già esponenti in modo compiuto le scelte di valore, a livello legislativo<sup>38</sup>.

In definitiva, sembra persistere una stanca contrapposizione tra enunciazioni teoriche ed effettività pratica del principio di riserva di legge in materia penale. Senza che ci s’interroghi sulle ragioni storico-politiche di questo evidente fenomeno di svalutazione della riserva e senza chiedersi se *pour cause* e in che misura questo scivolamento del principio non garantisca comunque al sistema le “migliori” fonti di cui esso può oggi disporre nelle attuali condizioni politico-istituzionali. Fa eccezione a questo stato di cose la riflessione che ancora di recente il Vassalli ha dedicato all’argomento. Con la profonda conoscenza che gli proviene da un incessante studio dei temi della legalità<sup>39</sup>, l’illustre giurista rileva oggi

<sup>36</sup> Valutazioni equilibratamente critiche in VASSALLI, *Nullum crimen*, cit., 37 (estr.).

<sup>37</sup> V., per tutti, BOSCARRELLI, *Nullum crimen sine lege*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990; BRICOLA, *Legalità*, cit., 191; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., 59; in senso diverso, MARINI, *Nullum crimen, nulla poena sine lege (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 954.

<sup>38</sup> BRICOLA, *Legalità*, cit., 80; per ulteriori specificazioni v. anche PACILEO, *Principio di legalità e fonti mediate di diritto penale*, in *Cass. pen.*, 1989, 2194 ss.

<sup>39</sup> Senza pretesa di completezza, si ricordano: *Nullum crimen sine lege*, in *Giur. it.*, 1939, 4 ss.; *Limiti del divieto di analogia in materia penale*, Milano, 1942; *Analogia nel diritto penale*, in *Noviss. dig. it.*, I, Torino, 1957, 607; *Nullum crimen sine lege, ivi*, XI, 1965, 493; e in *Noviss. dig. it. - Appendice*, V, 1984, 292; *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, cit. (1994).

preliminarmente che «la differenza tra risultati del potere normativo del governo e risultati della legislazione in senso stretto tende ad attenuarsi, o addirittura a smarrirsi». Così che, anche per questa ragione, «si determina (...) una grande perplessità circa la opportunità di continuare a far ricorso alla distinzione classica, un tempo così ben tracciata nella dottrina pubblicistica, tra riserva assoluta e riserva relativa»<sup>40</sup>.

## 5. RISERVA DI LEGGE E LEGGI REGIONALI

Se sul piano dei rapporti tra legge ordinaria (statale) e fonti secondarie (pur sempre statali) la riserva ha subito quell'imponente processo di ridimensionamento di cui s'è detto, la situazione si presenta in un certo senso rovesciata per quanto riguarda il problema della c.d. potestà punitiva delle regioni: nel senso cioè che l'opinione assolutamente consolidata in dottrina ma anche in giurisprudenza considera la riserva di cui all'art. 25 Cost. come riserva di legge esclusivamente statale<sup>41</sup>. Lasciando sullo sfondo la problematica concernente il fondamento di questa radicale esclusione (in ordine al quale, peraltro, gioca un ruolo decisivo il rapporto tra gli interessi comunque coinvolti dalla giustizia penale e le caratteristiche – anche di rappresentatività – dell'organo legislativo regionale)<sup>42</sup>, due sono essenzialmente i profili che preme sottolineare in questa sede.

Da un lato, occorre fare qualche distinzione necessaria per meglio evidenziare il carattere tutt'altro che scontato che – contrariamente alle apparenze – sta dietro quella specie di autoevidenza dell'esclusione radicale della fonte regionale in materia penale. Dall'altro, si può tentare di formulare qualche ipotesi sulle ragioni sostanziali per cui – soprattutto nella giurisprudenza della Corte costituzionale – la “portata” della riserva è stata concepita in termini così diversi in rapporto alle fonti (statali) secondarie ovvero alla fonte (pur sempre primaria) regionale.

<sup>40</sup> VASSALLI, *Nullum crimen, nulla poena*, cit., 35 (estr).

