



Corso di dottorato di ricerca in

Diritto per l'innovazione nello spazio giuridico europeo

in convenzione con l'Università degli Studi di Trieste

Ciclo XXXV

*L'evoluzione costituzionale del principio di riserva di legge:
tra valenza democratica e forza garantista*

Dottorando

Gianluca Taiani

Supervisore

Prof. Enrico Amati

Anno 2023

A mio padre e mia madre

INDICE-SOMMARIO

INTRODUZIONE.....	VII
-------------------	-----

CAPITOLO I

L'AFFERMAZIONE STORICA DEL PRINCIPIO DI RISERVA DI LEGGE NELL'ORDINAMENTO ITALIANO E IL SUO COMPOSITO FONDAMENTO

1. L'evoluzione storica del principio di legalità penale: cenni dalle origini all'esperienza illuminista	1
2. L'affermazione del principio: dallo Stato liberale ottocentesco al Codice Rocco.....	7
3. Il principio di riserva di legge nell'art. 25, comma 2 Cost.	13
4. Il fondamento assiologico del principio di riserva di legge	23
4.1. La ricostruzione tradizionale, e vetusta: la riserva di legge come garanzia di certezza del diritto	26
4.2. Le due anime del principio: ratio garantista e tèlos democratico.....	30
4.3. La garanzia offerta dal regime procedurale della legge	33
5. Sintesi e prospettiva di analisi: la giurisdizione costituzionale come essenza garantista del principio di riserva di legge	38

CAPITOLO II

LA RISERVA DI LEGGE NEL QUADRO DELLE LEGALITÀ PENALI

1. La legalità al tempo del post-diritto.....	43
1.1. Centralità del momento giurisdizionale e dominio dei principî	52
2. L'indeterminazione della legalità penale: dal singolare al plurale	55
3. La legalità legislativa	58
3.1. Le promesse non mantenute della procedura parlamentare e la scarsa giustiziabilità delle sue distorsioni	61
3.2. Verità supposte del controllo dell'opinione pubblica attraverso le lenti del populismo penale.....	65
3.3. Un tentativo di sintropia legislativa: la riserva di codice	71
4. La legalità governativa	75
4.1. Il ricorso agli atti aventi forza di legge da parte del Governo.....	82
4.1.1. Segnali in controtendenza della giurisprudenza costituzionale. Rinvio	88
4.2. L'eterointegrazione normativa: il labile confine tra specificazione tecnica e scelta politica.....	94
4.2.1. L'esempio delle soglie di punibilità	102

5. La legalità autoprodotta.....	110
5.1. Crisi del modello “command and control” e autonormazione penalistica	113
5.2. La veglia del Leviatano e i limiti dei sistemi autonormati	116
6. La legalità giurisprudenziale	119
6.1. L’onere di interpretazione conforme quale spinta verso interpretazioni creative..	125
6.2. Lo scandalo dell’ermeneutica per il penalista e la necessità di una sua deontologia	128
6.3. I tentativi di imbrigliare gli effetti in malam partem dei mutamenti giurisprudenziali. Cenni.....	132
6.4. L’interpretazione giurisprudenziale illegittima e la problematica assenza di un suo efficace rimedio	137
7. La legalità europea e convenzionale	140
7.1. L’incidenza delle fonti euro-unitarie sulla discrezionalità del legislatore	141
7.2. Gli strumenti del giudice “europeo”: interpretazione conforme al diritto UE e disapplicazione	148
7.3. Dal nullum crimen sine lege al nullum crimen sine iure nella dimensione convenzionale ed europea della legalità.....	155
7.4. La graduabilità della garanzia della riserva di legge nel diritto punitivo quale testimonianza della dissociazione tra il profilo individual-garantistico e quello storico della legalità.....	164
8. La volpe e il riccio: compatibilità e attualità della riserva di legge al cospetto della “nuova legalità” penale.....	167

CAPITOLO III

RISERVA DI LEGGE E CORTE COSTITUZIONALE

SEZIONE I

MUTAMENTI DELLA RISERVA DI LEGGE NELLA RECENTE GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE

1. La riserva di legge in materia penale nella giurisprudenza della Corte costituzionale.....	175
2. Alcuni segnali in controtendenza a tutela dell’anima democratica della riserva di legge	182
2.1. La riserva di legge come oggetto di tutela e non come limite al controllo sugli atti aventi forza di legge	182
2.2. Resistenze alla controtendenza: la supplenza nella motivazione dei requisiti di necessità e urgenza del decreto-legge.....	191
3. Sanzioni amministrative punitive e riserva di legge: verso un concetto unitario ad intensità graduabile	194
4. Il diritto penale giurisprudenziale nella giurisprudenza costituzionale.....	202

4.1. L'inedito monito al rispetto del divieto di analogia e i vincoli costituzionali dell'interpretazione in materia penale	209
4.2. Spazi per una garanzia della riserva di legge in executivis.....	216
5. La Corte costituzionale custode della riserva di legge.....	225

SEZIONE II

IL SINDACATO DI LEGITTIMITÀ SULLA DISCREZIONALITÀ DEL LEGISLATORE IN MATERIA PENALE

1. Il sindacato di costituzionalità di fronte alla riserva di legge in materia penale: l'originario self-restraint.....	233
2. La lotta alle «zone franche».....	238
3. Dalle rime obbligate alle rime adeguate nel nucleo duro della riserva di legge: il sindacato sulla proporzionalità sanzionatoria	243
4. Lo strumento dell'incostituzionalità prospettata e l'inefficace funzione conativa del linguaggio della Corte	255
4.1. Il consolidamento dello strumento nelle ordinanze n. 132 del 2020 e n. 97 del 2021.....	258
4.2. Il pericolo della deriva «da tecnica a tattica» decisoria e la necessità di consolidare i nuovi strumenti	265

OSSERVAZIONI CONCLUSIVE

1. La legittimazione della Corte costituzionale e il suo ruolo contro-maggioritario: il campo di tensione tra la componente democratica e garantista della legalità.	271
2. La necessità di una rifondazione del ruolo del Parlamento e del significato sostanziale della riserva di legge: una sfida per la scienza penale	276

BIBLIOGRAFIA.....	281
--------------------------	------------

INTRODUZIONE

Il principio di riserva di legge si colloca sul versante storico della legalità penale, nel duplice senso che esso appartiene al nucleo primigenio dei fondamenti del diritto penale moderno ed esprime un criterio di ripartizione della competenza normativa in materia di reati e pene che riflette il sistema politico-istituzionale in cui si colloca, essendo così suscettibile di declinazioni che variano al variare dell'ordinamento statale considerato. Questa caratteristica lo distingue dagli altri corollari che compongono il principio di legalità, come quello di irretroattività sfavorevole e di retroattività della *lex mitior*, e gli sviluppi dell'elaborazione delle garanzie penalistiche sembrano emarginarlo ad un ruolo di secondo piano, quasi si trattasse di un «fossile giuridico»¹.

Per sondare la fondatezza di una tale diagnosi è necessario considerare quali sono le ragioni che hanno determinato l'affermarsi del principio, osservandone la mutazione nel tempo e lo stato attuale. Il primo capitolo ripercorre l'evoluzione della riserva di legge, sottolineando il momento nel quale ha assunto la sua configurazione moderna e ricostruendone la *ratio*, tradizionalmente individuata nel duplice fondamento democratico e garantista. Nella sua elaborazione tradizionale, riservare alla legge l'intervento in materia penale significa assicurare un procedimento dialettico tra tutte le forze politiche nella definizione dell'*an* e del *quantum* della punibilità. L'avvento dello Stato costituzionale ha ampliato questo significato inserendovi le garanzie connesse al controllo procedurale sulla fonte legislativa, in ultimo assicurato dal sindacato di legittimità costituzionale. La crisi del procedimento legislativo e della stessa fonte da questo prodotta inducono a individuare la dimensione garantistica del principio di riserva di legge sempre più nell'attività dell'organo di giustizia costituzionale.

Il secondo capitolo è dedicato all'approfondimento della crisi della riserva di legge nell'arcipelago delle diverse declinazioni che la legalità penale è andata assumendo: accanto alla tradizionale legalità parlamentare se ne collocano altre, legate all'influsso che attori diversi dall'organo parlamentare riescono a imprimere alla regolazione della materia. Nel dare conto di questa complessità si è cercato di tenere uno sguardo ampio sui sommovimenti che innervano l'esperienza giuridica contemporanea e l'ordinamento giuridico nel suo complesso, evitando una visione strettamente

¹ Un rischio già paventato con riferimento all'istituto in sé considerato da S. FOIS, *La "riserva di legge". Lineamenti storici e problemi attuali*, Milano, 1963, p. 5.

monoculare che pretenda che il diritto penale sia «come una Cina Imperiale chiusa nelle sue muraglie e con i porti sbarrati»².

Dall'esito di tale ricostruzione emerge che il principio di riserva di legge, pur significativamente ridefinito rispetto alla sua impostazione originaria – anche in ragione del disvelamento di una certa mitizzazione illuministica della legge – e con un ridimensionamento della componente democratica, intesa nella sua declinazione parlamentare, mantiene ancora una fondamentale funzione di orientamento dei poteri dello Stato al rispetto delle competenze di ciascuno e di argine alle derive di interpretazioni giurisprudenziali sconnesse dal testo legislativo e di portata analogica.

Custode di questa funzione della riserva di legge è la Corte costituzionale, il cui controllo pare costituire l'odierna essenza garantistica del principio e a ciò è dedicato il terzo capitolo, suddiviso in due sezioni.

Posto che il sindacato di costituzionalità è essenziale nella definizione del principio, nella prima sezione si prendono in considerazione le evoluzioni più recenti della giurisprudenza della Corte nel garantire il rispetto della riserva di legge, tanto nel controllo sull'osservanza delle disposizioni costituzionali riguardanti l'attività normativa del Governo e l'apporto di fonti subordinate, tanto nella vigilanza su dinamiche interpretative ardite, contrastanti con il fondamentale divieto di analogia.

Nella seconda sezione, invece, sono considerate le traiettorie innovative percorse dal sindacato di costituzionalità sulla discrezionalità legislativa. Nel perseguire una lotta alle «zone franche», immuni al suo controllo, la Corte ha rivisto le proprie posizioni sui limiti agli interventi manipolativi, ponendosi a ridosso degli spazi tradizionalmente di stretto appannaggio della discrezionalità del Parlamento, come quello delle scelte riguardanti la dosimetria sanzionatoria. Allo stesso tempo ha elaborato innovative tecniche di dialogo con il legislatore, esponendosi però ai rischi legati alla natura politica di alcune scelte. Le criticità connesse al sindacato della Corte in questa materia riproducono le tensioni che coinvolgono la riserva di legge, alla ricerca costante di un equilibrio tra la valenza democratica e la forza garantista della legalità penale, raggiungibile unicamente tramite una rigorosa giustificazione delle decisioni assunte e una diffusa cultura della tutela dei diritti fondamentali, che costituisce l'obiettivo perenne della scienza penale.

² M. S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1973, p. 272.

CAPITOLO I

L'AFFERMAZIONE STORICA DEL PRINCIPIO DI RISERVA DI LEGGE NELL'ORDINAMENTO ITALIANO E IL SUO COMPOSITO FONDAMENTO

SOMMARIO: 1. L'evoluzione storica del principio di legalità penale: cenni dalle origini all'esperienza illuminista - 2. L'affermazione del principio: dallo Stato liberale ottocentesco al Codice Rocco - 3. Il principio di riserva di legge nell'art. 25, comma 2 Cost. - 4. Il fondamento assiologico del principio di riserva di legge - 4.1. La ricostruzione tradizionale, e vetusta: la riserva di legge come garanzia di certezza del diritto. - 4.2. Le due anime del principio: *ratio* garantista e *tèlos* democratico - 4.3. La garanzia offerta dal regime procedurale della legge - 5. Sintesi e prospettiva di analisi: la giurisdizione costituzionale come essenza garantista del principio di riserva di legge.

1. L'evoluzione storica del principio di legalità penale: cenni dalle origini all'esperienza illuminista

Al tentativo di rinvenire già nel diritto penale d'epoca romana l'esigenza di riservare la descrizione dei fatti criminosi e del loro trattamento sanzionatorio ad una fonte di produzione scritta si para d'innanzi, quale monito, il severo giudizio espresso da Carrara, secondo il quale «i Romani, giganti nel diritto civile, furono pigmei nel diritto penale»¹. Gli studi più recenti in materia hanno però consentito di ridimensionare la portata negativa di questo giudizio, valorizzando come – almeno in alcune fasi storiche – l'età romana abbia espresso alcuni principi fondamentali per il diritto punitivo, capaci di tramandarsi nella cultura giuridica delle epoche successive². Pur non potendosi certamente riferire al diritto penale romano un istituto d'epoca moderna come la

¹ La citazione è riportata in E. FERRI, *La riabilitazione del diritto penale romano*, in *Studi giuridici, offerti per il 35. anno d'insegnamento di Filippo Serafini da professori di diritto*, Firenze, 1892, p. 47

² Il riferimento è, ad esempio, alla individuazione delle cause di giustificazione, allo studio e differenziazione di dolo, colpa e caso fortuito, alla germinale elaborazione del reato preterintenzionale e del reato tentato. Sul punto si veda C. GIOFFREDI, *I principi del diritto penale romano*, Torino, 1970.

riserva di legge – che si fonda su una concezione di Stato e di fonti del diritto che sarebbe venuta ad esistenza solo dopo molti secoli – è comunque possibile rinvenire traccia di una istanza di predeterminazione della risposta punitiva dell’attore pubblico nell’epoca repubblicana e in quella tardo-imperiale. Tale esigenza sorgeva dalla avvertita necessità di contenere arbitrii punitivi da parte dei magistrati, attesa la natura più politica che tecnica del giudizio e la “Babele” di fonti normative³. Nel periodo repubblicano ciò si verificò tramite la progressiva sostituzione delle repressioni a carattere straordinario (*quaestiones extra ordinem*) con tribunali stabili (*quaestiones perpetuae*)⁴: la legge istituiva giurie ordinarie permanenti al fine di reprimere un novero determinato di crimini nell’interesse della comunità; progressivamente la legge determinò anche il trattamento sanzionatorio per ciascun fatto punibile, individuato in una pena fissa preclusiva di qualsiasi potere discrezionale dell’organo giudicante⁵. Questo minimo livello di garanzia venne completamente sorpassato nell’epoca augustea, caratterizzata dalla ampia discrezionalità degli organi della *cognitio extra ordinem*: i magistrati o i funzionari imperiali potevano sanzionare sia nuove figure di illeciti criminosi, sia illeciti già legislativamente determinati, ma ritenuti meritevoli di una sanzione diversa da quella fissata dalla previsione della legge⁶. Nell’epoca autocratica tardo-imperiale, le disfunzioni provocate da un così ampio *arbitrium iudicii* indussero una maggiore precisione nella descrizione delle figure criminose e delle relative pene da parte delle costituzioni imperiali. In quest’epoca si verifica il primo di una lunga serie di tentativi, mai compiutamente riusciti, di limitare la discrezionalità

³ F. BERTOLDI, *L’origine romanistica del principio nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Forum Historiae Iuris*, 2016, p. 11. Appare opportuno precisare che nel diritto romano, a partire dalle XII tavole, il termine *lex* designava un comando che si congeda dalla sfera del sacro e si avvale della scrittura come mezzo di comunicazione politica. La rappresentazione grafica della norma la separava dalla figura del re sacerdote, che con la sua persona ne era garante e fondatore. Il trinomio legge, scrittura, laicità consentiva di opporre la certezza della conoscibilità della norma “all’arbitrio di una regola religiosa o consuetudinaria, manipolabile a piacimento dai detentori del potere” (A. SCHIAVONE, *Ius. L’invenzione del diritto in Occidente*, Torino, 2005, p. 77).

⁴ G. VASSALLI, *Nullum crimen, nulla poena sine lege* (voce), in *Dig. disc. pen.*, VIII, Torino, 1994, p. 286.

⁵ A. BURDESE, *Manuale di diritto pubblico romano*, III ed., Torino, 1987, p. 234-235.

⁶ GIOFFREDI, *I principi del diritto penale romano*, cit. p. 21. In questa fase si affermano comunque, nella riflessione dei giuristi classici i primi principi di garanzia della libertà individuale: alcuni non strettamente legati al principio di legalità, quali il principio “*in dubio pro reo*”, il principio di personalità della pena e il principio di materialità (BERTOLDI, *L’origine romanistica del principio nullum crimen, nulla poena sine lege*, cit., pp. 15-16).

del giudice, definendo i confini del suo compito al mero accertamento del fatto e privandolo della possibilità di graduare le pene rispetto alla gravità dell'illecito⁷.

Salvo queste ben limitate eccezioni, l'elaborazione giuridica romana non ha mai enunciato qualcosa di simile ai moderni principi di legalità, irretroattività della legge penale e del divieto di analogia⁸. Tuttavia, soprattutto in epoca giustiniana, sono frequenti i richiami ai giudici ad esercitare il proprio ufficio secondo le leggi⁹, le costituzioni e le consuetudini. In questi inviti alcuni studiosi leggono una prima ed embrionale impronta del principio qui in esame¹⁰.

Anche in alcune esperienze giuridiche medioevali possono rinvenirsi i tratti di una ispirazione legalitaria¹¹, tuttavia essa non è riconducibile al rispetto di norme emanate da un potere legittimo o alla conformità di una determinata condotta, pubblica o privata alle prescrizioni di una legge scritta. In questa fase i limiti al potere di punire non si rinvergono nella legislazione, ma nella giurisdizione: la condizione essenziale per la legalità nella inflizione di una pena era la titolarità del potere da parte di chi la

⁷ Anche le possibilità di graduazione ammesse erano frutto di una predeterminazione operata dalle cancellerie imperiali che differenziavano la risposta punitiva *pro modo admissi*, secondo cioè alcune particolarità del caso concreto (personali e ambientali), e *pro qualitate personarum*, ovvero secondo il rango sociale del reo e – in epoca tardo antica – secondo le sue condizioni patrimoniali. Sul punto L. SOLIDORO, *Interferenze tra il diritto penale sostanziale e il diritto penale processuale nell'epoca giuridica romana*, in G. DE FRANCESCO, E. MARZADURI (a cura di), *Il reato lungo gli impervi sentieri del processo*, Torino, 2016, p. 22.

⁸ Anzi, il ricorso all'analogia era espressamente teorizzato da giureconsulti come Modestino e se ne faceva uso sia nei *delicta* (privati) sia nei *crimina* (pubblici). L. SOLIDORO, *Interferenze tra il diritto penale sostanziale e il diritto penale processuale nell'epoca giuridica romana*, cit., p. 11.

⁹ Come in questo passo di Marciano che, riportando l'opinione di Papiniano, ritiene che al giudice spetti la sola analisi del fatto, mentre la determinazione della pena spetta all'autorità della legge: «*D. 48,16,1,4 (Marc. L. sing.): ... nam, ut Papinianus respondit, facti quidem quaestio in arbitrio est iudicantis, poenae vero persecutio non eius voluntati mandatur, sed legis auctoritati reservatur.*». Oppure, ancora, questo passo di Ulpiano che invita il giudice ad applicare una pena solamente se previsto dalla legge «*D. 50,16,131,1 (Ulp. 3 ad leg. IuL. et Pap.): ... poena non irrogatur, nisi quae quaque lege vel quo alio iure specialiter huic delicto imposita est: ...*»

¹⁰ BERTOLDI, *L'origine romanistica del principio nullum crimen, nulla poena sine lege*, cit., p. 18; VASSALLI, *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, cit. p. 287.

¹¹ Il riferimento è all'epoca comunale italiana, nella quale i giudici erano richiamati al puntuale rispetto degli statuti, in particolare in materia di determinazione delle pene, pur essendo ammesso il ricorso del ragionamento analogico. Pur non potendosi affatto parlare in quest'epoca di legalità modernamente attesa, non può semplicisticamente concludersi per il disinteresse verso la certezza del diritto per il solo motivo che non si affermava ancora la preminenza del diritto scritto. Sul punto si richiama il noto studio di U. NICOLINI, *Il principio di legalità nelle democrazie italiane: legislazione e dottrina politico-giuridica nell'età comunale*, Padova-Milano, 1955, pp. XVII-XVIII.

infliggeva e l'ossequio alle regole della procedura¹². Nell'esperienza del diritto inglese, questo primo nucleo di garanzia è fissato dalla *Magna Charta*; i principi e le regole in essa affermate si ponevano in una originaria dimensione di tutela del privilegio feudale, ma sono state in epoca moderna assunte a progenitrici dell'affermazione dei diritti individuali contro il potere dello Stato¹³.

A seguito dell'esperienza medievale, caratterizzata dal «pluralismo ineliminabile della dimensione giuridica, dalla compresenza in concorrenza e in dialettica fra di loro di sistemi diversi»¹⁴, i richiami al ruolo della legge nella creazione di ciò che è illecito non rispondono ancora a una esigenza di garanzia, ma sono funzionali all'acquisizione da parte dello Stato di un ruolo egemonico nell'inflizione della pena¹⁵. Il principio di legalità si forma in stretta correlazione con l'affermarsi della moderna sovranità dello Stato, legata ad una configurazione assoluta del potere sovrano funzionale a garantire la sicurezza dei cittadini, condizione indefettibile della libertà. Il richiamo alla legalità, in questa fase, mira allora alla razionalizzazione della repressione della criminalità, ostacolata dalla farraginosità di un sistema disorganico¹⁶.

¹² G. ALESSI, *Tra rito e norma. La legalità prima della legge*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. XXVII, *Principio di legalità e diritto penale*, 2007, p. 1.

¹³ Celebre è la disposizione dell'art. 39, che stabiliva: "nessun uomo libero sarà arrestato, imprigionato, multato, messo fuori legge, esiliato o molestato in alcun modo, né noi useremo la forza nei suoi confronti o demanderemo di farlo ad altre persone, se non per giudizio legale dei suoi pari e per la legge del regno".

¹⁴ P. PRODI, *Una storia della giustizia*, Bologna, 2000, p. 108-109. Il Medioevo non conosce la figura di un unico sistema normativo emanato da un'unica fonte, come avverrà successivamente con l'affermarsi dello Stato moderno territoriale. La valorizzazione di questa assenza è centrale nella ricostruzione storica di P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Bari, 1995.

¹⁵ M. SBRICCOLI, *Lex delictum facit. Tiberio Deciani e la criminalistica italiana nella fase cinquecentesca del penale egemonico*, in M. CAVINA (a cura di), *Tiberio Deciani 1509.1582. Alle origini del pensiero giuridico moderno*, Udine, 2004, pp. 104-105. Il giudizio dell'A. in merito alla ricerca di antesignani del principio di legalità in epoche anteriori a quella dello Stato moderno è molto netto: "Sottolineo il fatto che il principio di legalità e moderna garanzia sono storicamente inseparabili. Il principio di legalità altro non è che l'originaria e massima forma di garanzia del penale liberale, dalla quale discendono quasi tutte le altre (prime tra tutte il divieto di analogia e la irretroattività delle norme, che di quel principio sono conseguenti espressioni). Fuori dell'ordine di idee della moderna garanzia la (moderna) legalità non ha senso. C'è quindi da dubitare che si possa parlare di principio di legalità là dove tutti concordiamo che non avrebbe senso parlare di garanzie di cittadini".

¹⁶ P. COSTA, *Pagina introduttiva. Il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. XXXVI, *Principio di legalità e diritto penale*, 2007, p. 5. L'A. evidenzia come sia proprio nel pensiero del massimo alfiere dell'assolutismo, Hobbes, che si rinvencono le prime nette affermazioni della necessità di un sistema di norme positive, irretroattive, scritte e adeguatamente pubblicizzate. Nel pensiero del filosofo inglese è chiaro che per l'affermazione di uno Stato forte giova una società frammentata, che non si organizza in corpi intermedi; in un passo del

Al finire del Settecento, il congedo da un modello sociale fondato su ceti e corpi intermedi apre ad un nuovo ordine di soggetti giuridicamente eguali, sulla spinta dell'ascesa politica della classe sociale borghese. In accordo con la visione antropologico-giuridica di Locke, quest'ultima domandava con forza la tutela dei diritti naturali fondamentali dell'individuo, la libertà personale e la libertà economica, e la garanzia di una rappresentanza politica. Allo stesso tempo, il processo di affermazione della sovranità dello Stato era giunto a compimento e si poneva allora la conseguente necessità di studiare i limiti per contenerne il potere¹⁷.

Fu il pensiero illuminista a fornire il contributo decisivo alla teorizzazione della separazione dei poteri e a consacrare la centralità della fonte legislativa¹⁸. Il principio di rappresentanza politica assunse il ruolo di condizione legittimante di ogni potere statale, anche punitivo, e la rappresentanza politica si manifestava nelle assemblee parlamentari. La logica conseguenza fu che solo la legge prodotta dal parlamento poteva legittimamente incidere sulla sfera di libertà dei cittadini. La selezione univoca della fonte dalla quale sola poteva promanare ogni scelta sui fatti da punire e sulle sanzioni da comminare era funzionale ad adempiere a diverse esigenze: da un lato quelle di certezza del diritto, dall'altro soprattutto da quelle di garanzia nei confronti del potere esecutivo e del potere giudiziario.

Nelle parole degli illuministi le critiche più feroci che furono rivolte al vecchio regime vennero dirette al diritto giurisprudenziale, emblema della logica oligarchica dei ceti privilegiati¹⁹. Nel rapporto tra legislativo-giudiziario il potere normativo doveva essere assorbito totalmente dal primo termine di questo binomio. L'attività interpretativa dei giudici doveva essere annullata, poiché fonte di corruzione della

Leviatano egli arriva a paragonare questi ultimi a «tanti Stati minori negli intestini di uno maggiore, simili ai vermi negli intestini di un uomo naturale» (il passo del cap. XXIX è riportato da M, VOGLIOTTI, *Legalità* (voce), in *Enc. dir. Annali*, VI, Milano, 2012, p. 381).

¹⁷ A. MORRONE, *Sovranità*, in *Rivista AIC*, 2017, fasc. 2, p. 41. L'A. cita un passaggio molto esplicativo dal IV capitolo de *Due trattati sul governo* di J. Locke: «La libertà dell'uomo in società consiste nel non essere soggetto a nessun altro potere legislativo che non sia quello stabilito per comune consenso nello Stato; nel non essere soggetto al dominio di alcuna volontà o alla limitazione di alcuna legge che non sia quella che il legislatore promulgherà, conformemente al mandato affidatogli».

¹⁸ Il riferimento non può che essere all'opera di MONTESQUIEU, *De l'Esprit des Lois* del 1748, il quale concepisce la legalità penale come elemento caratterizzante dei sistemi parlamentari. Sull'influsso del pensiero del filosofo francese sul pensiero giuridico italiano si veda, tra i tanti, A. MERLINO, *Montesquieu e la scienza giuridica italiana*, in *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL)*, Research Paper No. 2017-13.

¹⁹ COSTA, *Pagina introduttiva. Il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale*, cit., p. 8.

volontà legislativa, l'unica democraticamente legittimata, e strumento di perpetrazione di abusi e arbitrii²⁰.

Di portata fondamentale, per l'influsso che ebbe nei secoli a venire sugli sviluppi del principio di legalità, fu l'elaborazione di Cesare Beccaria scolpita nelle pagine de *Dei delitti e delle pene*. Nel lungo elenco dei temi trattati in quest'opera fondamentale²¹ si rinviene la definizione dell'essenza del principio di legalità, individuata nel primato della legge parlamentare e nel vincolo dei giudici ad essa. Nella visione contrattualistica della società del filosofo meneghino, l'attribuzione al solo potere legislativo delle scelte in materia penale è dovuta alla rappresentatività di questo organo, nel quale si riconosce tutta la società²². Il diritto penale viene ricondotto in maniera innovativa al principio di *extrema ratio*, secondo il quale la limitazione della libertà comportata dal sistema del potere punitivo è legittima nella misura in cui è contenuta nel minimo necessario a garantirne l'effettività; il bilanciamento tra le opposte esigenze di repressione dell'illecito e di garanzia della libertà del singolo deve avvenire ad opera dell'organismo che contiene in sé le voci di tutta la società.

Il monopolio della legge deve poi essere rispettato in primo luogo dal legislatore stesso, che non lo deve demandare ad altri e deve formulare le norme in maniera chiara. Quest'ultima prescrizione, precorritrice del futuro principio di determinatezza, assolve nel pensiero di Beccaria una duplice funzione: quella di orientamento dei comportamenti dei singoli, consentita dalla conoscibilità della legge, e quella di

²⁰ C. MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois* (1748), Parigi, 1979, vol. I, liv. XI, 6, 301 «Les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur».

²¹ In merito la letteratura è amplissima, ci si limita a richiamare G. DELITALA, *Cesare Beccaria e il problema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964, p. 965 ss.; G. NEPPI MODENA, *L'utile sociale nella concezione penalistica di Cesare Beccaria*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1989, p. 499 ss.; G. MARINUCCI, *Beccaria penalista, nostro contemporaneo*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2014, pp. 2025 ss. Dalla secolarizzazione del diritto penale, mediante la scissione tra reato e peccato, fino alle riflessioni sulla pena, il pensiero di Beccaria ha avuto una portata fondamentale nello sviluppo del pensiero penalistico. Nonostante ciò, il suo pensiero è stato spesso screditato, in ragione di alcune sue contraddizioni interne legate soprattutto all'apparente inconciliabilità delle sue idee di umanizzazione delle pene con le teorie utilitaristiche. Indaga le ragioni di queste critiche e le sottopone ad una puntuale revisione il recentissimo volume di P. AUDEGEAN, *Violenza e giustizia. Beccaria e la questione penale*, Bologna, 2023.

²² «La prima conseguenza di questi principj, è che le sole leggi possano decretare le pene sù i delitti; e questa autorità non può risiedere che presso il legislatore, che rappresenta tutta la società unita per un contratto sociale. Nessun magistrato, che è parte di società, può con giustizia infligger pene contro ad un altro membro della società medesima», *Dei delitti e delle pene*, cap. III.

contenimento dell'interpretazione giudiziaria²³, che un codice fisso di leggi – nell'ideale pensiero dell'opera – consentirebbe di soppiantarla con un "sillogismo perfetto".

La prima affermazione storica del principio illuministico del monopolio legislativo nella materia penale in un documento costituzionale si rinviene nella *Petition of rights* statunitense del 1774 e nelle Costituzioni del Maryland e della Virginia, di poco successive²⁴.

Nell'Europa continentale, come noto, la prima concretizzazione del moderno principio di legalità si trova nell'art. 7 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789: «*nul homme ne peut être accusé, arrêté ou détenu que dans les cas déterminés par la loi et selon les formes qu'elle a prescrites*»²⁵. Il principio fu replicato nelle costituzioni del 1791 e 1793, per poi essere trasfuso nelle successive codificazioni²⁶.

2. L'affermazione del principio: dallo Stato liberale ottocentesco al Codice Rocco

La diffusione e consolidamento del principio fu sancito dall'affermarsi dello Stato liberale ottocentesco, che si dotò di Carte costituzionali e codici. Il principio fu

²³ «Un tale momentaneo inconveniente spinge a fare la facile e necessaria correzione alle parole della legge, che sono la cagione dell'incertezza, ma impedisce la fatale licenza di ragionare, da cui nascono le arbitrarie e venali controversie. Quando un codice fisso di leggi che si debbono osservare alla lettera, non lascia al giudice altra incombenza, che di esaminare le azioni de' Cittadini, e giudicarle conformi o difformi alla legge scritta. [...] Così acquistano i cittadini quella sicurezza di loro stessi, che è la giusta, perché è lo scopo per cui gli uomini stanno in società, che è utile, perché gli mette nel caso di esattamente calcolare gl'inconvenienti di un misfatto», *Dei delitti e delle pene*, cap. IV.

²⁴ Vale la pena osservare che nel Regno Unito l'evoluzione del principio di legalità ha percorso una traiettoria parallela rispetto a quella continentale, sulla quale incise in maniera determinante l'esperienza rivoluzionaria borghese. Le istanze sottese a questo principio furono garantite dalla forte attitudine garantista dei giudici, la cui credibilità e autorevolezza era fortemente radicata nella società, e la continuità con l'esperienza medievale, senza la netta cesura data dall'emersione egemonica della fonte legale, fu motivata dalla tradizionale attitudine conservatrice inglese. Nell'oltremarica la voce di Jeremy Bentham a sostegno della codificazione, ispirata all'esigenza di certezza del diritto, non raggiunse in Inghilterra risultati simili a quelli conseguiti sul continente europeo. Questi aspetti sono evidenziati da S. VINCIGUERRA, *Diritto penale inglese comparato. I principi*, Padova, 2002.

²⁵ Già due anni prima, nel 1787, il principio di legalità era stato sancito anche nel codice penale austriaco di Giuseppe II, ma promanava da una esperienza più limitata che non si caricava dell'ispirazione universalistica assegnatagli nell'esperienza della Francia rivoluzionaria.

²⁶ Sulla successione tra le codificazioni del 1791 e del 1810, A. LANGUI, *Il diritto penale della Rivoluzione francese e dell'Impero*, in S. VINCIGUERRA (a cura di), *I codici preunitari e il codice Zanardelli*, Padova, 1999, p. 38 ss.

trasfuso nel Codice penale francese del 1810, che all'art. 4 prevedeva che «*Nulle contravention, nul délit, nul crime, ne peuvent être punis de peines qui n'étaient pas prononcées par la loi avant qu'ils fussent commis*». Nell'area linguistica tedesca simili formulazioni furono accolte nel Codice penale del Regno di Baviera del 1813, e poi nel Codice prussiano del 1851, esteso poi nel 1871 a tutto l'Impero tedesco.

In questi anni vengono conosciuti da Paul Johann Anselm Feuerbach i noti brocardi *Nulla poena sine lege*, *Nulla poena sine crimine* e *Nullum crimen sine poena* legali, oggi noti nella riassuntiva formula *Nullum crimen, nulla poena sine lege*²⁷. Al di là di questi aforismi, il vero contributo del giurista tedesco all'elaborazione teorica è consistito nel dare a questo principio, diffusosi nel mondo come principio politico e costituzionale, un fondamento prettamente giuridico-penale, basandolo sull'esigenza che la legge eserciti pienamente la sua funzione di intimidazione e di coazione psicologica²⁸.

Nell'area linguistica italiana il moderno principio di legalità ha trovato accoglimento, con varie estensioni, in tutte le legislazioni preunitarie e nelle codificazioni tributarie del codice penale francese del 1810²⁹. In particolare, il principio trovò accoglimento nel codice penale sardo-piemontese che, dopo l'unificazione, fu esteso a tutti il Regno d'Italia, così come lo Statuto Albertino, il cui art. 26 così recitava: «nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite».

Nel Codice Zanardelli del 1889, l'art. 1 sancì che «nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite»³⁰.

Entrambe queste statuizioni sono certamente significative nel percorso di affermazione del moderno principio di legalità, ma per essere rettamente interpretate devono

²⁷ P.J.A. FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, XIV ed., Giessen, 1847, § 20, 41.

²⁸ Sottolineano questo profilo VASSALLI, *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, cit. p. 288; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Milano, 2017, p. 5; M. RONCO, *Scritti patavini*, Torino, 2017, I, p. 14 ss., quest'ultimo sottolinea efficacemente come le funzioni del principio di legalità dei delitti e delle pene fu presto oggetto di contrastanti interpretazioni circa la sua funzione ed estensione, riferendosi, per l'area tedesca, al pensiero di Karl Binding e Franz von Listz.

²⁹ Il codice penale del Regno delle Due Sicilie, illustrato dal pensiero illuminista settecentesco di Gaetano Filangieri, contemplava all'art. 60 il principio di legalità della pena e di retroattività delle modifiche *in mitius* A.M. STILE, *Il codice penale del 1819 per lo Regno delle due Sicilie*, in VINCIGUERRA (a cura di), *I codici preunitari*, cit., p. 191. Il principio ebbe il medesimo riconoscimento anche nel codice parmense del 1820 e nel codice penale toscano del 1853, in merito ai quali si rinvia ai contributi contenuti nell'ultimo volume citato.

³⁰ G. REBUFFA, *Lo Statuto Albertino*, Bologna, 2003, p. 145 ss.

essere calate nel peculiare contesto dell'evoluzione dello Stato liberale di fine Ottocento, estraneo a qualsiasi moderna forma di controllo di conformità delle leggi alle carte costituzionali³¹.

Le teorie sullo Stato di diritto di fine secolo stavano cercando di trovare un'adeguata sistemazione del binomio sovranità-legalità. La nuova fonte egemonica del diritto, la legge parlamentare, presentava infatti un intrinseco tratto di ambivalenza: esprimeva nella forma del diritto la volontà onnipotente del sovrano, ma allo stesso tempo doveva costituire la regola alla quale anche lo Stato stesso doveva sottomettersi nel suo agire. La composizione del contrasto concettuale avvenne tramite l'affermazione della teoria dell'autolimitazione di Jellinek, che distinguendo lo Stato dai singoli organi nei quali esso si manifesta consentiva di ammettere l'esistenza di limiti per l'uno o l'altro organo statale, pur continuando a riconoscere allo Stato un potere assoluto³².

In questo contesto si colloca lo sviluppo ottocentesco del principio di legalità penale, nel quale si rifletteva la medesima ambivalenza: da un lato si presentava come garanzia di razionalità e di buon governo del potere punitivo, mediante l'affermazione della centralità della legge, dall'altro, in ragione della portata meramente formale, il principio si prestava ad essere assorbito dal vortice assolutistico della sovranità statale³³. Il percorso evolutivo del principio si svolge su questa linea di equilibrio che vede il contrasto tra la ricerca del potere sovrano di svincolarsi da ogni limite e la necessità di imbrigliarlo al rispetto delle norme e dei vincoli formali.

Nello Stato liberale italiano a cavallo tra la fine del XIX e XX secolo, la tensione descritta si manifesta nell'esperienza della legislazione emergenziale, ove le iniziative governative per la repressione di nuove forme di criminalità sociale assunsero tratti autoritari, che in più occasioni videro soccombere il principio di legalità sotto il peso

³¹ M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Roma, 2009, p. 34 ss. A rendere l'idea del pensiero dell'epoca appaiono utili le parole del V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, 1908, I, ove afferma che, poiché ogni forma di sindacabilità sulla costituzionalità intrinseca di una norma è assolutamente interdetta ai giudici, "ogni legge, pertanto, è sempre intrinsecamente conforme alla costituzione, o perché si adatta alle norme di questa, o perché validamente le modifica o perché ne crea di nuove".

³² P. COSTA, *Lo Stato di diritto: un'introduzione storica*, in P. COSTA, D. ZOLDO (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, 2002, p. 118 ss; M. BALESTRIERI, *L'ambivalenza della legge. Note critiche su diritto e violenza*, in A. ROSSI, A. CAUDURO, E. ZANALDA, *Limiti e diritto*, Milano, 2017, p. 20 ss.

³³ COSTA, *Pagina introduttiva. Il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale*, cit., p. 14.

del principio di necessità³⁴. Il “muro di cinta” della legalità che appesantiva la risposta repressiva dello Stato si prestò a vari mutamenti del suo perimetro, dal quale progressivamente vengono fatti fuoriuscire le trasgressioni di polizia e il diritto penale amministrativo³⁵.

L’elaborazione dell’indirizzo tecnico-giuridico, inaugurato convenzionalmente con la prolusione sassarese di Arturo Rocco nel 1910, trovò nell’ancoraggio monistico al sistema normativo prodotto dallo Stato lo strumento per conferire al diritto penale una rinnovata dignità scientifica depurata da commistioni con la politica, le scienze sociali, antropologiche e mediche³⁶. Ogni discussione sulle finalità da perseguire con la politica criminale e le sue ragioni vennero così sottratte alla critica del giurista, chiamato a maneggiare un diritto penale che si voleva neutro e apolitico, che assumeva come dogma la potestà punitiva dello Stato disinteressandosi dei suoi contenuti³⁷.

In questo contesto si inserisce il codice Rocco del 1930, nel quale venne riprodotto l’art. 1 così come contenuto nel codice Zanardelli. A ciò si aggiunse l’ulteriore previsione dell’art. 199, che prevedeva l’attrazione del principio di legalità delle misure di sicurezza.

Il principio di legalità venne conservato come principio di certezza del diritto³⁸, come vincolo formale del giudice alla norma anche se promanante dal potere

³⁴ M. PIFFERI, *Difendere i confini, superare le frontiere. Le “zone grigie” della legalità penale tra Otto e Novecento, in Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, vol. XXXVI, Principio di legalità e diritto penale, 2007, p. 5*

³⁵ F. COLAO, *Il principio di legalità nell’Italia di fine ottocento tra ‘giustizia penale eccezionale’ e ‘repressione necessaria e legale [...] nel senso più retto e saviamente giuridico, il che vuol dire anche nel senso più liberale, in Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, vol. XXXVI, Principio di legalità e diritto penale, 2007, p. 712* Per Sbriccoli il carattere dell’emergenza è una costante nella storia del sistema italiano, emergendo a più riprese nei momenti di maggiore crisi, cfr. M. SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, in *Storia d’Italia. Annali 14. Legge Diritto Giustizia*, Torino, 1998, p. 493.

³⁶ Chiaro segno di questa prospettiva sono le parole conclusive della prolusione del 1910: «questo è principalmente se non esclusivamente il compito e la funzione della scienza del diritto penale: l’elaborazione tecnico-giuridica del diritto penale positivo e vigente, la conoscenza scientifica, e non semplicemente empirica del sistema del diritto penale quale è, in forza delle leggi che ci governano», AR. ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza penale*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1910, p. 521.

³⁷ SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, cit., p. 528.

³⁸ M.A. CATTANEO, *Il Codice Rocco e l’eredità illuministico-liberale*, in *La questione criminale*, 1981, fasc. 1, p. 108. L’A. ripercorre il pensiero del Guardasigilli Alfredo Rocco, espresso nella relazione al codice, dal quale emerge in termini inequivocabili una ispirazione filosofico-penale che rifiutava i principi dell’illuminismo e del liberalismo. Di questi ultimi il codice conservava unicamente il principio della certezza del diritto, indicato da Rocco come “il presidio massimo per la libertà dei cittadini”. Secondo l’A.

esecutivo, quindi non come garanzia di produzione della norma da una fonte rappresentativa di carattere parlamentare³⁹. Lo Stato fascista aveva infatti completamente stravolto il significato politico e sostanziale espresso dalla garanzia della legge quale unica fonte legittimata ad intervenire in materia penale: non più la legge frutto del libero dibattito parlamentare tra forze politiche contrapposte, ma il prodotto dell'unica forza in campo. In questo contesto la legge svolgeva l'unico compito formale di fornire una fonte scritta del diritto penale, abdicando alla garanzia sostanziale derivante dal procedimento deliberativo parlamentare e dal controllo politico e sociale sui suoi contenuti⁴⁰.

Lo svuotamento del significato democratico del principio di legalità è ben visibile all'esame della legge n. 100 del 1926 "Sulla facoltà dell'esecutivo di emanare norme di legge", che attribuiva al Governo un potere normativo svincolato da rigide garanzie di controllo da parte del Parlamento, che venne impiegato ampiamente anche in materia penale⁴¹. L'ampia estensione di questo potere normativo recideva il

l'ispirazione alla certezza, ad uno Stato autoritario, ma non arbitrario, è proclamata, ma smentita dalle norme dello stesso codice. Esemplificativo è il riferimento in particolare alla durata indeterminata delle misure di sicurezza e alla vaghezza della descrizione normativa delle fattispecie di vilipendio.

³⁹ T. PADOVANI, *La sopravvivenza del Codice Rocco nell'età della decodificazione*, in *La questione criminale*, 1981, fasc. 1, p. 90. L'A. sottolinea la continuità tra il codice Zanardelli e il codice Rocco, rappresentando quest'ultimo una forma di sublimazione autoritaria del sistema penale liberale.

⁴⁰ G. NEPPI MODONA, *Principio di legalità e giustizia penale nel periodo fascista*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. XXXVI, *Principio di legalità e diritto penale*, 2007, p. 986.

⁴¹ La legge n. 100 del 1926, appartenente al novero delle c.d. leggi fascistissime, introdusse la disciplina degli atti aventi forza di legge, già impiegati prima dell'avvento del regime, ma fino ad allora privi di un puntuale fondamento giuridico. Rispetto ai decreti legislativi la regolamentazione introdotta presentava caratteri non dissimili dalla prassi fino ad allora in uso: la delega conferita all'esecutivo doveva essere espressa, ma non era vincolata a requisiti di forma e di sostanza nella sua definizione, potendo variare da una delega limitata ad un determinato oggetto sino al conferimento di pieni poteri al governo (cfr. S. ROMANO, *Corso di diritto costituzionale*, Padova, 1943, p. 327). L'unico controllo giurisdizionale possibile sugli atti di esercizio della delega era la mera verifica dell'esistenza di quest'ultima. Quanto alla decretazione d'urgenza, l'introduzione di una espressa disciplina di questa fonte mirava a superare la posizione assunta dalla Cassazione romana che con una pronuncia del 1922 aveva affermato l'illegittimità di questa fonte ed aveva ammesso la possibilità di sindacare in sede giurisdizionale i presupposti di necessità e urgenza. Con la legge n. 100 del 1926 si dava a questa fonte un fondamento di legittimità all'interno dell'ordinamento. La previsione di un termine di due anni per la conversione in legge da parte del Parlamento e della intangibilità degli effetti prodotti anche in caso di mancata conversione, nonché la disciplina dell'art. 2 comma 5 c.p. consentivano al governo di intervenire in materia penale senza timore di essere in alcun modo contrastato. Sul punto, anche con riferimento alle altre fonti di carattere eccezionale introdotte dalla citata legge, M. CAVINO, *I poteri normativi del governo nel Regno d'Italia*, in *federalismi.it*, 12 ottobre 2020. Osserva come, con gli occhi dei giuristi dell'epoca, la novità della legge 100 del 1926 potesse

collegamento illuministico tra la legge penale e la sua legittimazione democratica fondata sulla selezione dei beni meritevoli di tutela ad opera dei rappresentanti eletti dai cittadini⁴².

Nel complesso l'esperienza fascista, da un lato, aveva svuotato il significato garantista del principio di legalità intervenendo sul sistema delle fonti e, più a monte, sul funzionamento dell'apparato statale, dall'altro aveva inciso anche sugli strumenti per una sua concreta applicazione, privando dei caratteri di autonomia e indipendenza l'ordinamento giudiziario e introducendo percorsi di giustizia alternativi a quelli tracciati dal codice di procedura penale⁴³.

L'affermazione del principio di legalità in termini formali, accompagnata dall'approvazione di un nuovo codice, fece tuttavia da argine all'ingresso del principio di legalità sostanziale vissuto nell'esperienza totalitaria della Germania nazista, governata dal *Führerprinzip* e dall'esplicito abbandono del divieto di analogia⁴⁴. Il ricorso a

essere vista al momento della sua introduzione come una forma di modernizzazione e di costituzionalizzazione dei rapporti tra potere esecutivo e legislativo M. BELLETTI, *Lo Stato di diritto*, in *Rivista AIC*, n. 2/2018, p. 13.

⁴² I. PELLIZZONE, *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale. Problemi e prospettive*, Milano, 2015, p. 15.

⁴³ NEPPI MODONA, *Principio di legalità e giustizia penale nel periodo fascista*, cit., p. 996 ss., il riferimento è all'impiego di tribunali speciali per la repressione delle forme di dissenso politico e alla dipendenza della magistratura dal potere del partito e alla sua gerarchizzazione interna.

⁴⁴ Secondo F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nov. dig. it.*, XIV, Torino, 1973, ora contenuto anche in S. CANESTRARI, A. MELCHIONDA (a cura di), *Scritti di diritto penale*, Milano, 1997, p. 617: «mentre nella Germania nazista l'esistenza di un codice ormai vecchio aveva determinato, per il raggiungimento delle finalità autoritarie, la necessità di rivoluzionare le categorie penalistiche e la struttura del reato, in Italia finalità affini vennero raggiunte tramite l'emanazione di un nuovo codice, preparato dalle raffinate elaborazioni del tecnicismo giuridico [...] In altri termini, non vi è bisogno di andare alla ricerca di parametri extralegali di valutazione (antigiuridicità materiale e colpevolezza in senso normativo o etico), quando il metro autoritario della condotta del cittadino leale è già scandito dal nuovo codice; non vi è bisogno di costruire il reato come violazione del dovere di fedeltà quando la misura di fedeltà necessaria è già filtrata attraverso i beni normativamente tutelati». Nella dottrina d'epoca fascista rimase isolata la posizione del Maggiore il quale, rifacendosi alle impostazioni della scienza giuridica tedesca durante il periodo nazista, propugnava anche in Italia l'avvento di un diritto penale realmente totalitario e corrispondente all'ideologia fascista mediante la sostituzione dell'art. 1 del codice penale con una norma del seguente tenore: «È reato ogni fatto espressamente previsto dalla legge penale come reato e represso con una pena da essa stabilita. È altresì reato ogni fatto che offende l'autorità dello Stato ed è meritevole di pena secondo lo spirito della rivoluzione fascista e la volontà del duce, unico interprete della volontà del popolo italiano. Tale fatto, ove non sia previsto da una norma penale, è punibile in forza della disposizione analoga» (G. MAGGIORE, *Diritto penale totalitario nello Stato totalitario*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1939, p. 140). Per completezza appare opportuno ricordare che anche l'Unione Sovietica in quegli anni conobbe l'abbandono del principio di legalità formale a favore di una sua declinazione sostanziale, ovviamente

questa concezione della legalità comportava l'indubbio vantaggio per il regime di godere di un adeguamento automatico tra il diritto penale e la realtà sociale, sollevandosi dal peso della lentezza del procedimento legislativo, foriero di una ben possibile divaricazione tra questi due elementi.

In controtendenza con queste concezioni sostanziali della legalità, quasi al termine dell'esperienza fascista, un possibile segnale di tenuta del principio lo si può rinvenire nell'art. 14 del Codice civile del 1942, ove espressamente si sancisce il divieto di interpretazione analogica delle leggi penali⁴⁵. Il rifiuto del ricorso all'analogia anche in un periodo caratterizzato dal pieno imperversare del secondo conflitto mondiale segna un barlume di speranza per un principio destinato a essere ricostruito nelle sue fondamenta nell'esperienza dello Stato repubblicano.

3. Il principio di riserva di legge nell'art. 25, comma 2 Cost.

Tramontata l'esperienza del fascismo, tra i membri dell'Assemblea costituzionale fu avvertito con forza il problema di riaffermare il principio di legalità⁴⁶. L'esame del

dettata da una visione politica ben differente. Lo sforzo di costruzione di una legalità penale rivoluzionaria si fondava su di una concezione materiale del reato, identificato in ogni condotta pericolosa per l'ordinamento socialista. Logico corollario di questa idea era la previsione del ricorso all'analogia per punire azioni pericolose in assenza di una norma incriminatrice. Tali principi furono inseriti nel codice penale sovietico del 1926 e rimasero immutati sino alla fine degli anni '50. Sul punto MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., pp. 7-8. L'elaborazione sovietica venne riprodotta in molti altri Stati di impronta socialista; per il caso della Cina, che ha mantenuto a lungo vigente il lecito ricorso all'analogia si veda I. CARDILLO, *Lo sviluppo del diritto penale cinese dalla fondazione della Repubblica popolare ad oggi*, in *Dir. pen. XXI sec.*, 2018, fasc. 2, pp. 261-274.

⁴⁵ Il contenuto delle preleggi, nel dettare una serie di regole interpretative, mirava a riaffermare la soggezione del giudice alla legge, reagendo a fenomeni di creatività giurisprudenziale. In questo senso tali disposizioni perpetuano l'opzione politica di sterilizzazione della magistratura che dalla Rivoluzione francese e lungo tutto l'Ottocento, dimostrava così di essersi conservata fino a trovare una ulteriore conferma nel dato positivo. Sul punto A. GIULIANI, *Le disposizioni sulla legge in generale. Gli articoli da 1 a 15*, in P. RESCIGNO (a cura di), *Trattato di diritto privato*, vol. 1, *Premesse e disposizioni preliminari*, Torino, 1999, p. 381.

⁴⁶ Di carattere inequivocabile furono le parole pronunciate nella seduta del 26 marzo 1947 dall'On. Bettiol, che da penalista avvertiva con urgenza questo punto: «Questo principio esclude la possibilità della interpretazione analogica della legge penale e del prevalere dell'arbitrio sulla legge, mentre noi, proprio in materia penale, dove è in giuoco la libertà individuale, vogliamo che questa libertà possa essere compromessa soltanto nei casi espressamente e tassativamente determinati nella legge. I penalisti e gli uomini di scienze italiani a questo riguardo non si sono mai macchiati, come giuristi di altri Paesi europei,

dibattito interno all'Assemblea consente tuttavia di evidenziare come nella discussione i diversi corollari del principio abbiano subito un trattamento differenziato.

Unanime fu l'opinione che ritenne insufficiente la previsione del principio di legalità al livello della legislazione ordinaria, sostenendo invece la necessità di consacrare il principio nel testo costituzionale. Pur trattandosi di principi "immortali"⁴⁷, le recenti esperienze autoritarie e totalitarie, che avevano fatto ampio ricorso all'analogia e ad un uso repressivo della legalità sostanziale, dimostravano l'opportunità di una loro esplicita enucleazione, sancita in una disposizione costituzionale ulteriore ed autonoma rispetto a quella dedicata alla tutela della libertà personale⁴⁸.

L'art. 1 del Codice penale, aveva dimostrato la sua cedevolezza dinanzi ai riusciti tentativi di aggirarne il dettato e l'inserimento del principio nella carta costituzionale

quando hanno chiesto a gran voce l'abrogazione del principio di legalità. Nessuno in Italia ha chiesto l'abrogazione di questo principio, la quale avrebbe la conseguenza che tutte le volte che un individuo è nocivo alla categoria può essere punito o eliminato, anche se una espressa disposizione di legge non disciplina il caso o non prevede come reato una determinata condotta dell'individuo stesso. Qui sono in giuoco i destini del futuro diritto penale democratico italiano, perché se noi rimarremo ancorati al principio di legalità così come è espresso in questa Costituzione potremo guardare all'avvenire con serenità e con fiducia; mentre, se dovessimo sacrificare questo principio, il regno dell'arbitrio starebbe davanti a noi con tutte le conseguenze dannose e pericolose».

⁴⁷ Le parole dell'On. Bellavista nella seduta del 26 marzo 1947 bene sottolineano l'idea che ci si trovi dinanzi ad un principio immanente della civiltà giuridica e fondamentale per il pensiero liberale: «Ma mi consenta l'amico Bettiol [...] che io concordi appieno con lui nel ritenere che molti di questi principî sono immortali, non perché nati sulla Bastiglia in fiamme, ma perché nati con l'uomo: *non scriptae sed natae leges*, a dirla con Cicerone. Ma sono perciò appunto principî sempre liberali, e non possono non essere liberali. Nell'epoca d'oro della «ragione tutta spiegata», come direbbe Vico, irrompono sulla scena politica del mondo; l'oscurantismo li caccia sotto terra, ma essi risorgono e risorgeranno, come tutte le cose che sono destinate a non perire, e che non appartengono al partito liberale, ma a tutte le classi liberali, finché il liberalismo sarà un verbo comune a tutti i partiti».

⁴⁸ Rimase isolata l'opinione dell'On. Di Gloria, espressa nella seduta del 27 marzo 1947, secondo il quale il principio del *nullum crimen sine lege*, del *nulla poena sine lege* e della non retroattività della legge non fossero attinenti alla materia costituzionale e dovessero trovare posto nel solo Codice penale, di procedura penale e nei regolamenti di diritto penitenziario. A questa posizione trovò una diretta replica nella stessa seduta da parte dell'On. Leone: «Non sono d'accordo con il collega Di Gloria, che ha testé parlato, circa la non necessità di riconsacrare nella Carta costituzionale questo che è uno dei principî fondamentali, non solo del diritto penale, democratico, liberale, ma uno dei principî fondamentali della civiltà del mondo. Non sono d'accordo, perché, come osservava ieri il collega Bettiol, bisogna ricordare che, in altri Paesi, di recente il principio della legalità e quello dell'irretroattività sono stati solennemente violati. Vogliamo ricordare qui la massima nazista del diritto penale che si attinge solo alla sana coscienza del popolo, di cui (si soggiungeva) unico interprete era il Führer; vogliamo riferirci al principio della rispondenza ai fini configurato nel diritto sovietico; e, in contrapposto, riconsacrare il principio della legalità e della irretroattività in conformità della nostra tradizione per impedire pericolosi ritorni nostalgici verso concezioni penali che sarebbero il fallimento della nostra tradizione che è stata continuata in maniera decisa e coraggiosa da tutti i giuristi».

doveva assolvere anche a quella funzione conformativa tipica di una costituzione rigida. Tale ultima esigenza era chiaramente avvertita ed emerge puntualmente nelle parole dell'On. Tupini, presidente della prima sottocommissione: «La Costituzione che noi andiamo a fare riguarda il futuro e deve dare una direttiva chiara e netta al legislatore di domani. Che il Codice penale attuale affermi già questo principio non è motivo sufficiente perché lo si debba omettere in sede costituzionale poiché è la legge penale che deve prendere norma dalla Costituzione e non già questa da quella»⁴⁹.

La principale preoccupazione, che traspare dai lavori preparatori, era quella di costruire un'ossatura capace di evitare l'uso strumentale della legge penale manifestatosi durante il fascismo, tramite l'applicazione retroattiva delle norme e abusi nell'interpretazione datane dai giudici, e lesivo della libertà personale individuale. È per questo motivo che gli interventi dei costituenti si concentrarono in maniera quasi esclusiva sui soli corollari del principio di irretroattività e del divieto di analogia. È significativo, e non frutto di mera coincidenza, che tali principi, essendo legati in maniera più immediata con la libertà personale, furono trattati nelle sedute che si svolsero tra quelle dedicate al futuro art. 13 e quelle in cui venne esaminato il futuro art. 14 sulla libertà del domicilio⁵⁰.

Nella prima fase dei lavori, nella quale il testo proposto recava una espressa affermazione non solo del principio di irretroattività, ma anche di tassatività⁵¹, si manifestava già questo stretto legame tra la tutela della libertà individuale e l'affermazione del principio di legalità; evidenziano il forte nesso tra i due temi le parole dell'On. Moro, secondo il quale il principio deve «garantire la libertà individuale contro la possibilità che gli organi giudiziari irroghino pene per fatti non previsti dalla legge quando furono commessi. Con la formula proposta si vieta al giudice di incriminare qualsiasi fatto non previsto dalla legge come reato. Non si può punire un cittadino

⁴⁹ Seduta del 18 settembre 1946. Simili osservazioni sulla funzione della Carta costituzionale furono espresse anche dall'On. Moro durante la discussione sul futuro art. 13, nella seduta del 12 settembre 1946: «La funzione della Costituzione è appunto quella di determinare il supremo indirizzo della legislazione. Perché inviare alla legge la determinazione di una materia come questa, che tocca così profondamente la libertà individuale? È proprio la Costituzione che deve garantirla ponendo i limiti alla legge penale futura».

⁵⁰ Nota acutamente questo collegamento PELLIZZONE, *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale*, cit., p. 17.

⁵¹ Il testo proposto dagli On. La Pira e Basso era il seguente «nessuno può essere sottoposto a processo né punito se non in virtù di una legge entrata in vigore anteriormente al fatto commesso; non possono essere irrogate che le pene tassativamente fissate dalla legge».

per aver commesso un fatto che solo posteriormente al fatto stesso venga dalla legge riconosciuto come reato; altrimenti la legge avrebbe effetto retroattivo»⁵².

Il confronto tra le varie formule che si sono susseguite nei lavori dell'Assemblea permette di svolgere un'osservazione sulla portata sostanziale del principio di legalità.

Nella formulazione presentata dalla sottocommissione alla Commissione plenaria si possono osservare due riferimenti poi scomparsi nel testo definitivo, il primo al principio di retroattività favorevole e, per quanto qui più interessa, al principio di legalità della pena. L'articolo era infatti così formulato: «nessuno [...] può essere punito se non in virtù di una legge in vigore prima del fatto commesso e con la pena in essa prevista, salvo che la legge posteriore sia più favorevole al reo»⁵³. La disposizione approvata nel testo definitivo della Costituzione, come noto, non contiene l'esplicitazione di questi due principi, la cui eliminazione dal testo è strettamente connessa l'una all'altra.

L'evoluzione costituzionale, anche più recente⁵⁴, del principio di retroattività favorevole ha messo in luce come questo trovi il suo fondamento in una esigenza differente da quella sulla quale risiede il principio di irretroattività sfavorevole: mentre quest'ultimo garantisce il cittadino dall'arbitrio del legislatore, che potrebbe altrimenti bollare di illiceità condotte che quando furono realizzate erano perfettamente conformi all'ordinamento vigente, compromettendo così la possibilità di prevedere le conseguenze giuridiche del proprio agire, nel caso della retroattività favorevole tale nesso con la libertà di autodeterminazione manca, poiché la legge più favorevole sopravviene in un momento successivo rispetto alla commissione del fatto. La retroattività *in bonam partem* risiede pertanto non su di una esigenza di garanzia, non nell'art. 25 comma 2, ma sul principio di uguaglianza di cui all'art. 3: in linea di massima si

⁵² Seduta del 18 settembre 1946. Conformi a questo pensiero furono le parole pronunciate nella stessa seduta dall'On. La Pira, miranti a sottolineare come anche i principi che si ritenevano più solidi del diritto penale negli ultimi anni erano stati messi in discussione: «in questi ultimi anni sono stati pubblicati una quantità di volumi in Germania, tanto di diritto civile quanto anche di diritto romano, con i quali si è pensato di giustificare, anche attraverso il diritto romano, il principio della estensione analogica di diritto penale. A questo i giuristi italiani hanno reagito. Quindi è verissimo che, secondo i principî veri del diritto penale, non si ammette l'estensione analogica; però è vero altresì che in questi ultimi anni c'è stata una letteratura intera che ha cercato di capovolgere il principio medesimo».

⁵³ Testo approvato dalla Commissione per la Costituzione nella seduta plenaria del 25 gennaio 1947 e sottoposto all'Assemblea.

⁵⁴ F. VIGANÒ, *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge penale più favorevole: un nuovo tassello nella complicata trama dei rapporti tra Corte costituzionale e Corte EDU*, in M. D'AMICO, B. RANDAZZO (a cura di), *Ai confini del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, 2011, p. 1989 ss.

vuole che gli stessi fatti siano puniti allo stesso modo, indipendentemente dal fatto che siano stati commessi prima o dopo l'entrata in vigore di una norma che ne abbia mitigato la pena o abbia abolito quel reato⁵⁵. Tale diverso fondamento ne segna anche il limite, giustificando la possibilità che il principio conosca qualche eccezione, quando sia motivata da esigenze ragionevoli e oggettive⁵⁶.

Nei lavori dell'Assemblea si ritenne si escludere il riferimento al principio di retroattività favorevole, oltre che per un'esigenza di essenzialità del testo costituzionale, per evitare le difficoltà che ne sarebbero derivate con riferimento al problema della successione delle leggi penali nel tempo in caso di leggi eccezionali e temporanee, tema rispetto al quale nel dibattito si manifestarono opinioni contrastanti⁵⁷.

In questo contesto, eliminato il riferimento alla retroattività favorevole, la soppressione del riferimento al principio di legalità della pena appare allora motivato dall'esigenza di evitare che – vista l'amputazione – potesse rimanere pregiudicata l'applicazione della legge più favorevole in caso di successione di norme penali⁵⁸.

Il principio di legalità della pena, pur non espresso nel testo dell'art. 25, comma 2, è sempre stato ritenuto implicito dai costituenti, come evidenziato dalle parole dell'On. Leone, secondo il quale «quando si dice che non si può punire per una legge non in vigore al momento del fatto, si fa accenno ai due momenti, precetti e sanzione». Nonostante le modifiche nella formulazione dell'art. 25, comma 2 Cost. non vi è

⁵⁵ È quanto affermato dalla Consulta nella sentenza n. 394 del 2006: «la Corte ha quindi costantemente escluso che il principio di retroattività *in mitius* trovi copertura nell'art. 25, secondo comma, Cost. (*ex plurimis*, sentenze n. 80 del 1995, n. 6 del 1978 e n. 164 del 1974; ordinanza n. 330 del 1995). Ciò non significa, tuttavia, che esso sia privo di un fondamento costituzionale: tale fondamento va individuato, invece, nel principio di eguaglianza, che impone, in linea di massima, di equiparare il trattamento sanzionatorio dei medesimi fatti, a prescindere dalla circostanza che essi siano stati commessi prima o dopo l'entrata in vigore della norma che ha disposto l'*abolitio criminis* o la modifica mitigatrice» (*Considerando in diritto* §6.4.). In questo passaggio la Corte sembra sostanzialmente riprendere quanto affermato da F. PALAZZO, *Legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, VII, 1993, p. 365.

⁵⁶ Cfr. Corte cost. n. 6 del 1978, n. 74 del 1980 e, più recentemente, l'appena citata n. 394 del 2006, nella quale chiaramente si legge: «Il collegamento del principio della retroattività *in mitius* al principio di eguaglianza ne segna, peraltro, anche il limite: nel senso che, a differenza del principio della irretroattività della norma penale sfavorevole - assolutamente inderogabile - detto principio deve ritenersi suscettibile di deroghe legittime sul piano costituzionale, ove sorrette da giustificazioni oggettivamente ragionevoli».

⁵⁷ Manifesta l'esistenza di un contrasto di vedute sul punto l'intervento dell'On. Cifaldi nella seduta del 15 aprile 1947, contrario all'ultra attività delle leggi temporanee ed eccezionali quando seguite da una legge più favorevole vigente al momento del processo. L'opinione dell'Assemblea era in prevalenza di orientamento opposto, ritenendo che la retroattività della *lex mitius* non dovesse trovare applicazione nei casi di leggi temporanee ed eccezionali, altrimenti la validità e l'applicazione di queste ultime sarebbe stata pressoché impedita.

⁵⁸ Sottolinea questa connessione tra i due temi Corte cost. n. 15 del 1962, *Considerando in diritto* §1.

dubbio sulla costituzionalizzazione del principio *nulla poena sine lege*, pur in assenza di una dichiarazione esplicita⁵⁹.

Se il riferimento alla legalità della pena venne espunto per questioni di sinteticità e di opportunità (connessa al tema della successione delle leggi nel tempo), apparse invece necessario esprimere chiaramente l'inclusione nel principio di legalità delle misure di sicurezza, strumento repressivo ereditato dall'elaborazione della Scuola positiva ormai consolidatosi nel Codice Rocco che aveva consacrato il sistema del c.d. doppio binario. Rispetto a questo istituto, caratterizzato dall'indeterminatezza della durata e dai dubbi sulla sua compatibilità con lo Stato liberale, ma considerato tuttavia come uno strumento ormai irrinunciabile, si ritenne di prevedere che solo la legge possa prevedere i casi di applicazione di queste misure⁶⁰. La menzione nell'art. 25 delle misure di sicurezza non ha comportato, come noto, l'applicazione anche a queste ultime del divieto di retroattività, ma dei soli corollari della riserva di legge e della determinatezza.

Fino ad ora si è trattato dell'art. 25, comma 2 sotto il profilo della irretroattività e tassatività della fattispecie nelle intenzioni dell'Assemblea costituente, mentre nulla

⁵⁹ La sottolineatura non è scontata, posto che negli anni più prossimi alla promulgazione della Costituzione, la mutilazione del testo originariamente presentato nei lavori dell'Assemblea fu assunta come argomento per contestare questa conclusione. Nella vicenda affrontata dalla citata sentenza n. 15 del 1962 della Consulta, l'Avvocatura dello Stato sostenne che «l'art. 25, secondo comma, della Costituzione, se ha fatto proprio il principio *nullum crimen sine lege*, non ha sancito quello della legalità della pena, che è nella seconda parte dell'art. 1 del Codice penale, essendo state soppresse dal suo testo originario le parole "e con la pena in essa prevista"; in modo che non si può ritenere costituzionalmente illegittima una norma la quale, descritta la fattispecie delittuosa, stabilisca una pena per la cui determinazione il giudice deve ricorrere ad elementi desumibili da indagini peritali». La Corte sconfessò questa conclusione, riferendosi al quadro complessivo emergente dall'esame dei lavori preparatori che, come già evidenziato, chiarisce che l'esclusione fu motivata da esigenze connesse al problema della successione delle leggi penali nel tempo e non certo dalla volontà di restringere il perimetro applicativo del principio di legalità. Il problema si pose anche in dottrina, come risulta da P. G. LUCIFREDDI, *Note sulla rilevanza costituzionale del principio 'nulla poena sine lege'*, in *Giur. cost.*, 1962, p. 1638.

⁶⁰ Fondamentale su questo punto fu l'intervento dell'On. Bettiol nella già citata seduta del 15 aprile 1947: «È noto come la legislazione penale moderna marci su un doppio binario: da un lato le pene che postulano la colpevolezza e hanno carattere repressivo; dall'altro le misure di sicurezza. Per quanto riguarda le pene il progetto si pronunzia, mentre tace per quanto riguarda le misure di sicurezza. [...] Non sono misure di polizia: questo devo chiarire perché non sorgano equivoci. Si tratta di misure preventive di sicurezza, che devono essere applicate, a norma del Codice penale, nei confronti di individui imputati o imputabili in occasione della perpetrazione di un reato. Data la grande importanza di queste misure, dato il loro incidere sulla libertà personale, e dato che sono riconosciute anche dalle altre legislazioni moderne, è bene fissare anche per esse il principio di legalità, onde la discrezionalità sia bloccata, in modo che anche per queste misure si possa avere il presidio della legge scritta sull'arbitrio del giudice o delle altre autorità statali che possano privare il cittadino della libertà individuale».

si è detto con riferimento al corollario della riserva di legge rispetto ai reati e alle pene. Tale silenzio rispecchia quello del dibattito dei costituenti sul punto; la necessità del monopolio della legge parlamentare in materia penale non emerge mai in maniera esplicita e diretta nelle discussioni dell'Assemblea. I testi costituzionali nascono nella Storia e risentono del contesto nel quale sono formulate. Nel caso dei lavori di stesura della Costituzione repubblicana, l'attenzione era rivolta ai profili di garanzia del cittadino contro gli abusi del potere, poiché quei lavori si svolgevano sulle ceneri del recente passato fascista, e l'art. 25, come altri, porta impresso il marchio dell'intento di dettare un testo che impedisse il futuro ripetersi di un simile regime.

Il motivo per il quale il principio di riserva di legge in materia penale non fu esplicitato può trovare diverse spiegazioni.

In primo luogo, è lecito pensare che una simile puntualizzazione potesse apparire superflua alla luce del complessivo assetto istituzionale che, con la Costituzione, si stava dando allo Stato repubblicano. Tra i vari corollari del principio di legalità, quello della riserva di legge è quello caratterizzato da una marcata connessione – oggetto di approfondimento nel prosieguo del presente studio – con un determinato assetto politico-istituzionale. In questo senso, la centralità del ruolo del Parlamento, la limitatezza del ruolo del Governo, il sistema di controllo di conformità delle leggi alla Costituzione potevano apparire come un insieme di garanzie di per sé già sufficiente ad affermare la predominanza della legge in materia di reati e pene.

In secondo luogo, il profilo della riserva di legge nell'art. 25, comma 2 è stato sfumato, rispetto agli altri corollari, poiché una riserva di legge assoluta era già stata affermata nell'art. 13, in materia di libertà personale, bene sul quale sono destinate ad incidere certamente anche le norme penali che prevedono pene di carattere detentivo. Nell'ottica dei costituenti, le norme dedicate alla tutela delle libertà fondamentali dovevano essere interpretate come parte di un sistema unico di garanzie⁶¹ e, dato questo carattere sistematico dell'art. 13, comma 2, la duplicazione espressa nell'art. 25 del principio sarebbe forse risultata pleonastica⁶².

⁶¹ Questa lettura traspare dalle parole dell'On. Ruini nella seduta pomeridiana del 22 dicembre 1947, prima dell'approvazione definitiva del testo: «Nessuna altra Carta costituzionale contiene un sistema così completo e definito di garanzie di libertà [...] Per il suo tecnicismo giuridico-costituzionale (e per la struttura e l'architettura dell'intera Costituzione) la nostra Carta è una cosa seria».

⁶² Propone questa lettura, trattando del rapporto tra principio di legalità e della inviolabilità della libertà personale M. L. FERRANTE, *A proposito del principio della inviolabilità della libertà personale*, in *Arch. pen.*, 2012, fasc. 2, pp. 596-597.

La minore attenzione al profilo democratico del principio di legalità, inteso come riconoscimento del ruolo centrale del Parlamento nelle scelte politico-criminali, e la laconicità del testo costituzionale sul punto⁶³ si rifletté anche nella dottrina dei primi anni successivi all'entrata in vigore della Costituzione. In questo periodo, e fino alla fine degli anni Sessanta, la dottrina penalistica sembrò non avvertire il cambiamento determinato dall'avvento di una costituzione rigida, avallando un'interpretazione continuista con il principio di legalità d'epoca liberale prefascista che aveva consentito un ampio ricorso alla determinazione dei precetti mediante il richiamo di atti normativi di forza inferiore alla legge ordinaria⁶⁴. In un sistema di costituzione flessibile, come quello vigente con lo Statuto Albertino, la riserva di legge era infatti posta a esclusivamente come limite al potere dell'esecutivo rispetto alle prerogative del Parlamento; quest'ultimo poteva tanto intervenire direttamente nella sfera della libertà individuale, tanto autorizzare genericamente il Governo ad intervenire con dei propri atti normativi. La riserva di legge era intesa come limite negativo, escludente un potere immediato dell'esecutivo nella materia penale, e coincidente con il principio di legalità formale, il quale richiedeva la sola presenza di una base legale per l'esercizio del potere normativo da parte del Governo⁶⁵. In un sistema di costituzione rigida, invece, la Carta vincola il Parlamento a legiferare in modo ad essa conforme e l'eventuale deroga rende illegittima la legge, che può essere privata di effetti dalla Corte costituzionale.

Un tale cambio di prospettiva iniziò a farsi strada, appunto, a seguito dell'avvio dell'attività della Corte costituzionale. Dinanzi a quest'ultima furono sollevate numerose questioni di legittimità di norme che rinviavano la determinazione del precetto o della sanzione stessa a fonti diverse dalla legge. Le prime sentenze della Corte – e il punto sarà oggetto di un più puntuale approfondimento nel capitolo terzo – adottarono una posizione ambigua che, a perentorie petizioni di principio in merito alla preminenza della legge ordinaria in materia penale, facevano seguire decisioni spesso

⁶³ L'osservazione secondo cui l'art. 25 Cost. non fornisce una formulazione completa del principio di legalità penale è comune a diversi autorevoli Autori: per esempio F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionali*, Milano, 1965, pp. 231-233; PALAZZO, *Legge penale* (voce), cit., p. 363; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma, 1989, pp. 378-381.

⁶⁴ Evidenziano questo atteggiamento M. SBRICCOLI, *Il penale dei codici e la dialettica dei diritti*, in *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti inediti (1972-2007)*, Milano, 2009, p. 651; P. G. GRASSO, *Il principio "nulum crimen sine lege" nella costituzione italiana*, Milano, 1972, pp. 54 ss.; PELLIZZONE, *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale*, cit., p. 16.

⁶⁵ L. CARLASSARE, *Legge (riserva di)* (voce), in *Enc. dir.*, vol. XVIII, 1990, p. 2; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II *L'ordinamento costituzionale italiano*, Padova, 1978, pp. 56.

non conformi alle premesse, svolgendo fino alla fine degli anni Sessanta una evidente opera di conservazione della legislazione previgente rispetto all'entrata in vigore della Costituzione⁶⁶. Nel suo evolversi, la giurisprudenza costituzionale iniziò a disegnare i caratteri di tutte le riserve di legge previste dal testo costituzionale⁶⁷, inclusa quella dell'art. 25 Cost., dimostrando un atteggiamento differenziato: molto rigido nell'escludere ogni compartecipazione di fonti diverse dalla legge ordinaria nella definizione del versante sanzionatorio, più morbido e permissivo nell'ammettere il rinvio a fonti subordinate nella descrizione della fattispecie⁶⁸.

⁶⁶ Appartiene a questa fase il principio delle riflessioni sulla portata assoluta o relativa della riserva, che si concentrarono sul rapporto tra la fonte legislativa e quella regolamentare, essendo l'ordinamento italiano costellato di materie disciplinate mediante il rinvio ad atti dell'amministrazione per la definizione del precetto o della stessa sanzione. Le prime ricostruzioni avallate dalla Corte costituzionale si riferiscono alla c.d. teoria della disobbedienza in quanto tale (elaborata da C. ESPOSITO, *Irretroattività e legalità delle pene nella nuova Costituzione*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, pp. 93 ss.) e quella della c.d. presupposizione (elaborata compiutamente da B. PETROCELLI, *Norma penale e regolamento*, in *Scritti giuridici in onore di Alfredo De Marsico*, vol. II, Milano, 1960, pp. 401 ss. e da A. PECORARO-ALBANI, *Riserva di legge. Regolamento. Norma penale in bianco*, in *Scritti giuridici in onore di Alfredo De Marsico*, vol. II, Milano, 1960, pp. 285 ss.) secondo la quale la norma penale deve esaurirsi tutta nella fonte legislativa, laddove questa faccia riferimento alla fonte regolamentare, questa interviene come mero presupposto di fatto del divieto penale. Appartengono a questo filone le sentenze nn. 36 e 96 del 1964. Per una lettura critica espressa dalla dottrina del tempo si veda GRASSO, *Il principio "nullum crimen sine lege" nella costituzione italiana*, cit. pp. 207 ss.

⁶⁷ CARLASSARE, *Legge (riserva di)* (voce), cit., p. 5; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, cit., pp. 54-55.

⁶⁸ Sintomatica di tale approccio differenziato è la sentenza n. 26 del 1966. In essa la Corte, approfondendo uno spunto già rinvenibile nella sent. n. 36/1964, afferma per la prima volta la teoria della sufficiente specificazione legale della fattispecie, individuando due *standard* differenti per il versante precettivo e per il versante sanzionatorio: quanto al primo aspetto, il principio di legalità è rispettato quando sia una legge o un atto equiparato dello Stato (anche differente alla legge che prevede la sanzione) «a indicare con sufficiente specificazione i presupposti, i caratteri, il contenuto e i limiti dei provvedimenti dell'autorità non legislativa, alla trasgressione dei quali deve seguire la pena»; sotto il versante sanzionatorio la Corte manifesta invece un atteggiamento di dura intransigenza, affermando che il potere legislativo statale non possa abdicare nemmeno in maniera marginale nella definizione di tutti gli aspetti concernenti la pena. Tale teoria, affermata in dottrina tra gli altri da G. AMATO, *Sufficienza e completezza della legge penale*, in *Giur. cost.*, 1964, fasc. 2, pp. 485 ss., ha riscosso un successo che è giunto fino ad oggi. Sono numerose le sentenze della Corte costituzionale che dichiarano infondate norme legislative che rinviano a provvedimenti amministrativi chiamati a svolgere una funzione di integrazione di elementi normativi del precetto, quando il contenuto dell'illecito, espressione della sottesa scelta di politica criminale sia comunque definito dalla fonte primaria (ne sono esempio, tra le tante, le pronunce n. 61 del 1969, n. 9 del 1972, n. 13 del 1992, n. 333 del 1991). Un esempio, isolato, di censura di una norma che rinviava alla fonte subordinata la definizione di tutti i profili essenziali della fattispecie, lo si rinviene nella sentenza n. 282 del 1990: in questo caso la Corte aveva dichiarato l'illegittimità di una norma che rinviava alla

Questi brevi cenni sinora svolti permettono di trarre alcune conclusioni che saranno utili nella prosecuzione dell'analisi. Innanzitutto, mentre i corollari della irretroattività e della tassatività della legge penale sanciti dall'art. 25 Cost. furono frutto della volontà di riaffermare esplicitamente dei principi di garanzia per il cittadino dinanzi al potere punitivo statale, il corollario della riserva di legge in sede costituente rimase implicito in ragione del suo intimo legame con il complessivo assetto politico-costituzionale dello Stato disegnato nella Carta e della connotazione sistematica che si volle imprimere alle norme sulle libertà individuali. In secondo luogo, l'avvio di una più approfondita riflessione sulla portata di questo istituto, all'interno del quadro costituzionale, fu possibile solamente con l'avvio dell'attività della Consulta, ed apparirebbe oggi assolutamente vano ogni tentativo di studio di questo istituto prescindendo dall'esame della sua giurisprudenza. Quest'ultima osservazione restituisce una particolare lungimiranza alle parole dell'On. De Vita che, commentando il costante rischio dell'affermarsi di politiche penali repressive di ogni garanzia penalistica affermò che «a questi pericoli non si può completamente ovviare attraverso gli articoli di una Costituzione, ma se mai attraverso tutti il nuovo congegno costituzionale, attraverso la Corte costituzionale che dovrebbe garantire l'ordinamento costituzionale»⁶⁹. In questa affermazione si scorge il germe di una consapevolezza nuova circa i limiti della fonte legislativa e del suo necessario inserimento in un complessivo contesto di controlli di compatibilità con il dettato costituzionale al fine di spiegarne la piena valenza garantista.

fonte regolamentare anche la definizione dei soggetti attivi del reato. Nutrito è anche il filone giurisprudenziale che ha ammesso la legittimità di quelle fattispecie volte a sanzionare l'inosservanza di provvedimenti della Pubblica Autorità, richiedendo tuttavia che siano sufficientemente specificati dalla legge i presupposti, il carattere e i contenuti dell'atto amministrativo che impone il divieto assistito dalla sanzione penale. Tra le tante pronunce, che hanno riguardato anche l'art. 650 c.p., si vedano le sentenze n. 168 del 1971, n. 21 del 1973, n. 11 del 1977, n. 58 del 1975, n. 199 del 1993. Sin dall'origine la Corte ha invece escluso la possibilità per le Regioni di emanare leggi in materia penale (sentenze n. 21 del 1957, n. 58 del 1959, n. 13 del 1961, sino alla più nota sentenza n. 487 del 1989), ammettendo solo la possibilità per le fonti regionali di concorrere alla determinazione di elementi normativi delle fattispecie. Per una ricostruzione riassuntiva di questi aspetti si vedano A. PETITTI, *Riserva di legge e norme penali in bianco*, 2010 e V. MANES, *Principi costituzionali in materia penale (diritto penale sostanziale). Giurisprudenza sistematica*, 2014, lavori prodotti dal servizio studi della Corte costituzionale e consultabili sul sito internet della Corte.

⁶⁹ Seduta del 18 settembre 1946.

4. Il fondamento assiologico del principio di riserva di legge

Nella breve ricostruzione storica svolta è stata tratteggiata l'evoluzione del principio di legalità in materia penale senza una formale distinzione rispetto alla traiettoria specifica del corollario di riserva di legge. La scelta non è frutto di una confusione tra i diversi sotto principi che partecipano a quello comune di legalità, come si è già cercato di far trasparire. L'istituto della riserva di legge sin dalle sue origini si è infatti sovrapposto con il principio di legalità⁷⁰: quest'ultimo nel suo significato originario richiedeva che l'azione statale comprimente le libertà fondamentali del cittadino dovesse avere uno specifico fondamento positivo nella legge⁷¹. Allo stesso tempo l'istituto della riserva di legge, nella sua definizione più basilare, prescriveva che una determinata materia dovesse essere disciplinata solamente dalla legge, precludendo alla libera concorrenza tra fonti, che poteva essere riammessa solamente sulla scorta di un'apposita autorizzazione da parte dell'organo legislativo, il quale poteva spogliarsene liberamente nell'esercizio della propria insindacabile discrezionalità.

La riserva di legge si distingue realmente dal principio di legalità solamente ove vi sia rigidità costituzionale garantita dal sindacato sulle leggi⁷². In questa forma di ordinamento costituzionale il potere legislativo, privato del carattere dell'onnipotenza, non può spogliarsi in maniera assoluta dell'onere su di esso incombente nelle materie

⁷⁰ S. FOIS, *La "riserva di legge". Lineamenti storici e problemi attuali*, Milano, 1963, p. 41. In quest'opera monografica l'Autore traccia una ricostruzione storica dell'istituto della riserva di legge, anche in rapporto con quello di legalità globalmente considerato. Secondo l'Autore la prima affermazione del principio di legalità in termini moderni è rinvenibile nella monarchia costituzionale tedesca, caratterizzata da un impianto di poteri dualistico, nella quale si realizzarono i tre presupposti per la sua affermazione: il principio di supremazia della legge c.d. formale, il principio di esclusiva competenza della legge quanto agli atti limitativi in materia di libertà e di proprietà e il principio di esclusiva competenza del legislatore su alcune materie di particolare rilevanza politica. Nel periodo monarchico, tuttavia, l'istituto si risolveva in ultima analisi nel potere del Parlamento di consentire o meno, mediante un'ampissima possibilità di autorizzazione legislativa, gli interventi limitativi nella materia riservata. Tale concezione di riserva di legge era spiegabile solamente ricorrendo ad una concezione del potere legislativo come intrinsecamente illimitato. Così intesa la riserva di legge non solo non garantiva che nelle materie riservate una disciplina duratura, generale, astratta ed imparziale venisse fissata dalla legge, ma non garantiva neppure che tale disciplina venisse comunque stabilita. La riserva di legge non era quindi un istituto a favore dei singoli contro l'esecutivo, ma una garanzia della rappresentanza popolare globalmente considerata.

⁷¹ F. SORRENTINO, *Lezioni sulla riserva di legge. I. Introduzione e commento*, Roma, 1980, p. 21.

⁷² CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II *L'ordinamento costituzionale italiano*, cit., p. 56; CARLASARE, *Legge (riserva di)* (voce), in *Enc. dir.*, cit., p. 2.

riservate, posto che le norme prodotte dal potere esecutivo in questi settori sarebbero illegittime per contrasto con le disposizioni costituzionali istitutive della riserva⁷³.

L'istituto in esame assume, pertanto, una propria autonomia rispetto al principio di legalità, anche in materia penale, in un'epoca assai recente, quando con l'approvazione di carte costituzionali rigide da limite al solo esecutivo, diventa limite per il legislatore stesso⁷⁴. È solo a partire da questo momento che si può iniziare ad interrogarsi compiutamente sulla specifica *ratio* che sottende a questo corollario, evitando di confonderla con quella propria degli altri corollari della tassatività e irretroattività.

Nel quadro composito delle matrici assiologiche della legalità penale⁷⁵, il fondamento di questi ultimi due principi appare più immediatamente afferrabile in ragione di una tendenziale insensibilità ai condizionamenti delle diverse epoche storiche e dei diversi ordinamenti politico-istituzionali in cui sono stati affermati⁷⁶. Essi costituiscono il versante storico⁷⁷ e individual-garantistico⁷⁸ della legalità penale che, nel rendere conoscibili i precetti vigenti in un dato momento, consente al singolo di orientare il proprio comportamento e di calcolarne le conseguenze⁷⁹.

⁷³ L. CARLASSARE, *La riserva di legge: presupposti teorici e implicazioni pratiche*, in *Studium iuris*, 1996, p. 986.

⁷⁴ M. GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, vol. I, Torino, 2019, p. 31, secondo il quale la promozione del principio di legalità all'interno della gerarchia delle fonti ha determinato l'effetto della etero-limitazione del legislatore ordinario; ancora sotto il vigore dello Statuto Albertino si può parlare del principio di legalità come mera autolimitazione del potere legislativo, vd. P. NUVOLONE, *Le leggi penali e la Costituzione: principio della irretroattività*, Milano, 1953.

⁷⁵ In dottrina le opinioni sono convergenti nel ritenere che i fondamenti e la *ratio* dei diversi corollari del principio di legalità penale sono plurime: tra i tanti PALAZZO, *Legge penale* (voce), in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1993, pp. 343 ss., W. HASSEMER, *Diritto giusto attraverso un linguaggio corretto?*, in *Ars interpretanti*, 1997, fasc. 2, pp. 177-178; G. PINO, *Legalità penale e rule of law*, in G. PINO e V. VILLA, *Rule of law: l'ideale della legalità*, Bologna, 2016, p. 189.

⁷⁶ F. PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regola iuris*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli-Roma, 2006, p. 51;

⁷⁷ C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2010, p. 10

⁷⁸ Utilizza questa dizione F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, Torino, 2017 contrapponendola al carattere storico-politico del corollario della riserva di legge. La ponderosa analisi dell'A. evidenzia come si assista ad una dissociazione tra i due versanti della legalità, in particolare – come si evidenzierà anche più avanti nel testo – tra il profilo della riconoscibilità e della riserva di legge, anche ad opera dell'imporsi del concetto di *predictability*, fatto proprio dalle Corti sovranazionali.

⁷⁹ Sotto questo profilo i principi di tassatività e di irretroattività, avendo riguardo alla possibilità per il singolo di determinare il proprio comportamento in maniera conforme o difforme rispetto alla legge penale, formano uno stretto legame con il principio di colpevolezza, supremo cardine attorno al quale ruota l'intera materia penale. Il tema è oggetto della fondamentale sentenza n. 364/1988 della Corte costituzionale, nella quale si coglie l'affermazione di questa intima connessione, sottolineata anche in

La stessa omogeneità di contenuto non si registra rispetto al principio di riserva di legge. Innanzitutto, la ricerca del fondamento del principio di riserva di legge si fa più complessa in quanto, come dimostra la comparazione di diversi momenti storici e modelli politico-istituzionali⁸⁰, tale corollario non rappresenta un contenuto necessario del principio di legalità; autorevole dottrina ha infatti osservato che «la necessità che la norma penale, in entrambe le componenti di precetto e sanzione, sia scritta e previamente definita [...] è di per sé sufficiente per la legalità strettamente intesa»⁸¹. Nei diversi ordinamenti il problema della selezione degli organi e delle fonti deputate ad intervenire nella descrizione delle norme penali, essendo una questione di tipo politico ancor prima che giuridico, risente del contesto politico-istituzionale e ha conosciuto soluzioni diverse, facendo sì che il principio di riserva di legge si presti ad accogliere significati mutevoli influenzati dalle concezioni di democrazia che vi sono sottese. In ragione della sua storicità, questo corollario del principio di legalità appare essere quello verso il quale si manifesta in maniera più accesa la complessità dell'intreccio tra il fondamento, ossia la funzione perseguita, e le sue implicazioni, ossia le modalità attraverso la quale si cerca di raggiungere tale scopo⁸². I due profili sono

dottrina da G. VASSALLI, *L'inevitabilità dell'ignoranza della legge penale come causa generale di esclusione della colpevolezza*, in *Giur. cost.*, 1988, fasc. 2, p. 11 ss.; G. FIANDACA, *Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale: "prima lettura" della sentenza n. 364/1988*, in *Foro it.*, 1988, fasc. 1, pp. 1385 ss.

⁸⁰ Offre una panoramica di diversi ordinamenti giuridici, ove il principio conosce varie declinazioni, VASSALLI, *Nullum crimen, nulla poena sine lege* (voce), in *Dig. disc. pen.*, cit., p. 286; sempre per uno sguardo comparatistico F. PALAZZO, M. PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, Torino, 2013, nonché le indicazioni contenute in V. MANES, *L'eterointegrazione della fattispecie penale mediante fonti subordinate, tra riserva "politica" e specificazione tecnica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2010, fasc. 1, pp. 86-89.

⁸¹ M. ROMANO, *Complessità delle fonti e sistema penale. Leggi regionali, ordinamento comunitario, Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 2008, fasc. 2, p. 539.

⁸² I due momenti possono essere distinti come *ratio* e *télos* della norma. Sulla distinzione si veda M. FRANZANI, *Analogia e interpretazione estensiva nell'ordinamento giuridico*, Milano, 2003, p. 298 «Mentre la *ratio* costituisce il problema al quale la norma cerca di dare una soluzione, il *télos* è l'obiettivo con il quale lo si vuole risolvere. Affrontare la norma è per prima cosa chiedersi di quale problema essa vuol essere la risposta. Si tratta cioè di applicare alle norme il procedimento elentico (*èlenkos*) consigliato dagli antichi, alla ricerca di quella che è la ragion d'essere dell'oggetto di indagine: per quale motivo è stata formulata quella norma? Quali esigenze hanno indotto la sua adozione? Il solo tentativo di risposta a queste domande aiuta a cogliere la *ratio* della norma, intesa appunto come ragion d'essere della norma, come aristotelica causa della sua esistenza. In modo speculare si individua anche il *télos* della norma, il suo scopo, la risposta che si è voluta dare al problema. Capito cioè quale problema aveva indotto la nascita della norma, occorre fare il passo successivo e chiedersi come la norma vuol far fronte a quel problema, quale è il suo scopo, il suo obiettivo, il suo fine: il *télos*».

intrecciati poiché da un determinata idea sul fondamento della riserva di legge in materia penale derivano certe implicazioni e non altre⁸³.

L'istituto della riserva di legge preso da solo costituisce unicamente un criterio organizzativo del rapporto tra atti normativi o, com'è stato correttamente osservato, del rapporto tra diversi organi da cui quegli atti emanano⁸⁴. Laddove inserito nella cornice politico-istituzionale di uno Stato determinato si apre all'esame delle diverse *ratio* che possono ispirarlo e dalle quali ricavare importanti indicazioni sul suo contenuto, sulla sua natura assoluta o relativa e i suoi limiti.

Svolta questa premessa appare opportuno illustrare i diversi significati attribuiti al principio di riserva di legge, ponendo così le basi per verificarne la perdurante attualità e metterne in luce le ragioni della loro eventuale revisione.

4.1. La ricostruzione tradizionale, e vetusta: la riserva di legge come garanzia di certezza del diritto

La più risalente opinione teorica sulla funzione della riserva di legge in materia penale è quella che le affida il compito di fungere garanzia di certezza del diritto. L'intervento in materia penale tramite la sola legge si spigherebbe per la sua generalità e astrattezza, per la pubblicità del procedimento della sua approvazione e dell'accessibilità legata al regime di pubblicazione. Tali elementi permetterebbero al cittadino di conoscere con chiarezza e preventivamente i comportamenti vietati dall'ordinamento. Si tratta di un pensiero assai diffuso nella dottrina più risalente e radicato

⁸³ PINO, *Legalità penale e rule of law*, cit., pp. 184-185, l'A. osserva come nella ricostruzione del principio di legalità sia inevitabile procedere con una certa circolarità: «abbiamo certe idee o certe ipotesi sul fondamento assiologico del principio di legalità penale (a cosa serve, perché è importante ecc.), e sappiamo che certi istituti rappresentano certamente delle articolazioni del principio di legalità penale; tuttavia, se accettiamo che la legalità penale abbia un certo fondamento assiologico, allora è possibile, ragionevole, che ne debbano discendere anche altri istituti o sotto-principi che a prima vista non vengono solitamente inclusi nell'ambito della legalità penale, o è possibile che gli istituti o sotto-principi già noti assumano una configurazione particolare. Parimenti, se accettiamo che certi istituti o sotto-principi siano chiaramente espressione della legalità penale, allora può darsi il caso che sia necessario riconfigurare il fondamento assiologico del principio – rispetto a come viene di solito considerato – affinché sia congruente rispetto agli istituti o sotto-principi particolari già noti».

⁸⁴ CARLASSARE, *Legge (riserva di)* (voce), in *Enc. dir.*, cit., p. 2.

in elaborazioni antecedenti all'entrata in vigore della Costituzione⁸⁵. La lettura in questi termini del principio emerge dalle parole di Vincenzo Manzini: «Riservata alla legge la potestà di stabilire i reati e le pene, l'individuo rimane garantito dal fatto che il legislatore forma preventivamente le norme penali, senza sapere a chi queste si applicheranno. Viene quindi esclusa ogni personalità ed ogni impulsività, almeno di regola. I soggetti rimangono così legislativamente avvertiti circa i limiti della loro libertà, e conseguentemente sono posti in grado di agire, da un lato, con sicurezza, dall'altro, con il senso della propria responsabilità. Ed in tal modo si consegue pure lo scopo di soddisfare il sentimento di giustizia e di eguaglianza, perché colui che ha incontrato una responsabilità sa che questa fu stabilita preventivamente, in modo eguale per tutti, senza che la sua persona potesse venire in alcuna considerazione»⁸⁶.

L'identificazione della *ratio* della riserva di legge in questi termini soffre una serie di limiti che rendono tale conclusione insoddisfacente, inidonea a spiegare compiutamente il motivo per il quale nel nostro ordinamento costituzionale l'art. 25, comma 2 Cost. abbia inteso affidare al solo Parlamento la produzione in materia di reati e pene.

Appare assai limitativo valorizzare l'opportunità del monopolio legislativo riferendosi al carattere generale e astratto, oppure alla conoscibilità delle norme poste da questa fonte. La generalità e l'astrattezza sono caratteristiche identitarie di una norma giuridica e costituiscono il nucleo essenziale del principio di legalità globalmente inteso, il punto di partenza essenziale⁸⁷. Anche un regolamento governativo, o un'altra fonte diversa dalla legge, può contenere norme destinate ad applicarsi ad un novero determinato di destinatari e ad un numero indeterminato di casi, può essere quindi

⁸⁵ Sicuramente già nel pensiero di Beccaria la legge parlamentare, emblema del trionfo sull'ordinamento parcellizzato di *ancien regime*, era strumentale anche all'assolvimento di istanze di certezza del diritto. Sul punto si veda A. CADOPPI, *Perché il cittadino possa "...esattamente calcolare gli inconvenienti di un misfatto"*. *Attualità e limiti del pensiero di Beccaria in tema di legalità*, in *Ind. pen.*, 2015, fasc. 3, p. 569 ss.

⁸⁶ V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, Torino, 1961, p. 212; sposa una simile tesi anche G. AMATO, *Rapporti tra norme primarie e secondarie. Aspetti problematici*, Torino 1965, p. 20 ss.

⁸⁷ L'assunto è fa parte del patrimonio di conoscenze giuridiche basilari comuni anche chi non si sia occupato dello studio del diritto. Sottolineano l'implicazione necessaria tra il termine «legge» e tali caratteri, ad esempio, F. C. PALAZZO, *Sistema delle fonti e legalità penale*, in G. INSOLERA (a cura di), *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, Modena, 2004, p. 103; E. DOLCINI, *Leggi penali «ad personam», riserva di legge e principio costituzionale di eguaglianza*, in INSOLERA (a cura di), *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, cit., p. 66.

generale e astratta senza richiedere l'intervento di una legge formale⁸⁸. Sotto il profilo della conoscibilità, potrebbe poi sostenersi che un regolamento sarebbe capace di "prestazioni" migliori di quelle di un testo legislativo: posto che in genere tali fonti si rivolgono ad un novero di destinatari meno ampio di quello della legge, ne sarebbe facilitata la conoscibilità da parte di questi⁸⁹.

La generalità e l'astrattezza di una norma e la sua comunicabilità inoltre sono caratteri che attengono alla forma di una proposizione linguistica, ma nulla ci dicono sui motivi del contenuto di quella norma e sul procedimento che ha condotto alla sua adozione⁹⁰. Configurata come mera garanzia di una fonte scritta, come limite di tipo solo formale, la riserva di legge restituirebbe una immagine del principio di legalità ridotta ad uno stampo nel quale indifferentemente «si può versare oro o piombo»⁹¹, prestandosi ad accogliere contenuti anche di tipo autoritario⁹².

Infine, riferire la scelta di accreditare la sola fonte legislativa nel settore penale ad una *ratio* di certezza del diritto, intesa come garanzia di conoscibilità della legge penale, è una spiegazione che pare scontare una eccessiva semplificazione delle dinamiche del diritto contemporaneo: l'affidamento riposto nell'identificazione della legge

⁸⁸ Secondo Bricola «È indubbio, infatti, che l'identificazione del fondamento di essa [della riserva di legge] in quell'esigenza di certezza che sta alla base degli altri profili della norma costituzionale porta necessariamente ad una svalutazione del carattere assoluto della riserva: formando la consuetudine oggetto di un discorso a sé stante, l'alternativa legge-regolamento dell'esecutivo non si risolve certamente in favore della prima per motivi di certezza» (F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, p. 638). Lo stesso A. sottolinea inoltre che, guardando ad una logica di mera certezza, sarebbe addirittura preferibile il ricorso agli atti amministrativi dal contenuto generale e astratto (ID, *Il II e il III comma dell'art. 25*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione – Art. 24-26 – Rapporti civili*, Bologna, 1981, p. 231).

⁸⁹ GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, cit., p. 35. L'A. esprime tuttavia un'opinione parzialmente diversa in uno scritto successivo, ove afferma che la preferenza per la legge si giustifica anche per evitare il caotico sistema della normativa secondaria, M. GALLO, *Le fonti rivisitate. Appunti di diritto penale*, Torino, 2017, pp. 18.

⁹⁰ GALLO, *Le fonti rivisitate. Appunti di diritto penale*, cit. p. 19.

⁹¹ P. CALAMANDREI, *Prefazione* a BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, edizione a cura di P. CALAMANDREI, Firenze, 1945, p. 92.

⁹² Nei sistemi autoritari la certezza del diritto, così intesa, è un obiettivo esplicitamente perseguito proprio per rafforzare il potere del regime. Ne fornisce una chiara dimostrazione questo passo di B. PETROCELLI, *Per un indirizzo italiano della scienza del diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1941, p. 20: «E a mio avviso che il principio *nullum crimen nulla poena sine lege*, ben lungi dall'essere rimasto nel nostro codice come sopravvivenza di mentalità illuministica e liberale, vi rappresenti invece per spontanea naturale efficienza del suo contenuto, una delle basi più solide del regime autoritario. [...] posto come principio supremo dell'autorità dello Stato, si può sicuramente affermare che la certezza del diritto è la maggiore manifestazione della sua potenza. Certezza del diritto vuol dire innanzi tutto certezza del comando, e quindi certezza del manifestarsi della autorità dello Stato, la quale non può esprimersi che o attraverso la norma giuridica o attraverso il legale funzionamento di istituzioni da essa regolate».

certa e giusta nella fonte parlamentare appare essere espressione di quel «diritto a una dimensione»⁹³ che – nella visione di autorevole dottrina – appare ormai messa in discussione⁹⁴. Sotto il profilo della produzione parlamentare non sono chiari i rapporti di presupposizione necessaria con una miglior conoscibilità delle norme, dato che la frequente torsione della politica-criminale verso l'assestamento di contingenti pulsioni di giustizia sostanziale inducono alla formulazione di fattispecie penali che sovente sono incerte per la loro oscurità e farraginosità⁹⁵. Non possono poi in alcun modo essere ignorati i rapporti di sempre maggiore integrazione tra fonti multilivello derivanti dalla irreversibile dimensione europea del diritto⁹⁶. Guardando invece al momento applicativo, l'identificazione della certezza del diritto con la fonte scritta parlamentare oblitera ogni considerazione sul momento dell'interpretazione del testo che consente il passaggio dalla disposizione alla norma. La fonte scritta, pur svolgendo un fondamentale compito di orientamento, non offre una garanzia di certezza poiché «la produzione legislativa del diritto è quasi sempre solo il passo iniziale di un processo metabolico, al quale partecipano svariate categorie di interpreti – un processo tendenzialmente senza fine, o comunque senza un punto di arrivo precisamente definito»⁹⁷.

Nel quadro del principio di legalità, la certezza del diritto non è garantita dall'affermazione del monopolio della fonte parlamentare, ma dal diverso corollario della determinatezza e tassatività della legge penale. I due piani soffrono di una frequente sovrapposizione⁹⁸, ma sono questi due corollari a garantire la conoscibilità del diritto

⁹³ È la felice espressione, coniata sul calco del titolo del celebre saggio del sociologo della Scuola di Francoforte H. MARCUSE, *One-Dimensional Man: Studies in the Ideology of Advanced Industrial Society*, 1964, da M. VOGLIOTTI, *Legalità* (voce), in *Enc. dir. Ann.*, 2013, p. 385.

⁹⁴ Si è espresso nel senso del tramonto di questa prospettiva, in molteplici scritti, Paolo Grossi: P. GROSSI, *Oltre la legalità*, Bari-Roma, 2020, p. 12 ss.; ID., *Prima lezione di diritto*, Bari, 2003, p. 94.

⁹⁵ C. F. GROSSO, *Il fascino discreto della conservazione (Considerazioni in margine all'asserita crisi del principio di riserva di legge in materia penale)*, in *Criminalia*, 2011, p. 126.

⁹⁶ G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisprudenziale*, in *Criminalia*, 2011, p. 98. L'A citando J. Habermas osserva che ci troviamo dinanzi a «un ordinamento giuridico non più costituito da sole regole, ma sempre più arricchito di principi enucleati in laboratori giudiziari multilivello [che] non può, infatti, assicurare alle decisioni giudiziarie lo stesso grado di prevedibilità reso possibile dai sistemi legali di matrice ottocentesca».

⁹⁷ G. PINO, *La certezza del diritto e lo Stato costituzionale*, in *Dir. pub.*, 2018, fasc. 2, p. 542.

⁹⁸ Ad esempio, secondo CARLASSARE, *Legge (riserva di)*, in *Enc. dir.*, cit. p. 7, la riserva di legge e tassatività esprimono lo stesso concetto. La medesima opinione si rinviene anche nella giurisprudenza costituzionale; ad esempio, in un passaggio conclusivo della nota sentenza n. 96 del 1981 che ha dichiarato l'illegittimità del delitto di plagio, si può leggere il «principio di tassatività della fattispecie contenuto nella

da parte dei destinatari e a tracciare, tramite il correlato divieto di analogia, i limiti esterni dell'interpretazione giudiziale. La determinatezza prescrive una deontologia della formulazione linguistica della norma, che consenta la sua intelleggibilità da parte del destinatario, messo così nelle condizioni di conoscere le probabili conseguenze delle sue condotte e di quelle degli altri destinatari delle norme penali⁹⁹. La tassatività mira alla prevenzione di arbitri del potere giudiziario in sede applicativa, prescrivendo un'interpretazione ristretta dell'area dell'illecito. Il connesso divieto di analogia previene infine una duplice incertezza: il ragionamento analogico essendo incerto nei suoi risultati, basandosi su di una ricostruzione potenzialmente volubile della *ratio legis*, rifletterebbe tale incertezza sui destinatari della norma; una ulteriore incertezza deriverebbe dal rischio di applicazione retroattiva di una norma individuata in via analogica da una disposizione in vigore da tempo.

Concludendo sul punto, le istanze di certezza sono perseguite tramite i principi di determinatezza e tassatività, oltre che da quello della irretroattività. Questi tre corollari hanno un contenuto autonomo e distinto da quello di riserva di legge. Infatti, se da un lato determinatezza, tassatività e irretroattività nulla ci dicono sulla fonte che deve intervenire nel sistema penale, dall'altro lato la riserva di legge nulla ci dice sul dover essere della formulazione delle norme penali e sulla loro efficacia nel tempo. Pur essendo sorretti da esigenze specifiche, convergono e si coordinano verso una medesima finalità di garanzia della libertà personale¹⁰⁰.

4.2. *Le due anime del principio: ratio garantista e tēlos democratico*

Un corollario è una proposizione che si desume da un'altra già dimostrata. Il principio di legalità in materia penale, come visto, risponde ad una ineludibile e primaria *ratio* di tutela della libertà del cittadino nei confronti della pretesa punitiva statale,

riserva assoluta di legge in materia penale». Evidenzia l'erronea commistione tra i due piani, mettendo in luce l'autonomia e la specifica portata costituzionale del principio F. BRICOLA, *Legalità e crisi: l'art. 25, commi 2° e 3°, della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70*, in S. CANESTRARI, A. MELCHIONDA (a cura di), *Scritti di diritto penale*, Milano, 1997, p. 1310.

⁹⁹ La connessione tra determinatezza e libertà di autodeterminazione è evidenziata, ad esempio, da F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni a margine di un principio «fondamentale»*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. XXVII, *Principio di legalità e diritto penale*, 2007, p. 1306 ss.

¹⁰⁰ BRICOLA, *Legalità e crisi*, cit., p. 1283. L'A. osserva inoltre che, laddove interpretata la *ratio* del principio di legalità in materia penale come una finalità di certezza del diritto, si precluderebbe la strada alla possibilità di riconoscere l'applicazione retroattiva della legge più favorevole al reo.

allora anche i corollari che da questo principio derivano partecipano alla medesima *ratio*. Anche la finalità della riserva di legge è dunque quella di garanzia.

Sembra allora di dover rigettare sin da subito ricostruzioni che propongano lo studio del fondamento della riserva di legge illustrandone la duplice natura garantista e democratica in termini di concorrenza tra queste due anime e optando, alla fine, per la prevalenza dell'una o dell'altra.

La funzione di assicurare la democraticità delle scelte di incriminazione e di determinazione della risposta punitiva mediante il coinvolgimento del massimo organo rappresentativo non corrisponde al significato ultimo della riserva di legge¹⁰¹. Una simile conclusione sarebbe stata valida in un sistema costituzionale precedente all'affermazione delle carte costituzionali rigide, nelle quali – come abbiamo visto – la riserva di legge era un istituto con una funzione prevalentemente negativa, ovvero volta a negare la concorrenza di altre fonti in materia penale, salvo la presenza di una espressa autorizzazione del legislatore, che di questo potere si spogliava. L'esperienza storica ha dimostrato come in un simile contesto, privo di un controllo sull'esercizio del potere normativo, la preferenza per la legge non abbia costituito un argine adeguato a un impiego del sistema penale repressivo delle libertà individuali.

Il coinvolgimento indefettibile dell'organo parlamentare nelle vicende della penality, se non rappresenta il fine, è invece lo strumento operativo con il quale si dà risposta all'esigenza di legittimazione dell'intervento punitivo. Se la *ratio*, il problema al quale si vuole dare una soluzione, è la limitazione dell'arbitrio dello strumento penale, la valenza democratica del principio di riserva di legge ne rappresenta il *tèlos*, l'obiettivo con il quale gli si vuole dare risposta¹⁰². La selezione della fonte abilitata ad intervenire in questo settore dell'ordinamento individua la legge per le sue caratteristiche intrinseche, appartenenti alla legge come atto, e alle sue caratteristiche estrinseche, appartenenti alla legge come esito di un particolare procedimento¹⁰³.

Tuttavia, prima di procedere all'illustrazione di tali caratteristiche, appare opportuna un'ulteriore considerazione. Il rapporto gerarchico che si instaura tra la *ratio* garantista e il fondamento democratico, nel quale quest'ultimo è servente rispetto alla prima, spiega il motivo per il quale la riserva di legge appartenga al versante storico della legalità, ovvero ne rappresenta il carattere suscettibile di diverse declinazioni

¹⁰¹ Ad esempio, sostenitore della sola funzione democratica della riserva di legge, seppure in un quadro d'insieme che non guarda alla sola materia penale, è A. DI GIOVINE, *Introduzione allo studio della riserva di legge nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, 1969, p. 20.

¹⁰² Sulla distinzione tra *ratio* e *telos* si veda la precedente nota 34.

¹⁰³ Opera questa distinzione PINO, *Legalità penale e rule of law*, cit., p. 191.

nei vari ordinamenti statuali. Infatti, negli ordinamenti nei quali è stato possibile individuare una fonte del diritto che consenta di ottenere un miglior livello di garanzia di quello offerto dalla legge, si è optato per quella, pur in mancanza di una legittimazione democratica della stessa. In altre parole, il solo carattere democratico della fonte parlamentare non è da solo sufficiente a giustificare il monopolio della legge in materia penale. È ciò che accade negli ordinamenti di *common law*, nei quali il ruolo dei giudici nella creazione del diritto penale è assai significativo, pur in mancanza di una partecipazione democratica al procedimento normopoietico, e il cui prodotto è tuttavia garantito dal meccanismo garantista della vincolatività del precedente¹⁰⁴.

Nel nostro ordinamento costituzionale, figlio della tradizione giuridica continentale di origine illuministica, il principio di legalità implica una ben determinata idea di democrazia rappresentativa storicamente affermatasi nel pensiero costituzionalistico italiano. Come emerge dall'analisi congiunta del pensiero di alcuni tra i più autorevoli costituzionalisti, «la sovranità popolare, insieme con la costellazione di nozioni ed istituti ad essa collegati [...], conferma o dovrebbe confermare la centralità delle assemblee rappresentative e degli atti da queste deliberati, a partire dalle leggi formali, perché in tali assemblee, e quindi mediante gli atti deliberati da esse, si permette (sempre che i soggetti politici, ed il popolo dietro di essi, lo vogliano e ne siano capaci) il confronto dialettico in pubblico tra tutti, e quindi diventa effettiva, e non meramente proclamata, quella partecipazione di tutti i cittadini, attraverso i partiti e tutte le altre forme lecite presenti nell'ordinamento, alla determinazione della politica nazionale [...]. In questo legame tra sovranità popolare e centralità delle assemblee legislative e quindi delle leggi da queste deliberate sta, o dovrebbe stare, il legame tra sovranità popolare e fonti»¹⁰⁵.

Tenendo in considerazione questa impostazione iniziale è possibile analizzare in che termini i diversi tratti caratteristici della legge costituiscono un presidio di garanzia contro l'arbitrio punitivo.

¹⁰⁴ Sul ruolo dei giudici nei sistemi di *common law* si veda A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, 2° ed., Torino, 2014, pp. 77 ss.; ID., *Common law e principio di legalità*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. XXXVI, *Principio di legalità e diritto penale*, 2007, p. 1181 ss. Osservano come tale sistema assicuri maggiormente la certezza del diritto a discapito della garanzia individuale (soprattutto con riferimento agli istituti di c.d. parte generale) PALAZZO, PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, cit., p. 236.

¹⁰⁵ U. RESCIGNO, *Sovranità del popolo e fonti del diritto nel pensiero di Carlo Esposito, Vezio Crisafulli, Livio Paladin*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, p. 13. In questo scritto l'A. confronta il pensiero dei tre Maestri del costituzionalismo italiano illustrando i caratteri di similarità e divergenza nel rapporto tra il principio democratico e l'ordinamento delle fonti.

4.3. La garanzia offerta dal regime procedurale della legge

La funzione di garanzia offerta dalla legge in materia penale può essere imputata a diverse caratteristiche tipiche di tale fonte che, schematizzando, possono essere imputate alla sua dimensione statica, ossia come atto normativo, oppure alla sua dimensione dinamica, come frutto di un particolare procedimento che conduce alla sua approvazione e all'inserimento in un sistema di controllo democratico.

In merito alle caratteristiche tipiche della legge intesa nella sua dimensione statica, le sue caratteristiche intrinseche, in parte si è già detto illustrando le criticità dell'identificazione della *ratio* della riserva di legge con la certezza del diritto. Per completezza appare opportuno richiamarle comunque in questa sede, pur restando ferme le osservazioni già formulate.

La legge intesa come fonte del diritto produce tipicamente norme generali ed astratte, applicabili a un novero indeterminato di destinatari e di casi. Essa è inoltre soggetta ad un regime di pubblicazione che consente di presumere l'accessibilità e conoscibilità da parte dei destinatari.

Afferiscono alla dimensione statica della legge anche le qualità delle quali si ritiene sia astrattamente dotato il suo contenuto, al di là dei caratteri di efficacia e comunicabilità delle norme. La letteratura penalistica ha posto una particolare enfasi sulla legge come strumento volto ad assicurare la corrispondenza tra le scelte di politica penale e la volontà popolare, espressa dai rappresentanti eletti dal popolo. In questo settore dell'ordinamento questo elemento è maggiormente avvertito per la genetica attitudine delle norme penali ad incidere sui diritti fondamentali, caratteristica che, sulla scorta delle visioni contrattualistiche di origine illuminista, richiede che le scelte di incriminazione siano coperte dal più ampio consenso possibile¹⁰⁶. Tale ultima

¹⁰⁶ Lo stretto legame con il contrattualismo d'epoca illuminista è testimoniato dalla fondamentale pronuncia della Corte costituzionale n. 487 del 1989, con la quale la Corte, nel negare alle Regioni il potere di intervenire in materia penale abrogando una norma incriminatrice, afferma: «il procedimento di formazione della legge, aperto al confronto tra maggioranza e minoranza, adeguato a tutelare i diritti dell'opposizione nel sindacare le scelte di criminalizzazione adottate dalla maggioranza, la dottrina penal-illuministica individuò il fondamento del principio di riserva di legge penale nel fatto che il soggetto-Parlamento, l'organo produttore della legge, vede riunito, attraverso i suoi rappresentanti, tutto il popolo sovrano: e questo non può legiferare "contro sé stesso". Va sottolineato che, anche a parte le vicende storiche che inizialmente motivarono la scelta della riserva di legge penale, ancor oggi la dottrina ricorda

condizione si realizzerebbe in Parlamento, in quanto luogo di confronto dialettico tra le diverse forze politiche in campo, rappresentative di tutte le distinte anime della società. La sottolineatura del necessario ampio consenso sulle scelte penali sembra richiedere un particolare rapporto tra maggioranza e minoranza, nel senso che quest'ultima dovrebbe svolgere un ruolo protagonista lungo tutto il dipanarsi del procedimento deliberativo in tema di delitti e pene, non limitato ad un'attività di mero controllo critico ed esterno sulle scelte compiute dalle forze politiche di maggioranza e alla prospettazione di soluzioni alternative in sede di discussione. Il principio maggioritario non dovrebbe tradursi in una dittatura della maggioranza, ma condurre – soprattutto in questa materia – al raggiungimento di un compromesso tra le diverse forze¹⁰⁷. In questo senso le scelte di politica penale dovrebbero essere garantite da una copertura ultramaggioritaria¹⁰⁸, il cui raggiungimento sarebbe favorito da un sistema

che il monopolio penale del legislatore statale è fondato sul suo essere rappresentativo della società tutta, "unita per contratto sociale"; ed è la società tutta che attende che l'esercizio del potere legislativo penale, direttamente od attraverso i suoi rappresentanti, non avvenga arbitrariamente bensì "per il suo bene e nel suo interesse"» (§3 considerando in diritto). Nella dottrina penalistica questa connessione costituisce un dato costante: DELITALA, *Cesare Beccaria e il problema penale*, cit., p. 968; BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 638; ID. *Legalità e crisi*, cit., p. 1281; V. MAIELLO, *Dommatica e politica criminale nelle interpretazioni in tema di riserva di legge: a proposito di un'ipotesi di depenalizzazione «giurisprudenziale»*, in *Arch. pen.*, 1988, fasc. 2, p. 361; G. DE VERO, *La riserva di legge penale*, in AA.VV., *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da F. PALAZZO, C.E. PALIERO, vol. I, *La legge penale, il reato il reo, la persona offesa*, a cura di G. De Vero, Torino, 2010, p. 3; GROSSO, *Il fascino discreto della conservazione (Considerazioni in margine all'asserita crisi del principio di riserva di legge in materia penale)*, cit., p. 125; C. CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Napoli, 2012, pp. 58 ss.; GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, cit., pp. 35-36; M. RONCO, *Il principio di legalità*, in G. COCCO, E. M., AMBROSETTI (a cura di), *Trattato breve di diritto penale, Parte generale*, vol. 1 *La legge penale*, Padova, 2019, p. 65.