<sup>41</sup> Cfr. per tutti BRICOLA, *Principio di legalità e potestà normativa penale delle regioni*, in *Sc. pos.*, 1963, 639 ss; DE FRANCO, *La potestà legislativa delle regioni di fronte alla riserva di legge in «materia» penale*, in *Riv. it. proc. pen.*, 1964, 759 ss.; PAGLIARO, *Legge penale (principi generali)*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, 1044; VINCIGUERRA, *Le leggi penali regionali*, Milano, 1974. Per la giurisprudenza, v. PICOTTI, *Legge penale*, cit., 13 ss.; VASSALLI, *Nullum crimen, nulla poena*, cit., 39 ss.

<sup>42</sup> Per quanto riguarda il problema del fondamento, v. in particolare l'importante sentenza Corte cost., 25 ottobre 1989, n. 487, in *Foro it.*, 1990, I, 26 ss., con nota di FIANDACA; in argomento, cfr. MUSCO, *Sistema penale e legge regionale*, in *Giur. Cost.*, 1990, 838 ss.

Sotto il primo profilo, non si può dimenticare che il ruolo della fonte regionale nella attività di produzione normativa penale può essere molto diverso. Si va da una vera e propria “potestà punitiva” regionale, quale si avrebbe nell’ipotesi teorica in cui la regione provvedesse alla creazione di un sistema di giustizia penale *autonomo*, caratterizzato da propri precetti e da proprie sanzioni (in sostanza, da un’autonomia e diversa “disciplina” penale), a una potestà punitiva pur sempre caratterizzata da sostanziale autonomia, come si avrebbe nell’ipotesi in cui la regione “si limitasse” all’individuazione di propri precetti sanzionati con pene previste dalla legislazione statale, fino al fenomeno completamente diverso in cui l’intervento regionale fosse semplicemente *integrativo* o anche modificativo di una fattispecie già delineata dal legislatore statale. Orbene, mentre l’esclusione radicale della fonte regionale è davvero autoevidente rispetto ai primi due – ipotetici – fenomeni, riguardo invece ad un eventuale ruolo integrativo (o modificativo) svolto dalla fonte regionale la soluzione non potrebbe essere così assoluta e totalitaria, dovendosi invece aprire un’articolata analisi dei possibili vari rapporti di integrazione tra fonte statale e fonte regionale, sulla falsariga di quanto solitamente si fa sul piano dei rapporti tra fonte primaria e fonte secondaria (statali)<sup>43</sup>. E, d’altra parte, è un’evidente linea di sviluppo dell’ordinamento quella, da un lato, di estendere la tutela penale a certe materie, come quelle dell’edilizia o dell’ambiente, nelle quali – dall’altro – la conformazione specifica della tutela degli interessi in gioco è necessariamente opera anche delle regioni.

Passando al secondo profilo, si può forse ipotizzare che all’origine del rigoroso atteggiamento della Corte nei confronti della legge regionale vi siano ragioni ancora una volta molto sostanziali di equilibrio di poteri, e non solo di puro principio. In definitiva, il rischio implicito in una disciplina penale alla quale contribuiscono fonte statale e fonte regionale è quello di un ingresso clandestino di valutazioni “localistiche” antinomiche rispetto a quelle centrali. Ed è ovvio che, in termini politico-fattuali, proprio per le caratteristiche dell’organo dotato del potere normativo concorrente, questo rischio è molto più elevato quando si tratta della fonte regionale che non piuttosto della fonte (statale) secondaria. Anzi, rispetto a quest’ultima, per quanto abbiamo già detto, non è per niente peregrino pensare quasi ad una sorta di continuità sostanziale di valutazioni fra la fonte primaria e quelle secondarie.