¹⁰⁷ Il compromesso tra maggioranza e minoranza è centrale nella concezione della democrazia di Kelsen, il quale sottolinea il rischio di uno svilimento del ruolo della minoranza: «[...] la volontà generale, infatti, formata secondo il cosiddetto principio di maggioranza, non si manifesta sotto forma di *diktat* imposto dalla maggioranza alla minoranza, ma come l'esito dell'influsso reciprocamente esercitato dai due gruppi, cioè come la risultante dei loro orientamenti politici in conflitto. Una dittatura della maggioranza sulla minoranza non è alla lunga possibile, per il semplice fatto che una minoranza condannata a non esercitare alcun tipo di influsso dovrà infine rinunciare alla sua partecipazione soltanto formale – che come tale è per essa non solo priva di valore, ma persino nociva – alla formazione della volontà generale; in questo modo, essa sottrae alla maggioranza – che già per definizione non è possibile senza la minoranza – il suo stesso carattere di maggioranza. È proprio in questa possibilità che viene offerto alla minoranza un mezzo con cui poter esercitare un influsso sulle deliberazioni della maggioranza» (H. KELSEN, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Tübingen, 1929, ristampa anastatica Aalen, 1981, cap. VI, pp. 55-60, trad. di F. Ghia).

¹⁰⁸ G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. XXXVI, *Principio di legalità e diritto penale*, 2007, p. 1253.

elettorale di tipo proporzionale che, sfavorendo la costituzione di grandi gruppi parlamentari egemonici indurrebbe alla continua ricerca di accordi e mediazioni.

Da questa ricostruzione del funzionamento del potere legislativo in questa materia deriverebbe, quale effetto positivo, una riduzione del ricorso allo strumento penalistico conforme al canone di *extrema ratio*. La necessità di trovare costantemente un accordo tra le diverse anime dell'assemblea parlamentare dovrebbe condurre, infatti, ad optare per l'introduzione di una legge solamente per tutelare beni di una rilevanza tale da rendere accettabile la compressione del diritto alla libertà personale di chi tali beni offenda¹⁰⁹. Il dibattito parlamentare, attraverso il quale fluisce l'esercizio del potere dell'organo legislativo, con i suoi diversi passaggi e fasi dovrebbe favorire una attenta meditazione del contenuto della legge, da un lato sottraendo spazio all'influsso dell'esecutivo, dall'altro svolgendo la funzione di raffreddare – seguendo l'immagine del famoso *senatorial saucer* di Thomas Jefferson¹¹⁰ – pulsioni dettate da istanze momentanee e transitorie.

Una simile ricostruzione, che guarda con fiducia alle peculiarità intrinseche del potere del Parlamento come garanzia di democraticità delle scelte sui reati e sulle pene – intesa come necessaria compartecipazione delle minoranze parlamentari, con esclusione del potere esecutivo –, dipinge un quadro distante dalla prassi delle dinamiche interne alle democrazie parlamentari contemporanee. In un sistema fondato sul rapporto fiduciario tra potere esecutivo e legislativo, nonché su di un sistema elettorale con connotazioni maggioritarie, «la legge è tutt'altro che manifestazione di una volontà generale espressa in via esclusiva dall'assemblea degli eletti e nettamente distinta dagli indirizzi di politica criminale formulati dal Governo»¹¹¹.

¹⁰⁹ Esprime l'idea che la dinamica interna di funzionamento dell'organo legislativo possa fungere da filtro alle istanze punitive, orientandole verso i soli fatti «lesivi di un valore costituzionalmente rilevante», BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 562-566.

¹¹⁰ Ci si riferisce alla nota espressione attribuita al presidente statunitense Thomas Jefferson, riportata in un articolo pubblicato nel 1884 dal *Harper's New Monthly Magazine*. Secondo questa fonte, Jefferson, di ritorno da un viaggio in Francia, nel corso di una colazione venne interrogato da George Washinton sulla ragione del ricorso ad un sistema bicamerale; alla domanda rispose dicendo che, allo stesso modo in cui si versa il caffè in un piattino per raffreddarlo, così «we pour our legislation into the senatorial saucer to cool it» (cita l'episodio M. FARRAND, *The Framing of the Constitution of the United State*, Yale, 2000, p. 74).

¹¹¹ GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, cit., p. 16. Sottolinea lo svanire della contrapposizione tra questi due poteri e in favore di una immedesimazione tra maggioranza parlamentare e governo anche FOIS, *La "riserva di legge". Lineamenti storici e problemi attuali*, cit., p. 295.

L'istanza garantistica della riserva di legge non sarebbe pertanto soddisfatta dalle qualità intrinseche di un «saggio e incorruttibile *législateur*»¹¹², la cui volontà tende a sovrapporsi – se non a dissolversi – in quella dell'esecutivo, limitando gli spazi di effettiva partecipazione delle minoranze, quanto invece dall'insieme di procedure di controllo della legge e il particolare regime di trattamento di questa fonte. In altre parole, il prodotto del principio di riserva di legge non si concretizza tanto nelle sue supposte ricadute sostanziali, ma negli aspetti formali e procedimentali che consentono un controllo sul contenuto delle scelte del legislatore.

In primo luogo, una prima forma di controllo è la già citata sottoposizione delle proposte di legge – e degli stessi disegni di legge governativi¹¹³ – ad una forma di dibattito pubblico in aula. Tale tratto caratterizza il regime di approvazione della legge rispetto a quello dei regolamenti, adottati invece nel chiuso delle riunioni governative e, pertanto, maggiormente suscettibili all'influenza occulta di gruppi di pressione¹¹⁴. Se tale regime può dimostrarsi insufficiente per assicurare l'effettivo coinvolgimento delle minoranze e una più cauta meditazione delle norme penali, esso è invece idoneo ad innescare un controllo critico anche da parte dell'opinione pubblica sulle scelte di politica criminale¹¹⁵.

Esaurita la fase di approvazione della legge – e con essa le garanzie più strettamente connesse al sistema di democrazia rappresentativa – intervengono i controlli successivi, tipici della democrazia costituzionale: il potere di rinvio del Presidente della Repubblica e, soprattutto il controllo di costituzionalità operato dalla Corte costituzionale. Mentre la prima forma di controllo – che la prassi costituzionale ha dimostrato essere assai debole e incostante¹¹⁶ – è esercitabile dal Presidente solamente

¹¹² C. SCHMITT, *Legalità e legittimità* (1932), in ID., *Le categorie del politico* a cura di MIGLIO e SCHIERA, Bologna, 1972, 217.

¹¹³ Osserva come la necessità che anche i disegni di legge del Governo debbano essere approvati dalla maggioranza parlamentare che ad esso partecipa costituisca una ulteriore forma di controllo, GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, cit., p. 16.

¹¹⁴ RESCIGNO, *Sovranità del popolo e fonti del diritto nel pensiero di Carlo Esposito, Vezio Crisafulli, Livio Paladin*, cit.

¹¹⁵ Sostengono l'irrinunciabilità di questo tratto caratteristico, pur in un panorama di crisi del ruolo del Parlamento, M. DONINI, G. INSOLERA, *Considerazioni introduttive*, in G. INSOLERA (a cura di), *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, cit., p. 19.

¹¹⁶ Lo strumento del rinvio previsto dall'art. 74 Cost. comporta la mancata promulgazione della legge con l'invio alle Camere per una nuova deliberazione. Come noto, non si tratta di un veto, ma di un mero differimento della promulgazione che può essere superato dal Parlamento con una nuova deliberazione. Nella prassi costituzionale lo strumento è stato interpretato in maniera diversa dai Presidenti, che ne

nel momento precedente alla promulgazione della legge, il sindacato della Corte si dimostra ben più pregnante, estendendosi a tutta la durata della vigenza della norma. Tale forma di controllo, in vista della possibilità di indagare la compatibilità con parametri sovraordinati di natura costituzionale e internazionale di ogni norma contenuta in una legge o in un atto che ne abbia la forza, pur se sorretta da un ampio consenso parlamentare, rappresenta l'ultimo anello della catena di garanzia procedurale offerta dalla riserva di legge.

hanno fatto un impiego vario nel corso della storia repubblicana a fronte di situazioni di volta in volta mutevoli. In epoca più remota il rinvio è stato uno strumento impiegato prevalentemente per rinviare leggi che non presentavano le necessarie coperture finanziarie, mentre a partire dagli ultimi anni della presidenza Cossiga il rinvio ha iniziato a riguardare in maniera più esplicita ragioni di merito sulle scelte compiute. L'ultimo presidente a fare un uso del rinvio secondo una teoria ben chiara è stato il presidente Ciampi, i cui rinvii sono stati motivati da casi di manifesta incompatibilità con il dettato costituzionale. A partire dalla prima presidenza Napolitano e poi con le presidenze Mattarella si è assistito ad un netto declino del ricorso al rinvio alle Camere a vantaggio del diverso strumento del messaggio alle camere (art. 87, comma 2 Cost.) o di lettere inviate insieme all'atto di promulgazione, dando così vita a prassi battezzate come "promulgazione con motivazione contraria" o di "promulgazione dissenziente". La scelta di quest'ultima modalità ricorre nei casi nei quali la violazione con le norme costituzionali non risulti così marcata da gravare la maggioranza di un nuovo dibattito e di una nuova votazione; il Presidente si limita ad esternare, rendendole pubbliche, le proprie osservazioni, così da ribadire all'esterno la propria autonomia. Questa prassi, tuttavia, esalta il ruolo della Presidenza quale istituzione di mediazione politica sfumando in maniera marcata il compito di garanzia affidato al detentore del potere di sanzionare la legge. Offrono un'interessante e aggiornata rassegna dei modi di impiego del potere di rinvio, corredata da un'ampia bibliografia, D. CASANOVA, *Il rinvio presidenziale delle leggi nell'esperienza costituzionale italiana*, in *Nomos*, 2022, fasc. 1, pp. 1-49; C. MERLANO, *Quando il Presidente scrive. I messaggi "di accompagnamento" del Capo dello Stato e le loro ricadute sugli equilibri istituzionali*, in *Oss. Cost.*, 2021, fasc. 2, pp. 26-49. Nell'esperienza più recente relativa al primo mandato del Presidente Mattarella e con specifico riferimento al settore penale, a fronte di diversi casi di "promulgazione dissenziente", si registra un solo caso di rinvio: nel 2017 è stata rinviata alle Camere la legge contenente modifiche "Misure per contrastare il finanziamento delle imprese produttrici di mine antipersona, di munizioni e submunizioni a grappolo". Tale provvedimento, ad avviso della Presidenza, presentava un tratto di manifesta illegittimità costituzionale nella norma che depenalizzava alcune condotte di finanziamento di imprese produttrici di queste armi, in tal modo violando la Convenzione di Ottawa e quella di Oslo che impongono agli Stati un preciso obbligo di incriminazione del finanziamento di tali ordigni. Sul punto G. L. GATTA, *Elusione di un obbligo internazionale di incriminazione: il Presidente Mattarella rinvia alle Camere ex art. 74, co. 1 cost. la legge sul contrasto al finanziamento delle imprese produttrici di mine antipersona, di munizioni e submunizioni a grappolo*, in *Dir. pen. con.*, 2017, fasc. 11, pp. 225-230; I. PELLIZZONE, *Aspetti critici della "manifesta incostituzionalità" quale fondamento del rinvio di una legge. Spunti di riflessione a margine del primo rinvio del Presidente Mattarella*, in *Rivista AIC*, 2018, fasc. 3, pp. 1-21; M. FERRARA, *Sul primo esercizio del potere di rinvio normativo nella Presidenza Mattarella (ovvero del ritorno alla fisiologia istituzionale)*, in *Federalismi.it*, 2018, fasc. 6, pp. 1 ss.

5. Sintesi e prospettiva di analisi: la giurisdizione costituzionale come essenza garantista del principio di riserva di legge

Il quadro così riassunto del regime di trattamento della fonte parlamentare, nel quale si sostanzia la garanzia del principio di riserva di legge restituisce un'idea di democrazia ben diversa da quella storicamente posta a fondamento di questo corollario della legalità. Alla domanda di garantire il singolo da usi abusivi e arbitrari del potere penale – la *ratio* del principio in esame –, la risposta – il *tèlos* – non risiederebbe in definitiva nelle forme della democrazia-rappresentativa che offre una garanzia nella misura in cui permette al singolo di essere partecipe alle scelte politiche tramite i propri rappresentanti. Le chiare difficoltà ad attuare la vocazione ultramaggioritaria, ossia l'ideale ricerca di un ampio consenso sulle opzioni sui delitti e sulle pene, conduce ad accontentarsi più pragmaticamente di un modello di democrazia procedurale: abbandonata l'idea di poter raggiungere un accordo che soddisfi gli interessi di una società sempre più pluralista e conflittuale, ciò che si può concretamente realizzare è il convogliare la partecipazione democratica in un percorso disciplinato da regole – procedure – che garantiscano non tanto la rispondenza del contenuto ai valori espressi dal consenso sociale, quanto la possibilità di esercitare su quelle scelte un controllo.

Anche questa prospettiva democratico-procedurale pare poter essere messa in discussione per come il quadro delle fonti e dell'assetto istituzionale si sono evolute. Nell'esperienza attuale si rinvergono infatti una serie di fattori – che verranno esaminati nel capitolo successivo – che riducono o, perlomeno, modificano gli spazi affinché il controllo democratico-procedurale possa essere effettivo e non solamente una formula tralatizia contenuta nei manuali.

In questo senso, i controlli democratici a monte del procedimento legislativo, da un lato, e il sindacato di costituzionalità dall'altro presentano un peso differente nell'economia complessiva dell'odierno fondamento garantista della riserva di legge.

La partecipazione dell'opposizione parlamentare ai lavori dell'organo legislativo, tanto nell'esame e discussione delle proposte legislative di iniziativa quanto, soprattutto, nel controllo sull'attività normativa del governo, appare assai ridotta e scarsamente efficace quanto alla possibilità di prevenire abusi da parte della maggioranza. Inoltre, le distorsioni del procedimento legislativo, pur denunciate da più parti in dottrina, risultano scarsamente risolvibili da parte degli organi costituzionali di controllo (Presidente della Repubblica e Corte costituzionale), esterni al Parlamento.

L'insieme di garanzie descritte possono ben operare laddove sia la legge a compiere le scelte fondamentali in materia di reati e pene, ma ad essa ormai si affianca un sistema di fonti multilivello, che comprende tanto le fonti europee – che pongono obblighi di penalizzazione e standard di tutela –, quanto – in settori determinati – quelle prodotte da soggetti privati, nel fenomeno della c.d. autonormazione. Infine, nonostante i recenti richiami alla testualità del diritto nella nota vicenda “Taricco”, anche nel diritto penale si è affermata l'importanza del formante giurisprudenziale e quindi consacrata l'inevitabilità della distanza, talvolta incontrollabile, tra disposizione e norma¹¹⁷.

In secondo luogo, anche nei casi in cui sia la legge ordinaria a mantenere un ruolo primario, gli strumenti di controllo democratici appaiono depotenziati se non, a tratti, ineffettivi. Anche alla luce dell'esame che verrà svolto nel prosieguo di questo lavoro, la partecipazione dell'opposizione parlamentare ai lavori dell'organo legislativo, tanto nell'esame e discussione delle proposte legislative di iniziativa parlamentare quanto, soprattutto, nel controllo sull'attività normativa del governo, appare assai ridotta e scarsamente efficace quanto alla possibilità di prevenire abusi da parte della maggioranza. Inoltre, le distorsioni del procedimento legislativo, pur denunciate da più parti in dottrina, risultano scarsamente risolvibili da parte degli organi costituzionali di controllo esterni al Parlamento.

Allo stesso modo il vaglio critico dell'opinione pubblica, oltre a risentire del ritmo concitato e compresso dei lavori parlamentari, è sottoposto all'influsso del fenomeno del populismo penale che ne produce un'atrofizzazione della sensibilità garantistica e compromette in concreto un efficace controllo sul rispetto delle garanzie individuali. Tale paralisi mina, conseguentemente, la possibilità di attivare concrete reazioni sul piano della responsabilità politica, il cui spazio è già ridotto anche per ragioni connesse al sistema elettorale.

In un quadro nel quale la legge parlamentare e la procedura per la sua approvazione non sono più il solo principale referente della legalità penale, oggi declinata al plurale secondo i diversi statuti (nazionale, europea, governativa, giurisprudenziale, ecc.) che convivono contemporaneamente, l'ipotesi qui formulata è che - l'essenza garantista offerta dal principio di riserva di legge – nel complessivo quadro del principio

¹¹⁷ Su questo sviluppo incidono i moderni studi sull'ermeneutica che giungono ad escludere la possibilità di scindere il momento interpretativo da quello applicativo, tanto per i “casi facili” quanto per i “casi difficili”. Sul punto e sulla dinamica circolare tra fatto e interpretazione anche nel diritto penale si veda W. HASSEMER, *Fattispecie e tipo. Indagini sull'ermeneutica penalistica*, trad. it. G. Carlizzi, Napoli, 2007.

di legalità – risieda oggi nell’assicurare che gli interventi in materia penale poggino su di un prodotto normativo sottoponibile al vaglio di legittimità costituzionale.

Il sindacato di costituzionalità ponendosi a valle del procedimento legislativo permette un effettivo e costante vaglio contenutistico delle norme penali. Tale controllo non supplisce solamente allo svuotamento della dialettica parlamentare, ma fornisce anche un presidio fondamentale nei casi in cui le forze di maggioranza e di minoranza si saldino nel dare vita a norme liberticide o irragionevoli; quest’ultimo rischio appare ben possibile soprattutto di fronte ad impieghi simbolici del diritto penale, strumentali al conseguimento e consolidamento del consenso politico-elettorale, dinamica questa che per la sua frequenza sembra essersi spostata ormai dalla patologia alla fisiologia della democrazia penale.

Tramontata la mitologia giuridica della automatica bontà della fonte parlamentare, della sua valenza di superamento del particolarismo giuridico e di affermazione della sovranità statale, la riserva di legge in materia penale oggi sembra trovare il suo senso e la sua dimensione garantistica nel segnare il passaggio dal protagonismo della legge al primato della Costituzionale. Tale primazia è garantita dalla possibilità che la fonte che decide sui reati e sulle pene sia sempre sottoponibile ad un controllo sulla sua corrispondenza ai principi e valori impressi nella Carta. La valorizzazione di questa *ratio* costituzionale-sostanziale¹¹⁸ permette infine di saldare la rete dei principi costituzionali interni con quelli derivanti dalle carte dei diritti sovranazionali. Come è stato osservato dalla più recente dottrina costituzionalistica, quindi, «piuttosto che ragionare su cosa significhi, oggi, la “legge” alla quale l’istituto in parola “riserva” una competenza normativa in relazione a determinati oggetti, sembra opportuno interrogarsi su cosa significhi l’idea di “riservare”»¹¹⁹ tale disciplina ad una determinata fonte, e su «quali siano le implicazioni derivanti dalla perduranza di disposizioni costituzionali che perpetuano tale istituto – dopo che la legge ha radicalmente mutato la sua funzione nell’ordinamento giuridico».

Per questo motivo si ritiene che si debba porre attenzione particolare nella lettura dell’evoluzione più recente del sindacato di costituzionalità in materia penale, settore che negli ultimi anni occupa in maniera sempre più ricorrente il lavoro della Corte e nel quale la stessa ha iniziato a sperimentare le forme più avanzate di esercizio del proprio ruolo.

¹¹⁸ R. BARTOLI, *Incriminatione e giustificazione: una diversa legalità?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, fasc. 2, p. 601.

¹¹⁹ G. PICCIRILLI, *La “riserva di legge”. Evoluzioni costituzionali, influenze sovrastatali*, Torino, 2019, pp. 39-40.

Nel capitolo che segue, esaminati i diversi fattori che incidono sull'ineffettività degli strumenti di controllo democratico-procedurale, si prenderanno in esame le diverse declinazioni oggi esistenti della legalità penale, culminanti nella divergenza tra la legalità nazionale, fondata sul dato testuale della legge, e quella europea, meglio definibile come una riserva di diritto e versata sul diverso piano della prevedibilità.

Tale analisi permetterà di mettere meglio in luce la concreta possibilità di individuare nella *ratio* costituzionale-sostanziale l'essenza attuale della riserva di legge in materia penale.

CAPITOLO II

LA RISERVA DI LEGGE NEL QUADRO DELLE LEGALITÀ PENALI

SOMMARIO: 1. La legalità al tempo del post-diritto – 1.1. Centralità del momento giurisdizionale e dominio dei principî – 2. L'indeterminazione della legalità penale: dal singolare al plurale – 3. La legalità legislativa – 3.1. Le promesse non mantenute della procedura parlamentare e la scarsa giustiziabilità delle sue distorsioni – 3.2. Verità supposte del controllo dell'opinione pubblica attraverso le lenti del populismo penale – 3.3. Un tentativo di sintropia legislativa: la riserva di codice – 4. La legalità governativa - 4.1. Il ricorso agli atti aventi forza di legge da parte del Governo – 4.1.1. Segnali in controtendenza dalla giurisprudenza costituzionale – 4.2. L'eterointegrazione normativa: il labile confine tra specificazione tecnica e scelta politica – 4.2.1. L'esempio delle soglie di punibilità – 5. La legalità autoprodotta – 5.1. Crisi del modello "*command and control*" e autonormazione penalistica – 5.2. La veglia del Leviatano e i limiti dei sistemi autonormati – 6. La legalità giurisprudenziale – 6.1. L'onere di interpretazione conforme quale spinta verso interpretazioni creative – 6.2. Lo scandalo dell'ermeneutica per il penalista e la necessità di una sua deontologia – 6.3. I tentativi di imbrigliare gli effetti *in malam partem* dei mutamenti giurisprudenziali – 6.4. L'interpretazione giurisprudenziale illegittima e la problematica assenza di un suo efficace rimedio – 7. La legalità europea e convenzionale – 7.1. L'incidenza delle fonti euro-unitarie sulla discrezionalità del legislatore – 7.2. Gli strumenti del giudice "europeo": interpretazione conforme al diritto UE e disapplicazione – 7.3. Dal *nullum crimen sine lege* al *nullum crimen sine iure* nella dimensione convenzionale ed europea della legalità – 7.4. La graduabilità della garanzia della riserva di legge nel diritto punitivo quale testimonianza della dissociazione tra il profilo individual-garantistico e quello storico della legalità – 8. La volpe e il riccio: compatibilità e attualità della riserva di legge al cospetto della "nuova legalità" penale.

1. La legalità al tempo del post-diritto

Lo studio della riserva di legge, dalla sua affermazione alla mutazione del suo fondamento, dimostra come questo corollario – fondamentale nella fase generativa delle garanzie del diritto penale moderno – costituisca oggi il versante della legalità penale maggiormente sensibile all'influsso di un più ampio cambio di paradigma nel sistema delle fonti del diritto. Le ragioni di questa accentuata esposizione al cambiamento trovano spiegazione nella diversità di piani occupati dai sotto principi che partecipano a quello di legalità. I corollari della determinatezza e della irretroattività della norma penale si muovono su di un terreno orientato alla garanzia individuale

mediante la definizione della qualità del testo e dei confini temporali dei suoi effetti; anche a tacere degli ulteriori contenuti apportati dal livello sovranazionale (europeo e convenzionale) essi pongono delle regole che costituiscono la grammatica universale della legge penale. Anche la riserva di legge partecipa a questa grammatica, ma persegue il proprio risultato di garanzia con un metodo particolare – individuato nel trattamento procedimentale al quale è sottoposta la legge ordinaria e gli atti ad essa equiparati –, storicamente determinato e influenzato dalla contingente situazione politico-istituzionale. Il principio di riserva di legge – in sé considerato, anche al di là della sua declinazione penalistica – si lega al concetto di sovranità, al quale pone una regola in materia di fonti di produzione del diritto e di rapporti tra organi costituzionali. Per tale ragione le sue radici affondano nella visione d'epoca moderna del diritto come estrinsecazione della sovranità statale, che ne detiene il monopolio determinando la rigida struttura delle fonti e che lo pone in rapporto esclusivo con un determinato territorio¹.

Mettendo piede al di fuori dell'*insula* penalistica², nella riflessione giuridica contemporanea appare ormai fuori di dubbio che la coppia concettuale sottesa a tale modo di concepire il diritto – strutturalismo e monopolio statale – sia stata soppiantata da un nuovo binomio: destrutturazione e pluralismo³. L'ordine giuridico del XIX e XX secolo, fase matura dell'affermazione del diritto statale e del monopolio legislativo, si è progressivamente aperto all'intervento di nuovi attori, tanto pubblici che privati, e la famiglia delle fonti ha visto accrescere i suoi ranghi con l'ingresso di nuove forme di produzione del diritto.

¹ O. CHESSA, *Sovranità*, in C. CARUSO, C. VALENTINI, *Grammatica del costituzionalismo*, Bologna, 2021, p. 47, in cui l'A. ricorda che «per i primi teorici moderni della sovranità, Jean Bodin e Thomas Hobbes, il potere sovrano si esercita sempre sulla base di una *lex imperii* o *Fundamental Law* e si identifica essenzialmente col potere legislativo ultimo o supremo».

² Avverte circa l'inopportunità e la pratica impossibilità di arroccarsi su posizioni che, facendo leva sulla peculiarità del diritto penale, pretendono di non considerare i generali movimenti che scuotono il diritto nel suo complesso PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni a margine di un principio «fondamentale»*, cit. p. 1285: «l'idea dell'*insula* penalistica poteva avere un senso fin tanto che i fatti criminosi si esaurivano in quei 'delitti naturali', ove la 'naturalità' sottolineava proprio la 'materialità' essenzialmente naturalistica dell'offensività di comportamenti a struttura violenta o predatoria. Ma già nel momento in cui il diritto penale apre la porta alla responsabilità per omissione, l'offensività del fatto criminoso inizia quel processo di smaterializzazione che è per l'appunto dovuto al fatto che la 'natura' oggetto di disciplina — anche penale — è sempre più intrisa di giuridicità, è sempre più artificiale; le sue strutture portanti sono sempre più spesso e più pesantemente forgiate dal diritto piuttosto che dalla materia».

³ G. ZACCARIA, *Nuove fonti, nuove categorie per il «post-diritto»*, in R. E. KOSTORIS (a cura di), *Percorsi giuridici della postmodernità*, Bologna, 2016, p. 47; ID., *Postdiritto. Nuove fonti, nuove categorie*, Bologna 2022, p. 13.

Nella limitata ricostruzione che può trovare spazio in questa sede, lungi da pretese di completezza nella descrizione di un fenomeno tanto complesso che tocca incidentalmente il più limitato oggetto del presente lavoro, un buon punto di partenza sta nel richiamare quella che è – o forse è stata – la pietra angolare del diritto moderno costituita dalla triade Stato-sovranià-territorio, secondo la quale la sovranità di uno Stato si esercita all'interno di un territorio delimitato da un confine che «rompe la continuità estensiva della terra, e [...] *costituisce i luoghi*»⁴ di applicazione del diritto e sulle cui linee si gioca la diade inclusione-esclusione: da un lato, l'identificazione dei destinatari della potestà politico-giuridica dello Stato con la comunità che occupa quel dato spazio – il popolo – e, dall'altro, la contemporanea esclusione di ogni forma di condivisione di tale potestà con altri soggetti all'interno di quel territorio. La tenuta dell'edificio costruito su questo triplice asse è inficiata dal processo apparentemente irreversibile⁵ della globalizzazione, sinteticamente – e forse semplicisticamente – definibile come il processo di costituzione di una rete sempre più fitta di connessioni tra le varie parti del mondo che rende obsoleta l'idea dei confini «immaginati un tempo come bastioni insuperabili, [che] sono ormai, sotto l'azione sferzante delle onde sempre più alte create dai processi di globalizzazione» e il loro culto manifesta un sintomo di «retrotopia»⁶. I principali fattori di questa disgregazione sono costituiti dallo sviluppo dell'economia in senso neoliberale – secondo il modello di capitalismo neoamericano⁷ il cui dominio, dopo la caduta del muro di Berlino, ha portato ad

⁴ N. IRTI, *Le categorie giuridiche della globalizzazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, fasc. 5, p. 626.

⁵ Pare porre dei dubbi sulla sua presunta irreversibilità, o quanto meno immutabilità del fenomeno M. R. FERRARESE, *Al di là della globalizzazione: verso un mondo post-globale?*, in *PoL. dir.*, 2021, fasc. 2, pp. 259 ss.

⁶ Z. BAUMAN, *Retrotopia*, Bari-Roma, 2020, p. XI.

⁷ Il lemma descrive una forma di capitalismo che contempla una minima ingerenza dello Stato nella regolazione del fenomeno economico, con una minima pressione fiscale e un basso livello di previdenza sociale, individuata come fattore di improduttività. La visione conflittuale delle relazioni sociali si accompagna a un'idea di impresa che deve puntare alla massimizzazione dei profitti, anche mediante una gestione dei rapporti di lavoro improntata alla massima flessibilità e precarietà, in quanto trattati alla stregua di qualsiasi altro costo aziendale. Un simile modello può prosperare solo in un contesto di bassa regolamentazione del mercato finanziario, del mercato del lavoro e ad una pressione fiscale molto contenuta. Al modello neoamericano si contrappone il capitalismo "renano", tipico della Germania, dei Paesi del Nord Europa e del Giappone, fondato su di una concezione delle imprese come comunità bisognose di una propria interna armonia, favorita dall'instaurazione di rapporti di lavoro stabili, di partecipazione dei lavoratori all'amministrazione dell'impresa e della ricerca di finanziamenti presso il sistema bancario, anziché tramite quello finanziario. La distinzione tra i due modelli si deve a M. ALBERT, *Capitalismo contro capitalismo*, Bologna, 1993 ed è ripresa da A. SOMMA, *Introduzione al diritto comparato*, Roma-Bari, 2014, pp. 89 ss.

individuarlo addirittura come responsabile della «fine della storia»⁸ – e dallo sviluppo tecnologico. Proprio il modello economico capitalista, il quale avverte come un ostacolo da abolire ogni barriera che si frappone al libero scambio, è stato uno dei principali motori⁹ del processo di dissociazione tra due forme di spazialità: «una territorializzata e politica», quella dello Stato, e una «economica e deterritorializzata», quella del mercato globale¹⁰. Nella prima forma di spazialità la convivenza in uno spazio comune permette l'incontro dialettico degli interessi di tutti, in particolare tra quelli dei privati e quelli dello Stato, che è mediato dal diritto; nella seconda dimensione, invece, i rapporti tra soggetti economici sfuggono dalla condivisione di uno stesso spazio e si rendono autonomi rispetto al potere statale. Nella dimensione deterritorializzata dell'economia neoliberista la libertà dei soggetti economici non si afferma tramite il diritto, ma mediante la liberazione dai limiti imposti da questo, facendo affidamento su di una rinnovata fiducia nella capacità del mercato di autoregolarsi¹¹.

La tendenza dell'economia ad assumere una portata globale, senza confini, si pone in netta antitesi con il diritto statale di fonte legislativa, per sua natura destinato a identificare i limiti della sua efficacia con quelli geografici del suo territorio. Il rapporto tra Stato ed economia si inverte e l'impressione è che oggi siano «gli Stati a

⁸ F. FUKUYAMA, *La fine della storia e l'ultimo uomo*, Milano, 1992. L'A. ha poi parzialmente rivisto la propria tesi nel successivo saggio ID., *Fiducia*, Milano, 1996.

⁹ Gli studi sul fenomeno della globalizzazione evidenziano come questa non sia il mero prodotto di una trasformazione spontanea dell'economia in senso più flessibile e dinamico, ma che questa «non avrebbe potuto compiersi senza una qualche copertura istituzionale, ossia senza che fossero varate almeno alcune misure giuridiche atte a fornirle gli strumenti adeguati, oltre a misure di protezione e legittimità giuridica» (M.R. FERRARESE, *Prima lezione di diritto globale*, Bari, 2012, p. 15). Analizza come l'affermazione dell'attuale sistema economico sia frutto di un'opera risalente di studio da parte di *think-tank* e gruppi di pressione soprattutto negli Stati Uniti, M. D'ERAMO, *Dominio. La guerra invisibile dei potenti contro i sudditi*, Milano, 2020; riconduce, invece, tale assetto alla vittoria ideologica della Scuola di Vienna – contrapposta alla Scuola di Francoforte – per la capacità dei suoi esponenti di accreditarsi presso gli esecutivi D. DE MASI, *La felicità negata*, Torino, 2022. Evidenzia poi come la diffusione globale del modello economico neoliberista sia stato frutto di precise scelte di politica estera nei confronti dei Paesi in via di sviluppo da parte, in particolare, del Regno Unito e degli Stati Uniti, mettendo tuttavia in luce come questi ultimi abbiano assunto tale posizione di potenza economica perseguendo politiche di sviluppo ben diverse rispetto a quelle esportate negli altri Paesi, H. CHANG, *Cattivi samaritani: il mito del libero mercato e dell'economia mondiale*, Milano, 2008.

¹⁰ A. GARAPON, *La despazializzazione della giustizia*, Milano-Udine, 2021, pp. 38-39.

¹¹ Il modello neoamericano ricostituisce quella fiducia nella capacità autoregolativa del mercato che si era persa a partire dalla crisi degli anni '20, superata mediante il ricorso al così detto compromesso keynesiano che, diffidando della capacità redistributiva del libero incontro di domanda e offerta, prevedeva l'intervento statale per riequilibrare le posizioni di debolezza sociale tramite la forza del diritto nell'ambito delle relazioni di lavoro. Sul punto M.R. FERRARESE, *Promesse mancate. Dove ci ha portato il capitalismo finanziario*, Bologna, 2017, pp. 27 ss.

essere inseriti nei mercati piuttosto che le economie nazionali a essere inserite nelle frontiere di Stato»¹². Per svincolare il diritto dalla sua dimensione spaziale e dai legacci del potere sovrano degli Stati si affermano allora processi normalmente indicati come di *deregulation*, che non determinano una marginalizzazione dell'attore statale, ma un suo riposizionamento quale osservatore del fenomeno economico, abdicando alla pretesa di un monopolio sulla sua regolazione diretta e omnicomprensiva¹³.

I rapporti inter-soggettivi tra gli operatori economici, necessitando ugualmente di essere regolati per essere efficienti, non sottostanno più a discipline prodotte direttamente dagli Stati, ma a norme provenienti da soggetti intermedi rappresentativi di determinati gruppi di interessi, moltiplicando così la platea di attori abilitati alla produzione del diritto. Lo sviluppo di questa forma di regolamentazione autonoma da parte dei sottosistemi sociali, capace di adattarsi in tempi rapidi alle mutevoli necessità del mercato e sottoposta ad un controllo solamente esterno da parte dello Stato, è frutto – come è stato osservato – di una «terza via»¹⁴ tra passatiste forme di iper-regolamentazione, da un lato, e di completa deregolamentazione, dall'altro.

¹² Sul punto J. HABERMAS, *La costellazione postnazionale. Mercato globale, nazioni e democrazia*, trad. it. Ceppa L., Milano, 1999, p. 105 ss.

¹³ Il fenomeno della *deregulation* è stato inizialmente letto come una abdicazione dello Stato rispetto alla regolamentazione del mercato. Tuttavia, gli studi più recenti sul tema hanno messo in luce come, a partire dagli anni '70 – l'epoca d'oro dell'avvio di questo movimento –, si sia osservato non uno svuotamento delle regole dell'economia, ma una rivoluzionaria riallocazione del potere regolativo mediante il marcato coinvolgimento dei privati (multinazionali, associazioni industriali, comunità epistemiche) che ha esaltato il ruolo della autoregolamentazione e, anzi, ha determinato l'aumento dei regimi regolatori, al punto da indurre a parlare di *regulatory capitalism*. Sul punto D. LEVI-FAUR, *The Global Diffusion of Regulatory Capitalism*, in *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 2005, pp. 12-32.

¹⁴ Il riferimento, che verrà ripreso più avanti nella trattazione, è alla teoria sociologica del diritto della *reflexive law*, concetto elaborato soprattutto da G. Teubner secondo il quale i sottosistemi sociali, che per loro natura tendono all'autoregolamentazione, possono essere guidati in questo processo dall'attore statale, che può dettare una "*regulation of self-regulation*". Tale teoria permetterebbe di superare l'impasse posto dal c.d. "trilemma regolativo" elaborato dallo stesso Teubner, secondo il quale, all'interno di una società composta da tanti e differenti sottosistemi sociali inaccessibili ad una regolamentazione diretta, un eccesso di regolamentazione giuridica può determinare o l'indifferenza reciproca tra il sistema regolante e quello regolato, con una conseguente ineffettività delle norme, oppure procurare la distruzione di uno dei due sistemi. In questo modo il diritto recupera una funzione regolativa, altrimenti confinato dalle teorie della *deregulation* a mero strumento per ritagliare sempre maggiori spazi di libertà ai privati. Sul punto G. TEUBNER, *Substantive and Reflexive Elements in Modern Law*, in *Law & Society Review*, 1983, v. 17, n. 2, pp. 239 ss.; R. PRANDINI, *La "costituzione" del diritto nell'epoca della globalizzazione. Struttura della società-mondo e cultura del diritto nell'opera di Gunther Teubner*, postfazione a G. TEUBNER, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione*, trad. it. R. Prandini, Roma, 2005, pp. 193 ss.

Il sistema giuridico, in questo modo, si apre a forme di regolamentazione di fonte privata, assumendo alcuni tratti «pre-moderni»¹⁵, e diviene un diritto senza spazio, senza una ben determinata radicazione territoriale, caratteristica alla quale si accompagna la perdita del carattere strettamente gerarchico delle fonti, i cui rapporti passano «dalla piramide alla rete»¹⁶, non più collocati in un rapporto strettamente verticale, ma disposti su di un piano orizzontale che dà «conto dell'intreccio, dell'interdipendenza e dell'osmosi dei livelli di normatività secondo un *continuum* aperto, ma non anarchico, che si dispiega dal locale al globale»¹⁷.

Il fenomeno è particolarmente evidente, come ovvio, proprio nell'ambito del diritto commerciale, dove i contratti sopravanzano la legge nella regolamentazione di ampi settori del diritto dell'economia¹⁸. La diffusione di modelli contrattuali *standard* a livello globale – mediante gli usi e le pratiche commerciali, raccolte ed elaborate da istituzioni come l'Unidroit, l'Uncitral, la Camera di Commercio Internazionale, oltre che dalle Camere Arbitrali Internazionali –, che forma così una nuova *lex mercatoria* dell'epoca globalizzata, permette la creazione di un diritto che supera le difformità tra i diversi ordinamenti statali¹⁹, privato della componente politica che caratterizza

¹⁵ FERRARESE, *Prima lezione di diritto globale*, cit. p. 52.

¹⁶ La fortunata metafora della piramide quale immagine rappresentativa della scala gerarchica delle fonti si rifà alla concezione kelseniana per la quale la validità di ogni norma deriva da quella superiore, in una scala che culmina nella *Grundnorm*. (v. H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, Cambridge, 1945, trad. it. Cotta S.-Traves G., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, 2000, p. 116 ss.). Su tale concezione dell'ordinamento e sui limiti delle «geometrie legali» si veda F. GENTILE, *Ordinamento giuridico. Tra virtualità e realtà*, Padova, 2005. L'altrettanto fortunata immagine della rete è utilizzata in letteratura, tra gli altri, da F. OST, *Dalla piramide alla rete: un nuovo paradigma per la scienza giuridica*, in VOGLIOTTI (a cura di), *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Torino, 2008, p. 25; S. CASSESE, *La rete come figura organizzativa della collaborazione*, in ID (a cura di), *Lo spazio giuridico globale*, Roma, 2006, p. 21; E. ANCONA, *Figure dell'ordinamento. Dalla piramide alla rete, e oltre...*, in www.lircocervo.it, 2007, fasc. 1, p. 1-6; A. PIZZORUSSO, *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, Torino, 2008.

¹⁷ ZACCARIA, *Nuove fonti, nuove categorie per il postdiritto*, in *Postdiritto*, cit., p. 23. L'A. osserva inoltre che il modello piramidale non viene eclissato, ma continua ad agire sullo sfondo in una logica di complementarità con la rete.

¹⁸ F. SBORDONE, *Contratti internazionali e lex mercatoria*, Napoli, 2008, pp. 93-94.

¹⁹ Sottolinea come il contratto sia un fondamentale strumento di innovazione giuridica F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna, 2001, p. 235, secondo il quale «se continuassimo a concepire il contratto come mera applicazione del diritto, e non come fonte di diritto nuovo ci precluderemmo di comprendere in qual modo muta il diritto del nostro tempo». Sulla «nuova» *lex mercatoria* si veda altresì G. TEUBNER, *Breaking frames: la globalizzazione economica e l'emergere della lex mercatoria*, in ID. *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione*, cit., pp. 13 ss.

questi ultimi²⁰ e si orienta unicamente verso l'efficienza economica della regolamentazione negoziale²¹.

Ad alimentare la destrutturazione e il pluralismo degli odierni sistemi giuridici non vi è solamente la globalizzazione, ma anche la moltiplicazione di livelli istituzionali che acuisce il progressivo «decentramento normativo»²². Tale fenomeno segue

²⁰ Ricorda chiaramente R. BIN, *Soft-law, no law*, in A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2009, p. 31: «La globalizzazione è il trionfo del mercato e il mercato, come aveva intuito già Adam Smith, è concorrente della politica, produce regole di comportamento che contestano quelle poste dal legislatore politico quando questi non si arrende e si limita a seguirle, emularle, eseguirle. Il mercato impone le regole alla politica: e contesta il modo con cui la politica produce quelle regole». Sul punto si veda anche E. MOSTACCI, *Tra kosmos e spoliticizzazione. Il diritto dei privati nelle relazioni commerciali*, in DPCE, 2021, Numero speciale *I sistemi normativi post-vestfaliani tra decisioni politiche, integrazioni giurisprudenziali e fonti di produzione non formalizzate. Una ricostruzione in chiave comparata*, pp. 628-633. L'A. evidenzia come la «marginalizzazione degli ordinamenti giuridico-politici nell'opera di produzione delle norme giuridiche si accompagna [...] alla più recente – e per il momento ancora embrionale – tendenza alla stessa marginalizzazione del diritto». Tale fenomeno si può rinvenire negli scambi commerciali mediati da piattaforme digitali (ad esempio quelle di *ridesharing*) funzionanti mediante il ricorso ad algoritmi, certamente irriducibili al sistema delle fonti del diritto, che sfruttano i dati di domanda e offerta dei loro utenti per indirizzarne i comportamenti (tornando all'esempio, mediante il meccanismo di calcolo del *surge pricing*); in questo modo «da un lato vi è la rinuncia dei soggetti imprenditoriali alla protezione che il diritto offre ai loro interessi; dall'altro vi è la creazione di sistemi che, grazie al trattamento dei dati e al posizionamento sul mercato, sono in grado di tutelare efficacemente e direttamente sul piano fattuale quegli stessi interessi. Tale rinuncia offre infatti un cospicuo vantaggio strategico, giacché consente di evitare tutte le contropartite che, nella sua opera di mediazione dei conflitti, il diritto generalmente richiede, quanto meno dal punto di vista concreto».

²¹ Sintomo di questa tendenza è anche il crescente interesse per gli studi di analisi economica del diritto che mirano alla ricerca della definizione delle regole attraverso la comparazione dell'efficienza economica delle diverse soluzioni possibili nella risoluzione di un problema. Un soddisfacente quadro d'insieme, che dedica anche un capitolo all'applicazione di questa disciplina al settore penale, è offerto da D.D. FRIEDMAN, *L'ordine del diritto. Perché l'analisi economica può servire al diritto*, Bologna, 2004. Con specifico riferimento al settore penale si veda F. PESCE, *L'analisi economica del diritto penale dalla teoria alla pratica: il livello di efficienza delle opzioni normative in tema di tossicodipendenza e criminalità correlata*, Napoli, 2019.

²² Sulla definizione del concetto di decentramento normativo si veda J. BLACK, *Decentring regulation: understanding the role of regulation and self-regulation in a "post-regulatory" world*, in *Current legal problem*, vol 54, 2001, p. 104: «Decentring is thus part of the globalization debate on one hand, and of the debate on the developments of mezzo-levels of government (regionalism, devolution, federalism) on the other. Decentring is also used in a positive sense to describe the consequence of a particular analysis of social systems, in which politics and administration, like law or economics, are described as being self-referentially closed sub-systems of society, incapable of observing other systems except through their own distorted lenses; decentring is thus the removal of government and administration from the conceptual centre of society. Finally, developing from these observations (and mixing metaphors), decentring can be used, positively and normatively, to express 'de-apexing': the removal of the state from the conceptual hierarchy of state-society, and the move to a heterarchical relationship in which the roles of governors and governed are both shifting and ill-defined».

contemporaneamente una duplice traiettoria: da un lato, verso un sistema di ramificazione domestica fatta di soggetti intermedi²³, dall'altro verso una dimensione euro-unitaria e internazionale. L'enfasi su questa dimensione è posta proprio dal fenomeno della globalizzazione: gli Stati, avvedendosi dell'erosione della propria capacità di regolare fenomeni ormai transnazionali, scoprendosi «giganti scoronati»²⁴, si aggregano in organizzazioni che travalicano i confini tradizionali e alle quali cedere porzioni della propria sovranità in cambio della possibilità di ristabilire un contatto – per quanto mediato – tra la dimensione globale e quella nazionale. A livello interno, invece, il decentramento si manifesta mediante l'attribuzione di compiti di regolamentazione di specifici settori dell'ordinamento ad autorità amministrative indipendenti, dove il carattere di “indipendenza” è rappresentato dalla sottrazione di tali soggetti dal circuito politico-rappresentativo, elemento che conferisce un carattere di “neutralità” alla loro attività normativa²⁵.

Il diritto prodotto da questi attori sovranazionali e dai soggetti intermedi assume caratteri deformalizzati, ben rappresentati dal modello della *soft-law*²⁶: un tipo di giuridicità “morbida”, operante su più livelli, nella quale il contenuto di comando della

²³ Si parla in proposito di *multi-tiered systems* nei quali sia il livello centrale sia i livelli costituiti da enti infra-statali sono dotati di poteri legislativi. Il termine è utilizzato da P. POPELIER - M. SAHADŽIĆ *Constitutional Asymmetry in Multinational Federalism*, Londra, 2019. Per un'analisi del rapporto tra i diversi livelli infra-statali in contesti di crisi, v. A. M. RUSSO, *Sistema delle fonti e pluralismo territoriale tra (in) crisi ed (in) emergenza negli Stati composti*, in *DPCE Online*, 2021, Numero speciale, pp. 131-206. Secondo l'A., sulla scorta di uno studio comparato tra diversi *multi-tiered systems*, il potenziale rischio di confusione nella risposta normativa a fenomeni emergenziali (come la crisi pandemica da Sars-Cov-19) non è invariabilmente connesso alla struttura multilivello, ma allo scarso coordinamento tra centro e periferia. Tuttavia, «se nei sistemi territorialmente composti esiste il rischio di 'confusione' o 'incertezza' di risposta di fronte ad un fatto emergenziale di siffatta eccezionalità – eccezionale quanto meno in ordine alle coordinate “spazio-tempo” – rimane il fatto che essi siano una “garanzia di pluralismo e un ostacolo rilevante a derive autoritarie, quali invece stanno registrandosi in alcune delle cosiddette democrazie “illiberali”» (p. 206).

²⁴ Il riferimento è alla nota espressione coniata a seguito del primo conflitto mondiale da G. CAPOGRASSI, *Saggio sullo Stato*, Milano, 1918, ora anche in *Opere*, Milano, 1959, vol. I, p. 5.

²⁵ R. BIN, *Soft-law, no law*, in A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2009, p. 32; F. ZAMMARTINO, *Il modello molteplice. La potestà normativa delle Autorità amministrative indipendenti*, Torino, 2020, pp. 23-35.

²⁶ Rientrano in questa categoria molteplici tipi di documenti, a seconda del livello considerato e ulteriormente classificabili come *pre-law*, *para-law* e *post-law*: dalle direttive comunitarie non *self-executing*, le linee guida delle Autorità amministrative indipendenti, i codici etici delle imprese, ecc. Offre un interessante spaccato delle implicazioni sottese all'impiego dei codici di condotta, trattando del codice europeo di condotta contro la disinformazione *online*, O. POLLICINO, *I codici di condotta tra self-regulation e hard law: esiste davvero una terza via per la regolazione digitale? Il caso della strategia europea contro la disinformazione online*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2022, fasc. 4, pp. 1051 ss.

fattispecie giuridica è sostituito da prescrizioni programmatiche non vincolanti, pur sempre in grado di influenzare i comportamenti tanto degli Stati quanto dei consociati, i quali possono perseguirne e realizzarne gli obiettivi in maniera più o meno completa²⁷. La forza normativa della *soft law* non è perseguita mediante l'obbligatorietà – coattivamente sanzionata – della norma, ma mediante forme di *moral suasion* esercitate grazie all'autorevolezza della fonte e alla pressione economico-sociale a cui sono sottoposti i soggetti che decidono di non adeguarsi a tali indicazioni.

Il rapporto tra *soft law*, prodotta tanto da attori pubblici quanto privati, e *hard law* non si pone in termini di gerarchia, essendo impedito tale approccio dall'eterogeneità dei modelli, tanto sotto il profilo della produzione quanto dei destinatari. Alla formalità della procedura di formulazione delle regole di *hard law* fa infatti da contraltare nella *soft law* un modulo partecipativo che – coinvolgendo gli attori coinvolti nell'"oggetto"²⁸ da regolare – realizza una sintesi tra la regolamentazione statale e le esigenze che emergono dalla prassi, creando un rapporto osmotico tra pubblico e privato²⁹. Sotto il secondo profilo, l'*hard law* è generalmente rivolta alla platea indistinta dei consociati, corrispondente all'intera comunità, mentre la *soft law* ha destinatari qualificati, operanti in uno specifico settore e spesso coinvolti quali co-autori della normativa che poi sono chiamati a rispettare.

Il rapporto tra questi due modelli, dotati di forme di normatività differente, non può più, pertanto, contare sulla gerarchia delle fonti, ma deve considerare altri criteri legati alla competenza e alla maggiore vicinanza ai problemi da risolvere; «il principale criterio che viene posto alla base del *mix* normativo frutto di elementi ricavati da diversi ordinamenti giuridici non è più l'appartenenza ad un determinato ordinamento giuridico, ma la funzione esercitata dalla norma»³⁰.

Nel quadro così tratteggiato emergono i caratteri predominanti del sistema giuridico d'epoca postmoderna: dissociazione tra i luoghi di produzione delle norme e i

²⁷ Non esiste una definizione universalmente condivisa di *soft law*, ma i tratti su cui converge la maggioranza delle opinioni dottrinali sono ben riassunti dalla formula elaborata da L. SENDEN, *Soft law in European Community Law*, Londra, 2004, p. 112: «Rules of conduct that are laid down in instruments which have not been attributed legally binding force as such, but nevertheless may have certain (indirect) legal effects, and that are aimed at and may produce practical effects».

²⁸ BIN, *Soft-law, no law*, cit., p. 32.

²⁹ La produzione delle Autorità amministrative indipendenti ne è un ottimo esempio: tali norme si pongono tra la regolamentazione proveniente dalle fonti sovranazionali – quindi dall'alto – e quelle provenienti dal mercato da regolare – dal basso – fungendo così da collettore tra i due piani. Lo mette bene in luce V. F. MERUSI, M. PASSARO, *Le autorità indipendenti*, Bologna, 2003, p. 98.

³⁰ ZACCARIA, *Nuove fonti, nuove categorie per il postdiritto*, cit., p. 29.

luoghi della loro applicazione, disconnessione tra i processi di formazione del diritto e i circuiti tradizionali di rappresentanza democratica e riposizionamento del ruolo dello Stato nella regolamentazione dei fenomeni costitutivamente trascendenti i confini nazionali, primo tra tutti l'economia globalizzata.

Nella ricerca di un equilibrio tra globalizzazione, sovranità e democrazia – fattori che secondo taluno si pongono in una relazione reciprocamente escludente³¹ – il diritto sembra vivere un cambio di paradigma, nel quale alla dissoluzione dell'ordine preesistente costituito dalla richiamata corrispondenza tra ordinamento giuridico, territorio e organi legislativi se ne va sostituendo un altro, che quell'ordine cerca di realizzarlo e costruirlo in un processo continuo che guarda sempre meno al momento di produzione del diritto e sempre più verso quello di applicazione dello stesso al caso concreto.

1.1. Centralità del momento giurisdizionale e dominio dei principî

L'affollamento di soggetti produttori di regole giuridiche e la destrutturazione del sistema delle fonti fanno dileguare quello scenario rassicurante di cui poteva godere il giurista nell'epoca di predominio della legge parlamentare e di stretta nazionalità degli ordinamenti giuridici.

La perdita del primato del diritto legislativo, considerato di ostacolo al cammino di armonizzazione delle regole del mercato globale, e l'ordine gerarchico delle fonti ad esso connesso, da un lato, e la marginalizzazione del legislatore, «detronizzato»³² dall'affacciarsi di nuovi produttori di diritto e dalla spinta della globalizzazione, dall'altro, fanno emergere una nuova centralità del momento giurisdizionale. Al modello di Stato di legislazione si sostituisce sempre più uno Stato di giurisdizione³³, con

³¹ È la tesi di D. RODRIK, *La globalizzazione intelligente*, Roma-Bari, 2015, che, analizzando in particolare il modello dell'Unione Europea, sostiene che sovranità nazionale, democrazia politica e globalizzazione economica compongono un trilemma: non possono aversi tutte e tre contemporaneamente.

³² G. ZAGREBELSKY, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Torino, 1984, p. 67.

³³ MOSTACCI, *Tra kosmos e spolticizzazione. Il diritto dei privati nelle relazioni commerciali*, cit., p. 628. L'A. ricorda come la contrapposizione tra questi due modelli non sia altro che la riproposizione del mai sopito confronto tra modelli di *civil law* e di *common law*, che secondo taluno sottende un ulteriore scontro tra modelli economici continentali e neoamericani. Su quest'ultimo punto si veda A. SOMMA, *Verso il postdiritto? Fine della storia e spolticizzazione dell'ordine economico*, in *PoL. dir.*, 2018, fasc. 1, pp. 79 ss.; ID., *Global Legal History, Legal Systemology, and the Genealogy of Law*, in *66 Am. J. Comp. L.*, 2019, pp. 754 ss., in cui l'A.

la progressiva marginalizzazione del potere politico nell'opera di produzione delle norme a favore di uno Stato che svolge il proprio ruolo predisponendo un sistema giurisdizionale di risoluzione delle controversie da parte di giudici che, nella risoluzione del caso concreto loro sottoposto, concretizzano regole tratte da un sistema giuridico poroso. In un mondo giuridico segnato da questi cambiamenti impetuosi l'asse portante passa «dalla centralità della produzione del diritto come atto *creativo* dello Stato alla centralità del momento interpretativo»³⁴.

Nell'ordinamento reticolare e composito delle fonti, conformato come un labirinto³⁵, la ricerca di un ordine passa, quindi, attraverso l'opera del giudice, il quale tuttavia non può più limitarsi all'applicazione sillogistica delle norme, poiché la stessa individuazione di quale sia la premessa maggiore richiede ormai un lavoro di ricerca e di composizione dei diversi gradi di legalità, da quella costituzionale a quella sovranazionale, europea e convenzionale con i loro diversi gradi vincolatività e secondo le regole della loro convivenza. L'insieme di questi materiali normativi, fluidi e compositi, richiede uno sforzo di sintesi nel momento giurisdizionale, in cui avviene la ricomposizione di un sistema frammentato e caotico, specchio di un pluralismo dei valori tipico delle odierne società multietniche.

Lo strumento che si dimostra più adatto per la riuscita di quest'opera sono i principi giuridici, che godono di una significativa riscoperta della loro autonoma funzione normativa³⁶. Nell'esperienza giuridica Novecentesca all'iniziale natura solamente "implicita" dei principi – ricavabili dalle regole di diritto scritto, ma non formalmente dati dal legislatore³⁷ – si è avvicinata l'esperienza del costituzionalismo in cui «essi sono entrati esplicitamente tra le modalità di manifestazione espressa del giuridico

mette in luce la stretta connessione tra il modello di *common law* e il sistema economico neoamericano, testimoniato dai Rapporti *Doing business* della Banca Mondiale che nel descrivere le condizioni migliori per lo sviluppo delle attività imprenditoriali manifestano una marcata preferenza per i sistemi di *common law*.

³⁴ P. GROSSI, *Dalle 'clausole' ai 'principii': a proposito dell'interpretazione nel tempo pos-moderno*, in ID., *Oltre la legalità*, cit., p. 70.

³⁵ Il chiaro riferimento è alla fortunata immagine coniata da V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012.

³⁶ G. ZACCARIA, *Ancora su interpretazione e principi giuridici*, in ID., *Postdiritto*, cit., p. 209.

³⁷ Secondo l'impostazione del positivismo legalistico i principi sarebbero «generalizzazioni della *ratio* implicita nelle singole regole poste dal legislatore, dunque come norme implicite, non scritte, determinate dall'interprete attraverso l'induzione generalizzante. [...] Questa concezione dei principi si fonda sull'assioma del diritto come ordinamento coerente e completo, pur se formato da singole prescrizioni positive, e assegna loro il compito di renderne chiaro il carattere sistematico e, ove occorra, di colmare apparenti lacune», G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, p. 211.

per cui le norme scritte possono presentarsi formulate in termini appunto di regole o di principî»³⁸.

La distinzione tra queste due forme di manifestazione delle norme risiede nella diversa potenzialità normativa: il principio presenta una «eccedenza di contenuto deontologico»³⁹ che lo rende diverso da una regola generale, infatti, «oltre a operare come norma tra le altre norme, svolge una funzione essenziale nell'interpretazione giuridica»⁴⁰, quale attività di mediazione tra caso e diritto. Inoltre, mentre le regole seguono l'alternativa binaria rispetto/trasgressione⁴¹, i principi formulano una prescrizione generica che per essere rispettata non richiede la realizzazione integrale di un risultato, ma l'adeguatezza dello stesso alla situazione concreta. In questa veste i principi fungono da strumento di attenuazione della rigidità delle regole in presenza di situazioni che richiedono adattamenti e apprezzamenti caso per caso.