Addirittura ovvio, poi, che questo rischio di possibile depotenziamento delle scelte statali sia ancora più alto nel caso in cui la fonte regionale assuma la veste della norma scriminante, o comunque incidente favorevolmente sulla punibilità. È chiaro, infatti, che se nel rapporto d’integrazione fra norme di fonti diverse

---

<sup>43</sup> V. l’ampio saggio di PIERGALLINI, *Norma penale e legge regionale: la costruzione del «tipo»*, in *Sulla potestà punitiva dello Stato e delle Regioni*, cit., 103 ss., al quale si rimanda anche per la vasta bibliografia sull’intera problematica.



sussiste pur sempre una “coordinazione” normativa, qui invece il rapporto si rivela francamente “derogatorio”. Da ciò la rigorosa posizione della Corte, che non ammette limiti all’assolutezza della riserva di legge statale nemmeno *in bonam partem*<sup>44</sup> ad onta del diffuso orientamento dottrinale secondo il quale la riserva di legge di cui all’art. 25 Cost. coprirebbe solamente le norme incriminatrici<sup>45</sup>.

Di fronte al rigore apparentemente garantista della Corte in punto di “potestà punitiva regionale”, la dottrina appare ad oggi un po’ incerta e quasi “spiazzata”<sup>46</sup>, non pienamente interessata ai problemi ancora aperti in proposito. Problemi che reclamano una più adeguata sistemazione dogmatica capace peraltro di tener conto della realtà di un rapporto Stato-regioni non ancora compiutamente assestatosi nell’attività di produzione normativa penale. In sintesi, e a mo’ anche si riepilogo, i problemi sui quali occorre continuare ad interrogarsi sono sostanzialmente tre.

La tematica del rapporto d’integrazione tra legge statale e altre fonti va ripensata unitariamente, superando l’anomala situazione attuale per cui, mentre da un lato sono a lungo sopravvissute e ancora sopravvivono senza più scandalo norme di tutela penale degli atti normativi dei comuni e delle province e addirittura del provvedimento amministrativo (art. 650 c.p.), dall’altro la regione dovrebbe essere costretta a ricorrere alla sanzione amministrativa per la tutela delle sue prescrizioni e più in generale dovrebbe esserle interdetto qualunque contributo integrativo alla formazione della fattispecie penale.

In secondo luogo, muovendo dall’indiscutibile premessa che – per certe materie (art. 117 Cost.) – il nostro sistema di produzione normativa è un sistema di valutazioni concorrenti dello Stato e delle regioni, dovrebbero essere meglio definiti, con riferimento alle esigenze penalistiche di costruzione della fattispecie, i reciproci limiti di integrazione tra fonti diverse. Il rischio da evitare è, in sostanza, che vengano a fronteggiarsi valutazioni anche parzialmente antinomiche, capaci di interferire allo stesso livello di astrazione valutativa<sup>47</sup>.

<sup>44</sup> V., da ultima, la sentenza 13 maggio 1993, n. 231, in *Giur. cost.*, 1993, 1693, con nota di MOR, *Norme penali nelle materie regionali: il monopolio statale deve essere rivisto* (in tema di disciplina regionale del condono edilizio). V. altresì Corte cost. 31 marzo 1994, n. 110, in *Legislaz. pen.*, 1994, 464, ove però la Corte ha dichiarato la incostituzionalità di una norma di favore per contrasto col solo art. 117 Cost.

<sup>45</sup> V. per tutti MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 1203 ss.

<sup>46</sup> L’osservazione è di VASSALLI, *Nullum crimen*, cit., 40 (estr.).

<sup>47</sup> Per ulteriori accenni al criterio proposto, v. PALAZZO, *Legge penale*, cit., 18 e 36 (estr.). Possono in qualche modo essere considerate espressione di tale criterio le due recenti sentenze Corte cost., 15 aprile 1993, n. 167 e 168, in *Giur. cost.*, 1993, I, 1120 ss., la prima delle quali relativa alla fissazione di un termine, più ampio, da parte della regione, dovendosi ritenere di natura ordinatoria quello fissato dalla legislazione statale. La seconda sentenza è relativa ad una

Sulla stessa linea, e sempre in via generale, con riferimento cioè al complessivo tema del rapporto tra fonti diverse, va infine affrontato il problema dell'ammissibilità di scriminanti, o di norme favorevoli, di produzione regionale. Anche qui una fonte diversa da quella statale ordinaria non potrà produrre effetti scriminanti quando riflette la considerazione (positiva) di interessi o valori che si può dire siano già stati implicitamente valutati dalla norma incriminatrice<sup>48</sup>.

Nessun dubbio che consimili valutazioni di tipo spiccatamente e dichiaratamente contenutistico possono introdurre rilevanti margini di incertezza. Ma, a fronte dell'ormai indiscutibile inadeguatezza di criteri formali fondati sulle mere relazioni logico-strutturali tra le diverse fonti, che hanno consentito alla Corte di assumere i più diversi atteggiamenti fondati su tutt'altre e comprensibili esigenze di equilibrio istituzionale e hanno impedito alla dottrina di svolgere in pieno il suo consapevole ruolo di controllo e di razionalizzazione, vale forse la pena di cedere qualcosa al rigore geometrico per guadagnare in effettiva e concreta comprensione dei fenomeni e delle reali esigenze garantiste della legalità.

## 6. FORMULAZIONE DETERMINATA DELLA LEGGE PENALE E POTERE GIUDIZIARIO

Rimane a questo punto da dedicare qualche considerazione all'altro profilo della legalità penale, al quale abbiamo fatto riferimento fin dall'inizio: e cioè al principio di determinatezza della formulazione della fattispecie penale e di tassatività della sua applicazione giudiziaria. Si tratta, indubbiamente, del profilo che oggi sembra riscuotere le maggiori attenzioni sotto un duplice punto di vista.

Dal punto di vista teorico-scientifico, innanzitutto, il principio di determinatezza è quello non solo di più recente elaborazione, ma anche dal contenuto concettuale più complesso e quasi sofisticato, non foss'altro per le implicazioni multidisciplinari che esso presenta, coinvolgendo invero aspetti e problematiche costituzionali ma anche filosofico-giuridiche e financo linguistiche<sup>49</sup>.

---

disciplina autorizzatoria stabilita in via definitiva dalla regione in sostituzione della più favorevole disciplina stabilita in via solamente provvisoria e temporanea dalla legislazione statale.

<sup>48</sup> Sembra, invece, circoscrivere la possibilità d'intervento *favorevole* delle leggi regionali al solo ingresso consentito da eventuali elementi normativi, DI MARTINO, *Dalla "campana senza battaglia" al concorso di norme. "Attuale" ed "inattuale" nella disputa sulla potestà normativa delle regioni nella materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 992 ss.

<sup>49</sup> Cfr., in particolare, LICCI, *Ragionevolezza e significatività come parametri di determinatezza della norma penale*, Milano, 1989; PAGLIARO, *Principio di legalità e indeterminatezza della legge penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, Padova, 1979; PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979; RONCO, *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Torino, 1979.

Dal punto di vista politico e pratico, è evidente che il principio di determinatezza – nella sua specifica e propria valenza garantista – attiene al delicato problema dei rapporti tra potere legislativo (in senso lato) e potere giudiziario, oggi in Italia scottante quant'altri mai e dagli inquietanti risvolti addirittura istituzionali – come del resto s'è già implicitamente accennato anche in precedenza (n. 2) –. Anzi, a questo proposito, va detto fin d'ora che – conformemente al nostro assunto di fondo sulla storicità della legalità penale – sono proprio i rapporti, come vengono storicamente e politicamente a configurarsi tra legislativo e giudiziario, che *condizionano* di volta in volta il contenuto effettivo del principio di determinatezza. In definitiva vogliamo dire che, se è indubbio che il ruolo della magistratura è definito – in parte e in linea di principio – dalla determinatezza, non è men vero che – reciprocamente – la concreta configurazione e l'effettiva osservanza di quel principio sono largamente influenzati dal ruolo socio-politico assunto dalla magistratura nel quadro istituzionale<sup>50</sup>.