Nella temperie di fonti provenienti da più livelli e da attori tanto privati quanto pubblici, l'ascesa dei principi si giustifica per la loro capacità di ricomposizione del sistema, mediante la manifestazione dei valori che presiedono l'intero ordinamento giuridico, nazionale e internazionale⁴².

Proprio al substrato valoriale dei principi, che richiede di soppesarne il peso o l'importanza e di bilanciarla con tutti gli altri, si lega la centralità delle corti costituzionali, internazionali e sovranazionali, poste in un dialogo globale e custodi dei diritti fondamentali, chiamate ad interpretare tali principi e fornire indicazioni per la loro applicazione.

La predominanza dei principi sulle regole, e la posizione di dominio sui primi esercitato nel momento giurisdizionale, è favorita dall'ascesa del ruolo dei diritti fondamentali, i quali svolgono sempre più il ruolo di clausole generali che non necessitano per la loro applicazione di una mediazione legislativa, ma di un adattamento interpretativo demandato anche al singolo giudice, al quale si richiede di conformarsi alle indicazioni provenienti dalla giurisprudenza delle Corti.

³⁸ A. JANNARELLI, *Dall'età delle regole all'età dei principî ed oltre? Problemi e paradossi del diritto privato post-moderno*, in *Giust. civ.*, 2014, fasc. 4, pp. 991 ss.;

³⁹ E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1971, p. 315 ss.; F. MODUGNO, *Principi generali dell'ordinamento* (voce), in *End. Giur.*, vol. XXIV, 1991, pp. 3-4.

⁴⁰ ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., p. 213.

⁴¹ La definizione delle regole come norme che seguono la logica *all-or-nothing* è di R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, trad. it. N. Muffato, Bologna, 2010.

⁴² Per un esempio dell'ascesa dei principî come strumento di governo della complessità è interessante lo studio di A. RASI, *Fare norme con principî. Principi generali e prevedibilità nel diritto internazionale penale*, Bologna 2021.

Si pensi al ruolo oramai ineludibile del principio di proporzionalità, tanto importante da essere considerato un principio sovra-costituzionale (*Überverfassungsrang*)⁴³, che indirizza tutti i pubblici poteri, dal diritto amministrativo al diritto tributario, fino ovviamente al diritto penale. Rispetto a quest'ultimo esso incide su diversi momenti centrali della penalità: è invocato quale canone per giudicare l'opportunità di sanzionare penalmente certe condotte, in modo da arginare effetti preterintenzionali di repressione di comportamenti funzionali alla vita e allo sviluppo della società; è invocato nel momento interpretativo, quale canone ermeneutico da impiegare al fine di contenere la risposta punitiva⁴⁴; è invocato nel momento della determinazione della sanzione, in astratto – in sede legislativa –, in concreto nel momento della sua irrogazione all'esito di una condanna ed è lo strumento per l'affermazione di un generale diritto a non subire sanzioni sproporzionate, oggetto di tutela dinanzi alla Corte costituzionale e strumento di sindacato sulle scelte legislative sulla misura della pena⁴⁵.

In questo quadro complessivo, la legge statale si pone solo come strumento di innesco di un procedimento applicativo che, mediato da integrazioni normative, interpretazioni e adeguamenti, produce una norma alla quale partecipa, con contributi diversi, un numero vasto di attori.

2. *L'indeterminazione della legalità penale: dal singolare al plurale*

Nella stagione post-moderna⁴⁶ che si è cercato di tratteggiare, la legge dimostra tutta la sua marginalità nell'esperienza giuridica, confinata alla regolazione esterna di fenomeni che trovano la loro composizione in altri luoghi e in altre fonti.

⁴³ V. MANES, *Il principio di proporzionalità. Scelte sanzionatorie e sindacato di legittimità*, in *Il Libro dell'anno del Diritto*. Treccani, Roma, 2012, p. 104.

⁴⁴ Per un'ampia ricostruzione del ricorso al principio di proporzionalità sul piano della scelta dei fatti da punire si veda il lavoro di N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Torino, 2020, il quale ne evidenzia l'ascesa ormai globale, che è la «storia di un incalzante e perdurante successo, non a caso portato ad emblema – in forza di un conclamato “trionfo globale” – della forza di “circolazione dei modelli” della dogmatica giuridica» (p. 110).

⁴⁵ Elabora il diritto a non subire pene sproporzionate, legato agli artt. 3 e 27 Cost., F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, 2021.

⁴⁶ La categoria del post-moderno avvolge ampi ambiti della conoscenza, dalla arte alla filosofia. Il tratto unitario è la critica al pensiero razionalista, al quale si sostituisce l'incredulità e la disillusione verso la possibilità di raggiungere risultati conoscitivi univoci, in quanto mediati dall'impiego di strumenti che li influenzano. Nella sterminata bibliografia sul tema, ci si limita a ricordare J.F. LYOTARD, *La condizione postmoderna. Rapporto sul sapere*, Milano, 2008.

Dinanzi a questo scenario il diritto penale non è impermeabile, ben lontano dall'essere «come una Cina Imperiale chiusa nelle sue muraglie e con i porti sbarrati»⁴⁷. Anche in questo settore quelle che sembravano essere le incrollabili acquisizioni dell'epoca moderna sul piano della legalità sono messe in discussione⁴⁸, perdendo il precedente equilibrio in favore di uno ancora in via di definizione.

La perdita di centralità della legge, quale categoria ordinante dell'esperienza giuridica moderna, scuote il diritto penale più di altri ambiti per il suo saldo ancoraggio a tale fonte e ai significati e qualità alla stessa attribuiti quale mezzo di affrancamento dall'epoca del particolarismo pre-moderno. L'insorgere di una moltiplicazione di fonti e di rispettivi autori, oltre che l'affermazione della centralità del momento giurisdizionale, costituiscono un approdo avvertito – non senza ragioni – come intollerabile, laddove vengano in rilievo reati e pene e – quindi, in definitiva – la libertà personale del cittadino; nondimeno, il fenomeno non è certo recente potendosi osservare che già Delitala denunciava la perdita di centralità della fonte statale⁴⁹.

A fronte di questo contesto di tumultuosi mutamenti, la legalità penale fondata sulla riserva di legge appare sempre più come il tentativo di ancorarsi al caposaldo di un periodo di «scienza normale», mentre la trasformazione dell'ordinamento nel senso della inter-legalità e della riscoperta della centralità del momento

⁴⁷ È l'immagine usata per descrivere il diritto penale degli anni '30 da M. S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1973, p. 272.

⁴⁸ Ad essere esposte alle contraddizioni della postmodernità non sono solamente i problemi legati alla legalità penale, ma anche quelli riguardanti le categorie della pena e del reato. In merito alla prima, in alternativa alle ormai traballanti idee della deterrenza – postulato indimostrato e fondato su di un presoché inesistente ideale di individuo razionale e calcolatore – si afferma il modello della premialità: la pena diventa alternativa al premio e strumento di incentivazione di condotte riparatorie. Quanto alla categoria del reato, accanto alle tradizionali fattispecie a base violenta, crescono quelle poste a tutela di realtà fortemente dematerializzate e de-umanizzate (mercati, comunicazioni, funzioni pubbliche e private) e, lungo una seconda e contraddittoria traiettoria crescono anche quelle poste a tutela della dignità umana, pur in assenza di una forma di aggressione fisica («caporalato», condotte discriminatorie, ecc.). Per un quadro d'insieme sul tema si veda F. PALAZZO, *Le contraddizioni del diritto penale postmoderno (in ricordo di Mireille Delmas-Marty)*, in *Studi senesi*, 2022, fasc. 1, pp. 265-273. In particolare, sul mutamento dell'oggetto di tutela dai beni giuridici alle funzioni pubbliche o private, S. MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e influssi liberali*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1995, fasc. 2, pp. 343-374.

⁴⁹ G. DELITALA, *La crisi del diritto nella società contemporanea*, in *La crisi del diritto*, Padova, 1962, p. 78 ss.

giurisdizionale hanno aperto un periodo di «scienza straordinaria»⁵⁰ che richiede di formulare un nuovo paradigma.

L'esistenza di una fase di ridiscussione del principio di riserva di legge appare evidente in quanto, pur essendo fortemente sedimentato nel nostro ordinamento costituzionale, l'osservazione della concreta prassi di produzione normativa nel penale svela un panorama nel quale esso è significativamente posto in tensione.

Di legalità penale non pare potersi più parlare al singolare, ma è un concetto ormai costitutivamente plurale⁵¹. Sul piano interno, all'originaria legalità legislativa o parlamentare, si affianca la legalità governativa, prodotta dall'impiego di fonti dell'esecutivo con forza di legge o tramite l'impiego di fonti subordinate al quale si demanda la determinazione di aspetti tecnici, dietro ai quali si celano scelte di politica criminale. Fuori da questa stretta cerchia istituzionale, si assiste al fenomeno della legalità autoprodotta, ossia a meccanismi di autonormazione in materia penale che investono i privati della produzione di regole alle quali essi stessi dovranno soggiacere, sotto il controllo solamente esterno dell'attore statale. In cima al crinale tra la legalità interna e quella europea, si pone il tema della legalità giurisprudenziale, fondata sul riconoscimento dell'ineliminabile ruolo creativo dell'opera applicativa del giudice, talvolta capace di occultare procedimenti analogici sfavorevoli al reo oppure esiti ermeneutici estensivi motivati da un «autoritarismo ben intenzionato»⁵² finalizzato a supplire ritardi o presunte omissioni legislative. Sul piano esterno si colloca la legalità europea

⁵⁰ Il riferimento è alla teoria del mutamento dei paradigmi elaborata da Thomas Kuhn ne *La struttura delle rivoluzioni scientifiche* del 1962, nel quale illustra il processo di avanzamento delle teorie scientifiche. Questo è composto da una situazione di partenza costituita da una fase di "scienza normale", durante la quale gli studiosi convergono verso un paradigma teorico condiviso, ritenuto il più valido per risolvere ogni controversia. Progressivamente si registrano sempre maggiori eccezioni al paradigma iniziale di fronte a situazioni che non possono essere da questo spiegate e risolte. L'originaria compattezza di vedute sulla bontà del modello teorico inizia a sfaldarsi e dà origine a fazioni contrapposte tra chi sostiene la perdurante validità del paradigma e chi, evidenziandone i limiti, ne prospetta il superamento. La fase di fibrillazione, definita dallo studioso statunitense come "periodo di scienza straordinaria", innesca una profonda fase di rimediazione dell'assetto teorico iniziale, di rivoluzione scientifica, che sfocia nell'elaborazione di una nuova teoria che istituirà, una volta consolidata, una nuova fase di "scienza normale", rinnovando il ciclo del progresso scientifico. Impiega efficacemente il riferimento a questa teoria, applicata ai mutamenti che scuotono la legalità nel tempo post-moderno, F. OST, *Dalla piramide alla rete: un nuovo paradigma per la scienza giuridica*, in VOGLIOTTI (a cura di), *Il tramonto della modernità giuridica*, cit., p. 36.

⁵¹ G. AMARELLI, *Dalla legolatria alla post-legalità: eclissi o rinnovamento di un principio?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, fasc. 3, pp. 1407 ss. il quale impiega la classificazione della frammentazione della legalità che si utilizza qui per l'analisi.

⁵² Utilizza l'espressione per definire l'atteggiamento interventista della giurisprudenza penale D. PULITANO, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, fasc. 1, p. 53.

e convenzionale, la quale costituisce la declinazione della legalità che più di tutte mette in discussione il principio qui in esame, adottando un concetto assai ampio del lemma “legge” e tale da accogliere anche il formante giurisprudenziale.

L’analisi di queste diverse aggettivazioni delle legalità penale permette di osservare come il principio di riserva di legge abbia perso la propria originaria centralità o, meglio, abbia subito uno spostamento d’accento che – per usare delle categorie della linguistica – mentre ha lasciato invariato il significante ha mutato il significato. Soprattutto sotto l’influsso della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, al lemma riserva di legge si associa sempre meno il significato di principio di regolazione delle fonti del diritto penale, vistosamente sostituito dal principio di certezza oggettiva del diritto e dal principio di prevedibilità soggettiva delle conseguenze sanzionatorie⁵³.

La legalità penale declinata al plurale sembra vivere in una condizione di indeterminazione, che altera la possibilità di individuarne con esattezza il contenuto, poiché questo cambia a seconda della prospettiva di osservazione assunta. In particolare, nella dimensione convenzionale, così come alimentata dall’opera interpretativa della Corte di Strasburgo, tra le legalità e riserva di legge non sussiste alcun rapporto di implicazione necessaria, restituendo alla seconda la natura di un *quid pluris* rispetto alle garanzie della *matière pénale*. La riserva di legge, a differenza degli altri corollari della determinatezza, dell’irretroattività sfavorevole e della retroattività favorevole, appartenenti ad entrambi gli ordini della legalità, è propria solamente del suo versante nazionale. Per comprendere allora quale sia il motivo della sua permanenza nel sistema, per chiarire quale sia il suo perdurante significato, si cercherà di illuminare il suo rapporto con le diverse declinazioni della legalità, delle quali si esamineranno i principali profili critici.

3. La legalità legislativa

La tradizionale funzione riconosciuta alla riserva di legge – come si è già ricordato – è quella di consentire un confronto tra maggioranza e minoranze parlamentari, rappresentative insieme dell’intera comunità nazionale. La realizzazione di questo dialogo offrirebbe lo spazio necessario all’esercizio di una «razionalità discorsiva», il confronto e il componimento delle opposte ragioni, che precluderebbe la strada ad

⁵³ F. PALAZZO, *Principio di legalità e giustizia penale*, in KOSTORIS, *Percorsi giuridici della postmodernità*, cit., p. 232.

interventi normativi lesivi delle libertà individuali ed elusivi delle garanzie che le presidiano.

Una simile spiegazione sembra rappresentare, tuttavia, un mero *cadeau* di ossequio a una prospettiva ideale che si manifesta assai distante dalla realtà dei fatti.

La funzione rappresentativa dell'organo parlamentare vive una crisi che è comune alla maggior parte delle esperienze democratiche contemporanee, le cui ragioni profonde non possono essere qui nemmeno accennate coinvolgendo saperi e ambiti che fuoriescono marcatamente dalla limitata prospettiva qui assunta⁵⁴. Sinteticamente, si osserva che i sistemi di rappresentanza democratica fondati sui partiti hanno dimostrato la loro inadeguatezza «per l'abuso di pratiche consociative, in particolare nell'epoca del proporzionale, che avevano pressoché annullato il controllo critico dell'opposizione»⁵⁵. Anche la successiva transizione verso modelli elettorali maggioritari non ha modificato questo giudizio, in ragione del permanere dell'impossibilità per le minoranze di incidere concretamente sul dibattito parlamentare e sul contenuto delle leggi a causa della compressione dei tempi del confronto; laddove le minoranze sono riuscite ad ottenere degli spazi di intervento, invece, questi si sono ridotti a

⁵⁴ È diffusa nel dibattito politologico l'esigenza di interrogarsi a monte su quale sia il modello di democrazia verso il quale la società globale sta portando; decisiva in questa analisi è la considerazione del ruolo giocato dalle nuove tecnologie che, apparentemente tramontate le previsioni di una maggiore partecipazione diretta dei cittadini formulate all'inizio del nuovo millennio, sono oggi uno dei fattori della progressiva polarizzazione dei sistemi politici. Nella sconfinata letteratura sul tema deve citarsi, per l'ampio dibattito generato, C. CROUCH, *Postdemocrazia*, trad. it. C. Paternò, Roma-Bari, 2003 e il successivo ID., *Combattere la postdemocrazia*, trad. it. M. Cupellaro, Roma-Bari, 2020. Sempre sul tema P. GINSBORG, *La democrazia che non c'è*, Roma, 2006. In merito all'incapacità del sistema rappresentativo di prevenire l'insorgenza di regimi illiberali, la cui instaurazione violenta appare sempre più recessiva, S. LEVITSKY, D. ZIBLATT, *Come muoiono le democrazie*, Bari-Roma, 2019. In merito alla progressiva polarizzazione dei sistemi politici, con particolare riferimento all'esperienza statunitense, E. KLEIN, *Why We're Polarized*, New York, 2020.

⁵⁵ CUPELLI, *La legalità delegata*, cit., p. 29.

pratiche ostruzionistiche funzionali alla delegittimazione politico-costituzionale dell'avversario⁵⁶, più che a strumento per un confronto sui contenuti delle scelte legislative⁵⁷.

Indipendentemente dalle oscillazioni tra sistema elettorale proporzionale o maggioritario⁵⁸, il fenomeno che più mina le originarie potenzialità garantistiche della dialettica parlamentare è l'identificazione tra maggioranza parlamentare e maggioranza di governo. La stessa è stata favorita, in particolare, dalla pratica delle c.d. liste bloccate – portata peraltro all'attenzione della Consulta, che ne ha evidenziato i profili di illegittimità⁵⁹ - che ha sostanzialmente rimesso alle segreterie di partito la determinazione dell'ordine (e della probabilità) di elezione dei propri candidati. Oltre a provocare uno scenario di delegittimazione della politica – rinchiusa in un circolo autoreferenziale – il meccanismo tende a comprimere la libertà di giudizio anche del singolo parlamentare di maggioranza, il quale è portato a votare i provvedimenti proposti da quegli stessi esponenti del Governo dai quali dipenderà il suo successivo posizionamento in lista nelle elezioni successive⁶⁰.

⁵⁶ Sottolinea come questa pratica abbia risvolti diversi a seconda dell'assetto costituzionale nei diversi Stati europei S. CURRERI, *Lo stato dell'opposizione nelle principali democrazie europee*, in *Rivista AIC*, 2016, fasc. 2, p. 53 ss. Mentre in Italia e all'interno del Parlamento europeo la pratica è piuttosto diffusa, in altri Paesi questa è assai limitata o per ragioni intrinseche al sistema politico-costituzionale (ad esempio nel Regno Unito, il forte ruolo riconosciuto alla *His Majesty's Most Loyal Opposition*, fortemente ispirata alla lealtà e correttezza istituzionale farebbe percepire negativamente all'elettorato un simile comportamento) o per ragioni di opportunità (ad esempio in Spagna l'opposizione preferisce diffondere i propri messaggi direttamente tramite i *media*).

⁵⁷ Tale confronto è spesso limitato dagli stessi regolamenti parlamentari che offrono alle minoranze strumenti talvolta incisivi per intervenire sul procedimento legislativo e il cui abuso costituisce una reazione. Regolamenti parlamentari ed ostruzionismo si sono influenzati reciprocamente nel corso della storia repubblicana, come evidenzia D. FIUMICELLI, *Ostruzionismo e strumenti di "compressione" del procedimento parlamentare: quale ruolo oggi per le minoranze e opposizioni parlamentari? Il caso della conversione dei decreti-legge*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2016, fasc. 3, pp. 5-7.

⁵⁸ F. GIUNTA, *Ghiribizzi penalistici per colpevoli. Legalità, "malalegalità" e dintorni*, Pisa, 2019, p. 107; PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio fondamentale*, cit., p. 1292.

⁵⁹ La Corte costituzionale con la sentenza n. 1 del 2014 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della L. n. 270 del 2005 (c.d. *Porcellum*) sanzionando il meccanismo del premio di maggioranza e delle liste bloccate. Relativamente a quest'ultimo i giudici hanno evidenziato la compressione delle libertà di voto del cittadino, al quale veniva preclusa la possibilità di esprimere la propria preferenza per un candidato. Per la delicatezza del tema, incidente anche sulla legittimazione del Parlamento eletto con la legge censurata e per i problemi connessi alla questione di ammissibilità del quesito, la sentenza è stata particolarmente discussa in dottrina. Il tema si è poi riproposto con la sentenza n. 35 del 2017. Offre un quadro di sintesi sul tema, G. FERRI, *I sistemi elettorali delle camere dopo la sentenza della Corte costituzionale (n. 1/2014 e n. 35/2017) e la legge n. 165/2017*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2017, fasc. 3, pp. 1-42.

⁶⁰ GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, cit., p. 27;

Alla perdita di ruolo del Parlamento si accompagna anche quella del suo prodotto, la legge ordinaria, compromessa nel suo ruolo di attrice protagonista dello *ius terribile*. Le storture del procedimento legislativo, da un lato, offrono un terreno fertile per la convalida di interventi governativi in materia penale di stampo simbolico e reattivo rispetto ad esigenze contingenti, dall'altro lato e con una forza contraria e centrifuga, rallentano ulteriormente il tempo di reazione del legislatore dinanzi a fenomeni caratterizzati da un alto tasso di complessità tecnica.

3.1. *Le promesse non mantenute della procedura parlamentare e la scarsa giustiziabilità delle sue distorsioni*

La garanzia procedimentale offerta dalla riserva di legge in fase di approvazione della legge appare erosa per l'affermarsi di prassi distorsive del procedimento legislativo⁶¹, che sviliscono la possibilità di un confronto effettivo da parte dell'assemblea sull'attività normativa fondata sul *tandem* della maggioranza parlamentare e quella di governo. Il riferimento è al ricorso al c.d. maxi-emendamento⁶² e alla questione di fiducia, spesso combinati insieme, e ad una gestione strategica dei tempi di discussione tramite gli strumenti offerti dai regolamenti delle due Camere. L'operare congiunto di questi tre elementi strozza il dibattito d'aula, soprattutto quando è applicato al procedimento di conversione dei decreti-legge.

L'ulteriore risultato è il configurarsi di un esercizio della funzione parlamentare che si discosta dal coinvolgimento collettivo di Camera e Senato, come prescritto dall'art. 70 Cost., a favore invece di un «monocameralismo di fatto»⁶³ che limita la discussione dei testi normativi al ramo del Parlamento in cui la discussione ha preso avvio, riducendo l'attività del secondo a quella di una mera ratifica di quanto già

⁶¹ CUPELLI, *La legalità delegata*, cit., p. 33.

⁶² Si tratta di emendamenti interamente sostitutivi che, pur riferendosi formalmente ad un solo articolo, si estendono a tutto il provvedimento in esame.

⁶³ Si tratta di un fenomeno osservato dalla dottrina costituzionalistica, però piuttosto trascurato da quella penalistica. Sul punto di vedano I. MASSA PINTO, *Il "monocameralismo di fatto" e la questione della perdurante validità della Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, 2022, fasc. 3, pp. 88-111; parla di «monocameralismo alternato» M. MANETTI, *Le modifiche tacite al disegno costituzionale del procedimento legislativo*, in *Quad. cost.*, n. 3/2021, p. 540; interpreta questo snellimento dell'organo legislativo come un possibile apripista ad una riforma costituzionale nel senso del bicameralismo imperfetto o del monocameralismo E. CHELI, *Editoriale*, in *Quad. cost.*, 2020, fasc. 4, p. 700. Nella dottrina penalistica tale criticità è segnalata da BARTOLI, *Incriminatione e giustificazione: una diversa legalità*, cit., p. 602.

deciso dal primo. Con particolare riferimento alla conversione dei decreti-legge, appunto, è d'uso l'utilizzo della questione di fiducia posta su di un maxi-emendamento della legge di conversione e in prossimità del termine di scadenza di sessanta giorni. La posizione della questione di fiducia permette di attribuire priorità all'oggetto su cui è posta e ne garantisce l'indivisibilità e la non emendabilità; essa, quindi, non è determinata dalla necessità di ricompattare la maggioranza che sostiene il Governo, ma dal fine di «lucrare sugli effetti procedurali che automaticamente essa comporta (fiducia tecnica)»⁶⁴, primo fra tutti la decadenza di tutte le altre proposte emendative. Inoltre, la questione di fiducia è impiegata per «blindare» un testo, il cui contenuto è stato oggetto di negoziazione tra le forze politiche nel corso dell'esame in Commissione, pur essendo precluso – dai regolamenti – che l'esame della legge di conversione del decreto-legge avvenga interamente in quella sede⁶⁵. Nella prassi, infine, la questione di fiducia viene posta con più frequenza nella seconda Camera del procedimento di conversione, scelta che consente all'Esecutivo di scongiurare il rischio che il testo possa essere modificato rispetto a quello approvato dalla prima Camera, con il conseguente pericolo che non ci sia il tempo per una nuova deliberazione presso il primo polo della navetta parlamentare⁶⁶.

Tale stato dei fatti è particolarmente problematico nel settore penale, dove la tesi dell'ammissibilità dei decreti-legge quali fonti legittimate ad intervenire sui reati e sulle pene è stata sempre motivata dalla sussistenza di un controllo parlamentare in sede di conversione, il quale tuttavia si dimostra assai limitato alla prova dei fatti. Più in generale, anche al di là del peculiare procedimento di conversione, l'insieme di questi fattori, unitamente anche ad altri aspetti relativi alla calendarizzazione dei

⁶⁴ G. MOBILIO, *Il procedimento legislativo della XXVII Legislatura: spunti ricostruttivi e distanze dal modello costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2018, fasc. 2, p. 26.

⁶⁵ MOBILIO, *Il procedimento legislativo della XXVII Legislatura*, cit., p. 34, secondo il quale tale meccanismo trasforma la Commissione in «legislativa di fatto».

⁶⁶ L'osservazione è confermata dalla lettura del *Rapporto 2021. La legislazione tra Stato, Regioni e Unione Europea*, elaborato dall'Osservatorio sulla Legislazione della Camera dei Deputati in collaborazione con il Servizio Studi del Senato (<https://www.camera.it/temiap/2021/10/27/OCD177-5116.pdf>, ultima edizione disponibile al momento della redazione del presente lavoro) dove si legge che nella XVIII Legislatura, fino al 15 agosto 2021, sono stati emanati 108 decreti-legge, di cui 75 sono stati convertiti in legge. Di questi ultimi solo 4 sono stati emendati dalla seconda Camera (p. 36). Un ulteriore dato significativo è quello che riguarda la nettissima sproporzione tra gli emendamenti proposti in sede di prima lettura (3.590) e quelli approvati in seconda lettura (86); sproporzione che si ripropone anche tra quanti di questi sono stati approvati in Commissione (3.368) e quanti invece in Assemblea (308).

lavori e all'interazione tra regolamenti e precedenti parlamentari⁶⁷, nelle diverse combinazioni con le quali possono intrecciarsi, alterano il procedimento legislativo facendo vacillare quelle caratteristiche «di trasparenza, pubblicità e partecipazione delle minoranze»⁶⁸ che lo distinguono dalla produzione normativa interamente governativa e che danno ragion d'essere alla riserva di legge in materia penale.

Nonostante i sospetti avanzati da parte della dottrina⁶⁹ circa illegittimità costituzionale della combinazione tra maxi-emendamento e questione di fiducia, le strade percorribili da strumenti di controllo esterno sul giusto procedimento legislativo sono irte di difficoltà che corrono lungo il crinale del necessario rispetto dell'autonomia di ciascuna Camera nel disciplinare il proprio funzionamento interno tramite i regolamenti, come noto esclusi dal perimetro del sindacato di costituzionalità, in quanto *interna corporis acta*. Tuttavia, anche a fronte di violazioni che trascendono i regolamenti, trasgredendo alle disposizioni costituzionali che disciplinano il procedimento di produzione delle fonti primarie (artt. 70, 71, 72, 73, 76, 77 Cost.), e in particolare alle regole che disegnano l'equilibrio tra il principio di maggioranza e il principio di partecipazione delle minoranze, si assiste ad una certa ritrosia tanto del Presidente della Repubblica quanto della Corte costituzionale a sanzionarle.

Il Capo dello Stato ha evitato di ricorrere al rinvio alle Camere anche a fronte di violazioni evidenti, preferendo impiegare moniti o riserve, in quanto tali rivolte al futuro «in una sorta di opera di pedagogia costituzionale»⁷⁰.

Anche la Corte costituzionale, pur qualificando come una «problematica prassi»⁷¹ quella qui in esame, ha dimostrato un simile *self-restraint*. Nella recente e importante

⁶⁷ È oggetto di particolare attenzione, anche critica, da parte della dottrina il fenomeno dell'inversione della piramide delle fonti del diritto parlamentare, per il quale al rispetto della regola dettata dai regolamenti si sostituiscono soluzioni affermatesi nella vita dell'organo parlamentare e recepite dai pareri della Giunta per il Regolamento e dalle circolari dei Presidenti. Sul punto, per tutti, N. LUPO, *Il diritto parlamentare tra regolamenti e precedenti: qualche spunto alla luce della disposizione finale della riforma "organica" del regolamento del Senato*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2018, fasc. 2, pp. 2-9.

⁶⁸ GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, cit., p. 34.

⁶⁹ N. LUPO, *Emendamenti, maxi-emendamenti e questione di fiducia nelle legislature del maggioritario*, in E. GIANFRANCESCO, N. LUPO (a cura di), *Le regole del diritto parlamentare nella dialettica tra maggioranza e opposizione*, Roma, 2007, pp. 41 ss.; G. PICCIRILLI, *L'emendamento nel processo di decisione parlamentare*, Padova, 2008, pp. 301 ss.

⁷⁰ M. RUOTOLO, *I controlli esterni sul giusto procedimento legislativo. Presidente della Repubblica e Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2021, fasc. 3, p. 590.

⁷¹ È l'espressione usata nella sentenza n. 251 del 2014.

occasione dell'ordinanza n. 17 del 2019⁷², nonostante il chiaro monito a che il «ruolo riservato dalla Costituzione al Parlamento nel procedimento di formazione delle leggi sia non solo osservato nominalmente, ma rispettato nel suo significato sostanziale»⁷³, ha dichiarato l'inammissibilità del conflitto di attribuzioni sottoposto da un gruppo di minoranza al Senato in relazione all'approvazione della legge di bilancio per il 2019. Al di là di questo peculiare caso, che coinvolgeva una legge fondamentale per il funzionamento istituzionale del Paese e legata a doppio filo con la necessità di interlocuzioni con le istituzioni europee, la ragione dell'invariabile declaratoria di inammissibilità dinanzi a simili questioni è stata individuata, da un lato, nell'inconveniente di dichiarare l'illegittimità di un atto legislativo affetto da un vizio formale che d'altro canto non presenti incompatibilità sostanziali con la Costituzione e, dall'altro, nell'impossibilità per la Consulta di modulare l'efficacia temporale delle proprie sentenze di fronte ad un vizio strutturale che, causando una incostituzionalità originaria, determinerebbe la retroattività della decisione di accoglimento⁷⁴.

⁷² La sentenza è stata oggetto di moltissimi commenti in dottrina, che ha accolto in maniera variegata la pronuncia: vi è chi l'ha salutata come un importante passo avanti rispetto al precedente orientamento che aveva riconosciuto ai regolamenti parlamentari il potere di prevedere procedimenti speciali anche in deroga alle norme costituzionali (Corte cost. n. 391 del 1995) e come una enucleazione dei requisiti per una futura ammissibilità di simili questioni (di questo avviso N. LUPO, *I maxi-emendamenti e la Corte costituzionale (dopo l'ordinanza n. 17 del 2019)*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2019, fasc. 1, pp. 7 ss.); dall'altro lato vi è chi l'ha considerata come l'ennesima occasione sprecata per censurare una consuetudine *contra Constitutionem* (tra questi S. CURRERI, *L'occasione persa (prime note sull'ordinanza n. 17/2019 della Corte costituzionale)*, in *federalismi.it*, 20.2.2019; A. RUGGERI, *Il parlamentare e il suo riconoscimento quale "potere dello Stato" solo...virtuale o in astratto (nota minima a Corte cost. n. 17 del 2019)*, in *Consulta on-line*, 2019, fasc. 1, pp. 71-75). Evidenza come lo spiraglio aperto dall'ordinanza n. 17 del 2019 non abbia ancora portato frutti, come nel caso dell'ordinanza n. 60 del 2020 in cui si è riproposto un atteggiamento assai cauto della Consulta, M. MANETTI, *Le modifiche tacite al disegno costituzionale del procedimento legislativo*, cit., p. 543.

⁷³ Corte cost. ord. n. 17 del 2019, considerando in diritto § 4.1.

⁷⁴ RUOTOLO, *I controlli esterni sul giusto procedimento legislativo*, cit., p. 592, secondo l'A. il problema potrebbe tuttavia essere superato valorizzando gli argomenti utilizzati dalla Corte in altre situazioni nelle quali la contrazione degli effetti retroattivi è stata motivata a partire dall'esigenza di salvaguardare principi o diritti che altrimenti risulterebbero irreparabilmente sacrificati (sentenze nn. 10 del 2015 e 41 del 2021). In questo modo, «ove la Corte aprisse ad una rilevazione rigorosa del vizio formale per violazione dei parametri costituzionali – sia pura contenuta attraverso la possibilità di modulare gli effetti della dichiarazione di incostituzionalità – il Presidente della Repubblica finirebbe per avere maggiori spazi per «prevenire» il contenzioso costituzionale, giustificando l'esercizio dei suoi poteri di interposizione nella produzione legislativa sulla base di una giurisprudenza costituzionale pronta a «non perdonare» più le violazioni delle norme costituzionali sulle fonti. In particolare, il potere di rinvio dovrebbe propriamente essere impiegato per riattivare quel dibattito parlamentare che sia stato indebitamente conculcato» (p. 593).

Posta in questi termini, la questione del rispetto della procedura parlamentare quanto delle sue distorsioni è geneticamente politica e in quanto tale è arduo che possa essere risolta dall'esterno senza che si crei uno squilibrio nella separazione dei poteri. Inoltre, mentre alcune cause dello sviamento dalla strada maestra del dibattito parlamentare (tanto in commissione⁷⁵ quanto in aula) sono connesse a fattori esogeni, derivanti ad esempio dal necessario ossequio a termini imposti dalla fitta rete di interlocuzioni con la Commissione europea, altre sono insite nel sistema politico e, in quanto avvolte in una intricata rete di rapporti dove tende a sfumare la distinzione dei rapporti di causa ed effetto, appaiono difficilmente risolvibili.

Ciò che è certo è che nella legalità parlamentare, vista sotto l'angolo visuale della riserva di legge in materia penale, la possibilità di un controllo dialettico sulle scelte normativa tra le diverse anime che compongono l'organo legislativo appare come una promessa non mantenuta.

3.2. Verità supposte del controllo dell'opinione pubblica attraverso le lenti del populismo penale

L'opacità di cui si vela il procedimento legislativo a causa delle prassi distorsive richiamate e l'attuale – e forse permanente – impossibilità di sanzionarle, oltre a limitare il controllo "interno" sulle scelte in materia penale, limita anche il controllo "esterno", operato dall'opinione pubblica. La compressione dei tempi di discussione rende poco praticabile ogni possibilità per l'opinione pubblica di avvedersi di quanto si sta discutendo nelle aule parlamentari e attuare forme di reazione, tramite l'esercizio di pressioni sui soggetti intermedi e i partiti, rispetto alle scelte che sono ancora in divenire. Una simile conclusione è dovuta anche alla frequente introduzione di norme penali mediante decreti-legge dal contenuto eterogeneo, che restringono a monte ogni possibilità di controllo "sincronico" e, data la compressione dei tempi per la conversione, lasciano ben poco spazio ad un effettivo vaglio successivo.

Se è pur vero che gli spazi per l'esercizio di un controllo da parte dell'opinione pubblica sono ristretti, deve d'altra parte osservarsi che anche laddove questi fossero

⁷⁵ Sul punto si è osservato che, da un punto di vista qualitativo, i veri lavori parlamentari prendono forma e producono i loro risultati prevalentemente in seno alle Commissioni, dove la composizione più contenuta permettere (o permetterebbe) un migliore e più costruttivo componimento delle diverse ragioni; sul punto GALLO, *Le fonti rivisitate*, cit., pp. 20-23.

più ampi e congrui essi sarebbero nella disponibilità di una collettività il cui spirito critico e la sensibilità garantista si presentano assai scemati a causa dell'insorgenza e dell'affermazione di una percezione della penalità, e di un suo uso strumentale, che vengono ricondotti sotto il nome di populismo penale⁷⁶.

Si tratta di un fenomeno comune nell'esperienza delle democrazie contemporanee, strettamente legato all'affermazione dei populismi politici⁷⁷, e le cui diverse sfaccettature guardano tanto al diritto penale, quanto alla sociologia e alle scienze politiche. Partendo dal sentimento di paura di hobbesiana memoria che ha accompagnato l'evolversi della società, generando e mantenendo vivo il sentimento di insicurezza e il corrispettivo bisogno di protezione da parte dello Stato⁷⁸, si instaura tra opinione pubblica e politica un circolo vizioso nel quale la prima domanda una risposta forte e certa rispetto ai fenomeni criminosi – entità vaga, mai precisamente definita nella sua portata – e la seconda asseconda tale domanda alla ricerca di consenso politico, assicurando la reazione statale ad ogni fenomeno criminoso tramite il diritto penale⁷⁹, che diventa così “prima ratio”.

La spirale che si avvita attorno al rapporto tra questi due poli produce uno scadimento della discussione pubblica che – insensibile alla necessità di conoscere per deliberare⁸⁰ – si riduce ad un'asserzione populista, che è tale in quanto pretende «di affermare una verità che non ha (non è richiesto che abbia) un fondamento realmente democratico o scientifico, ma si desume da una volontà popolare che non può essere

⁷⁶ La bibliografia sul tema è particolarmente popolata, potendo il tema essere analizzato sotto più punti di vista. Per una ricostruzione del fenomeno sia sotto il profilo degli effetti del populismo penale sulla produzione normativa sia sull'amministrazione della giustizia, si veda E. AMATI, *L'enigma penale. L'affermazione politica dei populismi nelle democrazie liberali*, Torino, 2020.

⁷⁷ Parla di un nesso funzionale tra populismo penale e populismo politico, i quali convergono nella comune tendenza a definirsi sulla base dell'identificazione di un nemico, L. FERRAJOLI, *Il populismo penale nell'età dei populismi politici*, in *Quest. giust.*, 2019, fasc. 1, p. 79.

⁷⁸ Secondo il filosofo inglese «l'origine delle grandi e durevoli società deve essere stata non già la mutua simpatia degli uomini, ma il reciproco timore» (T. HOBBS, *De Cive. Elementi filosofici sul cittadino*, a cura di N. Bobbio, Torino, 1948, p. 77). Sul sentimento di paura come caratteristica della società che attraversa le diverse epoche e in particolare sulla sua evoluzione patologica dopo l'affermarsi del fenomeno del terrorismo globale al punto da definirla «il più sinistro dei tanti demoni che si annidano nelle società aperte del nostro tempo», Z. BAUMAN, *Paura liquida*, trad. it. M. Cupellaro, Roma-Bari, 2017.

⁷⁹ L'attenzione si rivolge non a singoli fatti criminosi, ma fenomeni generali che diventano tali per l'attenzione e la narrazione che vi è dedicata dall'occhio dei *massmedia*. Si assiste così ad un passaggio «dalla fattispecie al fenomeno», sul punto AMATI, *L'enigma penale*, cit., pp. 56-60.

⁸⁰ Secondo la nota “predica inutile” di L. EINAUDI, *Conoscere per deliberare*, in ID. *Prediche inutili*, Torino, 1956, pp. 1-12.

chiaramente verificata o provata»⁸¹. In ciò è insito un altro carattere proprio del populismo, ossia il rigetto infastidito verso le tradizionali forme di democrazia rappresentativa, colpevoli di infrangere la pretesa immediatezza del rapporto tra volontà popolare (assunta come monolitica e monocolora) e decisione politica, asseritamente dispersa nella necessità di ricercare un compromesso che corrompe l'identificazione tra le richieste della "gente" e la decisione politica. Il viatico per riaffermare questa immediatezza risiederebbe nel ricorso alla democrazia diretta – o meglio, alla democrazia elettronica⁸² – che, obliterando un reale momento di confronto dialogico, si riduce ad «una logica semplificatrice, binaria (sì o no, pro o contro, bene o male, amico o nemico, loro o noi), che si pone in antitesi con la ponderazione, il compromesso, l'attenzione al pluralismo»⁸³.

La promozione di questa logica di grande semplificazione trova la sua prima causa nell'evoluzione del sistema politico, che almeno a partire dal 1978 ha conosciuto una profonda crisi dei grandi partiti, i quali si sono progressivamente allontanati dai movimenti sociali, statalizzandosi, e hanno subito un processo di identificazione sempre più mimetica con il loro *leader pro tempore*⁸⁴. Il vuoto lasciato dalle grandi etiche che sorreggevano le diverse *Weltanschauung* dei primari attori politici è stato colmato dalla ricerca di consenso mediante la promozione di messaggi facilmente condivisibili, non ultimi quelli legati al sentimento dell'anti-politica. Nel recente passato repubblicano non mancano esempi – primo fra tutti l'esperienza di "Mani pulite" – che palesano l'affermazione del diritto penale come unico criterio identitario dell'etica pubblica⁸⁵;

⁸¹ M. DONINI, *Populismo penale e ruolo del giurista*, in *Sist. pen.*, 7.9.2020, p. 1.

⁸² S. CASSESE, *La democrazia e i suoi limiti*, Milano, 2018, pp. 111 ss., l'A. evidenzia i limiti di questa forma di democrazia, che dietro ad una apparente semplicità di funzionamento nasconde formule equivoche, e ritiene che l'unica forma valida sia quella rappresentativa; di orientamento più aperto all'utilizzo di strumenti di democrazia diretta mediati dalla tecnologia, mettendo in evidenza l'errore di ricondurre i rapporti tra tecnologia e democrazia alla sola semplificazione del ricorso allo strumento referendario, S. RODOTÀ, *Iperdemocrazia: come cambia la sovranità democratica con il web*, Bari, 2013.

⁸³ AMATI, *L'enigma penale*, cit., p. 98.

⁸⁴ L. VIOLANTE, *La produzione del penale tra governo e parlamento maggioritario*, in *Criminalia*, 2016, p. 341.

⁸⁵ M. DONINI, *Il diritto penale come etica pubblica*, Modena, 2014, «In una situazione di assenza di parametri pubblici di valutazione morale, per censurare una condotta la via più sicura è di qualificarla come reato, mancando altrimenti un sistema di valori davvero eloquente o condiviso: una censura in termini non penalistici o perfino non giuridici, ha un impatto assai modesto in un sistema privo di un codice di comportamento autonomo» (dalla presentazione del volume pubblicata dall'A. in *www.penalecontemporaneo.it*, 23 febbraio 2015). Dà una lettura inversa a quella di Donini, F. SCUBBI, *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa. Venti tesi*, Bologna 2019, p. 28 nt. 13, secondo il quale non è il diritto penale ad essere diventato etica pubblica, ma l'etica pubblica ad essersi trasformata in diritto penale: «il

si osserva pertanto che «il codice penale ha finito con il diventare l'unico complesso di regole frutto di giudizi di valore e capace di produrre l'agognata punizione»⁸⁶. Il ricorso allo strumento penale è quindi divenuto un generatore di sicuro consenso, tanto da poter annichilire l'efficacia di un profondo vaglio critico da parte dell'opinione pubblica sulle scelte in materia penale. L'esito a cui porta questa spirale è «una sorta di inseguimento della sanzione più severa, del trattamento penale più rigoroso, della norma incriminatrice più indeterminata al fine di aumentare le possibilità dell'intervento penale»⁸⁷. Il cittadino, spettatore delle scelte politiche criminali, «pensa a sua volta che invocare più pena costituisca la soluzione e tende a valutare il comportamento dei politici sulla base della loro volontà di penalizzazione»; volontà che questi ultimi si premurano di comunicare anche ricorrendo a icastiche formule di sintesi, *slogan*, a cui affidare il messaggio del loro impegno nello sfoderare l'arma più affilata⁸⁸.

Nell'equazione del rapporto tra politica e opinione pubblica a cui si lega la richiesta di un diritto penale *no-limits*⁸⁹, iper-muscolare (e scoordinato), vi è un ulteriore e determinante fattore: l'incidenza della rappresentazione della criminalità offerta dai

diritto penale non è il *prius* che determina l'etica, ma è l'etica pubblica che fa espandere senza regole il sistema penale, determinando anche circuiti penali diversi [...] l'etica pubblica è mobile, storicamente condizionata, pluralista e tutto diventa incerto» (pp. 28-29).

⁸⁶ AMATI, *L'enigma penale*, cit., p. 32.

⁸⁷ VIOLANTE, *La produzione del penale tra governo e parlamento maggioritario*, cit., p. 342.

⁸⁸ È esemplare in questo senso il caso della L. n. 3 del 2019 che ha introdotto norme di contrasto ai fenomeni corruttivi e di modifica dell'esecuzione penitenziaria per tali reati intervenendo sull'art. 4-bis ord. pen. Tale legge è stata ribattezzata subito «spazza-corrotti», così da veicolare con inequivocabile efficacia lo scopo della legge: l'impegno ad assicurare la tanto invocata certezza della pena nei confronti del fenomeno della corruzione. Sul punto si è osservato criticamente la presenza di un messaggio ulteriore: «L'uso retorico del *topos* della certezza suggerisce qualcosa di più: la pena certa, fissata una volta per tutte, è la giusta per definizione, per il solo fatto di essere la pena legalmente prevista; legge e giustizia esigono che i reati non restino impuniti, che la pena prevista dalla legge sia effettivamente irrogata, che la pena irrogata sia effettivamente espiata. La metamorfosi linguistica del principio penalistico di legalità in canone costituzionale di certezza della pena rende bene quest'insieme di significati, unificati e confusi fra loro» (v. D. PULITANÒ, *Tempeste sul penale. Spazzacorrotti e altro*, in *Sist. pen.*, 2019, fasc. 3, p. 235). I reati di corruzione costituiscono il caso prototipico dell'influsso del populismo sul diritto penale: dopo gli anni di Tangentopoli le fattispecie sono state ripetutamente riviste in una direzione che – nella “lotta alla corruzione” – ne ha sfumato sempre di più la definizione dei comportamenti illeciti e ha posto al centro della tutela non il buon andamento della p.a., ma la sua immagine di incorruttibilità così da calmierare il grado di percezione sociale del fenomeno. Sul punto e sullo stretto legame tra l'evoluzione normativa di questi reati e la ricerca di una pedagogia punitiva da mettere in mostra agli occhi dell'opinione pubblica, V. MANES, *Corruzione senza tipicità*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2018, fasc. 3, pp. 1126 ss.

⁸⁹ V. MANES, *Diritto penale no-limits: garanzie e diritti fondamentali come presidio per la giurisdizione*, in *Quest. giust.*, 2019, fasc. 1, pp. 86 ss.

*mass media*⁹⁰. Il richiamo sensazionalistico a singoli episodi criminosi, commessi sempre dagli “altri”⁹¹ e sviscerati in tutti i loro dettagli nel corso di processi mediatici sommari e autonomi rispetto a quelli delle aule di giustizia⁹², instilla nel fruitore di questo tipo di giornalismo l’idea che una buona legge penale sia solo una legge penale (più) severa o una legge penale *ad hoc* proprio per quel fenomeno⁹³.

⁹⁰ Per ragioni di economia del discorso, che altrimenti verrebbe attratto verso considerazioni di sistema assai più ampie, si può solamente accennare allo stretto legame che lega i *mass media* alla magistratura nella narrazione della criminalità. Tale rapporto simbiotico, forgiatosi negli anni di Tangentopoli e definito come “fattore M” (v. M. CALISE, *La democrazia del leader*, Roma-Bari, 2016) si manifesta nell’esaltazione del ruolo del potere giudiziario quale moderno censore, chiamato a riaffermare l’etica pubblica attraverso la repressione penale, anche a discapito delle fondamentali garanzie del diritto di difesa e della presunzione d’innocenza, ridotta a “cavillo” per azzeccarbugli. L’acquisizione di una posizione di consenso da parte della magistratura ha così generato reazioni dal mondo politico, entrato apertamente in competizione con i giudici e intenzionato a riconquistare terreno sui fronti dove può dipingere il proprio avversario come lassista nei confronti di certe forme di criminalità. Ampiamente sul punto AMATI, *L’enigma penale*, cit., pp. 69 ss. Ai media tradizionali si associa ormai da qualche lustro l’informazione diffusa tramite i *social network*, ossia tramite un *medium* governato dalle inafferrabili logiche degli algoritmi che, filtrando i contenuti, favoriscono la polarizzazione e radicalizzazione delle opinioni, sul punto KLEIN, *Why We’re Polarized*, cit., p. 112.

⁹¹ Nella narrazione giornalistica delle vicende giudiziarie traspare sempre la ricerca rassicurante di una connotazione che dipinga l’autore del fatto di reato con tratti che lo separino dalla generalità dei consociati, «Il *quivis de populo*, invece, pensa ancora che il reato riguardi gli altri, i criminali, e non “la gente perbene”. O crede che possa riguardarlo soprattutto come possibile vittima o protagonista di un improbabile errore giudiziario. La stampa deve vendere e punta troppo sull’emotività delle masse, su temuti scandali, sulle disillusioni dei cittadini dalla politica, offrendo un’immagine deprimente della realtà. [...] L’opinione pubblica, peraltro, non è stata ancora educata dai media a rendersi conto dell’aumento del rischio penale non solo per alcune categorie di delinquenti professionisti od occasionali, criminali organizzati, imprenditori, pubblici amministratori etc., ma proprio per tutti, e non solo riguardo ai reati involontari, colposi» M. DONINI, *Perché il codice penale. Le riforme del codice oltre i progetti di pura consolidazione*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 2020, fasc. 3, p. 5.

⁹² Per un’analisi profonda sul tema, anche nei risvolti sostanziali che portano ad una eticizzazione del rimprovero penale V. MANES, *Giustizia mediatica. Gli effetti perversi sui diritti fondamentali e sul giusto processo*, Bologna, 2021. Mette in luce la connessione, poco indagata, tra *talk show* che si occupano di cronaca giudiziaria a pubblicità televisiva M. TELESCA, *Il contributo del binomio talk show/pubblicità alla deriva “panpopulistica” del diritto penale*, in *MediaLaws*, 2022, fasc. 1, pp. 212 ss.

⁹³ Un elenco esaustivo di esempi di questo tipo sarebbe oltre che assai lungo, piuttosto inutile: è sufficiente prestare attenzione alla cronaca giudiziaria per assistere alla «psicopatologia delle riforme quotidiane», secondo l’espressione di L. VANDELLI, *Psicopatologia delle riforme quotidiane. Le turbe delle istituzioni: sintomi, diagnosi e terapie*, Bologna, 2006. Al fine di dare il senso di ciò a cui ci si riferisce basti pensare alla parabola tracciata dalla fattispecie di cui all’art. 589-bis c.p.: partendo dal numero di morti per incidenti stradali, dato reale e tragico, si è innescato un processo di mistificazione della realtà che, dipingendo un’inesistente “zona grigia” che lasciava impunte le lesioni provocate in questo frangente, ha portato all’approvazione di un reato *ad hoc* con pene nettamente più severe. Nei primi studi statistici svolti negli

Se trattato in questa maniera dalle fonti di informazioni giornalistiche, il settore penale e la sua produzione legislativa corrono il serio rischio di non beneficiare di un'opinione pubblica che sia attenta a pericolose compressioni di principi garantisti del diritto penale, anche quando sia messa in allarme dall'opinione degli studiosi del diritto penale. L'impatto del contributo che può essere offerto dai giuristi accademici ne esce ridimensionato, poiché deve fare i conti con la «contraddizione fra un sapere elitario e aristocratico tradizionale, in passato gestito dall'accademia, e l'idea stessa di democrazia "maggioritaria"»⁹⁴, sulla quale imperversano le opposte correnti che ricercano il consenso mediante un impiego politico dello strumento penale. Il ruolo della scienza penale non sembra poter aver fortuna nell'influire sull'opinione pubblica – percorsa da folate di antintellettualismo⁹⁵ –, potendo trovare un suo posto solamente grazie alla «pluralistica estensione degli attori del discorso pluralistico (legislatore, magistrati, avvocati, studiosi, etc.)», risultando invece isolata dalla mancata collaborazione "correttiva" dei giornalisti professionisti⁹⁶.

Il convergere di tutti questi fattori non si traduce solamente nell'assenza di un vaglio critico sull'attività legislativa, ma costituisce uno stimolo alla produzione massiccia di nuove norme penali, guidata dalla rincorsa di soluzioni per rispondere ad una perenne emergenza⁹⁷. Si tratta di un'emergenza indotta dall'imperante percezione di insicurezza e di bisogno di punire con l'arma più affilata dell'ordinamento⁹⁸, a cui si

anni successivi si è osservato che la capacità deterrente (solamente presunta, posto che è indimostrata una connessione causale e non è escluso che non abbiano inciso altri fattori) ha prodotto una riduzione degli incidenti mortali del 4,6 % (cfr. M. CAPRINO, V. MAGLIONE, *Omicidio stradale: gli incidenti non calano e aumenta il contenzioso*, in *IlSole24Ore*, 8 novembre 2019).

⁹⁴ M. DONINI, *Scienza penale e potere politico*, in *Riv. it. dir. pen.*, 2015, fasc. 1, p. 128; ID., *Metodo scientifico e metodo democratico nel rapporto tra diritto penale e politica*, in *Riv. it. dir. pen.*, 2001, fasc. 1, pp. 28 ss.

⁹⁵ AMATI, *L'enigma penale*, cit., p. 55: L'"élite" dei giuristi, anche di quelli che maggiormente si sono impegnati nella elaborazione di strumenti giuridici di contrasto alla criminalità mafiosa, è etichettata come "colpevole" di opporre al "sentimento del popolo" accademiche "sottigliezze giuridiche".

⁹⁶ DONINI, *Perché il codice penale. Le riforme del codice oltre i progetti di pura consolidazione*, cit., p. 5.

⁹⁷ Il problema è noto e studiato da tempo in dottrina, per tutti C. E. PALIERO, *Minima non curat praetor. Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagattellari*, Milano, 1985, in cui l'A. osserva che la "politica delle urgenze" produce fenomeni di penalizzazione a tappeto che riguardano anche fatti di secondaria importanza, comunque attratti nella sfera del penale: «il legislatore vede un abuso, ritiene di conoscerne le cause e decide di proibire il comportamento che tali 'cause' produce. Strumenti diversi dal divieto raramente vengono impiegati» (p. 32).

⁹⁸ La società contemporanea sembra vivere un "momento punitivo", prodotto da «un'accresciuta sensibilità per gli atti illegali e la devianza, e una focalizzazione del discorso e dell'azione pubblica sulle questioni di sicurezza», che brama un apparato penale ampio, visibile e concreto, v. D. FASSIN, *Punire. Una passione contemporanea*, Milano, 2018, p. 2 ss..

somma l'emergenza reale del dover fronteggiare le sfide di un'evoluzione economica e tecnologia imprevedibile ed incessante.

La fretta di dover dare una risposta celere alle domande dell'opinione pubblica, una procedura parlamentare che accelera e comprime i tempi di discussione e la formulazione di norme pensate per lanciare un messaggio, piuttosto che per regolare fatti della realtà, hanno generato una legislazione penale compulsiva, lontana dalla razionalità che il confronto della dialettica parlamentare avrebbe idealmente dovuto garantire.

3.3. Un tentativo di sintropia legislativa: la riserva di codice

La produzione legislativa del penale, compressa dalle citate distorsioni della procedura parlamentare e dall'affannosa ricerca di farne uno strumento di produttivo di consenso elettore, è caratterizzata da un andamento puntiforme, lontano dalla possibilità di ampie riforme rispondenti ad un disegno di razionale e armonica definizione della disciplina normativa.

L'opportunità di varare un nuovo codice penale, quindi una raccolta unitaria e completa di norme organizzate secondo un chiaro criterio ordinatore, pur essendo un argomento ricorrente sin dall'entrata in vigore della Costituzione e pur dando vita a diverse commissioni che hanno elaborato altrettanti progetti non è mai sfociata in un tentativo concreto, mancando la percezione – al di fuori della cerchia degli addetti ai lavori – della vetustà di una disciplina nata in un periodo storico e istituzionale radicalmente diverso.

La produzione nel penale è nettamente fuoriuscita dal codice. Per usare un concetto di fisica, da uno stato iniziale costituito dal codice penale e da una contenuta legislazione complementare, l'entropia del sistema normativo ha progressivamente portato ad uno stato finale di netta sproporzione a favore della seconda. Le ragioni della diaspora delle norme penali che si collocano nel vasto terreno *extra codicem* non trova, tuttavia, la sua unica ragione nella difficoltà di riformare il codice, ma anche nel conclamato aumento della complessità delle discipline tecnico-giuridiche. Le fattispecie penali della legislazione complementare presuppongono una serie di aspetti tecnici regolati da istituti giuridici extra-penali che hanno indotto a collocare tali norme in prossimità della disciplina di riferimento.

È il fenomeno della decodificazione, che caratterizza l'intera esperienza giuridica, pur nella diversità della sua percezione nei vari settori dell'ordinamento⁹⁹ e che conosce ciclici tentativi di ricodificazione¹⁰⁰.

Per quanto qui interessa, nell'esperienza recente un tentativo di riaffermare la centralità del codice si è palesato con l'introduzione ad opera del D. Lgs. n. 21 del 2018 dell'art. 3-bis c.p. rubricato "Principio della riserva di codice", oltre che alla riconduzione all'interno del codice di alcune (poche, tra le migliaia) fattispecie prima dislocate in diverse leggi complementari. La norma dispone che «nuove disposizione che prevedono reati possono essere introdotte nell'ordinamento solo se modificano il codice penale ovvero sono inserite in leggi che disciplinano in modo organico la materia».

L'art. 3-bis c.p. fissa così una regola¹⁰¹ sulla collocazione delle norme penali, riconoscendo normativamente l'esistenza di un doppio binario tra codice e legislazione complementare (invero, già desumibile anche dall'art. 16 c.p.), e in particolare fissa una prescrizione qualitativa per il diritto penale *extra codicem*, pretendendo che questo si ispiri a criteri di organicità e sistematicità¹⁰².

⁹⁹ Ad esempio, di decodificazione nel diritto civile si parla almeno a partire dalla fine degli anni '70 e il fenomeno è stato valutato positivamente dagli studiosi che hanno visto nell'affermarsi di leggi speciali regolanti specifici settori dell'ordinamento una progressiva acquisizione di nuovi e aggiornati valori giuridici rispetto a quelli tutelati dal codice civile, la cui disciplina rimane residuale. Sul punto, per tutti N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1979, secondo il quale «Il nostro tempo non rinnova la disputa sulla codificazione. Ne sono spenti o caduti i termini ideali: l'utopia di un diritto segnato dalla ragione a tutti gli uomini ed a tutti i paesi; la fiducia nella spontanea creatività della coscienza popolare. Il problema del codice civile oggi è null'altro che il problema del potere, che la stessa dialettica tra lo Stato ed i gruppi sociali. La crisi della "centralità" del codice è soltanto una immagine della crisi dello Stato moderno; e così dell'emersione storica di gruppi e classi, di categorie economiche ed élites, che esigono specifici statuti e tavole di diritto» (p. 49).

¹⁰⁰ I tentativi di una moderna codificazione, contrariamente a quanto si potrebbe pensare, hanno riguardato negli ultimi decenni anche ordinamenti di *common law* che hanno progressivamente intrapreso la strada di una sistematizzazione scritta delle leggi penali. Lo osserva C. E. PALIERO, *L'autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1994, fasc. 4, p. 1121.