E proprio ponendosi da questo punto di vista è agevole notare, similmente a quanto s'è visto a proposito della riserva di legge, come la attuale realtà istituzionale preme in qualche modo nel senso di un allentamento del principio, come del resto è dimostrato dai fatti nonostante le enunciazioni teoriche in direzione opposta<sup>51</sup>. Nella premessa che la determinatezza, nelle sua massima espressione di stampo schiettamente illuministico, spinga per così dire verso la tendenziale “nullificazione” del potere giudiziario, essa s'impone certamente là dove esista una contrapposizione addirittura “cettuale” tra legislativo e giudiziario. Là dove, come per esempio paradigmatico nella Rivoluzione francese, il ceto magistratuale appaia politicamente compromesso di fronte alla nuova classe borghese alla conquista del potere politico e legislativo in specie, legittimato dalle nuove basi *democratiche*. Così pure, per venire ad un esempio in un certo senso rovesciato, la nullificazione del potere giudiziario costituisce un'aspirazione politicamente fondata là dove vi sia invece una sorta di contiguità – se non addirittura di dipendenza – tra il giudiziario e un potere politico di stampo autoritario. In effetti, come è apparso nell'esperienza del fascismo, la rigorosa predeterminazione legislativa delle fattispecie può contribuire a tarpare almeno in parte le ali di un potere autoritario che pretenda di estendere il suo condizionamento sul giudice fino al delicato momento della concretezza applicativa delle norme<sup>52</sup>.

---

<sup>50</sup> Cfr. in argomento GAMBERINI-INSOLERA-MAZZACUVA-STORTONI-ZANOTTI, *Il dibattito sul ruolo della magistratura. Prospettive di ricerca nel settore penale*, in *Foro it.*, 1987, IV, 433 ss.

<sup>51</sup> CONTENTO, *Principio di legalità e diritto penale giurisprudenziale*, in *Foro it.*, 1988, IV, 484 ss.

<sup>52</sup> Riemerge a questo proposito l'ormai vecchia disputa sull'eredità e continuità liberale nel Codice Rocco, con particolare riferimento naturalmente al ruolo e significato della legalità da quel codice ancora mantenuta diversamente, invece, dalle coeve riforme nazional-socia-

Orbene, oggi né l'una né l'altra situazione si riscontra nella attuale realtà istituzionale. Il potere giudiziario è ben lungi dall'essere un potere "nullo": e le condizioni storico-politiche in cui esso ha operato nell'ultimo trentennio hanno al contrario contribuito all'assunzione di un ruolo sempre più centrale<sup>53</sup>. Dinanzi al progressivo svilimento dell'azione e della classe politiche, la magistratura ha avuto buon gioco nell'affiancare alla categoria della legalità, divenuta – a torto o a ragione – l'espressione di quel processo involutivo, la categoria della legittimità. Una legittimità che ha attinto le sue fonti in valori e meccanismi nuovi, fortemente concorrenziali rispetto al vecchio sistema della rappresentanza democratica parlamentare.

Una legittimità che in un primo tempo la magistratura ha attinto *direttamente* dai valori costituzionali, in nome dei quali sono state dunque possibili operazioni interpretative decisamente insofferenti del vincolo costituito dalla determinatezza legale. Una legittimità che in un secondo tempo viene ancor più innovativamente attinta *direttamente* da un consenso popolare "veicolato" dal ruolo – non si sa quanto imparzialmente<sup>54</sup> – svolto dai mass-media<sup>55</sup>. Recenti analisi non hanno mancato di mettere in evidenza le conseguenze prodotte sul piano empirico-fattuale da questo incremento della legittimità a detrimento della legalità-determinatezza. Con specifico riferimento alla tassatività, e quindi al momento interpretativo ed applicativo, della legge penale, vi sono studi recenti che – con ricca analisi di casistica giurisprudenziale – hanno in sostanza riproposto il problema della reale osservanza del divieto di analogia *in malam partem*<sup>56</sup>. Con riferimento poi al principio di determinatezza, chi scrive ha ritenuto

---

liste: cfr. *Il Codice Rocco cinquant'anni dopo*, in *La quest. crim.*, 1981, fascicolo monografico (n. 1) con numerosi interventi; DOLCINI, *Codice penale*, in *Dig. disc. pen.*, II, Torino, 1988, 22 (estr.); GHISALBERTI, *La codificazione del diritto in Italia 1865/1942*, Bari, 1985, 223 ss.

<sup>53</sup> Cfr. PIZZORUSSO, *L'organizzazione della giustizia in Italia. La magistratura nel sistema politico e istituzionale*, Torino, 1990, 68 ss., ove viene in particolare affrontato il problema – in termini essenzialmente di organizzazione costituzionale – del rapporto fra magistratura e principio democratico.

<sup>54</sup> Sul ruolo dei mass-media, v. ad es. CIRUZZI, *Il condizionamento dei «media» nel processo penale*, in *Quest. giust.*, 1994, 195 ss.

<sup>55</sup> Su questa duplice fonte di legittimazione democratica, e per un vigoroso rilancio della prima, v. ROSSI, *I tratti dell'esperienza italiana: l'indipendenza della magistratura ecc.*, in *Giudici e democrazia*, cit., 296-298. Nello stesso senso, per un ridimensionamento dell'effettivo peso esercitato dal consenso popolare, v. COLOMBO-DAVIGO-DI PIETRO, *Noi obbediamo alla legge, non alla piazza*, in *MicroMega*, 1993, (5), 7 ss.; MADDALENA, *Giù le mani dal pubblico ministero*, *ivi*, 51.

<sup>56</sup> CONTENTO, *Interpretazione estensiva ed analogia*, in AA.VV., *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, a cura di A. Stile, Napoli, 1991, 3 ss.; RINALDI, *Le fonti del diritto penale: l'analogia e l'interpretazione estensiva*, in *Sulla potestà punitiva dello Stato e delle Regioni*, cit., 1 ss.

di cogliere un fenomeno estremamente interessante dall'analisi delle ordinanze di remissione alla Corte costituzionale per difetto appunto di determinatezza<sup>57</sup>. Si è potuto infatti constatare che, nei campi in cui è presumibile un maggiore cointeressamento della collettività e quindi un maggiore consenso popolare all'attività repressiva, come ad esempio il terrorismo prima e la mafia poi, più limitate sono le ordinanze di remissione per presunta indeterminatezza. Mentre, nei campi che rimangono nonostante tutto più lontani dall'attenzione popolare, come quelli tecnico-economici, o quelli in cui addirittura si manifestano tendenze anti-repressive, come l'osceno, il giudice torna a chiedere al legislatore chiare prese di posizione. Quasi che, in conclusione, nella percezione dei giudici, la (convinzione di una) legittimazione democratica diretta possa attenuare la tradizionale esigenza della determinatezza legale<sup>58</sup>.

Per parte loro, né il legislatore né la Corte costituzionale hanno contrastato questo "gioco istituzionale" in cui ai vantaggi progressivamente conseguiti dal potere giudiziario corrisponde naturalmente una perdita dell'effettività del principio di determinatezza. Con particolare riferimento alla giurisprudenza costituzionale, davvero sorprendente è l'abdicazione che la Corte realizza al suo potere di controllare la necessaria determinatezza; anzi, più significativamente ancora, il trasferimento, che essa patrocina, ai giudici del compito di dare contenuto normativo alle norme che siano legislativamente indeterminate. A questo risultato la Corte perviene mediante l'elaborazione di quello che, tra gli altri criteri del suo controllo di determinatezza, sembra essere ormai il supporto argomentativo più ricorrente. Criterio che potrebbe dirsi del "diritto vivente" e mediante il quale la Corte giunge a ritenere dotata di contenuto normativo quella norma che lo riceva dall'interpretazione giurisprudenziale<sup>59</sup>. E allorché la disposizione sia di così recente emanazione da non potersi ancora avvantaggiare dell'elaborazione giurisprudenziale, la Corte rinuncia a giudicare la formulazione *legislativa* della disposizione, preferendo attendere che si formi una adeguata giurisprudenza (suppletiva?). Orbene, fuori contestazione essendo la dignità normativa del

---

<sup>57</sup> PALAZZO, *Orientamenti dottrinali ed effettività giurisprudenziale del principio di determinatezza-tassatività in materia penale*, in AA.VV., *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza*, cit., 25 ss.

<sup>58</sup> Non si è mancato di collegare il ruolo centrale assunto dal potere giudiziario con la necessità della "responsabilizzazione sociale dei magistrati", che si realizzerebbe mediante la "critica e il controllo dell'opinione pubblica". Avendosi peraltro cura di precisare che il metro di giudizio di una decisione giudiziaria non può essere il "plauso dei mezzi di informazione o il consenso dei più", bensì il suo "fondamento giuridico" e la "chiara esposizione di scelte interpretative" (IPPOLITO, *Politica e legalità*, in *Giudici e democrazia*, cit., 217).