¹⁰¹ Pur essendo nominata quale principio nella rubrica dell'articolo, si ritiene che questa debba essere definita come regola, secondo la già citata definizione elaborata da Dworkin (vd. *supra* nt. 42). Non è un principio generale dell'ordinamento poiché non è frutto di un processo di generalizzazione crescente dalle singole disposizioni di legge, ma è il prodotto di una innovazione *top-down*, una norma calata in un sistema in un cui nessuna disposizione precedente prevedeva una simile regola, così C. E. PALIERO, *La "riserva di codice" messa alla prova: tra deontica idealista vs deontica realista*, in *Criminalia*, 2019, p. 56. Utilizza invece l'ossimoro della regola-principio, per cui nell'art. 3-bis c.p. sarebbero legificati i principi di *extrema ratio* e determinatezza, M. DONINI, *La riserva di codice tra democrazia normante e principi costituzionali*, in *La leg. pen.*, 28.11.2018, p. 4.

¹⁰² DONINI, *La riserva di codice tra democrazia normante e principi costituzionali*, cit., pp. 5-6.

Nell'intenzione espressa nella Relazione di accompagnamento alla novella normativa, la "riserva di codice" spiegherebbe il proprio effetto primario rispetto all'obiettivo di agevolare la conoscibilità del precetto, la cui accessibilità verrebbe garantita dalla collocazione topografica delle norme che, anche laddove non contenute nel codice, dovrebbero garantire l'intelligibilità della rete di obblighi e divieti. Tuttavia, pare che il problema della conoscibilità dei precetti penali non si risolva nella riorganizzazione della loro collocazione, che ne può al più comportare una più semplice accessibilità materiale. Il problema della conoscibilità della norma va oltre il ricorso alla forma-codice¹⁰³, posto che le difficoltà nell'intelligibilità del comando penale si legano tanto ad effettivi e innegabili *deficit* nella formulazione legislativa quanto alla parcellizzazione degli statuti penali, incontenibili nella forma del *codice-catalogo* che pretende di esaurire tutta la disciplina.

Il tentativo di attuare una sintopia legislativa, indurre dal disordine la riconduzione dei materiali normativi entro il perimetro istituzionale di un doppio binario codice-legislazione organica, presenta un profilo di interesse che si lega al tema qui esaminato della riserva di legge. La previsione di una regola che impone di inserire tutte le nuove fattispecie all'interno del codice penale o in una legge organica che disciplina la materia oggetto di intervento, più che dispiegare un effetto sulla conoscibilità da parte dei destinatari, sembra infatti avere il pregio di richiedere un livello di attenzione maggiore nell'attività legislativa. Sul versante che riguarda direttamente il codice, l'imposizione del confronto con l'impianto codicistico già esistente dovrebbe offrire uno spazio per valutare ed evitare la duplicazione di fattispecie penali dalla tipicità sovrapponibile e pertanto non necessarie. Sul versante che riguarda

¹⁰³ In dottrina non manca chi sottolinea in maniera assai netta come il codice oggi sia un oggetto scheumorfico che, pur replicando la forma del suo archetipo ottocentesco, se ne distanzia nella sostanza, essendo ridotto «a mero "centro di accoglienza" per reati migranti». La forma-codice sarebbe superata dalla possibilità offerta dalla tecnologia informatica di scomporre e riaggregare le norme secondo «playlist», «formate di volta in volta, in base a precise chiavi di selezione», M. Papa, *Fantastic voyage. Attraverso la specialità del diritto penale*, Torino, 2019, pp. 200 ss.; Id., *Dal codice penale "scheumorfico" alle playlist. Considerazioni inattuali sul principio di riserva di codice*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, fasc. 5, pp. 129 ss. Assai critico verso questa visione «Questo discorso futurista, mentre taglia fuori radicalmente l'oggetto codicistico classico, che è il passato, e ammette che sarà "difficilissimo" procedere a ricomporre un ordine, dice al consociato, esposto alla "rete normativa", che sarà il potere giudiziario a ricostruire ex post regole e contenuti di questo universo pur sempre penalizzante, le playlist, anche se il legislatore continuerà a disciplinare un più elementare "network", e dunque anche alcune (non è ben chiaro quante) norme di parte generale. [...] Il Parlamento, in questa visione, che se fosse vera dovrebbe valere anche per tutti i numerosi Paesi che hanno davvero riformato e aggiornato i codici penali, può solo delegare tutto ad altri, perché non sa più costruire, scrivere, coordinare un sistema penale. Una *deregulation* generale verso un nuovo Medioevo, o verso il particolarismo del diritto comune» (pp. 20-21).

L'introduzione delle norme all'interno di un testo che disciplini in maniera sistematica la materia, pur nella vaghezza della nozione di "legge organica"¹⁰⁴, una simile prescrizione dovrebbe limitare interventi estemporanei tramite la stretta connessione tra le disposizioni che regolano una certa materia e le norme penali chiamate a sanzionarne l'inosservanza.

D'altra parte, l'idea di ricondurre tutto all'interno del codice risulta velleitaria¹⁰⁵ per la vastità dell'attuale realtà normativa e per il tecnicismo di taluni settori. Non è un'operazione preclusa da un mero problema di tipo quantitativo, ma qualitativo: la parte speciale del codice e la legislazione complementare «sono governate da regole eterogenee, in quanto la prima tende ad attrarre le incriminazioni alla luce del bene tutelato, cioè dal suo rango o dalla sua rilevanza costituzionale, mentre il contenuto delle altre è determinato dalla natura complessa o multidisciplinare della materia»¹⁰⁶. Per questo la parte più interessante dell'art. 3-bis c.p. riguarda le norme poste nella legislazione complementare, poiché la regola della riserva di codice pone le premesse per la riduzione di interventi normativi puntiformi e slegati dalle norme che regolamentano i settori interessati. La necessità di inserire le nuove fattispecie in un contesto sistematico dovrebbe adjuvare la formulazione delle stesse non in termini vaghi e onnicomprensivi, bisognosi per mantenere una propria vitalità di poderose integrazioni

¹⁰⁴ Il legislatore non ha offerto alcuna definizione della nozione di "legge organica", destinata ad un processo di progressiva specificazione attraverso la prassi. Si interroga sul punto, oltre a mettere in discussione la legittimità della norma poiché adottata in eccesso di delega, C. RUGA RIVA, *Riserva di codice di legge organica: significato, questioni di legittimità costituzionale e impatto sul sistema penale*, in *Dir. pen. con. Riv. Trim.*, 2019, fasc. 1, pp. 206 ss. il quale osserva che il lemma può assumere significati molto diversi a seconda del contesto in cui è collocato. Mentre nelle esperienze francesi e spagnole il termine fa riferimento a leggi adottate tramite una maggioranza qualificata, nel caso dell'art. 3-bis si fa riferimento a leggi che mirano a disciplinare compiutamente una determinata materia. Una simile vaghezza di significato aveva in precedenza già indotto la Commissione Grosso a sconsigliare l'inserimento nel testo costituzionale, proprio per prevenire questioni di legittimità fondate su di un parametro così incerto.

¹⁰⁵ Tale idea era esplicitamente perseguita nel programma di diritto penale minimo promosso da L. FERRAJOLI, *Crisi della legalità e diritto penale minimo*, in U. CURI – G. PALOMBARINI (a cura di), *Diritto penale minimo*, Roma 2002, il quale proponeva l'introduzione del principio di riserva di codice a livello costituzionale accompagnandolo da una riforma complessiva del codice penale, che avrebbe dovuto conferire il monopolio al codice e orientata alla minimizzazione dei beni da tutelare mediante il ricorso al diritto penale, oltre che al ridimensionamento delle sanzioni. La posizione di Ferrajoli, condivisibile nel fine, ma radicale raccolse le obiezioni di chi lesse in questo programma il marchio di un diritto penale neoliberista, cioè disinteressato ad assegnare una pena alla 'criminalità dei colletti bianchi' che non genera «vittime in carne e ossa», E. DOLCINI - G. MARINUCCI, *Diritto penale 'minimo' e nuove forme di criminalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 3, pp. 802-820.

¹⁰⁶ S. SEMINARA, *Codice penale, riserva di codice e riforma dei delitti contro la persona*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2020, fasc. 2, pp. 438-439.

ermeneutiche, ma coordinati con la disciplina complessiva della materia: ad esempio, «invece di norme incriminatrici onnicomprensive del diritto penale già fallimentare e ora della crisi di impresa, un codice organico sulla crisi dell'impresa, che contenga anche le norme penali, secondo un disegno di efficienza e di strategia integrata di disciplina, penale-processuale-amministrativa-civile insieme. Invece di un divieto (*prohibiting*) di disporre della vita articolato nella incriminazione dell'omicidio doloso, colposo, del consenziente e dell'aiuto al suicidio e apparentemente senza eccezioni (codice-decalogo), la sua articolazione in una rete di leggi sulla tutela differenziata dei rischi (ac)consentiti per la vita (sport, sicurezza dei trasporti, della circolazione, del lavoro, dei farmaci, dell'uso di stupefacenti, biomedicale, chimico-industriale, alimentare, medico-chirurgica, della sanità collettiva, bilanciata con esigenze del lavoro, della produzione etc.), e in una serie di regole organiche sugli atti di disposizione che siano normati come scriminanti procedurali sul fine-vita»¹⁰⁷.

La prospettiva di uno scambio armonico tra codice e legislazione complementare è però limitata dalla scarsa vincolatività dell'art. 3-*bis* c.p.: nonostante i tentativi dottrinali di leggervi una norma materialmente costituzionale¹⁰⁸, essa rimane una disposizione avente il rango di legge ordinaria. L'autolimitazione del Parlamento non offre strumenti per la sanzione di trasgressioni alla regola di riserva di codice, la quale rimane così legata a un piano programmatico e scarsamente precettivo, nel quale tuttavia possono leggersi spunti utili per un'aggiornata idea di codificazione.

4. *La legalità governativa*

Tra i fattori endogeni di crisi del principio di riserva di legge, che ne mette in crisi l'anima democratica e garantista, quello principale è tuttora costituito dai poteri

¹⁰⁷ M. DONINI, *Codificazione*, in G. MANNOZZI, C. PERINI, M. SCOLETTA C. SOTIS, S. B., TAVERRITI (a cura di), *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, Milano, 2022, p. 1287.

¹⁰⁸ *Ibidem*. Secondo RUGA RIVA, *Riserva di codice o di legge organica: significato, questioni di legittimità costituzionale e impatto sul sistema penale*, cit., p. 212: «la norma pone una regola anankastico-costitutiva. La riserva di collocazione organica delle nuove fattispecie penali, infatti, non prescrive alcun atto (non obbliga a introdurre nuovi reati nell'ordinamento), ma aspira a porre una condizione necessaria di validità della legge penale, una volta che il legislatore abbia deciso di incriminare certi fatti, esercitando una facoltà e non certo adempiendo ad un obbligo – è ben nota l'assenza, in materia penale, di obblighi costituzionali di tutela penale –. [...] la violazione delle condizioni di validità poste da una regola anankastico-costitutiva implica l'invalidità dell'atto inosservante, e non la sua illiceità».

normativi del governo in materia penale. La ragione per cui trova ampio spazio nelle pagine degli studi dedicati alla riserva di legge è facilmente intuibile: l'occupazione dello spazio discrezionale affidato in via principale al Parlamento da parte del potere esecutivo è quello che più mette a rischio la democraticità di tali scelte, mettendo in pericolo l'effettivo coinvolgimento delle minoranze. A ciò si aggiunge il possibile nocimento per le garanzie del singolo o l'introduzione di norme volte a favorire determinate categorie di fatti o soggetti con conseguente lesione del principio di uguaglianza, entrambi fenomeni riconducibili in particolare all'impiego del decreto-legge. Infine, la peculiare attenzione posta sotto questo aspetto si deve anche alla sua longevità, non essendo certo emerso in epoca recente, ma solamente messo in maggiore evidenza a seguito dell'approvazione della Carta costituzionale.

Alla luce della possibilità largamente ammessa di intervento in materia penale, anche grazie ad un atteggiamento favorevole della Corte costituzionale, il problema dell'attività normativa dell'esecutivo è un problema essenzialmente legato ai controlli che dovrebbero sanzionare la violazione delle regole che tracciano i confini di tale potere.

Affrontare direttamente il tema sotto l'angolo visuale del penalista, però, farebbe sfuggire alcuni dati importanti, che permettono di meglio contestualizzare quale sia oggi l'effettivo impatto del potere esecutivo nella produzione legislativa globalmente considerata.

Il potere normativo del Governo è in costante ascesa sin dal secondo dopo guerra in ampia parte degli ordinamenti occidentali¹⁰⁹ e ad essere aumentato non è solo il novero di strumenti a disposizione di questo, ma lo stesso «ruolo normativo del Governo», nozione che «ricomprende sia gli atti normativi, primari e secondari, adottati dal Governo (dunque, decreti-legge, decreti legislativi e regolamenti), sia i poteri (di iniziativa, di emendamento, di programmazione e di intervento in Commissione e in Assemblea) del Governo nel procedimento legislativo»¹¹⁰ e alla quale si aggiunge il ruolo che esso svolge nei processi normativi dell'Unione europea, tanto nella fase

¹⁰⁹ Lo testimonia lo studio di oltre sessant'anni fa di E. CHELI, *L'ampliamento dei poteri normativi dell'esecutivo nei principali ordinamenti occidentali*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1959, p. 463 ss.; contributo poi oggetto della riflessione di A. PIZZORUSSO, *L'ampliamento dei poteri normativi dell'esecutivo nei principali ordinamenti occidentali: a cinquant'anni dal saggio di Enzo Cheli*, in P. CARETTI, M.C. GRISOLIA (a cura di), *Lo Stato costituzionale: la dimensione nazionale e la prospettiva internazionale. Scritti in onore di Enzo Cheli*, Bologna, 2010, pp. 105 ss.

¹¹⁰ N. LUPO, *Il ruolo normativo del Governo*, in S. FABBRINI, V. LIPPOLIS, G.M. SALERNO (a cura di), *Il Filangieri. Quaderno 2010. Governare le democrazie. Esecutivi, leader e sfide*, Napoli, 2011, pp. 81 ss.

ascendente della formazione del diritto quanto nella fase discendente della sua attuazione.

La circostanza che il Governo abbia assunto un ruolo preponderante nella produzione normativa, che sia diventato il «signore delle fonti»¹¹¹ può essere osservata, innanzitutto, avendo riguardo ai dati relativi all'impiego del decreto-legge, che sin dagli anni Settanta hanno segnato un netto aumento¹¹². L'incidenza del ricorso a questa fonte non è segnalata dal solo numero assoluto di decreti-legge adottati in ogni legislatura, essendo molto più significativo se confrontato con il dato percentuale delle leggi di conversione rispetto alla complessiva attività legislativa del Parlamento. Basti considerare che nella XVIII legislatura (2018-2022), ad esempio, le leggi di conversione di decreti-legge hanno pesato per il 33 % sul numero complessivo di leggi approvate dal Parlamento; un terzo dell'attività normativa parlamentare è consistita nella conversione di fonti di origine governativa¹¹³.

Un ulteriore tassello in questo mosaico è aggiunto dall'osservazione del numero di leggi di iniziativa governativa approvate rispetto al totale. Sempre nella XVIII legislatura, delle 311 leggi ordinarie approvate dal Parlamento e al netto delle 104 leggi di conversione di decreti-legge, ben 145 (46,6 % del totale) erano di iniziativa governativa. Solamente 59 delle leggi approvate traevano origine dall'iniziativa parlamentare, mentre 3 sono state approvate su iniziativa mista. Il dato presenta un calo dell'iniziativa legislativa del Governo, infatti nella XI e XII Legislatura i disegni di legge presentati erano stati rispettivamente 862 e 1.143; nella XVI sono stati 418, di cui un quarto per la conversione di decreti-legge.

L'alta incidenza del ruolo del Governo nell'esercizio dell'attività legislativa non è un tratto unico dell'esperienza italiana, ma rappresenta una tendenza comune anche ad altri Paesi europei. Si consideri che nell'ultima legislatura in Germania (XIX, 2017-2021) l'81,2 % delle leggi approvate erano di iniziativa governativa, una percentuale

¹¹¹ L'espressione è usata da M. CARTABIA, *Il Governo "signore delle fonti"?*, in M. CARTABIA-E. LAMARQUE-P. TANZARELLA (a cura di), *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici*, Torino, 2011, p. IX ss.

¹¹² Già a metà degli anni Novanta si osservava che «la decretazione governativa sta ormai sopravanzando nettamente l'insieme delle leggi formali: nel 1993 tali leggi sono infatti ammontate a un totale di 177, di cui solamente 106 presentavano contenuti diversi dalla conversione di detti decreti: mentre nel 1994 le leggi formali pubblicate in Gazzetta Ufficiale sono state 163, 79 delle quali si risolvevano nel convertire i decreti stessi», L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, p. 246.

¹¹³ I dati qui citati sono tratti dalle informazioni sulla produzione normativa rese disponibili dal Comitato per la legislazione (https://temi.camera.it/leg19DIL/temi/19_2_tl18_la_produzione_normativa_nella_xvii_legislatura.html) e dal già citato Rapporto annuale sulla legislazione prodotto dall'Osservatorio sulla legislazione della Camera dei deputati.

simile è riscontrabile anche nel Regno Unito (nel 2022 la percentuale è stata dell'82-85%, mentre nel 2020 non sono stati approvati atti di iniziativa parlamentare), in Francia (nel 2020 si è registrato il 75%) e in Spagna (circa l'80% nell'ultimo triennio)¹¹⁴.

Nella prospettiva nazionale, contestualizzando i dati sul numero complessivo di disegni di legge con quelli delle precedenti legislature e con i dati sul numero dei decreti-legge emerge come negli ultimi anni il peso di questi ultimi sia diventato molto più importante. L'attività legislativa del Governo, pertanto, è sempre più esercitata tramite l'utilizzo dei decreti, anziché per mezzo i disegni di legge. L'attività parlamentare si esplica prevalentemente attraverso l'attività di conversione dei decreti in legge e su tale procedimento incidono – come già messo in evidenza *supra* – il ricorso agli strumenti del maxi-emendamento e della questione di fiducia. Basti qui ricordare che nella XVIII legislatura la fiducia è stata posta sul 55,7% delle leggi di conversione di decreti-legge, segnando un netto aumento rispetto a quanto avvenuto durante la XVI (33,9%) e la XIII (appena il 6%).

La sede di conversione dei decreti-legge costituisce ormai l'unico momento per il Parlamento per poter incidere sul procedimento legislativo e ciò spiega il motivo per il quale si assiste ad una vertiginosa crescita di dimensioni dei testi: in media si registra un aumento della lunghezza dei testi delle leggi di conversione rispetto ai decreti; sempre con riferimento alla XVIII legislatura, l'incremento medio dei commi è del 65,97% e del 70,43% delle parole. Il dato non deve però essere sopravvalutato in quanto non restituisce necessariamente l'immagine di un Parlamento molto attivo nella fase di conversione, nella quale invece spesso incidono gli stessi Ministeri che fanno pervenire proposte emendative originariamente non ricomprese nel testo licenziato dal Consiglio dei ministri¹¹⁵.

La decretazione d'urgenza, inoltre, è impiegata oramai per qualsiasi materia, anche in ambiti che sarebbero preclusi dall'art. 15 della L. n. 400 del 1988. L'aggiramento più vistoso del dettato di questa disposizione di legge riguarda la previsione contenuta al comma 2 lett. a) che preclude la possibilità che il Governo si auto-conferisca deleghe legislative mediante decreto o disponga proroghe per quelle già conferite¹¹⁶.

¹¹⁴ I dati sono riportati da L. CASINI, *Il governo legislatore*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2023, fasc. 1, pp. 155-156.

¹¹⁵ CASINI, *Il governo legislatore*, cit., p. 159.

¹¹⁶ In dottrina si ritiene che tale disposizione espliciti un divieto già pienamente contenuto nella Costituzione PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, cit., p. 246; R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, III ed., Torino, 2019, p. 180. Nella giurisprudenza costituzionale, sulla necessità che la delega sia contenuta in una legge, si veda Corte cost. n. 63 del 1998 e n. 237 del 2013.

In più occasioni è stata infatti ammessa, in particolare dal Senato¹¹⁷, la possibilità di inserire in sede di conversione dei decreti-legge emendamenti contenenti deleghe legislative, rompendo così l'omogeneità tra decreto e legge di conversione¹¹⁸. Il caso più recente di questo fenomeno è stato registrato nel corso dell'emergenza pandemica, quando con la legge di conversione del D.L. n. 18 del 2020 sono stati prorogati "in blocco" tutti i termini per l'esercizio di diverse deleghe legislative.

All'aumentato numero dei decreti-legge corrisponde una diminuzione dei decreti legislativi nelle ultime legislature: mentre nella XVI e XVII sono stati emanati rispettivamente 230 e 260 decreti legislativi, nell'ultima legislatura se ne sono avuti solo 164. La drastica recessione nell'uso dei decreti legislativi è strettamente connessa alla riduzione della durata media degli esecutivi, ormai incompatibile con i tempi di emanazione dei decreti legislativi. Il Parlamento esercita su questi un duplice potere di controllo: oltre a quello genetico di approvazione della delega legislativa, di solito emanata sulla base di un disegno di legge dell'esecutivo, le commissioni parlamentari svolgono un controllo a valle del procedimento di emanazione del decreto rendendo i propri pareri al Consiglio dei ministri prima dell'approvazione definitiva. Tali pareri, originariamente previsti come verifica di rispetto della delega, si sono tramutati in una sede di co-decisione in cui sono sollecitate modifiche anche ampie¹¹⁹. Gli stessi pareri, se formulati in termini di condizione, se non recepiti possono dare luogo a un

¹¹⁷ Il fenomeno non si registra presso la Camera dei deputati in quanto presso questo ramo del Parlamento, da un lato, il Comitato per la legislazione si è sempre manifestato contrario, dall'altro, perché è direttamente la Presidenza della Camera a dichiarare inammissibili emendamenti che contengano deleghe in sede di conversione. Osserva questa differenza N. LUPO, *La proroga "innominata" delle deleghe legislative in scadenza. A proposito dell'art. 1, comma 3, della legge n. 27 del 2020 (di conversione del decreto-legge n. 18 del 2020)*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2020, fasc. speciale, p. 617.

¹¹⁸ La prassi della conversione eterogenea è consolidata e, seppur oggetto di moniti da parte del Presidente della Repubblica in sede di promulgazione, questa non diviene mai motivo di esercizio del potere di rinvio. Il Quirinale esclude il ricorso al potere di cui all'art. 74 Cost. dichiarandosi «consapevole della delicatezza, sotto il profilo costituzionale, del rinvio alle Camere esercitato nei confronti di una legge di conversione di un decreto-legge, a pochi giorni dalla sua scadenza: farebbe, inevitabilmente, venir meno, con effetti retroattivi, in molti casi in maniera irreversibile, tutte le numerose altre disposizioni che il decreto-legge contiene, determinando incertezza e disorientamento nelle pubbliche amministrazioni e nei destinatari delle norme» (cfr. Comunicato del Presidente della Repubblica in occasione della promulgazione della legge di conversione del decreto-legge 29 dicembre 2022 n. 198, <https://www.quirinale.it/elementi/80338>). Per una lettura critica delle motivazioni adottate dalla Presidenza della Repubblica per escludere l'esercizio del potere di rinvio alle Camere pur in presenza di leggi di conversione eterogenei rispetto al decreto si veda: D. CASANOVA, *Una nuova promulgazione dissenziente: la lettera del Presidente della Repubblica in relazione alla legge di conversione del c.d. decreto milleproroghe (L. n. 14/2023)*, in *Osservatorio AIC*, 2023, fasc. 3, pp. 187-204.

¹¹⁹ CASINI, *Il governo legislatore*, cit., p. 162.

conflitto di attribuzioni tra poteri e prestare il fianco a momenti di serio contrasto politico.

L'insieme di questi fattori fa propendere la scelta sui decreti-legge, nonostante il numero delle leggi delega sia rimasto pressoché invariato. L'accresciuto ricorso alla decretazione d'urgenza si lega in maniera evidente all'avvertito bisogno della classe politica di dare immediate risposte all'opinione pubblica e tale strumento è il più adatto, anche dal punto di vista comunicativo e mediatico. I parametri di straordinarietà e urgenza subiscono una torsione che li riduce alla mera necessità di celerità, relativizzandoli, complice un atteggiamento morbido della Corte costituzionale nel loro controllo sul loro rispetto¹²⁰.

L'insofferenza verso la necessaria frapposizione di passaggi istituzionali ulteriori rispetto alla mera manifestazione della volontà normativa del potere esecutivo dà vita anche all'«esondazione legislativa»¹²¹, rappresentata dall'inserimento nei testi legislativi di norme-provvedimento o di disposizioni-provvedimento¹²². Con le prime il Governo inserisce negli atti con forza di legge norme dotate di un dettaglio paragonabile alle circolari amministrative, in cui il lavoro di cesellatura della norma mira a farne un prodotto auto-applicativo, autarchico rispetto all'attività attuativa dell'amministrazione; con le seconde, invece, il Governo anche con decreto-legge eroga risorse direttamente a soggetti determinati. In entrambi i casi lo scopo – perseguito ma non

¹²⁰ Solo con le sentenze n. 171 del 2007 e n. 128 del 2008 la Corte ha dichiarato per la prima volta l'illegittimità di alcune disposizioni di decreti-legge per la «evidente mancanza» dei presupposti di necessità e urgenza, elaborando altresì un *test* per il loro controllo. In quella occasione la Corte chiarì la necessità di procedere all'accertamento mediante indici intrinseci ed estrinseci, ossia attraverso elementi contenuti nel testo normativo ed anche estranei a questo. Le aspettative della dottrina che aveva commentato positivamente questa apertura, pur sottolineando l'eccessiva vaghezza dei requisiti di controllo indicati, sono state presto deluse dalla giurisprudenza immediatamente successiva. Già nelle sentenze n. 355 e n. 367 del 2010 e nella sentenza n. 93 del 2011 si registra la perpetuazione di un certo *self restraint* nella valutazione della sussistenza dei requisiti, che «può essere dovuta ad una pluralità di situazioni (eventi naturali, comportamenti umani e anche atti e provvedimenti di pubblici poteri) in relazione alle quali non sono configurabili rigidi parametri, valevoli per ogni ipotesi»; appare sufficiente che non vi sia una evidente mancanza dei presupposti o una irragionevole loro valutazione. Ripercorre l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale sul punto, in occasione di un commento critico alla sentenza n. 149 del 2020, D. CHINNI, *La probatio diabolica della «evidente mancanza» dei presupposti del decreto-legge. Considerazioni critiche a margine della sent. n. 149 del 2020*, in *Nomos*, 2020, fasc. 2, pp. 1-18.

¹²¹ CASINI, *Il governo legislatore*, cit., p. 172.

¹²² Il problema in questo caso riguarda più da vicino i decreti legislativi, in quanto si osserva che nei decreti-legge il carattere provvedimentale, l'essere «cuciti» su di un caso concreto, dovrebbe costituirne un carattere strutturale che, anzi, servirebbe a garantire anche l'omogeneità del contenuto. Lo osserva p. 511Lo osserva M. LOSANNA, *Le leggi provvedimento: un tentativo di sistematizzazione*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2021, fasc. 2, pp. 508 ss.

necessariamente raggiunto – è quello di fornire l’illusione di aver raggiunto immediatamente l’obiettivo, con la mera entrata in vigore della norma.

Sulla stessa scia si pone la tendenza a supplire all’adozione di regolamenti mediante il ricorso al decreto-legge: mentre quest’ultimo abbisogna unicamente del voto di conversione del Parlamento, il cui esito è controllabile con lo strumento della questione di fiducia, la fonte regolamentare presenta una scansione procedimentale più scansione procedimentale più complessa e meno governabile che passa attraverso il parere obbligatorio del Consiglio di Stato. La «fuga dal regolamento»¹²³ per via legislativa, pur non essendo un fenomeno recente, ha dimostrato con forza tutta la sua attualità durante l’esperienza pandemica, durante la quale sulla scorta di una serie di decreti-legge sono stati adottati i d.P.C.M., secondo uno schema derogatorio rispetto a quelli previsti dalla L. n. 400 del 1988¹²⁴.

L’analisi dell’eziologia dell’ascesa del «Governo legislatore» coinvolge plurimi fattori e non si presta a soluzioni nette. In dottrina, tuttavia, vi è una certa concordanza nel ritenere che questo ampio ricorso agli atti aventi forza di legge sia dovuto ad una scarsa tutela dell’iniziativa legislativa governativa che, a differenza di quanto avviene in altri Paesi, appare piuttosto debole¹²⁵.

La rappresentazione così riassunta del ruolo ricoperto dal potere esecutivo nella complessiva produzione legislativa nazionale permette – sempre nell’ottica di uscire dall’ *insula* penalistica – di meglio contestualizzare quanto avviene nello specifico settore del diritto penale. In questo campo, il problema della tensione con il principio di riserva di legge è posto da due diversi fenomeni: da un lato il ricorso agli atti aventi forza di legge, dall’altro l’eterointegrazione del precetto penale da parte di fonti subordinate.

¹²³ PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, cit., p. 356.

¹²⁴ L’incidenza della pandemia sul sistema delle fonti ha impegnato la riflessione della dottrina costituzionalistica, che ha prodotto una cospicua letteratura. Sulla lettura dell’esperienza pandemica come capitolo del più risalente fenomeno della fuga dal regolamento ci si limita ad indicare: D. TRABUCCO, *Il «virus» nel sistema delle fonti: decreti-legge e DPCM al tempo del Covid-19. Tra principio di legalità formale e principio di legalità sostanziale*, in *Nomos*, 2020, fasc. 2, p. 8; C. SICCARDI, *Organi tecnici e produzione normativa*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2022, fasc. 2, p. 823.

¹²⁵ Rileva come questa diagnosi sia diffusa in dottrina N. LUPO, *Considerazioni conclusive. Sulla (complessiva) crescita del ruolo normativo del Governo e sulle difficoltà della funzione legislativa*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2019, fasc. 2, p. 6 ss.; favorevole alla creazione di percorsi accelerati per l’approvazione dei disegni di legge, al fine di ridurre il ricorso ai decreti-legge CASINI, *Il governo legislatore*, cit., pp. 185-186.

4.1. Il ricorso agli atti aventi forza di legge da parte del Governo

Nonostante il contenuto democratico della riserva di legge in materia penale sembrerebbe far desumere il monopolio del Parlamento sulle scelte di politica criminale, anche queste ultime risentono del gioco dei precari equilibri tra potere legislativo ed esecutivo. L'influsso è certo favorito dall'opinione tendenzialmente unanime della dottrina e della giurisprudenza che ha sempre interpretato la riserva quale riserva di fonte e non quale riserva d'organo, non mettendo mai in discussione la cittadinanza degli atti aventi forza di legge sul territorio del penale¹²⁶. L'ammissibilità dell'intervento governativo si è sempre sostenuta sul presupposto che il passaggio parlamentare, a monte o a valle del procedimento normativo, sarebbe bastato a conferirgli la legittimazione da parte dell'assemblea.

Al di là delle storture della procedura parlamentare già evidenziate e che revocano in dubbio l'effettività di questo controllo, nelle interpretazioni dottrinali più rigorose si è osservato che alcuni caratteri della decretazione d'urgenza e della delega legislativa sarebbero incompatibili con le esigenze della legalità penale sotto il profilo della chiarezza della fattispecie applicabile e della determinatezza temporale degli effetti.

Sotto quest'ultimo profilo, è il decreto-legge a recare le maggiori preoccupazioni in quanto, nonostante la natura provvisoria, alcuni effetti derivanti dalla sua adozione con l'introduzione o modificazione in senso deteriore di fattispecie penali potrebbero divenire definitivi, incidendo sulla libertà personale nella forma di una misura cautelare o di una condanna¹²⁷. Infatti, pur venendo meno gli effetti del decreto non

¹²⁶ M. D'AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in *Rivista AIC*, 2016, fasc. 4, p. 5; PALAZZO, *Legge penale* (voce), cit., pp. 32 ss.; PELLIZZONE, *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale*, cit., pp. 21 ss.; M. TRAPANI, *Legge penale* (voce), in *Enc. Giur. Treccani*, 1990, p. 5 ss.; A. PAGLIARO, *Legge penale. Principi generali* (voce), in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, p. 1042; VASSALLI, *Nullum crimen sine lege*, cit., p. 310; MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 53; T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2012, p. 20; C. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, 2016, p. 64; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, sub. Art. 1, 2004, p. 34. Contrari a tale parificazione: A. CADOPPI-P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, Padova, 2015, p. 77; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, Milano, 2018, p. 45. Ritene che la preferenza per la legge ordinaria sia una scelta segnata da questioni di mera opportunità politica A. MANNA, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Padova, 2012, p. 45. Nella giurisprudenza costituzionale oltre alla già richiamata sentenza n. 26 del 1966, sono da ricordare anche le decisioni n. 282 del 1990, n. 360 del 1996 e n. 394 del 2006, potendosi leggere in quest'ultima che il primato nelle scelte di politica criminale spetta «al legislatore – e segnatamente al “soggetto-Parlamento”, in quanto rappresentativo dell'intera collettività nazionale».

¹²⁷ Ad esempio, laddove il reato introdotto o modificato con decreto-legge fosse giudicato nelle forme del procedimento per direttissima ex artt. 449 ss. c.p.p., questo ben potrebbe giungere a sentenza prima dello

convertito, gli effetti materiali nel frattempo prodotti non potrebbero comunque venire meno.

Tali problemi si ripropongono anche nel caso di modifiche favorevoli introdotte a mezzo di decreto: nonostante la previsione dell'art. 77 Cost., l'effetto caducatorio della mancata conversione non potrebbe travolgere gli effetti favorevoli già prodotti per le fattispecie realizzatesi durante la sua vigenza, potendo così dare origine a violazioni del principio di uguaglianza; il Governo potrebbe così produrre «conseguenze eterne con un provvedimento provvisorio»¹²⁸.

L'immediata entrata in vigore del decreto-legge, oltre ad impedire un confronto preventivo con le minoranze, comprime anche la conoscibilità del contenuto del decreto-legge. Infatti «la mancata previsione di un periodo di *vacatio* rende potenzialmente non conoscibili, ovvero problematicamente conoscibili dai destinatari, i precetti contenuti nel decreto legge», ciò collide anche con i «doveri strumentali di informazione che, come ha affermato la Corte costituzionale nella sentenza n. 364 del 1988, gravano sullo Stato come condizione di esigibilità della pretesa all'obbligatorietà della legge penale, nella configurazione di rilevanza delineata dal nuovo testo dell'art. 5 c.p.»¹²⁹. Il *deficit* sotto questo aspetto si riflette anche sulla funzione di general-prevenzione positiva: una fattispecie incriminatrice che entri in vigore immediatamente non può espletare alcuna funzione di orientamento della condotta del singolo consociato; la funzione preventiva viene sostituita dalla mera retribuzione¹³⁰.

Infine, si è osservato che il carattere dell'immediatezza del decreto-legge stride con la ponderazione che sarebbe richiesta nella selezione delle condotte punibili e dei beni meritevoli di tutela penale¹³¹. Il ricorso a questo atto da parte del Governo, come già evidenziato, si verifica per dare risposta a fenomeni contingenti che creano allarme

scadere dell'efficacia provvisoria dell'atto. Pur essendo vero che la mancata conversione del decreto travolgerebbe il giudicato, deve osservarsi che comunque vi sarebbe la produzione di una compressione della libertà del singolo sottoposto ad un procedimento penale. Pongono l'attenzione sugli effetti comunque prodotti da un decreto non convertito, in particolare MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 46; RONCO, *Il principio di legalità*, cit. p. 58; BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 644.

¹²⁸ M. D'AMICO, *Art. 25*, in AA.VV., *Commentario alla costituzione*, R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), Torino, 2006, p. 538. Osservano questa criticità anche BRICOLA, *Legalità e crisi*, cit., p. 1343; M. GAMBERINI, *Riserva di legge*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, Bologna, 2012, p. 138.

¹²⁹ CUPELLI, *La legalità delegata*, cit., p. 133, in cui l'A. riprende la riflessione di V. MAIELLO, 'Riserva di codice' e decreto legge in materia penale: un (apparente) passo avanti ed uno indietro sulla via del recupero della centralità del codice, in A. M. STILE (a cura di), *La riforma della parte generale*, Napoli, 2003, p. 173.

¹³⁰ E. DI AGOSTA, *Democrazia, legalità, politica criminale dell'emergenza. L'uso del decreto legge in materia penale*, in *Cass. pen.*, 2014, fasc. 9, p. 3159.

¹³¹ CUPELLI, *La legalità delegata*, cit., p. 133-134.

sociale o anche la sola domanda di punizione, ma è dubbio che «l'esigenza di tutela penale di un bene giuridico, vale a dire di un interesse il riconoscimento della cui dignità nel contesto sociale deve largamente preesistere all'intervento legislativo, [possa] profilarsi *da un giorno all'altro*»¹³².

Il problema, sotto il profilo della ponderazione delle scelte di politica criminale, non si pone solo al momento dell'adozione del decreto, ma anche al momento della sua conversione. In questa fase, caratterizzata da un particolare celerità finalizzata a rispettare il breve termine di sessanta giorni, non mancano occasioni nelle quali norme eterogenee rispetto al contenuto del decreto finiscono per essere inserite nel testo e beneficiano di questa procedura accelerata, sfuggendo quasi ad ogni possibilità di controllo.

Un compendio dei rischi insiti nel ricorso emotivo e poco meditato allo strumento penale per il tramite del decreto-legge può essere letto nella parabola del D.L. n. 162 del 2022, che ha introdotto nel codice penale l'art. 434-bis c.p. rubricato "Invasione di terreni o edifici per raduni pericolosi per l'ordine pubblico o l'incolumità pubblica o la salute pubblica"¹³³. La norma era stata introdotta sull'onda dei fatti di cronaca riguardanti una manifestazione musicale non autorizzata svoltasi in un edificio industriale abbandonato nel Comune di Modena, che aveva richiamato molti partecipanti anche dall'estero. Il giudizio di pericolosità nei confronti di questo tipo di raduni era motivato dai rischi per l'ordine pubblico connessi alla loro ingovernabilità e dalla connessione con la possibile commissione di una serie di reati, in particolare in materia di sostanze stupefacenti. La fattispecie incriminatrice introdotta mirava ad impedire tali raduni non autorizzati e organizzati tramite l'occupazione abusiva di luoghi privati, ed era dotata altresì di un apparato sanzionatorio e processuale molto rigido:

¹³² DE VERO, *Corso di diritto penale*, cit. p. 243.

¹³³ La vicenda del "decreto *rave*" ha richiamato una vasta attenzione da parte della dottrina per la trascuratezza dell'originaria formulazione legislativa e per la circostanza che, collocandosi a ridosso dell'inizio della XIX Legislatura, ha costituito la prima manifestazione della politica criminale del governo appena insediatosi. Per i primi commenti alla fattispecie si vedano E. CONTIERI, F. FORTE, *La nuova fattispecie delittuosa di invasione di terreni o edifici per raduni "pericolosi": un'analisi critica*, in www.questionegiustizia.it, 9.11.2022; C. RUGA RIVA, *La festa è finita. Prime osservazioni sulla fattispecie che incrimina i "rave party" (e molto altro)*, in www.sistemapenale.it, 3.11.2022, T. PADOVANI, intervista a E. Antonucci, *La norma anti-rave? Un caso di analfabetismo legislativo. Parla Tullio Padovani*, *Il Foglio*, 1.11.2021; F. FORZATI, *Gli equilibrismi del nuovo art. 434 bis c.p. fra reato che non c'è, reato che già c'è e pena che c'è sempre*, in *Arch. pen.*, 3/2022; V. MANES, *Decreto rave, il giurista: "Pene alte e riferimenti generici: provvedimento scritto male"*, intervista a G. Rossi, quotidiano.net, 2.11.2022; M. GALLO, *Diritto penale: primi passi del governo di destra-centro*, in *Riv. it. dir. proc.*, 2022, fasc. 4, pp. 1411-1421; D. PULITANÒ, *Penale party. L'avvio della nuova legislatura*, in *Giur. pen.*, 2022, fasc. 11, pp. 1-6.

una pena elevata, accompagnata dalla previsione delle intercettazioni telefoniche sino al coinvolgimento delle misure di prevenzione. La norma presentava una vaghezza tale da allarmare in maniera pressoché unanime la dottrina, ponendo a rischio la libertà di riunione (art. 17 Cost.) per la mancata esatta individuazione del tipo di raduni vietati e presentando soluzioni irragionevoli nella descrizione della fattispecie, soprattutto con riguardo alla distinzione tra i promotori e organizzatori del raduno rispetto ai meri partecipanti, oltre che con riferimento al contenuto del dolo specifico e alla costruzione della fattispecie come un reato di pericolo astratto.

Il coro delle critiche ha spinto ad una radicale modifica al testo della norma in sede di conversione del decreto-legge, che ne ha smussato i margini di maggiore criticità: la fattispecie è diventata l'art. 633-bis c.p., collocandosi così tra i reati contro il patrimonio, è venuto meno il riferimento ai meri partecipanti e la fattispecie è stata riconfigurata come un reato di pericolo concreto. Il passaggio parlamentare in sede di conversione in questo caso è riuscito nell'operazione di ortopedia della norma¹³⁴, passando però per le consuete restrizioni del ruolo della minoranza, soprattutto nella fase della discussione finale ove si è dovuto ricorrere alla "ghigliottina" per restringere i tempi del dibattito. L'episodio, tuttavia, è emblematico dei rischi insiti nello strumento del decreto-legge quando questo sia impiegato per introdurre una norma che non risponde ad una reale emergenza – episodi simili di *free party* si erano verificati già in un passato prossimo –, ma che rappresenta «una norma-bandiera, identitaria», che in questo caso «voleva far capire ai disobbedienti che la festa era finita»¹³⁵.

L'impiego del decreto legislativo – numericamente decrescente rispetto a qualche anno fa, come evidenziato in premessa – costituisce un fenomeno apparentemente di più facile compatibilità con il principio della riserva, non essendo presenti quelle criticità afferenti alla stretta tempistica di entrata in vigore del testo e la precarietà degli effetti che caratterizzano il decreto-legge.

Lo strumento della delegazione legislativa è certamente favorito dalla tecnicizzazione di diversi settori del diritto penale, soprattutto quelli più legati alla normativa extra penale e che ora chiedono – in virtù dell'art. 3-bis c.p. – un intervento organico in caso di modifiche. Altro fattore importante è la necessità di dare attuazione alle

¹³⁴ C. CUPELLI, *Il Decreto Rave? Not so bad*, *Il Foglio*, 17.12.2022. Per un confronto tra le due norme, prima e dopo la conversione, G. GENTILE, *I rave party tra propaganda politica e diritto penale*, in *La leg. pen.*, 24.5.2023.

¹³⁵ C. RUGA RIVA, *Indietro (quasi) tutta. Sulla nuova fattispecie di invasione di terreni o edifici altrui pericolosa per la salute o incolumità pubblica*, in *www.sistemapenale.it*, 10.1.2023.

numerose previsioni europee che, anche in questa materia, richiedono un adeguamento mediante l'arruolamento dello strumento penale.

Rispetto a questa fonte normativa la compatibilità con la riserva di legge deriva dal controllo a monte esercitato dal Parlamento nella formulazione della delega, determinando principi e criteri direttivi; a valle il controllo è rappresentato dal sindacato della Corte costituzionale, che vigila sull'esercizio del potere delegato.

Anche rispetto a questo strumento, tuttavia, la garanzia delle minoranze appare ugualmente compressa: pur a fronte della concentrazione in un momento molto limitato della possibilità di incidere sulla produzione legislativa, che in questo caso viene significativamente completata dal Governo, gli spazi di confronto sono gli stessi di quelli previsti per la deliberazione di una qualsiasi altra legge. Inoltre, le deleghe sono di norma conferite sulla base di un disegno di legge governativo sulla cui votazione diviene ancora più accentuata la mancanza di autonomia di un Parlamento sempre più legato alle dinamiche dell'asse maggioranza-Governo¹³⁶.

Allo stesso modo – e sempre considerate le osservazioni già espresse sulla sua scarsa effettività – il controllo dell'opinione pubblica sull'esercizio della delega conferita al Governo è sostanzialmente escluso, dato che i testi sono elaborati all'interno delle commissioni ministeriali e le anticipazioni sul loro contenuto sono spesso parziali e in divenire.

Al fine di contenere i problemi nascenti dall'impiego del decreto legislativo sarebbe necessario un innalzamento degli *standard* di garanzia normalmente richiesti dall'istituto.

Sotto il profilo dei requisiti della delega, questa dovrebbe essere formulata secondo «rigore, analiticità e chiarezza»¹³⁷, che pur lasciando uno spazio di discrezionalità al legislatore delegato compia già le scelte sulla selezione univoca delle condotte e delle sanzioni che ne conseguono. Come avviene per l'integrazione da parte di fonti subordinate, anche nel caso della delega dovrebbe rimanere in capo al delegante ogni determinazione sulle scelte caratterizzanti della disciplina e ogni aspetto politico delle stesse, mentre al soggetto delegato dovrebbe spettare unicamente il compito di conferire alla descrizione dell'illecito una maggior precisione¹³⁸. La prassi ha fatto di questi auspici una pia illusione: le deleghe – spesso molto ampie – si sono dimostrate frequentemente carenti per difetto rispetto al livello di definizione auspicabile, con

¹³⁶ CUPELLI, *La legalità delegata*, cit., p. 174.

¹³⁷ ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., p. 34.

¹³⁸ Ritene che il discorso della delega legislativa coincida con quello della integrazione da parte di fonti subordinate alla legge, CUPELLI, *La legalità delegata*, cit. p. 176.

direttive vaghe e lacunose¹³⁹. La situazione è talvolta ulteriormente aggravata dalla possibilità accordata dal Parlamento di adottare decreti integrativi e correttivi che realizzano una sorta di autorizzazione in bianco al Governo ad intervenire per modificare il contenuto del primo decreto, che diventa così instabile in attesa di possibili futuri aggiustamenti¹⁴⁰.

L'evoluzione della legalità governativa in questa direzione, soprattutto con riferimento alla delegazione legislativa, è stata avallata da un atteggiamento della Corte costituzionale molto cauto nel sanzionare la violazione dei limiti costituzionali. In punto di indeterminatezza della legge di delega, la Consulta ha spesso superato l'ostacolo ricorrendo ad un giudizio elastico tanto con riferimento al sindacato sulla qualità dell'indicazione dei principi e dei criteri direttivi, tanto con riferimento alle modalità di esercizio della delega. Rispetto al primo profilo «il contenuto della delega deve essere identificato tenendo conto del complessivo contesto normativo nel quale si inseriscono la legge-delega ed i relativi principi e criteri direttivi, nonché delle finalità che la ispirano, verificando, nel silenzio del legislatore delegante sullo specifico tema, che le scelte del legislatore delegato non siano in contrasto con gli indirizzi generali della medesima»; «I principi posti dal legislatore delegante costituiscono, poi, non soltanto base e limite delle norme delegate, ma anche strumenti per l'interpretazione della loro portata; e tali disposizioni devono essere lette, fintanto che sia possibile, nel significato compatibile con detti principi [...] i quali, a loro volta, vanno interpretati alla luce della *ratio* della legge delega »¹⁴¹. Ispirate a una consimile indulgenza sono anche le considerazioni che riguardano il giudizio sul rispetto della delega: «la delega legislativa non esclude ogni discrezionalità del legislatore delegato, che può essere più o meno ampia, in relazione al grado di specificità dei criteri fissati nella legge delega (ordinanze n. 213 del 2005 e n. 490 del 2000). Pertanto, per valutare se il legislatore abbia ecceduto tali – più o meno ampi – margini di discrezionalità, occorre individuare la *ratio* della delega, per verificare se la norma delegata sia con

¹³⁹ C. CUPELLI, *Gli atti aventi forza di legge in materia penale. La delega fiscale e i soliti sospetti*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 2015, fasc. 2, pp. 4 ss., in cui l'A. analizza la delega contenuta all'art. 8 della L. n. 23 del 2014 riguardante la riforma dei reati tributari individuando in essa una scarsa precisione nella definizione di criteri e principi direttivi. Sempre sul punto, con considerazioni sullo sviluppo compulsivo del sistema penale-tributario, si veda anche A. INGRASSIA, *Incostituzionalità delle nuove fattispecie incriminatrici penali-tributarie?*, in *Sist. pen.*, 10.7.2020.

¹⁴⁰ Per un'analisi di tale pratica, G. MARCHETTI, *Riflessioni su alcuni aspetti problematici della delegazione legislativa. In particolare: la "sistemazione" normativa tramite delega, il ruolo del Parlamento nell'adozione dei decreti delegati e il ricorso ai decreti integrativi e correttivi*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2019 fasc. 2, pp. 1-20.

¹⁴¹ Corte cost., sent. 230 del 2010 (Considerando in diritto § 4.2).

questa coerente (sentenza n. 199 del 2003). L'art. 76 Cost. non osta, infatti, all'emanazione di norme che rappresentino un ordinario sviluppo e, se del caso, un completamento delle scelte espresse dal legislatore delegante, poiché deve escludersi che la funzione del legislatore delegato sia limitata ad una mera scansione linguistica delle previsioni stabilite dal primo; dunque, nell'attuazione della delega è possibile valutare le situazioni giuridiche da regolamentare ed effettuare le conseguenti scelte, nella fisiologica attività di riempimento che lega i due livelli normativi».

Anche quando si è trovata di fronte a deleghe e decreti legislativi inidonei a soddisfare questo *standard* minimo, la Corte non si è spinta oltre il mero monito¹⁴², (non) risolvendo le questioni tramite declaratorie di inammissibilità sulle quali aleggiava la possibile preclusione derivante dall'effetto *in malam partem* quando oggetto del giudizio erano norme più favorevoli. Infatti, rispetto a queste ultime – nonostante il primo decisivo colpo assestato a questo impedimento dalla sent. n. 394 del 2006 – si individuava, paradossalmente, proprio nel principio di riserva di legge un ostacolo alla caducazione di una norma più favorevole introdotta in violazione di quello stesso principio da parte del Governo.

4.1.1. Segnali in controtendenza della giurisprudenza costituzionale. Rinvio.

Nell'ultimo decennio la giurisprudenza costituzionale, senza mai mettere in dubbio la consolidata configurazione della riserva di legge come riserva di fonte, ha inaugurato un atteggiamento di maggior rigore verso la verifica del rispetto degli artt. 76 e 77 Cost. quando queste incontrano la previsione dell'art. 25, comma 2 Cost. Nell'esplicazione di questo sindacato, la natura *in bonam partem* delle norme da censurare non viene più chiamata in causa dalla Corte come limite invalicabile che preclude il proprio controllo; la riserva di legge non funge più da scudo alla possibilità di sottoporre ai giudici questioni il cui accoglimento comporterebbe effetti *in malam partem*, anzi costituisce il fondamento per spingere il sindacato verso quelle che altrimenti costituirebbero «zone franche del tutto impreviste dalla Costituzione, all'interno delle quali la legislazione ordinaria diverrebbe incontrollabile»¹⁴³.

¹⁴² Si vedano ad esempio le sentenze n. 53 del 1997, n. 49 del 1999, n. 134 del 2003 e n. 54 del 2007.

¹⁴³ La lotta alle «zone franche», come si vedrà meglio nel prossimo capitolo, costituisce la bandiera del corso più recente della giurisprudenza costituzionale in materia penale. L'espressione è stata impiegata la prima volta nella sentenza n. 148 del 1983, prima tappa del percorso che ha condotto a riconoscere la

Il “nuovo corso” a cui ci si riferisce è stato inaugurato con le sentenze nn. 5 e 32 del 2014¹⁴⁴, la prima è relativa a un decreto legislativo che aveva abrogato una fattispecie senza la necessaria copertura da parte della delega e la seconda è inerente una modifica introdotta in una legge di conversione di un decreto-legge, sanzionata per il suo contenuto eterogeneo rispetto al decreto e per il ricorso allo strumento del maxiemendamento.

In entrambi i casi alla caducazione della norma censurata segue l'effetto della reviviscenza della norma precedente che – in virtù della dichiarata illegittimità – non è mai stata legittimamente abrogata. Per meglio comprendere la portata innovativa di questa soluzione è necessario affrontare, brevemente, i due casi in questione.

Nella sentenza n. 5 del 2014 ad essere censurata era l'abrogazione della norma incriminatrice delle associazioni paramilitari per scopi politici prevista dal D. Lgs. n. 43

rilevanza processuale delle questioni incidentali riguardanti norme favorevoli al reo, nonostante il rispetto del principio di irretroattività sfavorevole: «Altro, infatti è la garanzia che i principi del diritto penale-costituzionale possono offrire agli imputati, circoscrivendo l'efficacia spettante alle dichiarazioni d'illegittimità delle norme penali di favore; altro è il sindacato cui le norme stesse devono pur sempre sottostare, a pena di istituire zone franche del tutto imprevedute dalla Costituzione, all'interno delle quali la legislazione ordinaria diverrebbe incontrollabile. Né giova replicare che un tale inconveniente è imposto dalla logica del processo costituzionale, vale a dire dalla necessaria incidenza delle decisioni di questa Corte sugli esiti dei giudizi in cui siano stati promossi gli incidenti di costituzionalità. Indipendentemente dalla sorte degli imputati, è indubbio che nella prospettiva del giudice *a quo*, cioè del promotore degli incidenti in questione, anche le pronunce concernenti la legittimità delle norme penali di favore influiscano o possano influire sul conseguente esercizio della funzione giurisdizionale» (Considerando in diritto § 3).

¹⁴⁴ Le sentenze sono state oggetto di numerosi commenti in dottrina; quanto alla n. 5 del 2014: C. CUPELLI, *Riserva di legge e carenza di delega legislativa nella tormentata vicenda dell'associazione militare con scopi politici: i nuovi spazi di sindacabilità del vizio procedurale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, fasc. 2, pp. 977-987; C. CARUSO, *Dottrina delle "zone franche" e sindacato sulle norme penali di favore: la rivincita della legalità costituzionale?*, in *Giur. cost.*, 2014, fasc. 1, pp. 122-131; A. LOLLO, *La giurisprudenza costituzionale sul sindacato delle "norme penali più favorevoli" ad una svolta. La Corte adotta un paradigma "sostanziale" ed estende (giustamente) il sindacato di costituzionalità ai casi di violazione della legge di delega. (Osservazioni minime a margine di Corte cost. n. 5 del 2014)*, in *Oss. Cost.*, 2014, fasc. 2, pp. 1-17; G. PICCIRILLI, *È incostituzionale la (plurima) abrogazione del divieto di associazioni di carattere militare. La Corte costituzionale opportunamente presidia il corretto equilibrio tra riserva di legge in materia penale e legislazione delegata*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2014, fasc. 1, pp. 1-16. Quanto alla sentenza n. 32 del 2014: C. CUPELLI, *Incostituzionalità per vizio procedurale, reviviscenza della normativa abrogata e riserva di legge in materia penale*, in *Giur. cost.*, 2014, fasc. 1, pp. 505-512; G. CENTAMONE, *La sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2014: alcune riflessioni sulla sorte delle condanne irrevocabili*, in *Quad. cost.*, 2014, fasc. 2, pp. 399-402; A. DELLA BELLA, F. VIGANÒ, *Sulle ricadute della sentenza n. 32/2014 Corte costituzionale sull'art. 73 T.U. Stup.*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 27.2.2014; V. MANES, L. ROMANO, *L'illegittimità costituzionale della legge "Fini-Giovanardi": gli orizzonti attuali della democrazia penale*, in *www.penalecontemporaneo.it.*, 23.3.2014.

del 1948 ad opera di due diversi decreti legislativi, in palese eccesso di delega¹⁴⁵. Accertato il vizio, la Corte accoglie la questione prospettata utilizzando il duplice parametro dell'art. 76 e dell'art. 25 Cost. Il riferimento a quest'ultima norma costituzionale è significativo in quanto aveva sino ad allora costituito il baluardo dietro al quale la Corte si era trincerata nella declaratoria di inammissibilità di tutte quelle questioni che, se accolte, avrebbero determinato un effetto deteriore per il singolo. Il venir meno della norma abolitiva della fattispecie, in ragione della sua illegittima adozione per difetto di attribuzione, determina la reviviscenza della *lex peior* mai davvero espunta dall'ordinamento, ma rimasta solamente quiescente¹⁴⁶. L'effetto di far automaticamente rivivere la norma abrogata in questo caso appare una conseguenza necessaria dalla lettura complessiva della motivazione, tuttavia in questa pronuncia la Corte resta molto cauta, osservando solamente che «occorre quindi distinguere tra controllo di legittimità costituzionale, che non può soffrire limitazioni, se ritualmente attivato secondo le norme vigenti, ed effetti delle sentenze di accoglimento nel processo principale, che devono essere valutati dal giudice rimettente secondo i principi generali che reggono la successione nel tempo delle leggi penali»¹⁴⁷.

¹⁴⁵ La vicenda politica che aveva dato origine all'introduzione dei due decreti legislativi riguardava alcuni esponenti del partito Lega Nord, sottoposti a procedimento penale per la costituzione di alcuni gruppi paramilitari (Guardia Nazionale Padana e Polisia Veneta) e che miravano a beneficiare degli effetti retroattivi dell'*abolitio criminis*. L'abrogazione era avvenuta mediante due provvedimenti susseguiti a breve distanza: il D. Lgs. n. 66 del 2010 e il D. Lgs. 213 del 2010. La vicenda è ben ricostruita da M. SCOLETTA, *La sentenza n. 5/2014 della Corte costituzionale: una nuova importante restrizione delle "zone franche" dal sindacato di legittimità nella materia penale*, in *Dir. pen. cont. Riv. Trim.*, 2014, fasc. 2, pp. 242 ss.

¹⁴⁶ Come osservato dallo stesso giudice *a quo* del Tribunale di Treviso «Gli effetti retroattivi *in malam partem*, derivanti dalla caducazione *ex tunc* della norma abrogatrice dichiarata costituzionalmente illegittima, non potrebbero porsi in contrasto con il principio di retroattività della *lex mitior*, in quanto la portata costituzionale del principio di retroattività favorevole sarebbe strettamente legata all'esistenza di una *lex mitior* legittima, cioè validamente emanata nel rispetto di tutti i vincoli costituzionali», Corte cost. n. 5 del 2014 (Considerando in fatto § 2).

¹⁴⁷ Corte cost. n. 5 del 2014, Considerando in diritto § 5.2, che cita la sentenza n. 28 del 2010. Nella vicenda in esame la decisione sugli effetti intertemporali della vicenda è stata affrontata dalla Corte di cassazione, che si è trovata a dover decidere se l'art. 2, comma 2 c.p. trovi applicazione anche laddove la norma che abbia abrogato una fattispecie di reato sia poi dichiarata costituzionalmente illegittima. Il giudice della nomofilachia con la sentenza n. 24834 del 2016 (dep. 18 maggio 2017) ha dato risposta positiva al quesito affermando che il principio della retroattività *in mitior* trova applicazione anche laddove la successiva norma più favorevole sia poi dichiarata illegittima. La decisione ha raccolto le critiche puntuali della dottrina, che ha evidenziato l'inesatta assimilazione operata dalla Cassazione tra il fenomeno abrogativo di una norma più favorevole e la sua dichiarazione di illegittimità ad opera della Consulta. Quest'ultima, inoltre, produce un effetto retroattivo al quale è possibile derogare solamente quando possa avere effetti sfavorevoli per il soggetto che abbia commesso il fatto nel periodo intercorrente tra l'introduzione della

L'art. 25 Cost. che era stato utilizzato per escludere il sindacato *in malam partem*¹⁴⁸ in questo caso viene chiamato in causa per ampliare la portata del principio di legalità penale, posto a tutela del ruolo del Parlamento non solo quando si devono scegliere i fatti da punire, ma anche quelli da non punire. La Consulta valorizza in maniera rigorosa il divieto per il Governo di adottare autonome scelte di incriminazione e di decriminalizzazione, dovendo sempre rimanere legato alle indicazioni del Parlamento e non potendo mai adottare determinazioni con queste contrastanti. Il contenuto della riserva di legge in questo caso viene arricchito di un significato che va oltre il mero *favor rei*, ma garantisce la verifica sull'esercizio del potere normativo del Governo a prescindere dagli eventuali effetti deteriori prodotti nel giudizio *a quo* da una sentenza di accoglimento¹⁴⁹.