<sup>59</sup> V. ad es. sentenza Corte cost., 9 gennaio 1989, n. 11, in *Giur. cost.*, 1989, I, 26, con nota di PAPA, *La questione di costituzionalità relativa alla disciplina delle armi giocattolo: il «diritto vivente» tra riserva di legge e determinatezza della fattispecie*.

“diritto vivente”<sup>60</sup>, altrettanto indubbio è che, poiché nello spirito originario del principio si tratta di determinatezza *legale*, la giurisprudenza della Corte concorre alla realizzazione di una sua trasformazione e di uno scambio di ruolo tra fonti legislative e fonti giurisprudenziali.

Sul piano istituzionale, considerata l’attenzione e la sensibilità che la Corte non può non avere per gli equilibri tra i vari organi istituzionali, è lecito supporre che questa trasformazione del principio di determinatezza sarebbe impensabile in presenza di un potere giudiziario che non godesse – comparativamente – di così elevato prestigio.

## 7. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Dunque, un complessivo allentamento del principio di legalità in materia penale: ma non è detto che si debba parlare di una “crisi” integralmente negativa, di un definitivo tramonto dei valori finali cui è preordinato quel principio. Le condizioni storiche della realtà politico-istituzionale premono – oggi come ieri – sulla concreta conformazione del principio, che è criterio sostanziale – e non già meramente formale – di regolazione degli equilibri reciproci tra i vari organi della produzione normativa, sulla base del prestigio morale, della capacità tecnica e del potere politico da ciascuno acquisiti in un dato momento storico.

Peraltro, se oggi la riserva di legge ha subito uno scivolamento verso le fonti secondarie per le ragioni che si sono dette, non mancano motivi che sconsigliano un totale cedimento a questa tendenza. Sono motivi per così dire indiretti, che possono cioè fondarsi non tanto sulla inattuale riaffermazione di un intrinseco valore della fonte legislativa, quanto piuttosto su taluni vantaggi strumentali che l’obbligo della costruzione legislativa della norma può dare al complessivo sistema della giustizia penale. Intendiamo alludere, in primo luogo, alla possibilità di sottoporre al controllo della Corte costituzionale il contenuto della norma, possibilità che – com’è noto – nel nostro sistema è data solo in rapporto alle disposizioni contenute in fonti primarie. In secondo luogo, la necessità di ricorrere tendenzialmente alla fonte legislativa dovrebbe implicare l’effetto indiretto di contenere – per la stessa difficoltà e caratteristiche del procedimento legislativo – il ricorso alla penalizzazione, attenuando lo smisurato processo inflazionistico in atto e favorendo per contro lo sviluppo sostitutivo dell’illecito penale amministrativo. Un fattore in questa direzione è stato costituito senz’altro dal

---

<sup>60</sup> G. ZAGREBELSKY, *La dottrina del diritto vivente*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, 1988, 97 ss.

consolidato orientamento contro la potestà penale delle regioni, alle quali in effetti si apre la strada alternativa – e non necessariamente meno efficace – dell’illecito amministrativo.

Anche per quanto riguarda la determinatezza, non è pensabile un suo affievolimento meccanicamente proporzionale al potenziamento del ruolo assunto dal potere giudiziario. A parte ogni altra riserva di tipo istituzionale, quale che sia il prestigio di cui venga ad essere circondata la magistratura, naturale è in materia penale la tendenza dei giudici – in ciò consonante di regola con le aspettative popolari – al progressivo allargamento della tutela e quindi della portata punitiva delle norme incriminatrici. In assenza di disposizioni in qualche modo legislativamente predeterminate questa tendenza sarebbe portata a degenerare, finendo da un lato per indurre seri pericoli nel godimento delle libertà individuali e, dall’altro e conseguentemente, per spezzare il rapporto di fiducia tra giudici e cittadini che tornerebbero pertanto a reclamare legalità. In questo aspetto, dunque, condizionamenti storici e contenuti universali sembrano tornare a coesistere, confermando la natura propria di molte creazioni dello spirito umano.