L'approdo argomentativo raggiunto con questa pronuncia è consolidato dalla sentenza n. 32 del 2014. In questo caso la Corte ha accolto la questione prospettata dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'equiparazione ai fini sanzionatori tra droghe leggere e droghe pesanti nella riforma del Testo Unico in materia di sostanze stupefacenti (D. Lgs. n. 309 del 1990) introdotta con il decreto-legge n. 272 del 2005. In questo caso, trattandosi di decretazione d'urgenza il parametro invocato è l'art. 77 Cost., senza far menzione dell'art. 25 Cost. che, semplicemente non era stato invocato dai rimettenti.

Il motivo della declaratoria di illegittimità costituzionale è individuato nella mancanza di omogeneità e collegamento funzionale tra il contenuto del decreto-legge e la

norma abrogativa e la decisione che ne dichiara l'illegittimità. In tutti gli altri casi non vi è ragione di derogare al disposto dell'art. 136 Cost. e art. 30, comma 3 della L. n. 87 del 1953. Per un'analisi critica della decisione si veda F. VIGANÒ, *Sugli effetti intertemporali della dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma che abroga una precedente incriminazione*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, fasc. 10, pp. 298-301.

¹⁴⁸ Basti considerare che dieci anni prima, trovatisi a confrontarsi con la disciplina del falso in bilancio nella sentenza n. 161 del 2004, la Corte aveva affermato l'art. 25 Cost. «preclude l'esame nel merito anche delle censure di violazione dell'art. 76 Cost. — riferite tanto alla norma di delega che alla norma delegata — basate sull'asserita carenza, o insufficiente specificazione, dei principi e criteri direttivi relativi alla configurazione delle soglie in questione, nonché sull'arbitraria o scorretta attuazione della delega da parte dell'esecutivo. Ove pure, in ipotesi, le censure fossero fondate, la Corte non potrebbe, difatti, comunque pervenire al risultato richiesto dal giudice rimettente (ossia alla eliminazione delle sole soglie, sia nella norma di delega che in quella delegata), perché ciò equivarrebbe pur sempre ad introdurre una norma incriminatrice diversa e più ampia di quella prefigurata dal legislatore delegante; ma dovrebbe, semmai, rimuovere l'intera norma (di delega e delegata), con un effetto diametralmente opposto, che sovvertirebbe il risultato perseguito dal giudice a quo: non più, cioè, di dilatazione dell'ambito di rilevanza penale delle false comunicazioni sociali, ma di esclusione totale della rilevanza stessa» (Considerando in diritto § 7.1).

¹⁴⁹ SCOLETTA, *La sentenza n. 5/2014 della Corte costituzionale*, cit., p. 249-250.

legge di conversione. L'introduzione dell'equiparazione tra droghe pesanti e leggere era avvenuta in sede di conversione di un decreto-legge già di per sé disomogeneo (basti considerare la rubrica "Misure urgenti per garantire la sicurezza ed i finanziamenti per le prossime Olimpiadi invernali, nonché la funzionalità dell'Amministrazione dell'interno. Disposizioni per favorire il recupero di tossicodipendenti ricidivi"). La Corte, dopo aver definito la natura della legge di conversione come «funzionalizzata alla stabilizzazione di un provvedimento avente forza di legge, emanato provvisoriamente dal Governo e valido per un lasso temporale breve e circoscritto»¹⁵⁰, mette in luce che anche laddove il decreto-legge da convertire presenti una natura eterogenea il contenuto normativo introdotto in sede di conversione deve comunque ricollegarsi ad uno degli oggetti trattati dall'atto da stabilizzare. La verifica della coerenza tra la profonda modifica del sistema di contrasto penale al traffico di sostanze stupefacenti e le disposizioni per favorire il recupero di persone tossicodipendenti offre un esito negativo: mentre il decreto-legge introduceva norme di natura processuale, rivolte a soggetti determinati e finalizzate al loro recupero, in sede di conversione erano state adottate norme di natura sostanziale, rivolte a chiunque e miranti alla stigmatizzazione di tali persone. Lo scrutinio dimostra l'intenzione di non fermarsi alla mera etichetta o a questioni nominalistiche dettate dall'afferenza di entrambi i contenuti alla macro-materia delle sostanze stupefacenti e dei suoi utilizzatori, ma adotta una lettura sostanzialista, nella quale in dottrina si è letto una eco dell'approccio tipico della Corte EDU¹⁵¹.

Osservata la disomogeneità tra decreto e legge di conversione, si afferma che «benché contenute in due soli articoli, le modifiche introdotte nell'ordinamento apportano una innovazione sistematica alla disciplina dei reati in materia di stupefacenti, sia sotto il profilo delle incriminazioni sia sotto quello sanzionatorio» e che «una tale penetrante e incisiva riforma, coinvolgente delicate scelte di natura politica, giuridica e scientifica, avrebbe richiesto un adeguato dibattito parlamentare, possibile ove si fossero seguite le ordinarie procedure di formazione della legge, ex art. 72 Cost.», mentre

¹⁵⁰ Corte cost. n. 32 del 2014, considerando in diritto § 4.1. In questo passaggio la Corte si richiama alla precedente sentenza n. 22 del 2012, con la quale per la prima volta aveva accolto una questione di illegittimità costituzionale di norme introdotte in maniera eccentrica durante la fase di conversione del decreto-legge.

¹⁵¹ MANES, ROMANO, *L'illegittimità costituzionale della legge "Fini-Giovanardi": gli orizzonti attuali della democrazia penale*, cit., p. 7. Gli AA. rilevano questo carattere anche per contrasto con la sentenza Cass., sez. VI, 28 febbraio 2013, n. 18804, la quale appunto aveva ritenuto l'irrilevanza della questione di costituzionalità prospettata osservando che tanto il decreto-legge quanto la legge di conversione avevano toccato, pur in maniera diversa, il tema della tossicodipendenza.

«un intervento normativo di simile rilievo [...] ha finito, invece, per essere frettolosamente inserito in un “maxi-emendamento” del Governo, interamente sostitutivo del testo del disegno di legge di conversione, presentato direttamente nell’Assemblea del Senato e su cui il Governo medesimo ha posto la questione di fiducia»¹⁵². Pur rappresentando un’affermazione rara – come visto precedentemente – in questo caso la Corte censura in maniera esplicita la prassi della compressione della procedura parlamentare in sede di conversione e, insieme alla rilevata disomogeneità, ne fa discendere un vizio procedurale che la conduce a rilevare che «l’atto affetto da vizio radicale nella sua formazione è inidoneo ad innovare l’ordinamento e, quindi, anche ad abrogare la precedente normativa»¹⁵³.

Assimilando l’atto viziato a quello adottato in mancanza di delega legislativa ne deriva anche in questo caso la reviviscenza della norma precedente, nonostante il conseguente effetto *in malam partem* per il regime punitivo delle droghe pesanti, mitigato dalla parificazione operata dalla novella del 2006. In questo caso la scelta della reviviscenza si arricchisce di una ulteriore sfumatura: la Corte non avrebbe potuto optare per la mera elisione della norma censurata senza creare una lacuna giuridica incompatibile con gli obblighi di penalizzazione di natura euro-unitaria¹⁵⁴, dando luogo ad

¹⁵² Corte cost. n. 32 del 2014, considerando in diritto § 4.4.

¹⁵³ Corte cost. n. 32 del 2014, considerando in diritto § 5. Ritiene impropria la parificazione del vizio qui riscontrato con la categoria dei vizi radicali PELLIZZONE, *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale*, cit. p. 33. Secondo l’A. nei casi richiamati dalla Corte (sentenza nn. 361 del 2010 e 123 del 2011) poteva parlarsi di vizio radicale in quanto ci si trovava d’innanzi a manifeste carenze di potere dell’organo legislativo (regionale, in quel caso), tale da poter affermare la mera parvenza di legge. La prassi del ricorso al maxiemendamento e del voto di fiducia sulla legge di conversione, pur essendo grave, non raggiunge un simile livello. Ritiene l’A. che la Corte abbia forzato la mano per poter più agilmente affermare la reviviscenza della normativa precedente.

¹⁵⁴ Pur trattandosi di un *obiter dictum*, la Corte osserva che «la materia del traffico illecito degli stupefacenti è oggetto di obblighi di penalizzazione, in virtù di normative dell’Unione europea. Più precisamente la decisione quadro n. 2004/757/GAI del 2004 fissa norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni applicabili in materia di traffico illecito di stupefacenti, richiedendo che in tutti gli Stati membri siano punite alcune condotte intenzionali, allorché non autorizzate, fatto salvo il consumo personale, quale definito dalle rispettive legislazioni nazionali. Pertanto, se non si determinasse la ripresa dell’applicazione delle norme sanzionatorie contenute nel d.P.R. n. 309 del 1990, resterebbero non punite alcune tipologie di condotte per le quali sussiste un obbligo sovranazionale di penalizzazione. Il che determinerebbe una violazione del diritto dell’Unione europea, che l’Italia è tenuta a rispettare in virtù degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost.» (Considerando in diritto § 5). Ciò pone un importante tassello sulla ricostruzione degli effetti della violazione delle *positive obligations*, sembrando aprire la strada alla possibilità di sindacare con effetti *in malam partem* anche le norme più favorevoli in contrasto con questi. Di questo avviso MANES, ROMANO, *L’illegittimità costituzionale della legge “Fini-Giovanardi”*, cit., p. 17.

un «inadempimento statale sopravvenuto»¹⁵⁵ rilevante ai sensi degli artt. 11 e 117 Cost.

Le due sentenze richiamate segnano l'inizio di un percorso in controtendenza¹⁵⁶ rispetto al passato, in cui la riserva di legge non è più un limite al ripristino della legalità costituzionale violata, che viene sanzionata anche a costo di produrre effetti *in malam partem*. Nel farlo, la Corte sembra sincronizzare la portata del suo giudizio tanto verso i decreti-legge tanto verso i decreti legislativi, parificando il livello di severità prima sbilanciato nel senso di un maggior rigore verso i primi e pertanto definita in dottrina come una giurisprudenza «a due velocità». Il fulcro della riserva di legge in questo caso è individuato nella garanzia che il principio offre prevedendo il rispetto delle regole procedurali che presiedono al corretto formarsi della volontà parlamentare, tanto in occasione delle deleghe legislative (e del loro esercizio) quanto rispetto alla conversione dei decreti-legge. L'idea che attraverso la garanzia procedurale la riserva di legge offra una garanzia sostanziale, che per questo motivo va tutelata senza il ricorso ad alibi, ha innescato un processo di maggior impegno della Consulta, sul quale si tornerà nel prossimo capitolo.

4.2. *L'eterointegrazione normativa: il labile confine tra specificazione tecnica e scelta politica*

L'estensione della riserva di legge in materia penale, la sua natura assoluta o relativa – al netto di ogni discorso sulla validità di questa distinzione¹⁵⁷ – rappresenta il

¹⁵⁵ MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., p. 99 ss.

¹⁵⁶ Segnala in particolare questo cambio di passo C. CUPELLI, *Il problema della legalità penale segnali in controtendenza sulla crisi della riserva di legge*, in *Giur cost.*, 2015, fasc. 1, p. 181.

¹⁵⁷ La dottrina costituzionalistica presenta diverse autorevoli voci che si sono espresse nel senso della infondatezza di questa distinzione, priva di solide basi testuali nella Carta fondamentale. Tra queste, minoritarie e più risalenti sono quelle che ritengono che ogni riserva di legge prevista dalla Costituzione debba essere intesa in termini assoluti; di questo avviso FOIS, *La "riserva di legge"*, cit., p. 322; molto netta la posizione di L. PALADIN, *La potestà legislativa regionale*, Padova, 1958, secondo il quale «qualsiasi riserva di legge dovrebbe dirsi assoluta relativamente ad oggetti più o meno limitati» (p. 80). Per contro, la dottrina più recente ritiene che le riserve di legge debbano intendersi generalmente in termini relativi, salvo verificare rispetto ad ogni singola materia lo spazio di discrezionalità spettante alle fonti subordinate; di questo avviso R. BALDUZZI, F. SORRENTINO, *Riserva di legge* (voce), in *Enc. Dir.*, vol. XL, Milano, 1989, «tutte le riserve sono relative, salvo poi verificare, di volta in volta, quali sono i margini di discrezionalità che la legge può validamente lasciare agli organi deputati alla sua applicazione (siano essi amministrativi o giurisdizionali)» (p. 1218).

frangente rispetto al quale, in maniera più evidente, le affermazioni di principio sono accompagnate dalla disillusione circa possibilità di impedire interventi da parte delle fonti secondarie.

Relegate a pagine del passato le prese di posizione più intransigenti sulla natura assoluta della riserva, la disillusione pare motivata dall'osservazione di una realtà in cui l'apporto delle fonti subordinate è ormai normalizzato e assestato secondo il canone debole – denunciato come «imbarazzante ossimoro»¹⁵⁸ – della riserva «tendenzialmente assoluta»¹⁵⁹. La perdita di interesse verso questo tema è forse motivato anche dalla circostanza che negli ultimi decenni le tensioni maggiori sul terreno della legalità sono state avvertite sul diverso piano del rapporto tra la legge nazionale e le fonti sovranazionali, soprattutto di quelle provenienti dall'Unione europea, argomento rispetto al quale si ripropone il problema della scarsa legittimazione democratica degli organi di produzione di tali normative tecniche, chiamate ad integrare in maniera talvolta pregnante il precetto penale, a discapito del ruolo del Parlamento¹⁶⁰. Pur rinviando alla trattazione successiva, deve qui ricordarsi che nonostante l'Unione non abbia competenza diretta in materia penale, anche a seguito del Trattato di Lisbona, le sue fonti condizionano la produzione normativa chiamata a far rispettare certi *standard* o a richiedere la sanzione di regole contenute in fonti europee¹⁶¹.

La scemata attenzione per il tema dell'eterointegrazione normativa, pur comportando un indebolimento della peculiare componente democratica che caratterizza la riserva di legge in materia penale, tipica del nostro ordinamento costituzionale, non pare poter essere indicata come un fenomeno isolato solo che si guardi oltre i confini nazionali. Negli ordinamenti giuridici continentali più prossimi al nostro il problema dell'integrazione della norma penale da parte di fonti diverse dalla legge gode di un approccio ugualmente aperto a visioni elastiche.

¹⁵⁸ M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, p. 83.

¹⁵⁹ La formula è stata coniata da M. ROMANO, *La repressione della condotta antisindacale*, Milano, 1974, pp. 171 ss.

¹⁶⁰ Osserva questo cambio di priorità nelle preoccupazioni della dottrina impegnata sul tema della legalità penale MANES, *Eterointegrazione della fattispecie penale mediante fonti subordinate, tra riserva "politica" e specificazione "tecnica"*, cit., p. 89.

¹⁶¹ Per alcuni esempi di settori in cui si assiste ad una eterointegrazione tra fonti nazionali ed europee anche in materia penale, soprattutto rispetto agli elementi normativi della fattispecie si veda C. BUZIO, *Regole cautelari eurounitarie e colpa penale. Spunti per una riflessione*, in *Leg. pen.*, 17.4.2020; A. MARTUFI, *Eterointegrazione penale e norme europee. Il caso della legislazione penale alimentare*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2012, p. 710 ss.; E. AMATI, *Abusi di mercato e sistema penale*, Torino, 2012, p. 50; M. A. BARTOLUCCI, *Le nuove definizioni e, in particolare, la nozione di informazione privilegiata*, in *Soc.*, 2019, fasc. 5, pp. 547 ss.

In Germania – caratterizzata da una forma di Stato federale ove anche i singoli *Länder* possiedono competenza in materia penale¹⁶² – la riserva di legge presenta un contenuto scalare, la cui intensità massima (art. 104 GG) è legata al ricorrere di una sanzione limitativa della libertà personale (*Freiheitstrafe*), per la quale si ammette la possibilità di delegare a fonti subordinate la specificazione di elementi del reato, già definiti nei soli presupposti fondamentali dalla legge ordinaria. Una intensità inferiore della riserva ricorre in presenza di illeciti sanzionati con la sola pena pecuniaria, per i quali vige unicamente il disposto dell'art. 103, comma 2 GG, che prevede pacificamente la possibilità di una integrazione del precetto attraverso il meccanismo dell'art. 80, comma 1 GG, in base al quale il Governo federale, un ministro federale o i Governi dei *Länder* possono essere delegati per legge a emanare atti normativi in conformità allo scopo e al contenuto della delega. Questi atti (*Rechtsverordnungen*), pur simili ai nostri decreti legislativi, nel sistema tedesco delle fonti non hanno forza di legge, ma sono fonti secondarie¹⁶³. Rispetto a queste due forme di integrazione, la dottrina tedesca avverte i problemi legati all'eterointegrazione non tanto sul piano della riserva di legge (*Vorbehalt des Gesetzes*), quanto sotto il profilo della determinatezza della fattispecie (*Bestimmtheitsgebot*)¹⁶⁴.

¹⁶² L'art. 74 della Costituzione federale tedesca stabilisce infatti che il potere legislativo dei singoli *Länder* è dotato di competenza concorrente con quello federale. A fronte di questo generale riconoscimento vi sono due ordini di limiti a questa potestà normativa. A livello costituzionale l'art. 72 prevede che i *Bundesländer* possono esercitare il proprio potere normativo in via sussidiaria rispetto a quello federale, restando pertanto escluso in tutte le materia in cui lo Stato federale lo abbia già esercitato (tale regola è estesa anche agli illeciti amministrativi punitivi). Il secondo ordine di limiti è previsto dalla legge introduttiva al codice penale (§§. 1-4 EGStGB): il § 1 prevede che la parte generale del codice vale per tutto il territorio statale; l'§ 2 prevede le uniche due eccezioni a questa regola in relazione alla possibilità per ogni *Länder* di determinare per i propri illeciti limiti spaziali diversi da quelli generali e la possibilità di introdurre cause di non punibilità più ampie di quelle previste dal diritto penale federale; il § 3 pone un limite massimo alle sanzioni che possono essere previste da ogni *Länder*, escludendo altresì il ricorso alla confisca; infine, il § 4 prevede che quando il legislatore federale intende disciplinare in maniera compiuta una materia può escludere ogni contributo integrativo da parte dei legislatori regionali. Sul punto si vedano G. FORNASARI, *I principi del diritto penale tedesco*, Padova, 1993, pp. 39 ss.; PALAZZO, PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, cit., pp. 77-78.

¹⁶³ FORNASARI, *I principi del diritto penale tedesco*, cit., p. 24.

¹⁶⁴ Lo rileva MANES, *Eterointegrazione della fattispecie penale mediante fonti subordinate, tra riserva "politica" e specificazione "tecnica"*, cit., p. 88. Il problema della tensione con il principio di riserva di legge è avvertito con più attenzione nel caso in cui ad integrare il precetto sia il diritto derivato dell'Unione europea, fenomeno che si verifica ad esempio nel sistema di repressione degli illeciti agroalimentari (*Lebensmittelstrafrecht*); tale legge prevede al § 62 una delega in bianco al Ministero Federale ad adottare tutti i provvedimenti necessari ad assicurare il rispetto della normativa europea e a designare i fatti che sono puniti

In Francia, la Costituzione del 1958 (art. 34) ha accreditato la fonte regolamentare come fonte principale nel settore delle contravvenzioni (punite con la sola sanzione pecuniaria o interdittiva), affidandole una buona parte del codice penale (*partie réglementaire*) e della legislazione complementare. Rispetto alle contravvenzioni il regolamento fissa il precetto, mentre la determinazione della sanzione è riservata alla legge, che detta i massimi d'ammenda per ciascuna delle cinque classi di illeciti contravvenzionali¹⁶⁵.

In Spagna, la *legalidad sancionadora* sancita dall'art. 25 della Costituzione del 1978 avvolge tutto il diritto punitivo, andando oltre l'etichetta penalistica, e sembrerebbe richiedere una maggiore garanzia posta dalla riserva di *ley organica*, fonte disciplinata dall'art. 81 che necessita per la sua approvazione di una maggioranza qualificata e una votazione finale dell'intero progetto di legge. Tuttavia, alla previsione di una maggiore garanzia nella fase di approvazione della legge corrisponde una nozione di riserva a carattere relativo che ammette un ampio ricorso alle *leyes penales in blanco*¹⁶⁶.

Il contributo delle fonti subordinate in materia penale, anche dopo questo sguardo comparatistico, non pare poter essere affrontato come un tabù e una opposizione ferma a tale fenomeno sembrerebbe, anzi, prestare il fianco a critiche di antistoricità

come reato o come illecito amministrativo. Riporta i termini della questione e le principali critiche della dottrina tedesca, che sottolinea il "doppio" deficit di legittimazione democratica, G. TOSCANO, *Suggerzioni del Lebensmittelstrafrecht in vista di una riforma degli illeciti agroalimentari*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, fasc. 4, p. 1856 ss.

¹⁶⁵ I principi in materia sono fissati dagli artt. 111-2 e 113-2 del Codice penale del 1995. Al codice penale si affiancano poi numerosi testi unici, chiamati codici, additati come manifestazione di una frammentazione ed ipertrofia del sistema penale non dissimile dal nostro: solo il 10% delle contravvenzioni trova la sua sede nel codice, mentre la restante parte è dislocata nelle leggi speciali. Sul punto si vedano G. FORNASARI, A. MENGHINI, *Percorsi europei di diritto penale*, III ed., Padova, 2012, p. 5; PALAZZO, PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, cit., pp. 114 ss. Per un commento risalente ai primi anni dall'entrata in vigore della Costituzione del 1958, ove si rammenta che l'abbandono della riserva di assoluta di legge non ha comportato una parallela rinuncia all'esigenza di tassatività della fattispecie e ove si richiamano le critiche della dottrina d'Oltralpe dell'epoca circa lo scarto di tutela prodotto da questa scelta tra contravvenzioni e altri reati: F. BRICOLA, *Limiti di operatività della regola «Nullum crimen nulla poena sine lege» nel diritto francese*, in *Ind. pen.*, 1967, pp. 22-40, ora contenuto anche in S. CANESTRARI, A. MELCHIONDA (a cura di), *Scritti di diritto penale*, Milano, 1997, p. 357-379.

L'istituzionalizzazione di un rapporto forte tra diritto penale e fonte regolamentare è stata accompagnata nel codice del 1995 dalla previsione espressa del sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi integrativi del precetto e sulla possibilità di disapplicare le norme incriminatrici che sanzionino l'inservanza di un atto illegittimo (art. 111-5), recependo nel testo legislativo gli sforzi dell'elaborazione giurisprudenziale. Sul punto, M. GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa nel nuovo codice penale francese (art. 111-5)*, in *Cass. pen.*, 1999, fasc. 6, pp. 2020-2027.

¹⁶⁶ FORNASARI, MENGHINI, *Percorsi europei di diritto penale*, cit., p. 6; PALAZZO, PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, cit., pp. 164 ss.

di una simile posizione a fronte dell'accresciuta complessità degli oggetti da regolare. Rispetto agli ordinamenti considerati, tuttavia, nel nostro sistema non si registra la stessa attenzione alla differenziazione degli spazi del contributo integrativo a seconda della gravità della sanzione penale chiamata in causa, ma le condizioni di ammissibilità appaiono le stesse per tutto il sistema penale.

Contribuisce all'estensione del fenomeno un novero assai vario di fonti della normazione governativa, che intervengono ad integrare la norma penale, e la presenza di diversi modelli attraverso cui questa integrazione si manifesta.

Sotto il primo profilo, il novero delle fonti governative chiamate ad integrare il precetto si è ampliato fino a comprendere, oltre i regolamenti e i decreti ministeriali, diversi atti posti ai margini della gerarchia delle fonti, che assumono rilevanza in quanto regolatori dei settori che impiegano lo strumento penale. Gli esempi possono essere i più vari e rendono marginale il classico esempio delle tabelle predisposte dal Ministero della Salute contenenti l'elencazione normativa delle sostanze stupefacenti rilevanti ai fini della legislazione penale in materia di droga (art. 13 del d.P.R. n. 309 del 1990). Nel diritto penale tributario le circolari dell'Agenzia delle entrate forniscono un contributo determinante nella specificazione del contenuto di elementi normativi della fattispecie. Nel diritto penale urbanistico, le fattispecie centrali del sistema previste dall'art. 44 d.P.R. n. 380 del 2001 devono essere integrate dalle previsioni contenute dal piano regolatore comunale, nonché da tutte le disposizioni necessarie a darvi attuazione.

Nel sistema della repressione penale degli abusi di mercato la definizione di elementi normativi delle fattispecie è demandata a fonti di diritto derivato dell'Unione europea, secondo un modulo certamente diverso rispetto all'eterointegrazione tramite fonti subordinate di origine governativa, ma comunque esemplificativo del variegato panorama dei fenomeni di interazione tra le fonti. Vi sono poi le Istruzioni della Banca d'Italia che concorrono alla determinazione della soglia dei tassi usurari, tramite il recepimento da parte dell'apposito decreto ministeriale, e le istruzioni che incidono in materia di antiriciclaggio.

Il ruolo di fonti normalmente poste ai margini della piramide delle fonti nella determinazione del precetto si è manifestato con forza anche durante la pandemia da Covid-19, durante la quale sono stati variamente impiegati i d.P.C.M, ordinanze del Ministero della Salute, nonché le ordinanze contingibili ed urgenti regionali e

sindacali¹⁶⁷. Rispetto all'esperienza dell'emergenza sanitaria, anche dopo i primi momenti di smarrimento che hanno segnato dei «veri e propri sfregi costituzionali»¹⁶⁸ ammettendo delle deleghe in bianco al potere esecutivo nella determinazione delle condotte da sanzionare nell'ambito del contenimento del contagio, sono state accreditate fonti *extra ordinem* non previste nello statuto dell'emergenza delineato dalla Costituzione. La sequenza istituita dal D.L. n. 19 del 2020 tra decreto-legge e d.P.C.M. si è esposta a critiche molteplici e serie, motivate dall'abilitazione di un atto amministrativo ad incidere in maniera rilevante su diritti fondamentali della persona. La Corte costituzionale, investita della questione di legittimità di una simile pratica normativa, ha dovuto compiere uno sforzo notevole per riconoscerne la compatibilità con il testo costituzionale sino a dover coniare l'apposita categoria degli «atti amministrativi esecutivi sufficientemente tipizzati»¹⁶⁹. La prassi di ricorrere a fonti inedite nel panorama

¹⁶⁷ C. RUGA RIVA, *La violazione delle ordinanze regionali e sindacali in materia di coronavirus: profili penali*, in *Sist. pen.*, 2020, fasc. 3, pp. 231 ss. Lo stesso A. aveva evidenziato già in passato il ruolo delle ordinanze contingibili ed urgenti, strumento che assegna al sindaco – nell'ambito della previsione di cui all'art. 54, comma 4-bis del TUEL – un potere incisivo quale co-protagonista della determinazione della politica criminale del “diritto penale municipale” volto alla tutela del bene giuridico onnivoro della sicurezza urbana. Pur rappresentando un potere solamente indiretto rispetto alle scelte nazionali di incriminazione, il potere del sindaco può spesso portare ad una aggiunta di una sanzione amministrativa punitiva che crea duplicazioni sanzionatorie anche consistenti, ispirate dal perseguimento di un effimero guadagno in termini di consenso. Sul punto si vedano le osservazioni svolte all'indomani dell'introduzione delle modifiche al TUEL contenute nel c.d. Decreto Minniti (D.L. n. 42 del 2017, L. conv. n. 48 del 2017), C. RUGA RIVA, R. CORNELLI, A. SQUAZZONI, P. RONDINI, B. BISCOTTI, *La sicurezza urbana e i suoi custodi (il Sindaco, il Questore e il Prefetto)*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 2017, fasc. 4, pp. 224 ss.

¹⁶⁸ G. SILVESTRI, *Covid e Costituzione*, in *www.unicost.eu*, 4 ottobre 2020, p. 4.

¹⁶⁹ Corte cost. n. 198 del 2021. La sentenza ha affrontato la questione di legittimità sollevata dal Giudice di Pace di Frosinone, chiamato a pronunciarsi su di una opposizione ad una sanzione amministrativa inflitta ad un cittadino che aveva violato il divieto di circolazione senza giustificato motivo sancito dal d.P.C.M. del 22 marzo 2020, attuativo del D.L. n. 6 del 2020. Lamentava in particolare il contrasto tra tali disposizioni e gli artt. 76, 77 e 78 Cost. sostenendo che in forza del decreto-legge era stato sostanzialmente affidato al Governo il potere legislativo in materia di contenimento della pandemia. La Corte, dopo aver sciolto la questione procedurale relativa all'irrelevanza della questione per l'intervento del successivo D.L. n. 19 del 2020, ha ritenuto infondata la questione sostenendo che il decreto-legge tipizzava a livello di fonte primaria le misure potenzialmente applicabili alla gestione della pandemia, nel cui ambito potevano intervenire caso per caso i provvedimenti attuativi ritenuti necessari al fine di contenere l'emergenza. Tale tipizzazione, secondo la Consulta, ha reso conforme a Costituzione il rapporto tra fonti primarie e secondarie, in quanto: «La fonte primaria, pertanto, non soltanto ha tipizzato le misure adottabili dal Presidente del Consiglio dei ministri, in tal modo precludendo all'autorità di Governo l'assunzione di provvedimenti *extra ordinem*, ma ha anche imposto un criterio tipico di esercizio della discrezionalità amministrativa, che è di per sé del tutto incompatibile con l'attribuzione di potestà legislativa ed è molto più coerente con la previsione di una potestà amministrativa, ancorché ad efficacia generale». Come è

giuridico testimonia ancora una volta come l'evoluzione della legalità governativa sia magmatica e capace di trovare sempre nuove forme.

Il secondo profilo indicato, relativo ai modelli di integrazione tra fonte primaria e secondaria, presenta una varietà non dissimile e che muta a seconda dell'incidenza sul contenuto della norma e della sua evidenza. Si possono avere integrazioni che incidono sulla descrizione del tipo comportamentale, che lambiscono o investono il nucleo penalistico del precetto – con le connesse conseguenze sul piano del dolo e del tipo di errore che viene in rilievo, tra l'art. 5 c.p. e l'art. 47 c.p. – integrazioni con rinvio fisso o con rinvio formale e, infine, integrazioni visibili od occulte, a seconda che il rinvio alla fonte subordinata sia manifesto o latente¹⁷⁰. Soprattutto queste ultime, beneficiando della loro apparente scarsa significanza, rischiano di passare inosservate pur contribuendo in maniera determinante alla determinazione del disvalore dell'illecito. In questo senso è emblematico il caso dell'eterointegrazione cautelare del tipo colposo – per sua natura strutturalmente aperto –, che nell'ambito della colpa specifica è fisiologicamente bisognoso di essere integrato con regole cautelari contenute in fonti extra penali. In questo settore le regole cautelari «concorrono a fondare – attraverso l'individuazione di specifiche cadenze comportamentali – la qualifica di conformità/non conformità di condotte poste in essere nell'ambito di attività pericolose il cui esercizio l'ordinamento permette»¹⁷¹, pertanto la loro individuazione non si risolve in

stato da più parti messo in luce in dottrina, la sentenza elude il tema nodale dell'esatta qualificazione giuridica dei d.p.c.m., per i quali viene coniata la definizione di atti amministrativi esecutivi sufficientemente tipizzati, ossia un *tertium genus* rispetto alla dicotomia tra atti amministrativi di carattere generale e atti aventi natura normativa. Tale categoria, oltre a non avere un sicuro appiglio normativo, si espone al serio limite di essere un atto non direttamente giustiziabile da parte dei cittadini. La sentenza è stata oggetto di plurimi commenti, tra i quali si vedano A. LUCARELLI, *L'erosione del principio di legalità e gli atti amministrativi sufficientemente tipizzati*, in *Giur. cost.*, 2021, fasc. 5, pp. 2063 ss.; M. VITTORI, *I decreti-legge e i d.p.c.m. dell'emergenza sanitaria tra riserva di legge, tipizzazione del contenuto dei provvedimenti e bilanciamento dei diritti (riflessioni non ancora desuete a margine di Corte costituzionale sent. n. 198/2021)*, in *Consulta Online*, 2022, fasc. 3, pp. 1345 ss.; osserva che tra le righe della sentenza può leggersi la definizione dell'illiceità del D.L. n. 6 del 2020, "salvato" dalla non rilevanza della questione L. A. MAZZAROLI, *La sent. n. 198/2021 della Corte costituzionale e la pratica dell'uso del d.p.c.m. in epoca Covid-19: non si tratta di un'assoluzione. Anzi*, in *ambientediritto.it*, pp. 324-342.

¹⁷⁰ Su queste distinzioni ed i relativi esempi si veda MANES, *Eterointegrazione della fattispecie penale mediante fonti subordinate, tra riserva "politica" e specificazione "tecnica"*, cit., pp. 97-99.

¹⁷¹ E. GRECO, *Eterointegrazione cautelare e successione di leggi nelle cadenze strutturali dell'illecito colposo. In particolare: il microsistema degli spettacoli musicali, cinematografici e teatrali delineato dal "decreto palchi"*, in *Dir. pen. contr. Riv. trim.*, 2016, fasc. 3, p. 150. L'A. dopo aver messo in luce le centralità della regola cautelare nella costruzione della tipicità della condotta colposa, ne trae le conseguenze sul piano della legalità penale: in ragione della determinante incidenza sulla definizione del disvalore della condotta, si

una questione puramente tecnica, ma contribuisce ad approfondire e sviluppare il significato di disvalore dell'illecito.

Alla luce di questa varietà di fonti e forme di integrazione, la Corte costituzionale si è da tempo ormai assestata sulla posizione che ammette una integrazione della norma penale quando la «legge determina con sufficiente specificazione il fatto cui è riferita la sanzione penale. In corrispondenza della *ratio* garantista della riserva, è infatti necessario che la legge consenta di distinguere tra la sfera del lecito e quella dell'illecito, fornendo a tal fine un'indicazione normativa sufficiente ad orientare la condotta dei consociati»¹⁷². In questo modo, almeno sul versante del precetto, la riserva di legge assume dei tratti di relatività che la aprono all'ingresso di contributi normativi da parte di fonti subordinate, alla condizione che l'apporto sia di tipo tecnico.

Ecco allora che il crinale lungo il quale si colloca la distinzione tra una integrazione ammissibile o meno è quella che divide la scelta politica da quella tecnica, «un'altra delle dicotomie fondamentali del paesaggio giuridico moderno, che vede i due termini contrapposti come polarizzazioni luminose e distinte»¹⁷³. La distinzione presenta dei tratti quantomai sfumati, soprattutto alla luce del disvelamento dell'illusorietà di una netta separazione tra le sfere della politica e della tecnica, ove spesso quest'ultima è piegata ai fini della prima.

Il ricorso alla categoria della tecnica spesso cela un *escamotage* per demandare ai saperi esperti scelte di valore che dovrebbero competere alla politica. La ragione risiede nella sedimentata percezione che il politico sia il regno del conflitto, condotto secondo la consapevolezza della contrapposizione amico-nemico, mentre la tecnica

propono la «legittimazione del ricorso alla normazione sub-legislativa in funzione (para)cautelare solo se la cornice preventiva e la base valoriale su cui dovrebbe plasmarsi il contenuto della norma abbiano già formato oggetto di valutazione (in termini di rischio consentito/non consentito) da parte di una cautela primaria; così, alla regola di fonte subordinata spetterebbe la modulazione delle cadenze comportamentali entro un'intelaiatura di massima già precedentemente delineata in sede legislativa».

¹⁷² Corte cost. n. 282 del 1990. La sentenza, redatta da Renato Dell'Andro, compone insieme alla n. 364 del 1988 e la n. 487 del 1989 un trittico che ha segnato l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia penale. Oggetto della pronuncia era una norma che rinviava ad un regolamento pre-esistente, ma suscettibile di modifiche successive, la determinazione dei soggetti attivi di un reato proprio. La norma è stata dichiarata illegittima in virtù della possibilità per il potere esecutivo di modificare la fonte regolamentare, incidendo su di un elemento fondamentale del fatto tipico, con *vulnus* non solo della riserva di legge, ma anche della determinatezza della fattispecie. Sulla giurisprudenza costituzionale che si inserisce nel solco dell'ammissibilità di un contributo tecnico alla determinazione della norma penale si veda ROMANO, *Commentario sistematico al codice penale*, I, cit., p. 37.

¹⁷³ MANES, *Eterointegrazione della fattispecie penale mediante fonti subordinate, tra riserva "politica" e specificazione "tecnica"*, cit., p. 103.

pare offrire un territorio neutrale costruito sulle fondamenta del suo procedimento oggettivo di selezione dell'opzione corretta secondo il metodo prescelto, ove quindi il conflitto viene meno¹⁷⁴. Dietro l'etichetta della "specificazione tecnica" possono celarsi scelte di valore che producono l'effetto di esautorare il ruolo della fonte primaria dalla definizione del contenuto di disvalore dell'illecito, in questo riducendo ulteriormente il ruolo del potere legislativo, il cui fisiologico conflitto dialettico è anestetizzato dal ricorso alle determinazioni della tecnica e della scienza che – secondo un *refrain* impreciso, ma divenuto familiare nell'esperienza pandemica – "non è democratica"¹⁷⁵: di fronte a scelte di disciplina intricate e complesse «il principio democratico deve fare i conti con quello tecnocratico»¹⁷⁶.

4.2.1. L'esempio delle soglie di punibilità

Le soglie di punibilità forniscono un esempio del sottile limite che divide la specificazione tecnica dalla scelta politica sul quale si gioca l'ammissibilità dell'intervento delle fonti subordinate in materia penale.

La soglia di punibilità, legando la rilevanza penale di un fatto ad un elemento ponderale, svolge una funzione selettiva della rilevanza penale dell'illecito ed esprime normativamente il disvalore dell'evento¹⁷⁷. All'interno della categoria delle soglie di punibilità possono poi distinguersi le soglie di punibilità in senso stretto e i "limiti-soglia"¹⁷⁸. Le prime sono rappresentate da quegli elementi ponderali che svolgono una funzione selettiva rispetto ai reati costruiti secondo il modello del diritto penale

¹⁷⁴ C. SCHMITT, *Il concetto di politico* (1932), in ID., *Le categorie del politico*, a cura di G. Miglio e P. Schiera, Bologna, 2015, pp. 101 ss., il quale si riferisce alla «cupa religione del tecnicismo».

¹⁷⁵ Sui rapporti tra scienza e democrazia di veda M. DORATO, *Disinformazione scientifica e democrazia. La competenza dell'esperto e l'autonomia del cittadino*, Milano, 2019, in cui l'A. mette in luce le affinità e divergenze del metodo scientifico e di quello democratico, richiamando l'attenzione al rischio che un sapere scientifico iper-specializzato accompagnato da un basso tasso di alfabetizzazione scientifica della popolazione crei le condizioni per la tecnocrazia prospettata da Bobbio: una delega al sapere tecnico su scelte fondamentali che si sottrae al controllo esterno per la carenza dell'autonoma capacità critica del cittadino che non appartenga a quella comunità scientifica di riferimento.

¹⁷⁶ F. PALAZZO, *Sistema delle fonti e legalità penale*, in *Cass. pen.*, 2005, fasc. 1, p. 279.

¹⁷⁷ C.E. PALIERO, *Minima non curat praetor*, cit., pp. 744 ss.

¹⁷⁸ La distinzione tra le varie declinazioni del dato ponderale nel diritto penale nell'epoca della società del rischio è ben descritta da E. PENCO, *Limiti-soglia e responsabilità colposa. Il ruolo incerto delle soglie quantitative, dalla colpa specifica al rischio consentito*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2019, fasc. 1, pp. 196-200; ID., *Soglie di punibilità ed esigenze di sistema*, Torino, 2023, pp. 236-238.

d'evento e rispondono al principio di sussidiarietà, in cui alle condotte "sotto-soglia" corrisponde di solito una sanzione amministrativa. Rientrano in questa ipotesi molte fattispecie di reato: si pensi all'art. 316-ter c.p., all'art. 186 del D. Lgs. 286 del 1992, oppure al sistema dei reati tributari. I "limiti-soglia", invece, si legano a fattispecie proprie del modello del diritto penale del rischio ed esprimono un giudizio di pericolosità della condotta che il legislatore identifica nel superamento di un dato valore quantitativo, secondo una logica di anticipazione della tutela penale, spesso rispondente al principio di precauzione. Ne sono un chiaro esempio le fattispecie in materia di emissioni inquinanti nel diritto penale ambientale o quelle che nel settore della salute e sicurezza sul luogo di lavoro sanzionano l'esposizione dei lavoratori a determinate sostanze pericolose.

In entrambe le sue declinazioni l'elemento quantitativo rientra nel fatto tipico della fattispecie¹⁷⁹ e si iscrive tra gli altri componenti strutturali dell'illecito penale in relazione ai quali deve operare la funzione garantista del principio di riserva di legge.

D'altra parte, il ricorso alle soglie ponderali è utilizzato dal legislatore per rappresentare un dato di natura tecnica tradotto in termini quantitativi e al cui raggiungimento fa corrispondere la significatività criminale del fatto. Le fattispecie strutturate secondo questo modello appartengono quasi tutte a settori particolarmente tecnici nei quali ricorrono esigenze di aggiornamento che aprono la strada al ricorso a fonti subordinate alla legge¹⁸⁰. Ciò si verifica in particolare con riferimento alle soglie c.d. esterne¹⁸¹, ovvero quelle in cui il livello quantitativo assunto come dato discriminante

¹⁷⁹ Tale qualificazione è vera nella misura in cui il dato quantitativo contribuisce a colorare di disvalore l'illecito, non mancano tuttavia casi nei quali le soglie sono state collocate sul piano della punibilità nella categoria delle condizioni obiettive ex art. 44 c.p. Una ricostruzione approfondita delle diverse opzioni esula dallo stretto contenuto della presente ricerca, però si può qui segnalare che gli studi più recenti sul tema ritengono che la tendenza della dottrina e della giurisprudenza sia nel senso di ricondurre i limiti-soglia e le soglie di punibilità strettamente intese nell'alveo del fatto tipico per la loro stretta connessione al piano dell'offesa criminale, mentre la riconduzione alle condizioni obiettive di punibilità (estrinseche) appare recessiva per l'avvertita esigenza di evitare che un dato così rilevante sia sottratto al fuoco della colpevolezza. Sostiene autorevolmente questa collocazione sul piano della tipicità, in ragione della stretta connessione con l'offesa penale, M. ROMANO, *Teoria del reato, punibilità, soglie espresse di offensività (e cause di esclusione del tipo)*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, p. 1731. Per una ricostruzione, anche storica del dibattito dottrinale e giurisprudenziale, PENCO, *Soglie di punibilità ed esigenze di sistema*, cit., pp. 265-315.

¹⁸⁰ ROMANO *Commentario sistematico al codice penale*, I, cit., p. 36 secondo il quale talvolta questo impiego delle fonti subordinate non è solamente giustificato, ma anche opportuno.

¹⁸¹ È la classificazione proposta da PENCO, *Soglie di punibilità ed esigenze di sistema*, cit., p. 229. Alle soglie esterne si contrappongono le soglie interne che ricorrono quando è il legislatore stesso a descrivere tanto

della rilevanza penale del fatto non è fissato all'interno della norma incriminatrice, ma in una sede normativa esterna rispetto a quella che pone la sanzione.

In questi casi la tensione con il principio di riserva di legge si fa sensibile in quanto l'integrazione apportata dalla fonte subordinata è particolarmente prossima alla descrizione del tipo comportamentale sanzionato. La soglia contribuisce a colorare di illiceità una condotta che sarebbe altrimenti sostanzialmente neutra e l'intero disvalore del fatto si colloca nell'elemento oggetto dell'eterointegrazione. Occorre pertanto chiedersi in che misura l'intervento di una fonte sublegislativa nella determinazione della soglia possa dirsi compatibile con le condizioni di ammissibilità definite dalla giurisprudenza costituzionale; in altri termini, è necessario un controllo attento sulla possibilità di rinvenire nelle soglie un meccanismo di integrazione tecnica di un elemento della fattispecie già legislativamente predeterminato.

Alla luce di queste considerazioni deve certamente ritenersi incompatibile con il principio di riserva di legge la fonte primaria che deleghi completamente alla fonte subordinata l'individuazione della soglia. In virtù della stretta connessione con l'elemento dell'offesa e, quindi, del disvalore della condotta la determinazione della soglia rilevante è una scelta che sconta «un ineliminabile tasso di politicità»¹⁸² e che rende

la condotta tanto il livello quantitativo connesso all'illiceità penale della stessa. Rispetto alle soglie interne, com'è evidente, gli eventuali problemi di rispetto del principio di riserva di legge si spostano sul piano della legalità delegata. Laddove una legge delega contenga l'indicazione al Governo di ricorrere a tale tecnica di formulazione della fattispecie, si dovrà verificare a quali condizioni tale prescrizione non si traduca in una delega in bianco al potere esecutivo di determinare le condotte penalmente rilevanti. L'attenzione in questo caso andrà posta sulla precisione e determinatezza dei principi e dei criteri direttivi della delega. Posto che le soglie quantitative attengono al piano dell'offesa penalmente rilevante, la fissazione di questo livello è oggetto di una scelta squisitamente politica che deve essere compiuta dal legislatore. Su questa premessa appaiono viziate da seri dubbi di legittimità costituzionale tutte quelle ipotesi in cui la legge delega, invitando il legislatore delegato ad impiegare questa tecnica, non fissi il *quantum* rilevante, non offra alcuna indicazione numerica o comunque resti silente nel darne una quantificazione indicativa. Diversi sono gli esempi di questo modulo di delega in bianco occulta: si pensi alla legge delega n. 205 del 1999 che all'art. 9 indicava la necessità di prevedere per taluni reati tributari delle soglie di punibilità in assenza però di ogni indicazione sul livello quantitativo dell'evasione d'imposta che doveva giustificare la rilevanza penale. Assume quest'ultima legge delega ad esempio paradigmatico CUPELLI, *La legalità delegata*, cit., pp. 225 ss. Le stesse criticità sembrano riproporsi, sempre in ambito tributario, nell'art. 8 della legge delega n. 23 del 2014 ove il legislatore aveva delegato alla revisione del sistema sanzionatorio anche attraverso "adeguate soglie di punibilità", senza alcuna ulteriore specificazione.

¹⁸² MANES, *Eterointegrazione della fattispecie penale mediante fonti subordinate, tra riserva "politica" e specificazione "tecnica"*, cit., p. 97. A proposito della violazione della discrezionalità tecnica, l'A. riporta il caso della pronuncia del T.A.R. Lazio del 21 marzo 2007 che ha annullato il decreto del Ministero della Salute del 4 agosto 2006, che aveva violato i limiti della discrezionalità tecnica nella rideterminazione della quantità massima di sostanze cannabinoidi detenibili per uso personale.

necessario che sia la fonte primaria a descrivere in modo sufficientemente preciso il criterio tecnico al quale deve conformarsi il procedimento di fissazione della soglia, di modo che questa rappresenti in concreto – prendendo a prestito il lessico del diritto amministrativo – l’esplicazione della discrezionalità tecnica che compie la scelta all’interno del perimetro tracciato dalla discrezionalità legislativa¹⁸³. In questo modo si garantirebbe la predeterminazione politica dei criteri legali di concretizzazione delle scelte delegate alla fonte subordinata e, ad un tempo, anche la «esplicitazione dei paradigmi tecnico-scientifici sottesi all’individuazione della soglia, i quali sarebbero dunque meglio conoscibili e, di conseguenza, più efficacemente sindacabili»¹⁸⁴.

Alcuni esempi di questo fenomeno, sui quali si può svolgere una verifica circa il rispetto del limite tra decisione tecnica e politica, sono quelli offerti dal reato di usura e dalla disciplina della tutela penale dell’ambiente.

Rispetto alla fattispecie di cui all’art. 644 c.p., la L. n. 108 del 1996 – come noto – ha inteso superare la precedente impostazione legata allo «stato di bisogno» della persona offesa quale requisito del fatto punibile – viziata da nette oscillazioni e incertezze nella prassi applicativa – e ha introdotto un meccanismo di predeterminazione legale del parametro oggettivo di determinazione del carattere usurario degli interessi pattuiti. Ai fini della consumazione del reato – nell’ipotesi del comma 3, primo periodo – non occorre la prova che la vittima versi in stato di difficoltà e che il soggetto ne approfitti, ma è sufficiente la stipulazione di un tasso di interesse che superi il tasso predeterminato, così il disvalore dell’illecito di esaurisce nel superamento della soglia estrinseca che contiene un giudizio di pericolosità presunta da parte del legislatore¹⁸⁵.

La determinazione del tasso usurario avviene, ai sensi dell’art. 2 della l. n. 108 del 1996, secondo un criterio matematico fisso basato su di un fattore mutevole individuato nel tasso effettivo globale medio (TEGM)¹⁸⁶, indicato trimestralmente con decreto del Ministero dell’economia e delle finanze con un importante apporto della Banca d’Italia, che seleziona le singole categorie omogenee di operazioni creditizie

¹⁸³ BRICOLA, *Legalità e crisi*, cit., p. 1292.

¹⁸⁴ PENCO, *Soglie di punibilità ed esigenze di sistema*, cit., pp. 331-332.

¹⁸⁵ Ciò ha determinato anche un mutamento nella individuazione del bene giuridico tutelato dall’illecito, non più strettamente individuato nel patrimonio del soggetto passivo, ma aperto anche alla tutela dell’economia pubblica e alla regolarità del mercato creditizio. Sul punto A. MANNA, *Usura (nuova norma sull’)* (voce), in *Dig. disc. pen., Agg.*, Torino, 2000, pp. 655 ss.

¹⁸⁶ Come riportato nelle Istruzioni della Banca d’Italia all’art.1 la rilevazione del TEGM «ha per oggetto i tassi effettivi globali medi praticati dal sistema bancario e finanziario in relazione alle categorie omogenee di operazioni creditizie, ripartite nelle classi di importo e dettagliate nella scheda in allegato»

rilevanti¹⁸⁷. Nonostante i problemi connessi alle incertezze applicative derivanti da tale complesso meccanismo di calcolo, che presenta invero ampi profili di discrezionalità in capo all'Autorità amministrativa, alla temporaneità del limite quantitativo – con i connessi fenomeni dell'usura sopravvenuta e abrogata¹⁸⁸, invero superati dalla L. n. 24 del 2001 – e alla sopravvivenza del criterio qualitativo-valutativo al comma 3 della norma, la giurisprudenza e la dottrina hanno valutato positivamente il rispetto del principio di riserva di legge. Si ritiene infatti che il meccanismo di determinazione del TEGM integri – pur con i suoi limiti – un'ipotesi di specificazione tecnica all'interno di un panorama sufficientemente determinato a livello di norma primaria. Al di là delle questioni inerenti alla selezione delle operazioni creditizie rilevanti, il meccanismo di computo segue una logica matematica dettata dalla fonte primaria, così che la fonte subordinata non incide sul nucleo fondante il contenuto dell'illecito di usura¹⁸⁹.

I termini del discorso mutano con riferimento alle fattispecie incentrate sui "limiti-soglia" in materia ambientale, sui quali si sono concentrati maggiori dubbi di compatibilità con lo *standard* della eterointegrazione tecnica in materia penale. Diverse fattispecie in questo settore sono costruite secondo il modello dei limiti-soglia, ove questi ultimi sono fissati in tabelle o allegati approvati insieme alla fonte di rango primario che introduce l'illecito nell'ordinamento. Tuttavia, tale meccanismo di individuazione delle soglie è integrato dalla previsione della possibilità che il contenuto originario degli allegati al testo legislativo venga modificato successivamente da fonti subordinate¹⁹⁰; in altri casi è la fonte primaria a rimettere direttamente alla fonte subordinata la determinazione delle soglie, mediante un esplicito rinvio.

¹⁸⁷ Per una opinione critica sul ruolo egemonico della Banca d'Italia, soprattutto con riferimento alle vicende della commissione di massimo scoperto (CMS), R. MARCELLI, *Usura bancaria ad un ventennio dalla legge: un impietoso bilancio*, in *Banca borsa*, 2017, fasc. 4S, pp. 211 ss.; R. AQUAROLI, *L'usura*, in F. VIGANÒ, C. PIERGALLINI, *Reati contro la persona e il patrimonio*, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, VII, diretto da F.C. PALAZZO, C.E. PALIERO, Torino, 2015, pp. 792.

¹⁸⁸ AQUAROLI, *L'usura*, cit., p. 800. La legge n. 24 del 2001 ha permesso di superare i problemi connessi all'usura sopravvenuta, cristallizzando ai fini del giudizio il momento della pattuizione degli interessi.

¹⁸⁹ Secondo MANNA, *Usura (nuova norma sull')* (voce), cit. p. 658: «il "nucleo fondante" il contenuto d'illecito appare ancora nelle mani della legge penale, che non solo fissa il limite massimo, oltre il quale il tasso diventa usurario, ma ne prevede anche il modo di rilevazione, mediante l'azione combinata di due criteri, quale la classificazione delle operazioni per categorie omogenee, su cui poi si opera la stima trimestrale del tasso effettivo globale medio».

¹⁹⁰ Gli esempi possono essere diversi: il combinato disposto degli artt. 75, comma 3 e 137, comma 5 del D. Lgs. n. 152 del 2006 prevede la sanzione dello scarico di acque reflue industriali oltre i valori fissati

La dottrina maggioritaria nutre seri dubbi sulla possibilità di rinvenire in questa forma di eterointegrazione una mera specificazione tecnica, compatibile con la riserva di legge¹⁹¹, la quale sarebbe solo apparente poiché «con il pretesto della sua asserita natura tecnica, l'elemento maggiormente espressivo della fattispecie incriminatrice viene rimesso dal legislatore penale alla discrezionalità, di fatto politico-criminale, del potere regolamentare»¹⁹². I livelli quantitativi di inquinamento fissati nelle tabelle contribuiscono in maniera fondamentale nella qualificazione di illiceità della condotta tipica, la cui offensività si riassume nel superamento della soglia quantitativa fissata da una norma secondaria¹⁹³. Tali scelte – a differenza di quanto può valere in certa misura per la fissazione del TEGM – non sono legate a un criterio oggettivo verificabile: manca la prova che l'emissione sopra una certa soglia sia effettivamente dannosa. La determinazione delle soglie segue la logica del principio di precauzione – che informa tutta l'azione di tutela dell'ambiente (art. 3-bis D. Lgs. n. 152 del 2006) –, arruolato nei campi nei quali le norme devono gestire fonti di rischio incerto o ignoto:

nelle tabelle allegate al testo legislativo, salvo poi prevedere la possibilità della loro modifica con regolamenti adottati dal Governo su proposta del Ministero dell'ambiente. In maniera non dissimile gli artt. 279, comma 2 e 281, comma 5 dello stesso decreto legislativo, sanzionano le emissioni inquinanti prodotte nell'esercizio di un impianto o di una attività che superino i valori limite prescritti dall'allegato I al decreto, salvo prevedere poi che tale allegato può essere integrato o modificato dal Ministero dell'ambiente di concerto con il Ministero della salute e quello delle attività produttive. In materia di rifiuti, il reato di omessa bonifica previsto dall'art. 257 del D. Lgs. 152 del 2006 prevede un meccanismo ancora più complesso, strutturato secondo un modello bifasico: laddove si verifichi un evento potenzialmente pericolo per la contaminazione delle matrici del suolo e delle acque, il soggetto responsabile è tenuto a verificare il superamento di una soglia (Concentrazioni soglia di contaminazione, CSC) fissata in via generale tramite una apposita tabella (all. n. 5 al Titolo V). Se il valore risulta superato prende avvio una seconda fase che porta alla determinazione del livello di CSC; se la concentrazione dei contaminanti supera questa soglia scatta l'obbligo di bonifica, al cui inadempimento è connessa la sanzione penale. Sul punto si veda A. DI LANDRO, *Bonifiche: il labirinto della legislazione ambientale dove le responsabilità penali "si perdono". Criticità e prospettive della riparazione delle offese a un bene giuridico collettivo*, in *Dir. pen. cont.*, 28.2.2014.

¹⁹¹ C. BERNASCONI, *Il reato ambientale. Tipicità, offensività, anti-giuridicità, colpevolezza*, Pisa, 2008; F. GIUNTA, *Ideologie punitive e tecniche di normazione nel diritto penale ambientale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002, fasc. 4, pp. 850 ss.; L. SIRACUSA, *La tutela penale dell'ambiente. Bene giuridico e tecniche di incriminazione*, Milano, 2007, pp. 127-138.

¹⁹² GIUNTA, *Tutela dell'ambiente (dir. pen.)*, cit., p. 1156.

¹⁹³ SIRACUSA, *La tutela penale dell'ambiente*, cit., p. 134, secondo la quale le fattispecie dei reati ambientali «spesso descrivono condotte di per sé neutre quanto a disvalore [...] che acquistano significato solo per il tramite delle fonti integratrici. La possibilità che queste svolgano una mera funzione di specificazione di dati tecnici appare, dunque, alquanto remota, considerato che i comportamenti incriminati, in assenza di una norma esterna alla fonte penale che li riempia di contenuto "tipico", risultano frequentemente privi di carica di significatività penale».

L'opzione di divieto non si basa sulla certezza degli effetti dannosi di una determinata attività, ma su conseguenze razionalmente ipotizzate a fronte di un'attività che, in assenza di previsioni certe, rimane neutra. La scelta pertanto non è meramente tecnica, ma racchiude in sé la determinazione del punto di «bilanciamento tra le ragioni della libertà di agire (comprese quelle del commercio internazionale) e quelle della tutela della salute o dell'ambiente»¹⁹⁴, ponendo un dilemma essenzialmente politico, non demandabile ad una analisi tecnica costi/benefici.

Rispetto ai settori caratterizzati dalla logica precauzionale – destinati a crescere sotto l'influsso del diritto dell'Unione europea¹⁹⁵ –, il dubbio sulla essenza politica della scelta pare più che legittimo e l'approccio favorevole all'intervento di fonti subordinate, confezionate dagli uffici ministeriali o dalle autorità amministrative di volta in volta coinvolte, deve essere riponderato. Per tutelare il principio di riserva di legge, garantendo il monopolio della fonte primaria sulle scelte di valore sottese all'illecito penale, dovrebbe prevedersi un ri-accentramento della sede parlamentare nella fissazione dei criteri tecnici alla luce dei quali la fonte subordinata deve individuare le soglie quantitative, in maniera non dissimile da quanto si richiede per il contenuto minimo della legge delega.

L'effettivo perseguimento dell'obiettivo di affidare alla legge il compito di determinare il livello quantitativo oltre il quale arruolare lo strumento di repressione penale richiederebbe però uno sforzo importante da parte del legislatore nell'esplicitazione dello statuto epistemologico sulla base del quale operare le proprie scelte, così

¹⁹⁴ D. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e beni legati alla sicurezza. La logica precauzionale come fattore espansivo del "penale" nella giurisprudenza della Cassazione*, in www.penalecontemporaneo.it, 21.7.2011, p. 6. I problemi posti dal principio di precauzione nel diritto penale del rischio sono variegati e profondi, chiamando in causa la legittimazione stessa della pretesa punitiva, oltre al principio di offensività, e mettendo in crisi soprattutto il sistema tradizionale dell'imputazione colposa, fondata sull'accertamento dell'efficacia impeditiva del comportamento alternativo lecito. Per un'analisi di questi problemi, tra i tanti, si vedano D. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e diritto penale: paradigmi dell'incertezza nella struttura del reato*, Roma, 2012; F. GIUNTA, *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, in *Criminalia*, 2006, pp. 227 ss.

¹⁹⁵ L'art. 191, comma 2 del TFUE così recita «La politica dell'Unione Europea in materia ambientale mira a un elevato livello di tutela, tenendo conto della diversità delle situazioni nelle varie regioni dell'Unione. Essa è fondata sui principi di precauzione e dell'azione preventiva, sul principio della correzione, in via prioritaria e alla fonte, dei danni causati all'ambiente, nonché sul principio chi inquina paga». Sul punto CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e beni legati alla sicurezza*, cit., pp. 1-4. Si pensi al settore degli illeciti agroalimentari, nei quali per ragioni connesse alla diffusività e incontrollabilità delle potenziali condotte dannose il ricorso al principio di precauzione è significativo, soprattutto in ambito euro-unitario con riferimento ai problemi connessi agli organismi geneticamente modificati (OGM).

da renderlo controllabile da parte della comunità politica e scientifica¹⁹⁶. Infatti, di fronte a dati scientifici non incontrovertibili – come quelli che segnano i settori a rischio incerto – le opzioni di incriminazione dovrebbero supplire al *deficit* di certezza con una maggiore condivisione democratica dei criteri in base ai quali demandare alle fonti subordinate la scelta in concreto¹⁹⁷.

Tale modello ideale pare difficilmente perseguibile per la concreta prassi operativa del procedimento legislativo¹⁹⁸, che in questo modo verrebbe ulteriormente

¹⁹⁶ DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., p. 89. L'A. coglie nella mancanza di un onere di motivazione delle leggi un profilo di indebolimento della funzione della riserva di legge; ritiene infatti che questa sia fondamentale per svolgere un sindacato preventivo di ragionevolezza sulle norme penali, così da verificare l'effettiva utilità dell'introduzione di norme che incidono sul bene fondamentale della libertà personale. Anche al di là del settore penalistico, l'esistenza e verificabilità di validi presupposti tecnici per le scelte legislative in ambiti scientificamente connotati costituisce la condizione per verificare il più generale equilibrio fisiologico tra produzione normativa del Parlamento e del Governo. Lo si avverte particolarmente nel settore medico-sanitario, ove all'incertezza scientifica connaturata nell'arte medica si legano questioni assiologiche legate allo statuto della persona, sul punto C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in *Rivista AIC*, 2016, fasc. 2, pp. 1-11; S. PENASA, *La funzione normativa tra Parlamento e Governo: verso una fisiologica integrazione nel prisma della disciplina di ambiti scientificamente connotati*, in *Ist. fed.*, 2021, fasc. 4, pp. 931-964. Simili quesiti si pongono anche nel settore del contrasto penale agli stupefacenti, ambito nel quale rispetto ad alcune sostanze mancano dati scientifici certi sugli effetti prodotti sul corpo umano e, pertanto, incapaci di dare indicazioni univoche al legislatore, come osserva O. DI GIOVINE, *Stupefacenti: meglio "di tutta l'erba un fascio" o "un fascio per ogni erba"?*, in *Leg. pen.*, 27.2.2020, pp. 37-41.

¹⁹⁷ GIUNTA, *Tutela dell'ambiente (dir. pen.)*, cit., p. 1156, se la strada della predeterminazione legislativa dei criteri di scelta tecnica appare complessa, l'A. ritiene che il *vulnus* arrecato al principio di riserva di legge potrebbe essere recuperato sul piano del procedimento amministrativo, in quanto «benché le norme tecniche che implementano la disciplina dell'ambiente si fondino su conoscenze e valutazioni provenienti dalle scienze teoriche ed applicate, nulla impedisce che la loro formulazione passi attraverso una preliminare attività istruttoria, alla quale possano partecipare tutti gli interessati: non solo coloro che hanno competenze tecniche e scientifiche, ma anche e segnatamente i titolari degli interessi coinvolti. In tal modo, infatti, sarà possibile garantire il più ampio consenso all'innegabile risvolto politico che si annida nel giudizio tecnico in esse racchiuso». In questo senso sarebbero da salutare con favore, come strumenti di democratizzazione delle scelte in materia ambientale, i moduli partecipativi inseriti nei procedimenti di valutazione di impatto ambientale (VIA) e di valutazione ambientale strategica (VAS) contenuti nel codice dell'ambiente (D. Lgs. n. 152 del 2006).

¹⁹⁸ Ritiene che quella dell'incapacità parlamentare nella gestione di questioni tecniche sia soltanto una di «quelle credenze teoriche che vengono tralazionalmente tramandate pur in assenza del benché minimo fondamento» BERNASCONI, *Il reato ambientale*, cit., p. 55 secondo la quale, al contrario, la capacità del Parlamento di occuparsi di questioni tecniche sarebbe dimostrata dal fatto che in tempi anteriori al diffondersi della delegificazione vi erano fattispecie incriminatrici in materia ambientale simili a quelle odierne gestite unicamente dal potere legislativo anche in relazione alla fissazione dei limiti soglia. Inoltre, ritiene che il Parlamento disponga di tutti gli strumenti per instaurare un dialogo con gli esperti, senza conferire loro una delega in bianco. L'opinione è interessante nella misura in cui stimola a non adagiarsi su di una

appesantito nella sua già conclamata crisi. È così che scelte di valore importanti e tutt'altro che meramente tecniche passano in mano a fonti subordinate, contribuendo ancora di più all'emarginazione del ruolo della legge parlamentare nella determinazione del contenuto essenziale dell'illecito penale.

5. *La legalità autoprodotta*

L'insorgenza di fenomeni sempre più complessi da regolare non produce solamente uno scivolamento della determinazione del nucleo essenziale dell'illecito verso i gradini più bassi e periferici della gerarchia delle fonti, ma in alcuni settori si registra anche il crescente peso di fonti private, come già messo in luce nelle battute introduttive di questo capitolo. L'espansione della legalità verso fonti provenienti da soggetti non statali, tanto "dal basso" tanto "dall'altro" e avvolte in una fitta rete di inter-normatività giuridica, si lega ai fenomeni della globalizzazione economica e delle emergenze connesse alla società del rischio¹⁹⁹.

Lo sviluppo dell'economia si accompagna allo sviluppo della tecnica ed entrambi si legano alla necessità di governare nuovi rischi. A questa evoluzione circolare è «sotteso un legame tra capitalismo e tecnologia talmente stretto che non è più possibile distinguere la vicenda economica da quella scientifica e tecnologica»²⁰⁰. Al tempo dell'evoluzione del modello capitalistico verso forme che valorizzano sempre di più la preziosità dei dati e delle conoscenze, tanto che le imprese attuano un processo di «inglobamento [...] della tecnica e della sua capacità di modificare la società»²⁰¹, si assiste ad un processo di privatizzazione delle conoscenze che rende sempre più di frequente inconoscibili e oscuri agli occhi del regolatore pubblico i processi produttivi

concezione del ruolo del potere legislativo in materie tecniche che non viene più sottoposta a verifiche circa la sua perdurante validità. Pare tuttavia peccare di eccessivo ottimismo alla luce della situazione attuale dell'esercizio dell'attività legislativa e l'argomento storico prova poco, posto che negli anni sono aumentati i fattori giuridici e scientifici da tenere in considerazione nell'esercizio della discrezionalità.

¹⁹⁹ Secondo la fortunata descrizione del sociologo U. BECK, *La società del rischio*, Roma, 2001.

²⁰⁰ C. PIERGALLINI, *Ius sibi imponere: controllo penale mediante autonormazione?*, in AA.VV., *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, Atti del convegno Napoli, 7-8 novembre 2014, Napoli, 2016, p. 118.

²⁰¹ *Ibidem*.

e le dinamiche aziendali²⁰². I soggetti privati (*corporation*, associazioni industriali, organizzazioni epistemiche) avvertono che la propria capacità di elaborare una disciplina è più efficiente rispetto a quella statale e sviluppano sistemi di autonormazione, la quale è definibile come un'«attività di controllo sociale, performata in contesti collettivi e organizzati, decentrati rispetto a quello statale, che si caratterizza per la tendenziale coincidenza tra creatori e destinatari della norma, per la specializzazione del contenuto e per l'applicazione segregata»²⁰³.

Avvedendosi delle capacità normopoietiche dei soggetti privati, l'attore pubblico si apre a un loro coinvolgimento secondo schemi procedurali che prevedono l'autoregolamentazione²⁰⁴. Proprio questo passaggio, si osserva, rappresenta il carattere più interessante degli ordinamenti giuridici contemporanei: la pluralità di ordinamenti giuridici particolari, che coabitano nello stesso spazio giuridico, ottengono un riconoscimento da parte dello Stato costituzionale²⁰⁵, infatti «il legislatore ha non solo ammesso l'esistenza di istanze ius-generative alternative (di matrice privata) ma le ha anche (parzialmente) assoggettate alla propria attività di direzione e controllo,

²⁰² La privatizzazione della conoscenza connota le riflessioni sulle più recenti evoluzioni del modello capitalistico che, evidenziando il ruolo centrale svolto dalla disciplina della proprietà intellettuale nelle dinamiche della produzione industriale, già da tempo parlano di un «intellectual monopoly capitalism» (H. BRAVERMAN, *Labor and Monopoly Capital; The Degradation of Work in Twentieth Century*, New York, 1974), che nelle analisi più radicali e critiche è assunto a causa della recessione economica e della crisi del mercato del lavoro per la sua connaturata tendenza a iper-specializzare la produzione e, conseguentemente, a restringere gli spazi della competizione concorrenziale (U. PAGANO, *The crisis of intellectual monopoly capitalism*, in *Camb. J. Econ*, 2014, 38, pp. 1409-1429).

²⁰³ Si tratta della definizione formulata da S.B. TAVERRITI, *Autonormazione e prospettive autopoietiche della gestione della penalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, pp. 1941; precisa il carattere della corrispondenza tra produttori e destinatari delle norme D. BIANCHI, *Appunti per una teoria dell'autonormazione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, fasc. 3, pp. 1480-1481, secondo il quale il grado di identificazione tra produttore e destinatario della norma può essere solamente tendenziale e frutto di astrazione, essendo privo di qualsiasi rilievo giuridico il caso dell'esatta coincidenza tra autore e destinatario della norma.

²⁰⁴ Già da tempo nel contesto dell'Unione europea si rinvencono modelli che fanno ricorso alla autoregolamentazione, sia tramite strumenti di imitazione (*bottom-up*) in cui il prodotto dell'autonormazione privata diventa oggetto di sintesi e traduzione in una direttiva, sia tramite strumenti di esortazione (*up-down*) in cui la fonte europea attribuisce agli ordinamenti nazionali il compito di specificare il contenuto delle direttive mediante il ricorso all'autoregolamentazione, oppure ancora il prodotto dell'autoregolamentazione può ottenere una legittimazione *soft* mediante il recepimento in una raccomandazione. Sottolinea questi schemi autoregolativi F. CAFAGGI, *Crisi della statualità, pluralismo e modelli di autoregolamentazione*, in *Pol. dir.*, 2001, fasc. 4, pp. 562-563.

²⁰⁵ Evidenzia la connessione tra il pluralismo giuridico e il costituzionalismo post-moderno GROSSI, *Oltre la legalità*, cit., pp. 16-23.

adoperandole così in maniera strumentale per il perseguimento di fini pubblici da esso prestabiliti»²⁰⁶.

Il ruolo dello Stato si colloca nello spazio interstiziale tra i diversi sotto-ordinamenti: in forza della consapevolezza dell'incapacità della regolazione pubblica di disciplinare in maniera efficace certi fenomeni sociali e della necessità di acquisire il patrimonio epistemico dei sotto-ordinamenti sociali, il diritto statale non predispone una disciplina diretta, ma funge da supporto procedurale ai sistemi di regolazione privati e contribuisce a fissarne gli scopi. Gli ordinamenti giuridici particolari restano sotto il controllo pubblico, che interviene quando necessario con norme imperative e li arruola per i propri fini di direzione sociale. L'utilizzo strategico della capacità autoregolamentare dei sottosistemi sociali muta il significato dell'arretramento sul piano della disciplina, che in questo modo non segna una ritirata, ma un riassetto delle modalità di governo. Tale caratteristica segna il confine tra il diritto riflessivo (*reflexive law*²⁰⁷) e il *post-regulatory State*²⁰⁸: mentre il primo si limita ad agevolare le forme di autonormazione dei sottosistemi sociali, il secondo le impiega strategicamente per il raggiungimento dei *public goals* predeterminati dall'autorità pubblica²⁰⁹.

²⁰⁶ F. VENTURI, *Per una balistica regolatoria dell'autonormazione in materia penale. Analisi descrittiva e prescrittiva del sistema di responsabilità ex crimine degli enti nell'orizzonte del post-regulatory State*, in *disCrimen*, 17.10.2022, pp. 6-7.

²⁰⁷ Elaborato soprattutto da G. Teubner che ne sistematizza i caratteri in G. TEUBNER, *Substantive and Reflexive Elements in Modern Law*, cit., p. 239 ss.; ID., *Law as an Autopoietic System*, Oxfors, 1993. In questo modello lo Stato non scompare, ma si riassetta mediante la giuridificazione delle sfere sociali con lo strumento della regolazione indiretta. Presta particolare attenzione al fenomeno della giuridificazione V. TORRE, *La "privatizzazione" delle fonti di diritto penale: un'analisi comparata dei modelli di responsabilità penale nell'esercizio dell'attività di impresa*, Bologna, 2013, pp. 46-50: «il tentativo di delineare un collegamento strutturale fra il sistema giuridico e gli altri sottosistemi sociali, salvaguardandone l'autonomia, ha determinato – come già sottolineato – una proliferazione delle fonti del diritto, in quanto, a causa di un palese deficit di efficacia della legge statale, il percorso di giuridificazione dei vari sottosistemi è stato tracciato attraverso fonti indirette». Sempre sul punto v. TAVERRITI, *Autonormazione e prospettive autopoietiche della gestione della penalità*, cit., p. 1940.

²⁰⁸ Tale modello è stato definito da C. SCOTT, *Regulation in the Age of Governance: The Rise of Post Regulatory State*, in J. JORDANA, D. LEVI-FAUR, *The Politics of Regulation: Institutions and Regulatory Reforms for the Age of Governance*, 2004, pp. 145 ss.; ID., *The Regulatory State and beyond*, in C. SCOTT, *Regulatory Theory. Foundation and application*, Australia, 2017, secondo il quale il modello *post-regulatory* si fonda sulla rottura della piramide gerarchica delle fonti e dall'ingresso nei sistemi di controllo di attori non statali, collocati soprattutto a livello sovranazionale.

²⁰⁹ Evidenziano questa sottile, ma significativa distinzione VENTURI, *Per una balistica regolatoria dell'autonormazione in materia penale*, cit., pp. 9-10; G. DI VETTA, *Il diritto penale nello scenario del post-regulatory State*, in *Pol. dir.*, 2022, fasc. 2, pp. 263-264, in cui l'A. richiama la dimensione "governamentale" (*governmentality*) del diritto, secondo la quale «come tecnica, il diritto non pone più regole di condotta,

5.1. Crisi del modello “command and control” e autonormazione penalistica

Per molto tempo il settore penale è stato impermeabile all’infiltrazione di questi schemi normativi, che coinvolgono attori non statali nella tutela della cosa pubblica, pur conoscendo spazi in cui l’idea dell’autoregolazione si è «carsicamente insinuata nel sistema penale»²¹⁰. Una prima breccia si è aperta sul piano processuale, dove il soggetto privato è progressivamente collocato all’interno dell’apparato di rilevamento e segnalazione di condotte illecite che hanno come proprio *habitat* quello delle istituzioni e delle imprese²¹¹. La penetrazione nel settore penale sostanziale è più recente e

piuttosto delinea percorsi di conformazione (*compliance*), *standard* cui aderire, conferisce deleghe e induce programmi di (auto) disciplina».

²¹⁰ La diffidenza verso norme prodotte dai privati ad integrazione del precetto penale si rinviene anche rispetto a norme presenti nel codice penale sin dalla sua origine. Come osserva C. PIERGALLINI, *Ius sibi imponere: controllo penale mediante autonormazione*, cit., p. 123, un esempio sta nell’art. 43 c.p., ove il riferimento alle discipline, intese come fonti di norme cautelari provenienti anche da soggetti privati, non ha mai conosciuto una diffusa applicazione. L’A. osserva che i modelli autoregolativi si sono infiltrati nel sistema penale in maniera non troppo palese, ma crescente, attraverso fattispecie strutturate secondo un tipo aperto che legittima l’eterointegrazione anche privata: i reati d’obbligo, in cui il precetto richiede la fedeltà a dei doveri imposti dall’ordinamento particolare di appartenenza; i reati ad autore “iper-capace” in cui la condotta tipica è posta in essere da un soggetto che sfrutta le conoscenze che gli derivano dall’appartenenza ad un settore iper-tecnico e deve essere pertanto individuata con l’ausilio di autorità preposte alla regolazione di questi settori.

²¹¹ Si pensi ai sistemi di contrasto del fenomeno del riciclaggio o del terrorismo internazionale, che arruolano il soggetto privato in un sistema di rilevazione e segnalazione di condotte sospette secondo un modello cooperativo pubblico-privato teso al fine comune di favorire l’attuazione delle politiche governative e che richiede al privato di strutturare e regolare un proprio sistema interno di monitoraggio. Per una analisi del fenomeno delle *Public-Private Partnership*, con particolare riferimento ai due settori citati, si veda G. LASAGNI, *Public private partnerships nell’antiriciclaggio e antiterrorismo: una nuova forma di outsourcing del processo penale?*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 2021, fasc. 3, pp. 153-165. L’A. ritiene che alla base di questo modello vi sia proprio la ricerca da parte dell’attore pubblico di accedere alle maggiori conoscenze che sono nelle mani del privato: «la principale ragione del successo delle PPP ha radici comuni alle ragioni stesse che hanno portato al coinvolgimento in modo sistematico dei privati nell’attività di prevenzione e repressione dei reati: l’assegnazione dei compiti di raccolta di informazioni e di monitoraggio alla parte “best suited to do so”, cioè al privato che si trova, per motivi strutturali, nella disponibilità più immediata di tali dati» (p. 156). Una simile traiettoria si segnala nell’area anglo-americana, dove i privati sono coinvolti nella gestione della sicurezza pubblica attraverso la costituzione di reti di controllo, R. BREWER, *Controlling Crime through networks*, in C. SCOTT, *Regulatory Theory. Foundation and application*, cit., pp. 447-459: «private actors have considerable influence over controlling flows within security networks—particularly in terms of ‘build[ing] bridges between disconnected parts of the market

si lega alle fibrillazioni indotte dall'angoscia tecnologica, a causa delle quali l'«esorcismo penale» per mantenere la sua presa paga il prezzo di accettare che la regolamentazione dettagliata dei singoli settori sia affidata non solo alle fonti statali subordinate, ma anche all'autodisciplina dei privati²¹².

Dai palchi nei quali era relegato come mero spettatore della regolamentazione penalistica, il privato mette piede sul proscenio dello *ius terribile* in veste di attore co-protagonista della trama regolativa.

Pare opportuno precisare che si tratta di un apporto limitato ad alcuni settori specifici del diritto penale dell'economia, ma significativi per il loro impatto e oggetto di un interesse crescente da parte della dottrina, sensibile alla necessità di fornire al fenomeno una sistematizzazione mediante un rilievo topografico delle sue forme e la predisposizione di una sua specifica tassonomia²¹³.

L'autonormazione interessa il diritto penale sotto due profili, tra loro connessi: il primo, attinente alla genesi e alla fortuna di questa forma di regolazione, riguarda la crisi della funzione di comando del precetto, il secondo concerne la definizione del ruolo dello Stato dinanzi all'istituzione di tali modelli di co-regolazione in un settore per antonomasia di monopolio della sfera pubblica.

Sotto il primo profilo, il diritto penale è graniticamente ancorato al modello regolativo *command and control*²¹⁴: lo Stato impone il rispetto di un certo tipo comportamentale, mediante il comando o il divieto, in vista dell'ottenimento di un certo risultato conformativo da parte dei consociati, l'adesione o l'astensione, minacciando la sanzione dei comportamenti divergenti rispetto alla regola deontica. La fortuna di questo modello si deve a motivi politici, prima ancora che di efficienza: l'impiego di una norma generale e astratta destinata indistintamente a tutti i consociati, sotto la minaccia della sanzione più severa prevista dall'ordinamento, permette all'attore statale di prendere una posizione netta dinanzi ai fenomeni da regolare e ai conflitti sottostanti.

and organisations where it is valuable to do so'» (p. 456). Nel settore della criminalità d'impresa, si è poi segnalato che la società passa dall'essere obiettivo delle indagini del Pubblico Ministero a suo braccio esecutivo nel far emergere e perseguire i reati, v. H. FIRST, *Branch Office of the Prosecutor: The New Role of the Corporation in Business Crime Prosecutions*, in 89 *N.C.L.Rev.*, 2010, p. 24 ss.

²¹² Lo rileva già L. STORTONI, *Angoscia tecnologica ed esorcismo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, fasc. 1, p. 86.

²¹³ D. BIANCHI, *Autonormazione e diritto penale. Intersezioni, potenzialità, criticità*, Torino, 2021.

²¹⁴ R. BALDWIN, M. CAVE, M. LODGE, *Understanding Regulation: Theory, Strategy and Practice*, Oxford, 2012, p. 106.

Passato al vaglio tramite gli strumenti dell'analisi economica del diritto, questo modello presenta però dei limiti rispetto a settori che richiedono la raccolta e il continuo aggiornamento delle informazioni relative agli oggetti da normare, con un aggravamento dei costi sostenuti dall'apparato pubblico per la produzione delle regole – cui si somma il rischio di un cronico ritardo rispetto al mutamento dei fatti da regolare – e il controllo sul loro ossequio in contesti scarsamente accessibili.

Inoltre, per la sua connaturata generalità e astrattezza la legge pone un obbligo conformativo identico pur a fronte di destinatari eterogenei, producendo una scarsa efficienza della regola imposta. Per alcuni, infatti, il raggiungimento di certi *standard* potrebbe rivelarsi eccessivamente dispendioso, aumentando nella valutazione costi/benefici l'efficienza di un comportamento difforme, mentre per altri quello stesso *standard* potrebbe fissare un livello inferiore rispetto a quello raggiungibile, ma non praticato in mancanza di un incentivo a sostenere tale sforzo ulteriore²¹⁵.

I limiti del paradigma *command and control* in determinati settori, che si fondano su di un significativo patrimonio di conoscenze in capo ai privati, induce il legislatore ad avvalersi degli ordinamenti giuridici di fonte privata.

L'utilizzo strategico di questi ultimi si attua mediante l'adozione di norme che promuovono l'elaborazione di assetti regolamentari privati; «la pretesa normativa si traduce in *compliance*: cioè nell'adozione di comportamenti proattivi di adesione ad assetti regolatori, più o meno definiti e sovente espressi nelle forme della *soft law*»²¹⁶. La logica del comando e del divieto va integrandosi con la logica procedurale e disciplinare che coinvolge molteplici settori: la protezione dei consumatori dai rischi di prodotto, la sicurezza alimentare, la tutela della concorrenza, la tutela dell'ambiente e la salute e sicurezza sul luogo di lavoro. Non è richiesta l'adesione a un modello comportamentale dettato dallo Stato, ma si prevede – secondo diversi gradi di cogenza²¹⁷ – l'elaborazione ed esecuzione di un sistema di *compliance*, la cui mancata adozione o

²¹⁵ BALDWIN, CAVE, LODGE, *Understanding Regulation: Theory, Strategy and Practice*, cit., pp. 109-110, che chiariscono il concetto formulando un esempio in materia di inquinamento idrico: la necessità di formulare una regola sul limite di sostanze inquinanti che possono essere immesse nell'ambiente richiedendo l'individuazione di uno *standard* generale oblitera la considerazione delle differenze tra i diversi produttori rendendo per alcuni l'asticella troppo bassa e per altri troppo alta, provocando una generale inefficienza della regola.

²¹⁶ DI VETTA, *Il diritto penale nello scenario del post-regulatory State*, cit., p. 273-274.

²¹⁷ Propone di classificare le forme di autonormazione secondo l'intensità dell'impulso impresso dallo Stato S. B. TAVERRITI, *Che cosa genera il sonno del Leviatano? Modelli e movimenti dell'autonormazione nelle pieghe dell'ordinamento penale statale*, in *disCrimen*, 15.6.2022, pp. 12-17.

la cui inidoneità diviene l'oggetto della sanzione²¹⁸, oppure la predisposizione di un sistema autonormato può essere incentivato dallo Stato come onere, alla cui corretta esecuzione corrisponde il riconoscimento di premi o incentivi per l'ente vi si conformi²¹⁹. Oppure, ancora, ci può essere la richiesta di adesione ad un paradigma cautelare spontaneamente autoprodotta, senza incentivi esterni, al cui discostamento – se non motivato e necessario – corrisponde una sanzione²²⁰.

5.2. *La veglia del Leviatano e i limiti dei sistemi autonormati*

L'utilizzo strategico dei sistemi autonormati da parte dello Stato, il suo riposizionamento come regolatore esterno di tale fenomeno, non corrisponde ad una abdicazione alla funzione regolativa. Pertanto, l'atteggiamento statale non corrisponde al «sonno del Leviatano», ma ad una veglia; il suo ruolo si esplica tramite «il dominio delle fonti, piuttosto che attraverso il monopolio delle stesse»²²¹.

I vantaggi di questo approccio in ambito penale sono quelli, già accennati, riguardanti il soccorso alla limitata capacità regolativa e di controllo verticistico dello Stato dinanzi all'aumentata complessità delle attività rischiose, rispetto alle quali sussistono spesso vistose asimmetrie informative.

Oltre a questa motivazione di opportunità deve riconoscersi nell'emersione dell'autonormazione in questo settore anche la manifestazione di un'istanza di

²¹⁸ Un esempio di autonormazione obbligatoria è quella connessa alla predisposizione dei piani di prevenzione della corruzione introdotti dalla L. n. 190 del 2012, ove alla mancata adozione corrisponde *ex se* una sanzione.

²¹⁹ Il caso più esemplificativo di questo tipo di autonormazione è quella prevista dal D. Lgs. n. 231 del 2001, nel cui ambito l'adozione del modello di organizzazione e gestione (MOG) è strumento causa di esclusione della responsabilità dell'ente derivante dal reato commesso nel suo interesse e vantaggio o (se adottato successivamente al fatto) motivo di mitigazione delle conseguenze sanzionatorie. I problemi connessi a questo tipo di sistema si incentrano in maniera prevalente sull'incertezza del parametro di giudizio *ex post* sull'idoneità del MOG, circostanza che attenua di molto la prospettiva dei vantaggi conseguibili dall'ente a fronte di un costo certo per l'elaborazione del modello. Per una sintetica ricostruzione di questi profili si vedano L. BARON, *Ripensare lo statuto dell'ente cooperante. Alcune osservazioni in prospettiva ante e post delictum*, in *disCrimen*, 26.4.2021; PIERGALLINI, *Ius sibi imponere*, cit. pp. 134-137.

²²⁰ Questo modello si rinviene nel sistema delle linee-guida medico-chirurgiche, documenti prodotti dalla comunità medico scientifica per la selezione delle migliori pratiche e opzioni terapeutiche fondate su un approccio *evidence-based*, poi progressivamente utilizzate dal legislatore nella disciplina della colpa medica fino alla loro istituzionalizzazione con la legge Gelli Bianco. Sul punto si veda M. CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino, 2017, pp. 229-250.

²²¹ TAVERRITI, *Che cosa genera il sonno del Leviatano?*, cit., p. 38, dalla quale si è ripresa l'efficace immagine.

democraticità del diritto punitivo, figlia delle difficoltà di funzionamento dei meccanismi della rappresentanza presidiati dalla riserva di legge. Nella più recente analisi dottrinale, il fenomeno è stato ricondotto a quei “percorsi di democrazia alternativa” riconosciuti dall’ordinamento nell’ambito del principio di sussidiarietà orizzontale (artt. 2 e 118 Cost.), nei quali si manifestano «forme di gestione del potere politico che si caratterizzano per frammentazione, specializzazione, settorialità»²²².

Letto in questi termini, il fenomeno dell’autonormazione penale risponde alle difficoltà della democrazia parlamentare attuando un tipo di “democrazia in concreto”, possibile nei casi in cui i gruppi sociali delegati dallo Stato (tramite l’incentivo, l’onore o l’obbligo) siano sufficientemente rappresentativi della comunità sulla quale incide l’autoregolazione, così da coinvolgere nella produzione delle regole i possibili soggetti attivi (*risk owners*) e i possibili soggetti passivi (*risk bearers*)²²³. Per questo motivo, pur rimettendo la tutela dei beni in gioco nelle mani dei destinatari dell’obbligo di protezione, la possibile contraddizione con il principio di riserva di legge perde di intensità, poiché non ne deriva un tradimento sostanziale, tant’è che il fenomeno – pur limitato – non ha subito quel netto rigetto che poteva invece pronosticarsi²²⁴.

Nonostante questo aspetto positivo di attenuazione del carattere autoritativo del diritto penale attraverso la compartecipazione dei privati alla definizione del precetto in chiave di maggior determinatezza, l’impatto delle fonti autonormate sul contenuto degli elementi costitutivi del reato in chiave di «macro-elemento normativo»²²⁵ pone problemi non dissimili da quelli posti dal fenomeno dell’eterointegrazione da parte di fonti governative subordinate alla legge, ma con una sostanziale differenza. Mentre le fonti governative rientrano nel circuito democratico essendo manifestazione del potere esecutivo, legittimato dal meccanismo elettorale e dal rapporto fiduciario con il Parlamento, le fonti private possono essere frutto di un procedimento solo apparentemente democratico. Un simile *deficit* si può manifestare o in ragione del fatto che le regole autonormate coinvolgono in maniera almeno indiretta anche gli interessi di

²²² BIANCHI, *Autonormazione e diritto penale*, cit., pp. 325-329; TAVERRITI, *Autonormazione e prospettive auto-poietiche della gestione della penalità*, cit., pp. 1957-1959.

²²³ BIANCHI, *Autonormazione e diritto penale*, cit., p. 328. Insiste particolarmente sulla connessione tra il diritto riflessivo e le istanze di democraticità, quale possibile rimedio alla crisi della legalità in settori fortemente legati all’influsso delle regole del mercato TORRE, *La “privatizzazione” delle fonti di diritto penale*, cit., pp. 55-66.

²²⁴ F. PALAZZO, F. VIGANÒ, *Diritto penale. Una conversazione*, Bologna, 2018, p. 157.

²²⁵ TAVERRITI, *Che cosa genera il sonno del Leviatano?*, cit., p. 38, aspetto evidenziato in particolare rispetto ai casi di espresso rinvio da parte del legislatore alla fonte privata, che viene così integrata nel sistema penale.

terzi estranei – e quindi non coinvolti – all’ente che provvede alla loro elaborazione, o per l’assenza di democraticità all’interno dell’ente stesso, ove alla libertà di quest’ultimo non corrisponde una pari libertà dei suoi membri²²⁶.

In mancanza di una chiara procedimentalizzazione della formulazione delle regole autonormate, i dubbi sull’assenza di un compiuto coinvolgimento di tutti gli attori del conflitto sociale (potenziali soggetti attivi e passivi dell’illecito) e dei “saperi esperti” rilevanti, tanto nel momento genetico della regola quanto in quello di suo riesame, non riescono a fugare completamente i dubbi sulla democraticità di questa fonte.

A queste incertezze si lega la diffidenza verso la «monocularità» delle regole prodotte dai privati, generate sotto il segno di una sospetta parzialità che induce un controllo particolarmente severo sulla loro adeguatezza nelle aule di giustizia²²⁷. Tale controllo svolto *ex post* dal giudice, senza chiari parametri di riferimento, mette in definitiva nelle sue mani il sindacato sulla bontà della fonte privata, giudizio che ben spesso risente dell’*hindsight bias* e tende a richiedere l’osservanza di livelli di cautela inesigibili. Emblematico è il caso del giudizio riguardante l’idoneità del modello organizzativo nel giudizio sulla responsabilità amministrativa derivante da reato dell’ente, ben di rado sfociante in un esito fausto per quest’ultimo²²⁸.

In definitiva, quindi, la contraddizione tra riserva di legge e autonormazione non è drammatica, ma tende ad esaltarsi per l’assenza da parte dello Stato di un sistema di controlli preventivi che ne assicurino la democraticità, l’adeguatezza e non conducano a giudizi rimessi totalmente al potere del giudice in veste di validatore²²⁹; d’altra

²²⁶ BIANCHI, *Appunti per una teoria dell’autonormazione penale*, cit., pp. 1521-1522; più diffusamente in *Id.*, BIANCHI, *Autonormazione e diritto penale*, cit., pp. 358-363.

²²⁷ PIERGALLINI, *Ius sibi imponere*, cit. pp. 140-141.

²²⁸ Significativa è infatti l’attenzione che è stata dedicata all’esito della nota vicenda *Impregilo* (Cass. pen., sez. VI, 15 giugno 2022, n. 23401), con la quale la Cassazione ha riconosciuto l’idoneità del modello organizzativo, impegnandosi a definire alcuni criteri per la sua valutazione. Per un’analisi di questo aspetto, oltre che per un bilancio sul “sistema 231” a vent’anni dalla sua introduzione, V. MONGILLO, *La colpa di organizzazione: enigma ed essenza della responsabilità “da reato” dell’ente collettivo*, in *Cass. pen.*, 2023, fasc. 3, pp. 704-736.

²²⁹ Valuta come ineludibile condizione per il rispetto della riserva di legge, in termini sostanziali, l’esistenza di un controllo pubblico preventivo TORRE, *La “privatizzazione” delle fonti di diritto penale*, cit., pp. 427-428: «Realizzata attraverso meccanismi partecipativi, entro cui esprimere le istanze conflittuali, l’autodisciplina pare effettivamente poter ovviare al deficit di democraticità e porsi come effettivo equivalente, sul piano delle garanzie, della riserva di legge, sempre che tale frammento autodisciplinare sia inserito in un contesto legislativamente definito, ma anche sottoposto ad un maggiore controllo pubblico, di tipo preventivo. Il sistema “autodisciplinato” perderebbe in questo caso le caratteristiche tipiche della fonte esclusivamente privata, per assumere una natura ibrida, con la duplice funzione di adempimento

parte la stessa possibilità di introdurre delle linee-guida ad uso del giudice per condurre questa valutazione, apre ad ulteriori inconvenienti connessi allo svilimento del pregio dell'autonormazione di sapersi adattare ai contesti più eterogenei²³⁰.

6. La legalità giurisprudenziale

Sul versante dei fattori endogeni dell'erosione del principio di riserva di legge, quello che negli ultimi anni ha richiamato una attenzione crescente, soprattutto per la sua connessione con la dimensione europea del principio di legalità²³¹, è certamente l'evoluzione della dimensione giurisprudenziale del diritto penale.

Nei sommovimenti che innervano l'evoluzione post-moderna del diritto una componente centrale – come si è detto – è l'emergere della predominanza del momento giurisdizionale²³². Nel diritto penale il sintomo di questo fenomeno si manifesta con il vivace proliferare di studi sulla “nuova legalità penale”²³³ che si confrontano con il

di un obbligo legislativo, attraverso l'individuazione di un modello comportamentale e procedurale nell'ambito aziendale. Ciò consente di superare le resistenze e le obiezioni sollevate sul piano della democrazia».

²³⁰ PALAZZO, VIGANÒ, *Diritto penale. Una conversazione*, cit., p. 158.

²³¹ È noto che ad aver fatto eromper il tema della legalità giurisprudenziale – pur già attenzionato anche nella sola prospettiva domestica – è stata la vicenda del caso Contrada, oggetto della sentenza di condanna contro l'Italia pronunciata dalla Corte di Strasburgo. Se il richiamo al ruolo creativo della giurisprudenza e alla prevedibilità dei suoi esiti non ha certamente illuminato un problema di cui non si conosceva già l'esistenza, ha certamente comportato un netto e fondamentale salto di qualità nella sua analisi. Sul punto la letteratura è sterminata, per una efficace sintesi delle questioni in gioco e dei suoi seguiti nella giurisprudenza interna si veda R. BARTOLI, *Chiusa la saga Contrada: in caso di contrasto giurisprudenziale opera la colpevolezza*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, fasc. 6, pp. 775-785.

²³² M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Rivista AIC*, 2012, fasc. 3, p. 4, il quale nota «il diffondersi di un atteggiamento culturale che vede l'essenza del diritto assai più nella giurisdizione che non nella legislazione. Non solo il diritto sarebbe molto più della legge (sicché varrebbe più occuparsi *iuris* che *legis*), ma quel che davvero conterebbe non sarebbe tanto il “fare” la legge (la sua “latio”), quanto il “pronunciarne” il contenuto (la sua “dictio”). Questo diffuso movimento di pensiero, che intravede la necessità di un novello equilibrio nel rapporto fra legis-latio e iuris-dictio, si articola sia sul piano della dottrina che su quello della teoria dell'interpretazione; sia sul piano dell'incrocio tra forma di Stato e forma di governo che su quello della storia del diritto»

²³³ È un sintagma piuttosto diffuso negli studi dottrinali sul tema. Lo impiegano, con alcune differenze nella sua declinazione, ma tutte riguardanti il ruolo del momento interpretativo del diritto penale, G. ZACCARIA, *La nuova legalità penale, il precedente e il ruolo della Cassazione*, in *ID.*, *Postdiritto*, cit., pp. 85 ss.; R. BARTOLI, *Nuovi scenari della legalità penale. Tra regole ermeneutiche, giustiziabilità dell'analogia, nomoflaccia e mutamento sfavorevole*, in *www.sistemapenale.it*, 28.6.2022, pp. 1-29; *ID.*, *Le garanzie della nuova legalità*, in

ruolo di co-normazione del giudice nella fase applicativa della legge e della compatibilità di questo con i principi incastonati negli artt. 25 e 101 Cost., dimostrando che anche dopo oltre duecentocinquant'anni dalla pubblicazione dell'opera di Beccaria il cruccio di dare una risposta alla ricerca di un equilibrio tra legge e giudice mantiene la sua urgenza, pur a fronte dei radicali mutamenti sociali e istituzionali che ci separano dai tempi dello studioso meneghino.

Il tema della partecipazione della giurisprudenza alla definizione dell'area del penalmente rilevante attinge il principio di legalità sotto diversi aspetti, tra loro interconnessi: da un lato, sotto il profilo qui in esame della riserva di legge in materia penale, che si vede attaccata in tutti quei casi in cui l'interpretazione giurisprudenziale travalichi i limiti del dato testuale, distaccandosene in una misura che esorbita la fisiologica distanza tra disposizione e norma²³⁴, dall'altro lato, viene in rilievo il principio di tassatività, in tutti quei casi in cui l'interpretazione inserisca un contenuto innovativo e diverso da quello previsto dalla norma, o per difetti di formulazione della stessa o per l'intento di soddisfare esigenze di giustizia sostanziale, travolgendo i limiti del principio del *nullum crimen sine lege*.

Confrontata con i problemi posti dal ricorso ad atti aventi forza di legge oppure dall'ingresso di fonti non legislative, o addirittura frutto di una delega ai privati, la deriva connessa all'interpretazione creativa in sede giudiziale si presenta ancora più radicale. Restando sul piano delle fonti, infatti, le tensioni e distorsioni nei rapporti tra potere legislativo ed esecutivo ben possono essere, se non risolti, perlomeno contenuti tramite interventi normativi che limitino indebite invasioni di campo; per converso, sul versante della creatività giudiziale un simile risultato non potrebbe essere ottenuto, ostandovi la natura insopprimibile dell'attività interpretativa alla cui esclusione non gioverebbe nemmeno la determinatezza "totale" della legge, puramente utopica²³⁵.

www.sistemapenale.it, 5.3.2020; VOGLIOTTI, *Legalità* (voce), cit., p. 373; ID., *La nuova legalità penale e il ruolo della giurisdizione. Spunti per un confronto*, in *www.sistemapenale.it*, 5.3.2020.

²³⁴ La distinzione tra disposizione e norma, che ricalca la distinzione linguistica tra significante e significato, è stata elaborata in ambito pubblicistico, come noto, da V. CRISAFULLI, *Disposizione (e norma)* (voce), in *Enc. Dir.*, XIII, 1964, pp. 195 ss., e secondo il quale il legislatore crea solamente delle disposizioni, enunciati normativi astratti, il cui contenuto si concretizza solo all'esito dell'opera interpretativa e applicativa ai casi da risolvere, dando così vita alla norma.

²³⁵ A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, cit., p. 155.

Il tentativo di individuare tutti i fattori che stanno alla base della vivacità – se non dell’«attivismo»²³⁶ – dei giudici nell’interpretazione del diritto penale richiederebbe di intraprendere un percorso tortuoso e dalla meta incerta, attraverso territori che riguardano l’evoluzione istituzionale nazionale, con il ciclico manifestarsi di tensioni tra politica e magistratura, nonché questioni ancora più complesse che attengono al rapporto tra legge e diritto.

In questa sede si possono sottolineare i fattori più prossimi nell’eziologia di questo fenomeno. Nel fare questo, dinanzi all’erosione della riserva di legge, insidiata dal formante giurisprudenziale, la tentazione di additare quale untrice la dimensione europea – soprattutto quella della “grande Europa” della CEDU – si scontra con l’auto-revole osservazione di chi ritiene che «ancor più e ancor prima sono state le vicende di casa nostra a mettere fortemente tra parentesi il ruolo della riserva»²³⁷.

Gli affanni del sistema politico, del procedimento legislativo e dell’uso impulsivo della legislazione penale hanno spesso fornito alla giurisprudenza un prodotto scarsamente definito, equivoco, se non anche contraddittorio. Si può sostenere che sussista un rapporto di proporzionalità inversa tra la qualità della legislazione e

²³⁶ Il termine riprende l’espressione *judicial activism*, nato nell’esperienza statunitense per descrivere l’andamento della giurisprudenza della Corte Suprema, con il quale ci si riferisce al modo di interpretare la funzione giudiziaria quale strumento per l’affermazione di valori (progressisti o conservatori) anche al di là del testo della legge. Sulla definizione del concetto, o meglio sul riconoscimento dell’impossibilità di darne una valevole per tutti K.D. KMIEC, *The Origin and Current Meanings of “Judicial Activism”*, in *CaL. L. Rev.*, vol. 92, n. 5/2004, p. 1443, l’A. per sottolineare l’impraticabilità di una perimetrazione concettuale di attivismo giudiziario ricorda che «Justice Scalia has voiced a version of this criticism. During oral arguments for *Republican Party of Minnesota v. Kelly*, he claimed that calling oneself a strict constructionist while criticizing others for being judicial activists "doesn't mean anything. It doesn't say whether you're going to adopt the incorporation doctrine, whether you believe in substantive due process. It's totally imprecise. It's just nothing but fluff».

Nella letteratura italiana, con una importante sottolineatura della natura sociologica e non giuridica del concetto si veda M. LUCIANI, *L’attivismo, la deferenza e la giustizia del caso singolo*, in *Quest. giust.*, 2020, fasc. 4, pp. 37-40.

Nonostante l’indeterminatezza del concetto, fanno riferimento all’attivismo giudiziario quale fattore di crisi della riserva di legge in materia penale, ad esempio, CUPELLI, *La legalità delegata*, cit., p. 45 «da tempo si segnala il crescente attivismo giudiziario, che ha portato sia ad un tendenziale primato del diritto penale giurisprudenziale [...] sia alla assunzione da parte del potere giudiziario di un ruolo (sostanziale) nella politica criminale; in collaborazione con il potere politico-legislativo, ma non di rado, anche in contrapposizione con esso».

²³⁷ F. PALAZZO, *Principio di legalità e giustizia penale*, in *Cass. pen.*, 2016, fasc. 7-8, p. 2697.

l'affermarsi di interpretazioni creative, miranti a ricavare un significato preciso e chiaro²³⁸. Basti considerare, quale esempio paradigmatico, le tormentate vicende del disastro c.d. innominato, di cui agli artt. 434 e 437, comma 2 c.p. (oltre che all'art. 449 c.p., che ne sanziona l'ipotesi colposa). A fronte dell'enigmatico lemma "altri disastri", la giurisprudenza si è interrogata per decenni sul significato da attribuirvi, approdando a risultati sempre provvisori e suscettibili di essere ridiscussi, ampliandone progressivamente il perimetro. Si ha così una interpretazione del concetto di disastro che comprende tanto un evento distruttivo collocato in un preciso ambito spazio-temporale, produttivo di un pericolo per la vita o l'incolumità di una pluralità indeterminata di persone, quanto un processo prolungato nel tempo – sino ad abbracciare interi decenni – di dispersione di sostanze tossiche nell'ambiente che cagioni il medesimo pericolo. In questo caso l'operazione estensiva ha beneficiato dell'avvallo della Corte costituzionale, restia a riconoscere la violazione del principio di tassatività in ossequio ad un orientamento "conservativo", in forza del quale ha dichiarata infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata sulla norma²³⁹. A chiusura di questa

²³⁸ C.E. PALIERO, *Il diritto liquido. Pensieri post-delmansiani sulla dialettica delle fonti penali*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2014, fasc. 3, p. 1099 ss.: «quanto più la norma applicabile è incerta, tanto più si amplia lo spazio di intervento del formante giurisprudenziale, e ciò proprio per la particolare attitudine di questo a districarsi, nella materia oggetto della regolazione, tra le maglie della rete»; in maniera simile V. MANES, *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica"*, in *Cass. pen.*, 2018, fasc. 6, p. 2232 «Al di là dei fisiologici adattamenti ermeneutici, è vero pure che ci sono casi dove la lettera della legge è non solo obiettivamente plurivoca, ma volutamente lasca (affidata a "clausole generali", definizioni tautologiche, concetti vaghi o indeterminati, o veri e propri *Ventilbegriffe*), o persino ambigua e fuorviante, sino a ipotesi in cui il dettato normativo "suscita alti dubbi interpretativi, a prima vista irresolubili"» (p. 12).

²³⁹ Corte cost. n. 327 del 2008. Con questa sentenza interpretativa di rigetto la Corte ha escluso l'illegittimità dell'art. 434 c.p. per violazione del principio di tassatività, sostenendo che la presenza dell'aggettivo "altro" fornisca l'indicazione all'interprete di riferirsi alle altre nozioni di disastro previste dalle altre fattispecie del capo dei "reati di comune pericolo" al quale appartiene la norma, dalle quali trarre i due caratteri tipici di una nozione unitaria di disastro: «un evento distruttivo di proporzioni straordinarie, anche se non necessariamente immani, atto a produrre effetti dannosi gravi, complessi ed estesi» e «pericolo per la vita o per l'integrità fisica di un numero indeterminato di persone, senza che peraltro sia richiesta anche l'effettiva verifica della morte o delle lesioni di uno o più soggetti». Per un commento puntuale alla pronuncia F. GIUNTA, *I contorni del "disastro innominato" e l'ombra del "disastro ambientale" alla luce del principio di determinatezza*, in *Giur. cost.*, 2008, fasc. 4, pp. 3539 ss. La sentenza ha operato una *actio finium regundorum* debole, lasciando spazio alla giurisprudenza di ricondurre nella nozione di disastro anche fenomeni di progressiva contaminazione dell'acqua e del suolo, come nei casi Eternit e Porto Marghera. Lo stesso giudice costituzionale redattore della sentenza ebbe a dire in epoca successiva che tale estensione ermeneutica oltrepassava i limiti della formulazione normativa, creando una norma del tutto nuova e diversa. Segnala questa interessante "interpretazione autentica" della sentenza n. 327 del 2008, F. VENTURI, *Tanto tuonò che piovve: il disastro innominato "ambientale" come reato eventualmente*

pronuncia la Consulta auspicava una riforma che intervenisse a disegnare una tutela specifica dell'ambiente. Nel dare seguito a questo invito, il legislatore ha risposto con l'introduzione di diverse fattispecie, tra le quali l'art. 452-*quater* c.p., la cui formulazione si è dimostrata incapace di rispondere all'esigenza di determinatezza, che avrebbe invece richiesto una descrizione delle caratteristiche minime che la dispersione di sostanze tossiche debba assumere per poter essere considerata come disastro.

Nell'elaborazione delle nuove fattispecie in materia ambientale, introdotte con il D. Lgs. n. 68 del 2015, il legislatore ha fatto ricorso ad una «tipicità umbratile»²⁴⁰, di fatto abdicando alla descrizione tassativa della condotta tipica, incentrandole invece su macro-eventi realizzabili con qualsiasi condotta connotata dal solo avverbio "abusivamente". Fattispecie così formulate sono *ab origine* bisognose di integrazioni e specificazioni in sede applicativa, precludendo alla formazione di un nuovo diritto giurisprudenziale, mezzo di conoscenza dei presupposti e limiti delle norme da parte dei consociati. Il giudice si trova a dover riempire la scatola vuota consegnata dal potere legislativo e in ciò si verifica uno «svuotamento contenutistico della legalità, che è tale solo nella forma esteriore ma tradisce le sue implicazioni fondanti: la legge perde il suo contenuto precettivo per assumere solo una valenza simbolica»²⁴¹.

Accanto ai casi di indeterminatezza legislativa ricorrono anche quelli nei quali a fronte di norme pur vetuste, ma formulate in maniera determinata si cerca di conferire loro un contenuto più ampio, così da ricondurvi ipotesi della realtà che,

permanente. Analisi critica della giurisprudenza di legittimità in materia di inquinamento storico e progressivo, in *Leg. pen.*, 2021, fasc. 4, p. 5.

²⁴⁰ C. BERNASCONI, *Il modello della tipicità umbratile nella recente legislazione penale*, in *Criminalia*, 2015, p. 417. L'A. offre diversi esempi di questa tendenza per cui «legge parrebbe nascere "come manufatto semilavorato, come elaborato sperimentale", non di rado in forza dell'esigenza di provvedere in tempi rapidi all'approvazione dei testi normativi condivisi da maggioranze fluttuanti e con la contestuale ammissione, più o meno celata, che, se del caso, si provvederà a successive correzioni, o si affiderà alla giurisprudenza il compito di chiarirne il significato normativo»; ravvisa tali esempi, oltre che nella vicenda del disastro ambientale, nella fattispecie di autoriciclaggio e di false comunicazioni sociali, entrambe bisognose di significativi chiarimenti con riferimento rispettivamente al perimetro della esclusione della tipicità delle condotte di mero godimento personale (art. 648-ter.1, comma 4 c.p.) e rispetto al destino della figura del falso valutativo. Sempre in argomento, G. P. ACCINNI, *Disastro "ambientale" ed elusione fiscale: due paradigmatici esempi di sostanziale violazione del principio di legalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, fasc. 2, pp. 756 ss.

²⁴¹ S. TORDINI CAGLI, *Il giudice legislatore e la legalità apparente: il disastro ambientale*, in V. TORRE (a cura di), *Il principio di legalità tra legislatore e giudice*, Pisa, 2020, p. 49; sulla compromissione della capacità orientativa della legge e sulla conseguente imprevedibilità dell'esito giudiziario cita l'esempio della disciplina ambientale anche F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale*, in AA.VV., *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, cit., p. 262-264.

nonostante manifestino comportamenti di una qualche gravità, non rientrerebbero a rigore nello spazio applicativo della norma. In questi casi, l'opera di estensione analogica *in malam partem* di certe fattispecie codicistiche è operata dalla giurisprudenza al fine di perseguire finalità di giustizia nel caso concreto a fronte dell'immobilismo del legislatore nel regolamentare fenomeni nuovi o anche della mera (e legittima) volontà di non sguainare lo strumento penale²⁴². Si pensi all'art. 437 c.p. che incrimina la rimozione ed omissione di dolosa di cautele contro gli infortuni, oggetto di un consolidato orientamento giurisprudenziale che lo applica anche alle medesime condotte rapportate alle malattie professionali. Un procedimento analogo è anche quello che riguarda l'aggravante prevista dagli artt. 589 e 590 c.p. in relazione all'omicidio e le lesioni personali colpose commesse con violazione delle norme sulla prevenzione degli infortuni sul lavoro, estesa anche alla violazione delle norme volte ad evitare l'insorgere di malattie professionali. O ancora, di stampo analogico è l'eclatante riconduzione alla contravvenzione del getto pericoloso di cose (art. 674 c.p.) delle onde elettromagnetiche o delle immissioni olfattive; o, infine, la prassi applicativa della corruzione per l'esercizio della funzione sotto il vigore del vecchio testo dell'art. 318 c.p., oggetto di una norma di creazione giurisprudenziale mirante a coprire un vuoto normativo certificato dalla successiva modifica della fattispecie ad opera del D. Lgs. 190 del 2012, che – seguendo il procedimento inverso rispetto a quello fisiologico – dalla norma ha tratto la disposizione.

L'invocato "rischio" di vuoti di tutela, tuttavia, non è certo sufficiente a stemperare il contrasto con il canone della legalità, soprattutto perché si tratta di un presidio a garanzia del singolo proprio nei casi in cui si avverta un disvalore, un'esigenza di punizione; anche di fronte al più odioso dei comportamenti non si può prescindere dal dato testuale. Supplendo al ruolo del legislatore, smagliando la trama delle fattispecie e riconducendovi a forza elementi estranei al tipo legale, la capacità orientativa e di garanzia della legge scema, favorendo invece un diritto penale «incerto ed efficace»²⁴³.

²⁴² Un elenco di queste ipotesi è riportato da D. MICHELETTI, *Jus contra lex. Un campionario dell'incontenibile avversione del giudice penale per la legalità*, in *Criminalia*, 2016, pp. 162 ss.; si veda anche GIUNTA, *Ghiribizzi penalistici per colpevoli. Legalità, "malalegalità" e dintorni*, cit., pp. 113-114; M. DONINI, *Il diritto penale giurisprudenziale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito amministrativo*, in *www.penalecon-temporaneo.it*, 6.6.2016, pp. 15-16.

²⁴³ F. SGUBBI, *Il diritto penale incerto ed efficace*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2001, fasc. 4, pp. 1193 ss.

6.1. L'onere di interpretazione conforme quale spinta verso interpretazioni creative

Nell'esame del rapporto tra legge e giudice, offrirebbe una lettura incompleta quella che imputi al solo legislatore gli esiti creativi di certe interpretazioni giurisprudenziali. Al diffondersi di letture ardite ha infatti contribuito anche la Corte costituzionale con il suo considerevole ricorso a pronunce di inammissibilità per omessa interpretazione conforme²⁴⁴ e il caso della sentenza n. 327 del 2008, appena citata, ne è un emblematico esempio.

Dinanzi ad una disposizione che presenta profili di possibile illegittimità costituzionale, la giurisprudenza è stata per lungo tempo destinataria di un onere di interpretazione conforme impostato su di un livello piuttosto impegnativo, pena il rigetto o proprio l'inammissibilità delle questioni di legittimità sollevate. I giudici ordinari sono stati invitati ad operare una *reductio ad legitimitatem* ai principi costituzionali – anche ricavabili dalla stessa giurisprudenza costituzionale – pure quando ciò ha significato modificare parole o frasi del testo normativo: «nella nobile causa del coinvolgimento del giudice comune nell'edificazione della legalità costituzionale cova il pericolo dello slittamento dell'interpretazione (conforme) verso forme di normazione (mascherata), o di disapplicazione (occulta) dell'enunciato legislativo»²⁴⁵.

Con particolare riguardo alla materia penale, la Consulta è parsa propensa ad affidare in maniera sistematica al giudice comune l'onere di allineare la legislazione ai principi fondamentali del sistema. Ha attribuito all'interpretazione "tassativizzante" della giurisprudenza il ruolo di ricondurre fattispecie indeterminate entro i confini

²⁴⁴ Secondo la nota affermazione contenuta nella sentenza n. 356 del 1996, infatti, «le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali». Ripercorre in maniera sintetica ed efficace le tappe che hanno portato a questa pronuncia e le evoluzioni successive G. PITRUZZELLA, *L'interpretazione conforme e i limiti alla discrezionalità del giudice nell'interpretazione della legge*, in *www.federalismi.it*, 2021, fasc. 3, pp. 161-166.

La dottrina costituzionalistica e penalistica si è interrogata in modo critico sul punto, talvolta anche censurando la posizione della Corte costituzionale, giudicata troppo intransigente nell'onere richiesto al giudice rimettente, tra i tanti si veda: D'AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, cit., pp. 13-14; PELLIZZONE, *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale*, cit., pp. 59 ss.; N. ZANON, *Su alcuni problemi attuali della riserva di legge in materia penale*, in *Criminalia*, 2012, pp. 319-320; M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione "conforme a"*, in *www.federalismi.it*, 6.8.2007, pp. 7 ss., in particolare quest'ultimo intravedeva il problemi connessi all'interpretazione conforme anche alla giurisprudenza della Corte di EDU all'alba delle sentenze gemelle del 2007.

²⁴⁵ V. NAPOLEONI, *L'onere di interpretazione conforme*, in V. MANES, V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima. Metodo itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino, 2019, pp. 110-111.

del principio di determinatezza²⁴⁶. In maniera simile, con riferimento al principio di colpevolezza, ha attribuito al giudice comune il compito di ridurre le fratture del sistema²⁴⁷.

La posizione della Corte ha indotto la giurisprudenza ad evitare di sollevare questioni di illegittimità senza prima aver cercato di dare alla norma una interpretazione compatibile con la Carta, anche a costo di mutare il significato della fattispecie. Si pensi, ad esempio, alle vicende interpretative dell'art. 590-*sexies* c.p., introdotto dalla L. n. 24 del 2017 ("Gelli-Bianco"), da subito sospettato di illegittimità nella parte in cui, aderendo ad una interpretazione letterale della norma, non prevedeva la punibilità dell'errore medico grave nella fase esecutiva delle linee guida. Le Sezioni Unite, alle quali è stata rimessa la soluzione del contrasto interpretativo originatosi a pochi mesi dall'entrata in vigore della norma, hanno evitato di sollevare questione di legittimità per contrasto con gli artt. 3 e 32 Cost., procedendo ad un'opera di ortopedia interpretativa che, reintroducendo in via pretoria la distinzione tra i gradi della colpa già esplicitamente espunta dall'intervento del legislatore, ha sostanzialmente modificato la norma²⁴⁸. Il risultato è quello di una cripto-analogia, ammantata nella veste di una lettura costituzionalmente conforme, che reintroduce *praeter legem* il limite della

²⁴⁶ Si pensi, tra i vari esempi, al caso degli atti persecutori puniti dall'art. 612-bis c.p., oggetto di una questione di illegittimità costituzionale per violazione del principio di determinatezza, dichiarata infondata dalla Corte con la sentenza n. 172 del 2014, nella quale ha fatto riferimento al ruolo di specificazione del significato della condotta assunto dal diritto vivente. Sottolinea in maniera critica l'utilizzo salvifico dell'elaborazione giurisprudenziale F. GIUNTA, *Il diritto (malamente) vivente salva gli atti persecutori*, in *Giur. cost.*, 2014, fasc. 3, pp. 2738-2747.

²⁴⁷ Si pensi alla vicenda dell'art. 609-*sexies* c.p. in merito all'*error aetatis* nei delitti sessuali nei confronti dei minori, oggetto della pronuncia n. 322 del 2007 nella quale la Corte ha dichiarato infondata la questione facendo propria l'interpretazione giurisprudenziale della norma allora predominante. La vicenda è richiamata da NAPOLEONI, *L'onere di interpretazione conforme*, cit., p. 97.

²⁴⁸ Sottolinea come le Sezioni Unite abbiano fatto ricorso ad un elemento espressamente espunto dal legislatore della riforma (la graduazione della colpa) con il fine di "salvare" la norma O. DI GIOVINE, *A proposito delle Sezioni Unite della Corte di cassazione "Mariotti" sulla colpa medica e a margine del libro di Matteo Caputo su "Colpa medica e sicurezza delle cure" (Giappichelli, 2017)*, in *Riv. it. med. leg.*, 2018, fasc. 3, pp. 846-848. Richiamano questa vicenda come esempio paradigmatico dell'atteggiamento giurisprudenziale creativo della giurisprudenza C. CUPELLI, *Tentazioni e contraddizioni del sistema penale contemporaneo: creazionismo giudiziario, panpenalismo legislativo e "caccia al colpevole"*, in *Cass. pen.*, 2023, fasc. 3, p. 694 e M. CAPUTO, *In cammino verso un'ermeneutica prescrittiva nell'applicazione della legge penale*, in *Cass. pen.*, 2023, fasc. 3, p. 1069, in cui l'A. osserva anche che all'eventuale dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma non avrebbe ostato nemmeno la preoccupazione di creare un vuoto normativo, posto che a voler impiegare ancora in funzione tipizzante il grado della colpa si sarebbe potuto continuare a fare riferimento all'art. 2236 c.c., secondo quanto accadeva prima del 2012, in attesa di un nuovo intervento del legislatore.

colpa lieve, sterilizzando la norma e rendendola addirittura meno favorevole rispetto alla precedente disposizione dell'art. 3 del D. L. n. 158 del 2012 c.d. "decreto Balduzzi".

La spinta propulsiva dell'onere di interpretazione conforme pare però essersi smorzata negli ultimi anni, nei quali la Corte ha progressivamente riconfigurato lo *standard* richiesto ai giudici ordinari. Ad indurre la rimeditazione della propria posizione vi è certamente l'avvertito rischio di uno scivolamento del sindacato accentrato verso connotati di diffusività, con effetti imprevedibili per i destinatari delle interpretazioni rese caso per caso e con seri rischi tellurici per i rapporti istituzionali tra magistratura e Parlamento²⁴⁹. Per arginare derive ermeneutiche arbitrarie la Corte ha riabilitato il criterio interpretativo primigenio e a lungo negletto, quello letterale, richiamando la necessità che l'interpretazione mantenga una aderenza al testo²⁵⁰, riconfigurando l'onere in capo al giudice ordinario come un obbligo di mezzi e non di risultato, di talché è sufficiente che il rimettente dimostri di aver adoperato strumenti idonei a formare un ragionevole convincimento ermeneutico sull'incompatibilità con la Carta costituzionale, anche se contrastante con altri orientamenti giurisprudenziali²⁵¹. Se

²⁴⁹ Il mutato atteggiamento rispetto all'onere di interpretazione conforme è stato segnalato come uno degli strumenti adoperati dalla Consulta nella ricerca di un proprio ri-accentramento nel sistema, volti a scongiurare l'estrema marginalizzazione della questione di incidentalità, da D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, 2020, pp. 36-38.

²⁵⁰ In dottrina il richiamo al rispetto di questo limite nell'interpretazione conforme è stato a lungo predicato, LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione "conforme a"*, cit., p. 7: «Per quanto i significati normativi di una disposizione di legge possano essere "adeguati" alla Costituzione, l'opera di "adeguamento" non può essere condotta sino al punto di leggere nella disposizione quel che non c'è, anche quando la Costituzione vorrebbe che vi fosse»; MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., p. 57: «l'esegesi conforme non è il letto di Procuste, dove l'interprete possa seviziare a piacimento la *littera legis*».

²⁵¹ NAPOLEONI, *L'onere di interpretazione conforme*, cit., p. 126. L'A. richiama come esempi di questo cambio di passo la pronuncia n. 221 del 2015 e la n. 42 del 2017, in particolare quest'ultima contiene una parziale revisione del principio affermato con la già citata sentenza n. 356 del 1996, si legge infatti: «Se, dunque, «le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne)» (sentenza n. 356 del 1996), ciò non significa che, ove sia improbabile o difficile prospettare un'interpretazione costituzionalmente orientata, la questione non debba essere scrutinata nel merito. Anzi, tale scrutinio, ricorrendo le predette condizioni, si rivela, come nella specie, necessario, pure solo al fine di stabilire se la soluzione conforme a Costituzione rifiutata dal giudice rimettente sia invece possibile». Un ulteriore esempio dell'attenzione verso gli eccessi dell'interpretazione conforme lo si rinviene ancora qualche anno prima, nella sentenza n. 110 del 2012, pronuncia che ha levato un monito nei confronti della Cassazione che aveva relativizzato il *dictum* della precedente sentenza n. 265 del 2010, ricordando che interpretazione conforme e declaratoria di illegittimità hanno

questo *trend* – come appare – si dovesse dimostrare costante, si dovrebbe attenuare la sollecitazione rivolta ai giudici di svolgere un sindacato preventivo sulla legittimità costituzionale, così da frenare il ruolo creativo della giurisprudenza sotto questo aspetto.

6.2. Lo scandalo dell'ermeneutica per il penalista e la necessità di una sua deontologia

Negli ultimi anni l'attenzione della dottrina penalistica per i problemi connessi all'interpretazione ha conosciuto un significativo mutamento qualitativo. Complice la prospettiva ineluttabile della permeabilità alle indicazioni provenienti dalla Corte europea dei diritti dell'uomo sulla necessità di garantire il cittadino da torsioni interpretative sfavorevoli – orizzonte sempre più vicino a partire dalle sentenze gemelle del 2007 sino alla già citata sentenza sul caso Contrada – il dibattito sembra aver preso commiato da quella che un autorevole Autore ha definito come la «politica dello struzzo», che «in nome di una ideologia nobilissima, piuttosto che misurarsi criticamente col dato di fatto che i giudici “creano” diritto penale applicato, si preferisce “rimuovere” questo fenomeno sgradito denunciandone la (presunta) radicale incompatibilità con i fondamenti illuministici del sistema vigente»²⁵².

L'espressione “diritto penale giurisprudenziale” non sembra costituire più quell'eretico ossimoro che in passato gli sarebbe valso l'anatema della scienza penalistica, tramandatole dall'Illuminismo²⁵³.

Dal punto di vista del contesto culturale questo mutato approccio ha certamente risentito delle acquisizioni dell'ermeneutica, che ha abbandonato il modello sillogistico e formale, fondato sulla distinzione tra *quaestio facti* e *quaestio iuris* e la distinzione tra interpretazione astratta e concreta, sposando invece la tesi fondamentale dell'inscindibilità del nesso tra interpretazione e applicazione. Secondo gli approdi dell'ermeneutica gadameriana non sarebbe possibile per l'interprete comprendere un

natura e limiti diversi: «la lettera della norma impugnata, il cui significato non può essere valicato neppure per mezzo dell'interpretazione costituzionalmente conforme [...], non consente in via interpretativa di conseguire l'effetto che solo una pronuncia di illegittimità costituzionale può produrre».

²⁵² G. FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in DOLCINI, PALIERO, *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., p. 240.

²⁵³ Esemplicativo della appropriazione dell'espressione e dell'atteggiamento della dottrina che apertamente ricerca il confronto con l'applicazione del diritto penale nella sua connessione non solo con lo studio dogmatico, ma anche con l'elaborazione degli istituti cristallizzati nei casi, è il volume T. EPIDENDIO, E. ROSI (a cura di), *Argomenti di diritto penale giurisprudenziale*, Milano, 2022.

testo in astratto, come qualcosa di universale, ma solamente a seguito dell'atto applicativo, che offre un contributo costitutivo a definire il confine semantico del testo, non è completamente già tracciato dal suo autore²⁵⁴. Ogni nuovo caso, ogni nuova applicazione della norma aggiungerebbe un tassello al mosaico del suo significato.

Anche nel diritto penale si è riconosciuto che la comprensione della norma progredisce, mettendo a fuoco di volta in volta una nuova fattispecie concreta, dalla quale poi si trae una nuova e ulteriore specificazione della fattispecie astratta. La «spirale ermeneutica»²⁵⁵ tra norma e caso arricchisce progressivamente il significato della regola penale, della quale si giunge a disconoscere l'esistenza di un significato "oggettivo".

Dinanzi a tali acquisizioni dell'ermeneutica vi è chi ha parlato di un atteggiamento scandalizzato della penalistica²⁵⁶. Al netto di impostazioni strettamente legate all'idea di una legalità legalistica²⁵⁷, tuttavia, la dottrina più sensibile a questi temi non pare affatto arroccata su posizioni di rifiuto radicale delle acquisizioni della teoria dell'interpretazione, ma semmai portatrice di un richiamo alla cautela rispetto ai rischi di un approccio ermeneutico meramente descrittivo. La peculiarità dell'ambito penale richiederebbe una teoria che si fondi su modelli deontologici e prescrittivi, che diano indicazione al giurista su come interpretare e rendano, pertanto, prevedibile e controllabile l'esito raggiunto²⁵⁸. Un sistema interpretativo fondato sui casi e il principio di riserva di legge «sono in *potenziale conflitto costituzionale*, ma solo qualora il diritto

²⁵⁴ M. VOGLIOTTI, *Il risveglio della coscienza ermeneutica nella penalistica contemporanea*, in *Riv. fil. dir.*, 2015, fasc. 1, pp. 89 ss., il quale richiama l'opera di H. GADAMER, *Verità e metodo* (1960), Milano, 1983.

²⁵⁵ Immagine elaborata da W. HASSEMER, *Fattispecie e tipo. Indagine sull'ermeneutica penalistica*, trad. it. G. Carlizzi, Napoli, 2007, pp. 107 ss.

²⁵⁶ Il riferimento è al saggio di M. VOGLIOTTI, *Lo scandalo dell'ermeneutica per la penalistica moderna*, in *Quad. fior.*, 2015, pp. 131 ss.;

²⁵⁷ Si utilizza qui l'espressione impiegata da BARTOLI, *Le garanzie della nuova legalità*, cit., pp. 144-145.

²⁵⁸ M. DONINI, *Fattispecie o case law? La "prevedibilità del diritto" e i limiti della dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza*, in *Quest. giust.*, 2018, fasc. 4, p. 97, il quale, riprendendo posizioni già espresse in passato, ritiene che «il diritto stesso, perciò, pone limiti all'ermeneutica, non soltanto l'ermeneutica al diritto». Critico verso la posizione di Donini, VOGLIOTTI, *Il risveglio della coscienza ermeneutica nella penalistica contemporanea*, cit., pp. 95-96, secondo il quale «non è il diritto penale che deve fungere "da banco di prova rispetto alle teorie dell'interpretazione giuridiche", ma è la teoria ermeneutica che deve servire a valutare la fondatezza di regole e principi che non sono il riflesso indiscutibile di un'inesistente natura universale del diritto penale, ma il risultato di precise scelte effettuate in un determinato contesto storico, politico, culturale e geografico». Ritiene poi che le tesi ermeneutiche, oltre a svolgere una funzione descrittiva, possano essere utili anche in chiave prescrittiva: ad esempio, l'ermeneutica giuridica esclude la distinzione tra interpretazione estensiva ed analogia e ciò «obbliga il giudice a fornire una giustificazione specifica per ogni estensione della legge penale a svantaggio del colpevole, senza rifugiarsi nella comoda affermazione che si tratterebbe 'soltanto' di interpretazione».

giurisprudenziale risulti illegittimo, o in violazione di diritti umani, non per la parte fisiologica della sua espressione»²⁵⁹. L'individuazione del discrimine tra questi due esiti interpretativi, uno fisiologico e uno patologico, non può essere tralasciato dal penalista, che non può più pretendere di risolvere i problemi connessi all'ermeneutica limitandosi a predicare una maggiore precisione linguistica del prodotto normativo confezionato dal legislatore²⁶⁰, certamente desiderabile, ma non risolutiva in ragione dell'ineliminabilità del momento interpretativo in fase applicativa. La necessità di far convergere la prassi verso alcuni strumenti condivisi germina dalla constatazione che il momento interpretativo è intimamente e inevitabilmente politico, soprattutto dinanzi ai "casi difficili", nei quali il tasso di discrezionalità aumenta²⁶¹.

La valorizzazione di canoni ermeneutici che difendano il senso letterale del testo, contro le sue liquefazioni nel contesto, che prediligano una interpretazione ristretta, tassativizzante e tipizzante, ispirata ai principi di offensività e proporzionalità, è essenziale nell'ottica di rendere prevedibile la decisione (*rectius* il diritto applicabile²⁶²)

²⁵⁹ DONINI, *Fattispecie o case law? La "prevedibilità del diritto" e i limiti della dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza*, cit., p. 80 (corsivo originale). L'A. distingue tra "casi facili", costituiti da fattispecie di fatto semplici o che incontrano indirizzi consolidati, che non richiedono al giudice una nuova interpretazione della norma, ma solamente di applicare i principi già consolidatisi nell'esperienza, e "casi difficili", ossia vicende nelle quali il giudice si trova davanti ad un caso nuovo per la cui soluzione deve rimettere in gioco l'interpretazione della norma. Nei casi difficili la soluzione è direttamente connessa ad una attività interpretativa costitutiva; i casi successivi che si confronteranno con il medesimo problema, potendo contare sul precedente, saranno invece casi facili; non può escludersi che accada anche il contrario («yesterday's easy case may be today's hard case»).

²⁶⁰ ZACCARIA, *La nuova legalità penale, il precedente e il ruolo della Cassazione*, cit., p. 97, sottolinea la contraddittorietà di chi da un lato depreca il dissesto del linguaggio legislativo e dall'altro invoca «il dogma intangibile della maestà della legge». In termini simili M. BARBERIS, *Contro il creazionismo giuridico. Il precedente giudiziale tra storia e teoria*, in *Quad. fior.*, 2015, p. 101: «la morale pratica o normativa, peraltro, non consiste tanto nell'invitare i giuristi a prendere ancor più sul serio di quanto facciano già precedenti o giurisprudenza, né, meno che mai, nel chiedere al legislatore di adottare DPG [dottrina del precedente giudiziale, ndr], come se una consuetudine potesse imporsi per legge. Semmai, consiste nel chiedere ai nostri riformatori in servizio permanente effettivo di smetterla con l'opinione perversa che la certezza del diritto possa ottenersi con sempre nuova legislazione e contro la giurisdizione».

²⁶¹ V. MANES, *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica"*, in *Cass. pen.*, 2018, fasc. 6, p. 2226, «lo scrigno dei metodi interpretativi assomiglia sempre di più ad una *magic box*, dove si trova un po' di tutto, e i diversi criteri si iscrivono ormai in un *pantheon* nel quale nessun dio domina sugli altri».

²⁶² DONINI, *Fattispecie o case law? La "prevedibilità del diritto" e i limiti della dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza*, cit., p. 85. L'A. fa questa precisazione per sottolineare che oggetto della prevedibilità è la norma che sarà applicata, non la decisione che sarà adottata nel caso concreto, posto che quest'ultima è influenzata da molti fattori di contesto. Per una ricostruzione del principio di prevedibilità della decisione si veda, VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, cit., pp. 144 ss.

e sdrammatizzare il problema degli effetti sfavorevoli al reo prodotti da interpretazioni che attribuiscono alla norma un significato nuovo ed inedito, non contenuto nel testo. È quest'ultimo che deve fornire al consociato una chiara indicazione sulle conseguenze sanzionatorie delle proprie condotte, non potendo ammettersi che venga sanzionato per fatti che secondo il linguaggio comune non sono riconducibili al significato letterale delle parole impiegate dal legislatore²⁶³. Proprio questa valorizzazione della prevedibilità dell'esito ermeneutico induce a superare il riferimento ai concetti di interpretazione estensiva e di analogia, la prima ammessa e la seconda vietata. Oltre ad essere una classificazione sconfessata dagli approdi più recenti dell'ermeneutica²⁶⁴, questa trascura il fatto che anche una interpretazione estensiva può pregiudicare la prevedibilità del diritto applicabile, divenendo di fatto illegittima²⁶⁵.

Se la giurisprudenza ha un ineliminabile ruolo co-regolativo, che partecipa alle scelte sulla delimitazione di ciò che è penalmente rilevante, è necessario che tale ruolo venga interpretato sulla scorta di canoni ermeneutici che perimetrino lo spazio di discrezionalità legittima del giudicante. Ne va non solo della prevedibilità del diritto – secondo lo *standard* convenzionale –, ma della tutela del principio di separazione dei poteri garantito dalla riserva di legge, che altrimenti cederebbe la propria anima di garanzia democratica a un modello aristocratico fondato sul magistero del giudice, escluso dal circolo rappresentativo, nel quale riporre istanze di tutela frustrate dalle lentezze e disfunzioni del processo politico²⁶⁶.

²⁶³ Gli esempi potrebbero essere moltissimi, per restare ad uno dei più recenti si pensi al caso dell'estensione del concetto di "cosa mobile" rilevante ai fini del reato di appropriazione indebita anche ai file informatici, privi del carattere di fisicità insito nel concetto di cosa (Cass. pen., sez. II, 7 novembre 2019, n. 11959, in *www.sistemapenale.it*, 4.3.2021, con nota di C. PAGELLA, *La Cassazione sulla riconducibilità dei file al concetto di "cosa mobile" oggetto di appropriazione indebita: un caso di analogia in malam partem?*

²⁶⁴ G. TUZET, *La storia infinita. Ancora su analogia e interpretazione estensiva*, in *Criminalia*, 2011, pp. 519, «per rispettare la legalità penale l'interpretazione estensiva andrebbe usata il meno possibile, o andrebbe addirittura vietata com'è vietata l'analogia, se è vero che praticamente hanno gli stessi risultati e la prima è un nome per operare nascostamente la seconda».

²⁶⁵ A sostegno di ciò si consideri che per la Corte di Strasburgo analogia ed interpretazione estensiva sono sostanzialmente equiparate, come affermato nella sentenza 24.3.1993 *Kokkinakis c. Grecia*. Lo evidenzia F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., p. 248.

²⁶⁶ Il problema della delimitazione del confine tra interpretazione legittima e interpretazione creativa quale punto di equilibrio tra poteri non è esclusivo dei Paesi che riconoscono il principio di riserva di legge. La medesima urgenza è avvertita nei Paesi di *common law*, nei quali l'importanza della fonte giurisprudenziale ha già da lungo tempo fatto emergere l'urgenza di affrontare il problema dell'interpretazione, dando luogo a scontri anche accesi sul ruolo del giudice, tanto ordinario quanto costituzionale. Un affascinante affresco di questo mondo è offerto da G. PORTONERA, *Antonin Scalia*, Torino, 2022, che

La sensibilità verso i problemi di una ermeneutica prescrittiva per la materia penale pare essere al momento il vero strumento di diagnosi sul rispetto della riserva di legge e parte della dottrina sta muovendo decisi passi in questo senso, abbandonando la citata «politica dello struzzo», e confrontandosi con l'esperienza dei paesi di *common law*. Nondimeno si registra con una nota di sconforto che, alla luce delle attuali traiettorie di formazione dei giuristi chiamati a coltivare questa attenzione, è ancora là da venire una vera «*koinè* che appiani discrasie e nutra sensibilità omogenee con riguardo alle garanzie»²⁶⁷.

6.3. I tentativi di imbrigliare gli effetti in *malam partem* dei mutamenti giurisprudenziali. Cenni

A fronte della “scoperta” del ruolo creativo della fonte giurisprudenziale si avverte in maniera crescente l'opportunità di elaborare un sistema di garanzia per il singolo dinanzi a mutamenti interpretativi sfavorevoli, estendendo anche a questa ipotesi il principio di irretroattività, mutuando gli argomenti espressi dalla Corte di Strasburgo²⁶⁸. Dinanzi a interpretazioni *praeter legem* che elaborano soluzioni creative – motivate dall'abdicazione del legislatore o dal perseguimento di un intento correttivo

affronta il tema dall'angolo visuale della dottrina sostenuta da Antonin Scalia, quella dell'originalismo e testualismo. Secondo Scalia: «permettere che [una] questione politica [...] sia considerata e risolta da un gruppo ristretto, aristocratico, del tutto non rappresentativo, di [nove] individui significa violare un principio ancor più fondamentale del *no taxation without representation: no social transformation without representatio*» (p. 160). Assai chiarificatore e demistificatorio rispetto ai preconcetti di cui sono diffusamente affetti gli osservatori di *civil law* verso i sistemi di diritto di stampo anglosassone e il loro rapporto con il precedente giudiziale è il contributo di BARBERIS, *Contro il creazionismo giuridico*, cit., pp. 67 ss.

²⁶⁷ M. CAPUTO, *In cammino verso un'ermeneutica prescrittiva nell'applicazione della legge penale*, in *Cass. pen.*, 2023, fasc. 3, p. 1072, in cui l'A. fa proprie le parole di Massimo Nobile; sempre sulla necessità di una formazione condivisa, M. DONINI, *Cultura dei penalisti e condivisione dei saperi. La formazione comune e non separata dei magistrati e avvocati è una premessa al tema delle carriere*, in *www.sistemapenale.it*, 11.1.2023.

²⁶⁸ La lettura penalistica in tempi recenti si è popolata di diversi lavori monografici dedicati al tema, tutti particolarmente accorti a trarre indicazioni dall'esperienza di *common law* e rivolti ad individuare il confine tra interpretazione fisiologica, creativa e le regole che devono presiedere l'ermeneutica: D. PERRONE, *Nullum crimen sine iure. Il diritto penale giurisprudenziale tra dinamiche interpretative in malam partem e nuove istanze di garanzia*, Torino, 2019; A. GALANTE, *Legalità e mutamenti nel diritto penale. Fondamento e limiti del divieto di retroattività dei mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli*, Firenze, 2021; A. SANTANGELO, *Precedente e prevedibilità: profili di deontologia ermeneutica nell'era del diritto penale giurisprudenziale*, Torino, 2022.

nei confronti del suo prodotto – il cittadino si troverebbe a subire una norma che non poteva conoscere.

L'estensione del principio significherebbe tuttavia certificare l'equiparazione tra legge e diritto giurisprudenziale, operazione alla quale osta, in primo luogo, proprio il principio di riserva di legge. A certificare questo ostacolo vi è la nota pronuncia n. 230 del 2012 della Corte costituzionale²⁶⁹ che, pur pronunciandosi su di un caso diverso – si discuteva dell'estensione non della irretroattività sfavorevole, ma del principio di retroattività *in mitius* –, ha offerto l'occasione per escludere ogni equiparazione tra diritto legislativo e fonte giurisprudenziale, anche con riferimento alle pronunce del massimo organo nomofilattico. In quel caso, la Consulta ha affermato che i mutamenti giurisprudenziali favorevoli, che espungano una determinata ipotesi dal fuoco applicativo di una fattispecie, non possono in alcun modo assimilarsi alle ipotesi dell'abrogazione o della declaratoria di illegittimità costituzionale (*eius est abrogare cuius est condere*), proprio per le peculiarità del nostro ordinamento che – riconoscendo il principio della riserva di legge – rimette al solo legislatore le scelte sui fatti da punire. La Corte, in quella occasione, ha anche ricordato che non sussiste alcuna vincolatività del precedente nel nostro ordinamento e che, anzi, il suo riconoscimento comporterebbe «una vera e propria sovversione “di sistema”», introducendo elementi di gerarchizzazione tra i giudici estranei alla Carta.

L'arresto della giurisprudenza costituzionale in questione riconduce il ruolo del giudice nei propri ranghi, escludendo l'equiparabilità tra il mutamento interpretativo e l'abrogazione, ma – come già acutamente osservato all'epoca della pronuncia – non significa «voler negare le esigenze garantistiche che un mutamento giurisprudenziale *in malam partem* deve trascinarsi dietro (queste sì reclamatione da una lettura convenzionalmente orientata del principio di legalità), né la sua possibile considerazione ad altre, precipue finalità»²⁷⁰.

Nonostante questa lettura aperta della giurisprudenza costituzionale, e pur a voler ammettere la possibilità di estendere la garanzia dell'irretroattività sfavorevole dei mutamenti giurisprudenziali, si presentano altri problemi, strettamente connessi al ruolo della Cassazione nella sua veste di interprete della “nomofilachia”, al rapporto tra i suoi precedenti e i giudici di merito e a quello tra i contrasti che si verificano in seno allo stesso “Palazzaccio”.

²⁶⁹ O. MAZZA, *Il principio di legalità nel nuovo diritto liquido*, in *Giur. cost.*, 2012, fasc. 5, pp. 3464-3474; V. MANES, *Prometeo alla Consulta: una lettura dei limiti costituzionali all'equiparazione tra “diritto giurisprudenziale” e “legge”*, in *Giur. cost.*, 2012, fasc. 5, pp. 3474-3482.

²⁷⁰ MANES, *Prometeo alla Consulta*, cit., p. 3481.

Di fronte al problema di decisioni giurisprudenziali imprevedibili, l'unico rimedio offerto dal legislatore sul piano del diritto positivo è quello dell'art. 618, comma 1-bis c.p.p.²⁷¹, che onera le sezioni semplici della Suprema Corte a rimettere alle Sezioni Unite la decisione su di un ricorso qualora ritenga di distaccarsi da un principio affermato da queste ultime. La disposizione dovrebbe proceduralizzare il dissenso delle sezioni semplici e neutralizzare gli effetti di un mutamento giurisprudenziale senza che prima si siano espresse le Sezioni Unite.

Da subito si è segnalata la scarsa efficacia di questo meccanismo, costituito da una norma imperfetta, che non prevede alcuna sanzione per la sua trasgressione. A ciò si aggiunge il fatto che lo stesso intervento delle Sezioni Unite, su richiesta di una sezione semplice, può comportare un mutamento giurisprudenziale sfavorevole. Esemplificativo in questo senso è la vicenda che ha riguardato l'art. 600-ter c.p., oggetto di tre interventi della Cassazione nella sua massima composizione nell'arco di diciotto anni, ciascuno caratterizzato da una estensione del perimetro applicativo della disposizione di fatto imprevedibile e con effetti retroattivi sfavorevoli²⁷². Rispetto alle difficoltà interpretative poste dalla fattispecie in esame, che rendono labili i confini tra il penalmente illecito e la libera manifestazione della propria sessualità, la Corte si è sforzata di dettare una vera e propria sistematizzazione della materia, ma ciò ha comportato una estensione del raggio applicativo della norma anche verso tipi comportamentali non espressamente ricompresi nel testo della norma.

L'intervento delle Sezioni Unite può risolvere contrasti sincronici, che pongono problemi minori in tema di prevedibilità²⁷³, ma non è una garanzia per la prevenzione di contrasti diacronici, ossia i veri e propri mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli. Anzi, è proprio rispetto alla massima composizione dell'organo della nomofilachia che è più frequente che si verificano interpretazioni che, con lo scopo di dettare una

²⁷¹ Sull'innovazione introdotta dalla c.d. riforma Orlando, BARTOLI, *Le garanzie della nuova legalità*, cit., pp. 167-168; G. FIDELBO, *Il diritto penale giurisprudenziale, la sua formazione, le sue caratteristiche*, in *Sist. pen.*, 2022, fasc. 12, pp. 37-39.

²⁷² Ripercorrono la vicenda giurisprudenziale BARTOLI, *Nuovi scenari della legalità penale*, pp. 20-24; N. RECCHIA, *Pregevoli approdi e persistenti criticità nella sentenza delle Sezioni Unite sul sexting*, in *Giur. it.*, 2022, fasc. 6, pp. 1470-1475.

²⁷³ Distingue le possibili garanzie per l'individuo dinanzi alla soluzione sfavorevole di un contrasto sincronico in atto da parte delle Sezioni Unite, optando per il ricorso al canone della prevedibilità soggettiva BARTOLI, *Le garanzie della nuova legalità*, pp. 169-174, il quale comune ritiene che vi sia «un qualcosa di distonico nel poter comunque punire in presenza di un contrasto giurisprudenziale. Anche perché la responsabilità di questo contrasto è dell'ordinamento, con la conseguenza che far dipendere l'eventuale esclusione della responsabilità dal soggetto significa nella sostanza richiedere al soggetto di farsi carico e di sopperire a disfunzioni create dall'ordinamento».

soluzione giuridica ad un numero indeterminato di fattispecie, si collochino fuori dal tipo legislativo²⁷⁴. Richiedere di riconoscere l'irretroattività di una interpretazione alla stessa Corte presupporrebbe quindi che essa stessa, per prima, riconosca di aver dato corso con la propria giurisprudenza ad una applicazione *in malam partem*.

Ecco, dunque, che si ritorna al cuore del problema: per affermare l'irretroattività di un mutamento sfavorevole se ne deve dimostrare l'imprevedibilità e per dimostrarla è necessario individuare un apparato di regole ermeneutiche che, nel dettare una precisa deontologia dell'interpretare, consentano di distinguere tra interpretazioni ammissibili, rispettose dei limiti del tipo legale, e mutamenti che, travalicando i limiti, possano essere marchiate come imprevedibili e quindi irretroattive. Tale obiettivo deve essere perseguito non solo dalla giurisprudenza di legittimità – altro limite strutturale dell'art. 618, comma 1-bis c.p.p. – ma anche dalle giurisdizioni di primo e secondo grado; si osserva, infatti, che «solo dopo aver restaurato la “piattaforma metodologica” dell'interpretazione sostenibile per il diritto criminale, stabilendo le condizioni di accettabilità e di autorevolezza anzitutto di quella pietra angolare della nomofilachia che è la giurisprudenza di merito, e così preparando il campo anche alle decisioni della Cassazione, potremo aprire la discussione sul precedente, e parlare di *ratio decidendi* e *obiter dicta*, di *distinguishing* e *overruling* anche in materia penale; e di qui affrontare anche la sfida della calcolabilità delle decisioni in diritto penale»²⁷⁵.

In questo senso, un canone ermeneutico affascinante, mirato a prevenire a monte l'affermarsi di interpretazioni *in malam partem*, in special modo dinanzi a questioni inedite e mai affrontate dalla giurisprudenza, potrebbe essere individuato – secondo le proposte della dottrina più recente – nella *rule of lenity*: dinanzi ad un caso nuovo e ad una norma polisemica, il giudice dovrebbe selezionare il significato più favorevole al reo, evitando così di ricomprendere nella sfera penale, a sorpresa, comportamenti

²⁷⁴ Si parla spesso di “decaloghi” della Cassazione, pronunce che aspirano a fornire una lettura complessiva di una certa disciplina, perseguendo l'obiettivo di una sistematicità che non è però propria dell'attività giurisprudenziale, ma della scienza penalistica. Sul punto, G. P. DOLSO, *I “decaloghi” della Cassazione: funzione giurisdizionale o normativa? Il caso del diritto all'oblio*, in AA.VV., *Scritti per Roberto Bin*, Torino, 2019, pp. 652-661. Sottolinea che l'interpretazione, anche rigorosa, delle norme non è sufficiente a fare dell'attività della giurisprudenza una scienza, DONINI, *Fattispecie o case law? La “prevedibilità del diritto” e i limiti della dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza*, cit., p. 82: «Lo studio del diritto vanta una dimensione scientifica per tutta una serie di ragioni e ulteriori attività (di sistematica, dogmatica, organizzazione concettuale, costruzione legislativa, verifica di congruenza, di compatibilità con principi superiori, di analisi storico-comparata etc.) diverse rispetto alla semplice interpretazione in vista dell'applicazione della legge ai casi».

²⁷⁵ MANES, *Dalla “fattispecie” al “precedente”: appunti di “deontologia ermeneutica”*, cit., p. 2243.

che non siano sanzionati in «*unequivocally clear terms*»²⁷⁶. Una simile regola, oltre a prevenire effetti imprevedibilmente sfavorevoli per il cittadino, costituirebbe uno stimolo per il legislatore ad intervenire nel caso in cui non dovesse condividere la soluzione consolidata nel diritto giurisprudenziale. Per converso, una volta assolto il proprio impegno argomentativo il giudice potrebbe liberarsi dell'avvertito (reale o putativo) peso di dover supplire all'inerzia del legislatore.

Sotto il profilo degli strumenti di attuazione dell'irretroattività sfavorevole del mutamento giurisprudenziale, qui si può solo accennare – per la mole di questioni che dovrebbero essere trattate di fronte ad un tema così complesso e in divenire – che l'opzione maggiormente condivisa è quella del ricorso all'art. 5 c.p.²⁷⁷, così come modificato dalla pronuncia della Consulta n. 364 del 1988. Un orientamento giurisprudenziale innovativo, imprevedibile ed *in malam partem* dovrebbe condurre all'esenzione della responsabilità del singolo che non poteva conoscere un precetto sopravvenuto rispetto al momento della condotta. Rispetto a questa soluzione, in dottrina, si è recentemente proposto di valorizzare la disposizione nella sua configurazione precedente all'intervento della Consulta, che ponendosi in un momento antecedente alla valutazione della inevitabilità dell'*error iuris*, assuma come condizione di validità oggettiva della legge penale la sua sufficiente riconoscibilità. Tale prospettiva avrebbe anche il pregio di consentire l'introduzione nell'ordinamento del *prospective overruling*: «a fronte di un [mutamento] “incalcolabile” *in malam partem*, la giurisprudenza potrebbe certamente affermarlo per il futuro, senza restare imbrigliata in una poco auspicabile stagnazione del precedente, prosciogliendo però l'imputato, nel processo in corso, per ignoranza inevitabile della norma penale»²⁷⁸.

²⁷⁶ A. SANTANGELO, *Una soluzione “di favore” per l’insider di se stesso: la rule of lenity quale criterio di risoluzione dei casi difficili*, in *Dir. pen. proc.*, 2022, fasc. 10, pp. 1343-1356. In senso simile, nell’ottica di risolvere i casi interpretativi dubbi in senso favorevole per il reo anche A. CADOPPI, *Il “reato penale”. Teorie e strategie di riduzione della criminalizzazione*, Napoli, 2022, pp. 256 ss. e 336 ss. Declina invece il principio di interpretazione “stretta” come «completamento, sul piano dell’interpretazione del diritto, del principio che, sul piano dell’interpretazione del fatto, suona nei termini antichi per cui il giudice deve risolversi, nei casi dubbi, a favore del reo (“in dubio pro reo”) ovvero, più modernamente, deve poter affermare la responsabilità dell’imputato soltanto quando essa sia provata oltre ogni ragionevole dubbio», M. RONCO, *Precomprensione ermeneutica del tipo legale e divieto di analogia*, in DOLCINI, PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., p. 713.

²⁷⁷ VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, cit., p. 242.

²⁷⁸ A. MASSARO, *Legalità penale e diritto europeo. C’è qualcosa di nuovo oggi nel sole, anzi di antico*, in *Sist. pen.*, 2022, fasc. 12, pp. 99-102. L’A. stessa riconosce che la soluzione non è affatto banale, poiché molte sono le fondate obiezioni già sollevate in dottrina (per la bibliografia citata, si veda nota 86 dell’articolo), le

6.4. *L'interpretazione giurisprudenziale illegittima e la problematica assenza di un suo efficace rimedio*

La ricerca di strumenti ermeneutici che rendano prevedibili i possibili esiti interpretativi della norma e innalzino il livello di certezza del diritto persegue un risultato certamente desiderabile. Non meno lo è la tensione verso la ricostruzione di un sistema che permetta di sterilizzare gli effetti sfavorevoli di interpretazioni imprevedibili. Il giudizio positivo riguardante la meta di questo obiettivo è evidentemente legato alla protezione del singolo, alla garanzia individuale nella quale risuonano le finalità tipiche del principio di irretroattività sfavorevole e di colpevolezza.

A completare l'architettura dell'arco ideale delle garanzie nei confronti del diritto giurisprudenziale, manca però un cuneo fondamentale. Non si è mancato di evidenziare che l'interpretazione giurisprudenziale può condurre ad esiti analogici che si pongono al di fuori del tipo legale, anche in aperto contrasto con il testo legislativo e, talvolta, pur a fronte di un apparente suo rispetto. La garanzia della prevedibilità e la sua conseguente sanzione tramite l'irretroattività sfavorevole si esplicano rispetto ad un frangente assai limitato: solo quando l'interpretazione oggettivamente imprevedibile si manifesta per la prima volta il singolo potrà beneficiare dell'esenzione dalla responsabilità. Una volta emerso e consolidatosi il precedente che estenda una norma penale, offrendone una interpretazione più ampia, non potrà più invocarsi la sua imprevedibilità. Il singolo è avvertito, ma certo non sarà tutelato il rispetto della dimensione politico-istituzionale della legalità laddove si consenta che una interpretazione *ultra legem* si consolidi e operi nei confronti di tutte le condotte poste in essere di lì in avanti.

Plastico esempio di questo inconveniente è il percorso evolutivo della giurisprudenza della Cassazione in materia di confisca del prezzo o del profitto del reato *ex art. 240 c.p.* che abbia ad oggetto del denaro, qualificata sempre come confisca "diretta"

quali evidenziano che percorrendo la strada dell'art. 5 c.p. si riconoscerebbe un errore, una colpa in capo al singolo, quando invece tale colpa ricade sullo Stato che non ha garantito un precetto predeterminato e certo, inoltre tale soluzione si esporrebbe ai rischi di applicazioni discrezionali e disomogenee, oltre che a depotenziare lo stimolo per il legislatore a sforzarsi nel perseguire la strada della determinatezza del testo normativo. Tuttavia, l'alternativa all'art. 5 c.p. allo stato attuale, senza interventi del legislatore, potrebbe essere unicamente l'art. 2 c.p., rispetto al quale la prospettiva di risemantizzare la norma fino a ricomprendere nel lemma "legge" anche il mutamento giurisprudenziale pare allo stato impraticabile.

con conseguente esonero di ogni necessità di provare il nesso di pertinenzialità tra il bene e l'illecito²⁷⁹. Una simile interpretazione ha degli effetti negativi di non poco momento, in quanto prescindendo dall'accertamento di un vincolo di derivazione della somma di denaro dal reato oggetto del processo penale, consente l'adozione di provvedimenti ablativi del patrimonio dell'imputato anche nei casi in cui non vi sia stato un accrescimento patrimoniale di quest'ultimo, ma il vantaggio si sia manifestato in un risparmio di spesa che diviene confiscabile tramite l'ablazione del *tantundem* che ha aumentato la ricchezza di chi ha commesso il fatto. L'interpretazione in parola consente la confisca di valore anche al di fuori dei casi previsti espressamente dalla legge. Ulteriore conseguenza di questo esito è che qualificando la confisca come diretta, quindi come una misura di sicurezza, la si sottrae anche alle garanzie proprie della materia penale, che invece assistono la confisca per equivalente in ragione della sua natura anche punitiva²⁸⁰.

Questa interpretazione si è consolidata in una progressione di arresti della Suprema Corte nella sua massima composizione – Gubert²⁸¹, Lucci e Coppola –, rispetto ai quali i tentativi di qualche sezione semplice di rivedere o, almeno, contenerne la portata si sono scontrati con l'ormai granitico orientamento.

Simili casi creano una situazione di *impasse*: il giudice che intenda dissentire dalle Sezioni Unite nella cui giurisprudenza si sia radicata una interpretazione analogica e *praeter legem* non ha strumenti per stimolare una revisione del precedente. Egli ben

²⁷⁹ Ripercorrono l'esito dell'evoluzione interpretativa attraverso le sentenze delle Sezioni Unite sino alla pronuncia n. 41425 del 2021, con la quale è stato affermato che la confisca del denaro mantiene natura diretta anche laddove sia stata fornita la prova dell'assenza del vincolo di pertinenzialità con il reato, A.M. DELL'OSSO, *Le Sezioni Unite rilanciano sulla natura diretta della confisca di denaro: vecchie e nuove perplessità*, in *Dir. pen. proc.*, 2022, fasc. 4, pp. 483-495; F. COMPAGNA, *La confisca "diretta" dei valori numerari. Dalla progressiva erosione della legalità all'esplicita negazione delle garanzie fondamentali*, in *Cass. pen.*, 2022, fasc. 2, pp. 566-586.

²⁸⁰ La qualificazione della natura della confisca (preventiva, punitiva, ripristinatoria) è quantomai complessa, per la molteplicità delle figure ablatorie, dovute al loro positivo accreditamento presso il legislatore e per l'incrocio con tematiche sovranazionali connesse al concetto di "materia penale". L'opinione per cui la confisca di valore sia una misura di punitiva è decisamente diffusa e sostenuta da pronunciamenti della Corte costituzionale in questo senso (n. 68 del 2017 e n. 223 del 2018). Sul tema si veda l'autorevole ricostruzione di F. MUCCIARELLI, *La controversa natura della confisca per equivalente tra efficienza e garanzie*, in *Giur. it.*, 2023, fasc. 5, pp. 1144-1154.

²⁸¹ La pronuncia n. 10561 del 2014 si segnala per un ulteriore profilo: ha esteso la possibilità di disporre il sequestro finalizzato alla confisca – diretta o per equivalente – anche ai beni dell'ente per i reati tributari commessi dal legale rappresentante, nonostante allora i reati tributari non rientrassero nel catalogo dei reati presupposto del D. Lgs. 231/2001. Segnala questa pronuncia come esempio di ipocrito ossequio alla lettera legislativa, O. DI GIOVINE, *Il ruolo costitutivo della giurisprudenza in AA.VV., La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, cit., p. 159.

potrebbe rimettere la questione alle Sezioni Unite ai sensi dell'art. 618 comma 1-bis c.p.p., ma dinanzi ad una ulteriore conferma si troverebbe in un vicolo chiuso verso la possibilità di influire sulla mutazione del precedente formulato dalla massima composizione della Corte.

È vero che ogni giudice è libero di discostarsi dal precedente, in assenza nel nostro ordinamento del principio di *stare decisis*. Tuttavia, a fronte di un orientamento consolidato dell'organo della nomofilachia l'iniziativa dei giudici di merito che decidesero di disattenderlo, in quanto manifestamente analogico, si scontrerebbe con la conseguenza di vedere riformata la propria decisione. Inoltre, il *dictum* delle Sezioni Unite esercita sui giudici di merito un effetto di conformazione, pertanto, rimettere sugli stessi il compito di discostarsi da interpretazioni illegittime potrebbe avere scarso successo.

Nel contesto delle riflessioni sulla nuova legalità, quello del controllo sulla legalità della interpretazione, inteso quale verifica del rispetto del principio di tassatività, si rivela essere un problema cruciale²⁸². Ad oggi tale controllo è nelle mani della Cassazione ed è interno al potere giurisdizionale: nei confronti dei giudici di merito tale controllo si verifica in via indiretta, tramite il sistema delle impugnazioni che conduce in ultima istanza alla Suprema Corte, mentre all'interno di quest'ultima il meccanismo è quello dell'art. 618 comma 1-bis, che fa convergere le proposte di mutamento interpretativo in seno alle Sezioni Unite. Una simile struttura di controllo si chiude in un cerchio autoreferenziale, divenendo scarsamente effettivo laddove in seno alla massima composizione dell'organo nomofilattico si affermi una interpretazione travalicante i limiti della fattispecie legale. Per rompere questa circolarità manca un meccanismo di controllo esterno sulle interpretazioni illegittime, il che rende di fatto impraticabile la possibilità di eradicare consolidate prassi ermeneutiche che violino il canone della tassatività a meno di non ricorrere ad un nuovo espresso intervento legislativo.

²⁸² Riscontrano il problema, BARTOLI, *Le garanzie della nuova legalità*, cit., p. 158: «Ciò che suscita perplessità di tutta questa realtà non è tanto la dialettica tra dimensione legale e dimensione giurisprudenziale, ma l'assenza di strumenti reali ed effettivi – per così dire – esterni alla giurisdizione, che consentano di riascoltare la voce del legislatore ovvero di ascoltare quell'interpretazione che comunque si potrebbe conformare al dettato legislativo»; V. MAIELLO, *La legalità della legge e il diritto dei giudici: scossoni, assestamenti e sviluppi*, in *Sist. pen.*, 2020, fasc. 3, p. 142; con specifico riferimento all'evoluzione in materia di confisca, M. SCOLETTA, *La confisca di denaro quale prezzo o profitto del reato è sempre "diretta" (ancorché il denaro abbia origine lecita). Esiste un limite azionabile alla interpretazione giudiziaria della legge penale? La confisca di denaro quale prezzo o profitto del reato è sempre "diretta" (ancorché il denaro abbia origine lecita)*, in www.sistemapenale.it, 23.11.2021.

7. La legalità europea e convenzionale

Se le discussioni sulla legalità oggi convergono, con diversità di intensità e argomenti, nel riconoscere che stiamo attraversando un periodo di «scienza straordinaria» - secondo la dizione di Kuhn già richiamata - ciò è certamente dovuto all'influsso della dimensione europea. Affrontare compiutamente cosa ha significato e dove è diretto il cammino della legalità europea necessiterebbe di una trattazione autonoma, e anche questa potrebbe riuscire nell'impresa di comprenderne tutte le sfaccettature solamente con un enorme sforzo di sintesi²⁸³.

Nell'ottica della presente analisi si cercherà di mettere in luce, da un lato, come l'Unione europea incide sulle fonti del diritto in materia penale, dall'altro, soprattutto, come nella "piccola" e nella "grande" Europa il principio di legalità assuma un significato qualitativamente diverso rispetto alla legalità nazionale, incentrato sulla dimensione individual-garantistica, più che su quella democratico-istituzionale propria della riserva di legge.

Proprio la riserva di legge fino a pochi decenni fa sembrava essere il vallo insuperabile per ogni prospettiva di sviluppo del diritto penale europeo che, come si osservava all'inizio dell'ultimo decennio del secolo scorso, si trovava ad uno stadio «presoché embrionale»²⁸⁴. Da allora l'influsso dell'Unione europea in materia penale è cresciuto esponenzialmente, conquistando con il Trattato di Lisbona proprie competenze penali (seppur indirette) e un sistema di cooperazione giudiziaria fortemente strutturato, che ad oggi comprende anche l'*European Prosecutor Office* competente per i reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione.

Sul piano delle garanzie penalistiche europee, invece, l'influsso dell'approccio sostanzialistico proprio della Convenzione europea dei diritti dell'uomo ha ridisegnato i confini applicativi di queste, con ricadute notevoli sull'interpretazione interna dell'ambito di operatività dell'art. 25 Cost., arruolato anche su fronti prima occultati da etichette solo formalmente extrapenali²⁸⁵. In questo contesto la riserva di legge

²⁸³ Certo non mancano opere capaci di questa impresa, uscite dalle penne di autorevoli Autori da sempre vigili su questo fronte del diritto penale, per limitarsi alle pubblicazioni più recenti, si pensi in particolare ai volumi V. MANES, M. CAIANIELLO, *Introduzione al diritto penale europeo. Fonti, metodi, istituti, casi*, Torino, 2020; A. MAUGERI, *Appunti di diritto penale europeo*, Torino, 2020.

²⁸⁴ F. SGUBBI, *Diritto penale comunitario* (voce), in *Dig. disc. pen.*, vol. IV, Torino, 1990, pp. 90 ss.

²⁸⁵ MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., pp. 7 ss.

passa in secondo piano, il *focus* europeo non è posto sull'organo che emana l'atto normativo – che ben può essere anche di fonte giurisprudenziale – ma sulla qualità della legge.

7.1. L'incidenza delle fonti euro-unitarie sulla discrezionalità del legislatore

Il primo profilo di incidenza della dimensione europea sulla legalità nazionale attinge alle “interferenze” tra il diritto dell'Unione europea e quello nazionale in materia penale. Il rapporto tra i due ordinamenti si è sviluppato mediante l'attribuzione all'Unione di proprie competenze in materia penale e attraverso influenze indirette che si esplicano nelle varie forme dell'integrazione del precetto posto dalla norma interna, nonché tramite l'interpretazione conforme e la disapplicazione della norma interna contrastante con una fonte europea munita di effetti diretti.

Il Trattato di Lisbona ha consacrato la «politica criminale europea»²⁸⁶ e, come si è osservato, con esso l'Unione «diviene definitivamente competente a svolgere il giudizio di necessità di pena, ma non ad esercitare la potestà punitiva»²⁸⁷. Tale contraddizione è motivata dal fatto che, pur destinatari di indicazioni che ne indirizzano la discrezionalità, gli Stati membri rimangono gli unici *dominus* della possibilità di introdurre e modificare fattispecie penali nell'ordinamento interno mediante la legge.

Prima del 2009, in ragione del *deficit* democratico con il quale era etichettato il procedimento decisionale comunitario²⁸⁸, i Trattati potevano spingersi solamente a

²⁸⁶ Di politica criminale europea si è iniziato infatti a parlare già con l'entrata in vigore del Trattato di Maastricht e la creazione del “terzo pilastro”, nonché con le modifiche del Trattato di Amsterdam del 1997 che introdusse lo strumento delle decisioni-quadro, con lo scopo di riavvicinare le legislazioni nazionali precludendo però – rispetto alle direttive – alla possibilità di essere *self-executive*; S. MANACORDA, *Diritto penale europeo* (voce), in *Enc. dir. Trec.*, 2014; M. CAIANIELLO, *Dal terzo pilastro ai nuovi strumenti: diritti fondamentali, “road map” e l'impatto delle nuove direttive*, in *Dir. pen. cont. Riv. Trim.*, 2015, fasc. 4, p. 70. Con il successivo Trattato di Nizza del 2001, relativo alla cooperazione nei settori della Giustizia e degli Affari Interni, rimase invariata l'esclusione del “terzo pilastro” dal sistema di produzione normativa tramite regolamenti e direttive tipico del “primo pilastro”.

²⁸⁷ C. SOTIS, *Le competenze penali dell'Unione previste nel Trattato di Lisbona: una lettura d'insieme*, in C. E. PALIERO, F. VIGANÒ (a cura di), *Europa e diritto penale*, Milano, 2013, p. 34.

²⁸⁸ Il Parlamento europeo era infatti relegato ad un ruolo comprimario nella produzione delle norme comunitarie. A questa faceva da contraltare sul piano interno una scarsa incisività del Parlamento nazionale nella fase ascendente del diritto comunitario; la legge n. 11 del 2005 prevedeva infatti solamente il diritto delle Camere ad essere informate dal Governo in merito ai progetti degli atti normativi europei e

richiedere agli Stati membri il rispetto di obblighi di tutela degli interessi comunitari mediante una disciplina che accordasse lo stesso *standard* previsto per la tutela degli interessi nazionali, restando esclusa la possibilità di far discendere effetti diretti sfavorevoli nel caso di inadempimento²⁸⁹.

Sotto il vigore del Trattato di Maastricht la spinta verso una maggior incidenza del diritto penale europeo venne soprattutto dalla giurisprudenza europea, che elaborò in via pretoria la possibilità di imporre agli Stati membri – tramite la disapplicazione e l’interpretazione conforme – obblighi di tutela di interessi di competenza europea attraverso l’estensione anche a questo settore del ricorso alle direttive²⁹⁰.

Il prodotto della giurisprudenza della Corte di Lussemburgo ha trovato recepimento nell’art. 83 TFUE che, oltre a riproporre una competenza europea in materia penale per le discipline armonizzate, ne ha introdotta una originaria (primo paragrafo), prevedendo in capo a Parlamento e Consiglio il potere di stabilire tramite direttive norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni nell’ambito

la possibilità di formulare osservazioni e atti di indirizzo in merito alle posizioni assunte dall’esecutivo in sede comunitaria. Sul punto C. GRANDI, *Processo decisionale europeo e democrazia penale*, in *Dir. pen. cont. Riv. Trim.*, 2013, fasc. 2, pp. 46-48.

²⁸⁹ La Corte di Giustizia esclude questo esito nella nota sentenza 3 maggio 2005, nelle cause riunite C.387/02, C-391/02, C-403/02, *Berlusconi e a.* relativa alla disciplina italiana del falso in bilancio, modificata nel 2002 e ritenuta dal giudice rimettente inadeguata rispetto al livello di tutela richiesto dalle direttive comunitarie. In quella occasione la Corte affermò che «una direttiva non può avere come effetto, di per sé e indipendentemente da una legge interna di uno Stato membro adottata per la sua attuazione, di determinare o aggravare la responsabilità penale degli imputati». Sulla vicenda S. MANACORDA, *Oltre il falso in bilancio: i controversi effetti in malam partem del diritto comunitario sul diritto penale interno*, in *Dir. un. eur.*, 2006, fasc. 2, pp. 253 ss.

²⁹⁰ Di particolare importanza fu la sentenza CGUE, 28 gennaio 1999, C-77/97 (Unilever) con la quale la Corte riconobbe l’obbligo per gli Stati membri di sanzionare penalmente forme di pubblicità ingannevole pericolose per la salute dei consumatori, alla quale ha fatto seguito la pronuncia 13 settembre 2005, C-176/03 con la quale, pur annullando la decisione-quadro 2004/80/GAI in materia di tutela dell’ambiente che aveva introdotto degli obblighi di incriminazione non spettanti, riconobbe che il legislatore comunitario «allorché l’applicazione di sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive da parte delle competenti autorità nazionali costituisce una misura indispensabile di lotta contro violazioni ambientali gravi, di adottare provvedimenti in relazione al diritto penale degli Stati membri e che esso ritiene necessari a garantire piena efficacia delle norme che emana in materia di tutela ambientale». Proprio nel solco di questa decisione venne ammesso il ricorso allo strumento della direttiva in materie del “terzo pilastro” (direttiva 2008/99/CE, in materia ambientale, poi seguita della 2009/52/CE in materia di impiego di lavoratori di Paesi terzi con permesso di soggiorno irregolare e la 2009/123/CE in materia di inquinamento navale), ancor prima dell’approvazione del Trattato di Lisbona. Sul punto si veda L. SIRACUSA, *La competenza comunitaria in ambito penale al primo banco di prova: la direttiva europea sulla tutela penale dell’ambiente*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2008, fasc. 4, pp. 863 ss.

dei fenomeni di grave criminalità transfrontaliera, favoriti dalla creazione di uno spazio comune di libera circolazione delle persone e delle merci.

Di stretta derivazione pretoria è invece la competenza riconosciuta dal secondo paragrafo, di natura derivata o accessoria, a cui è possibile ricorrere quando «si rivela indispensabile per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione in un settore che è stato oggetto di misure di armonizzazione, norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni nel settore in questione possono essere stabilite tramite direttive. Tali direttive sono adottate secondo la stessa procedura legislativa ordinaria o speciale utilizzata per l'adozione delle misure di armonizzazione in questione».

A completare il quadro, infine, vi è la disposizione dell'art. 325.4 TFUE, nota per essere stata alla base della vicenda "Taricco", che consente di adottare misure di prevenzione e contrasto contro la frode agli interessi finanziari europei²⁹¹.

In questo modo articolata, la competenza dell'Unione in materia penale è e rimane una competenza indiretta. I problemi di compatibilità con il principio di riserva di legge non si pongono sul piano formale del principio: gli obblighi di tutela penale non sono auto-applicativi, ma devono sempre essere mediati da norme incriminatrici nazionali da parte degli organi legislativi degli Stati membri. Ad assumere rilievo è, invece, la dimensione sostanziale della riserva, istituto che nell'ambito penale tradizionalmente richiede che l'intervento parlamentare non sia meramente esecutivo di decisioni già assunte altrove, ma sia questo ad operare le scelte di criminalizzazione nel rispetto dei principi di offensività, proporzionalità ed *extrema ratio*. Sotto questo profilo le tensioni maggiori, puntualmente segnalate dalla dottrina, riguardano la competenza accessoria dell'Unione e la sua potenziale attitudine espansiva. L'art. 83.2 TFUE risponde infatti ad una logica funzionalistica che riconosce in maniera generalizzata la meritevolezza della tutela penale per qualsiasi settore oggetto di armonizzazione, avendo come unico criterio selettivo quello della «indispensabilità» del riavvicinamento tra le discipline nazionali. L'opzione per lo strumento penale non beneficerebbe infatti della funzione critica del bene giuridico, ma si limiterebbe a prestare uno strumento di attuazione della politica dell'Unione²⁹².

²⁹¹ A tutela di questi, sulla base dell'art. 86 TFUE è prevista la competenza della già citata Procura europea.

²⁹² Evidenziano questo aspetto A. BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell'Unione europea: problemi e prospettive*, in PALIERO, VIGANÒ (a cura di), *Europa e diritto penale*, cit., pp. 87-102; G. DE VERO, *Gli obblighi di penalizzazione di fonte europea*, in AA.VV., *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, cit.,

Preso atto che in questi settori le scelte di impiego dello strumento penale sono rimesse agli organi europei, si pone il ricorrente problema della democraticità del procedimento decisorio da questi seguito. A seguito del Trattato di Lisbona, con la previsione di un maggior coinvolgimento del Parlamento europeo²⁹³, il *deficit* democratico originario appare in parte scemato. Nella fase ascendente del procedimento legislativo europeo – che per quanto riguarda il nostro Paese è disciplinata dalla combinazione tra l’art. 83 TFUE e la L. n. 234 del 2012 – il Parlamento nazionale svolge un ruolo non trascurabile, potendo rivolgere atti di indirizzo al Governo da rappresentare in sede di Consiglio e potendo richiedere, con riferimento agli atti normativi (art. 10), che l’esecutivo apponga la riserva di esame parlamentare sul progetto in discussione. Proprio con riferimento alla materia penale le Camere, con una deliberazione unanime (art. 12) possono attivare lo strumento di garanzia dell’art. 83.3 TFUE, il c.d. “freno di emergenza”, che prevede che ciascun membro del Consiglio dell’Unione possa richiedere che la questione sia devoluta al Consiglio europeo, con sospensione della procedura legislativa ordinaria, laddove ritenga che il progetto di direttiva incida su aspetti fondamentali del proprio ordinamento giuridico-penale. Tale fase incidentale ha buone *chance* di tradursi in un blocco del progetto, richiedendo per la prosecuzione della procedura ordinaria una previa deliberazione unanime del Consiglio europeo, alla quale presumibilmente non troverebbe adesione il rappresentante del Paese membro che ha attivato il “freno”. Rispetto all’ipotesi di competenza europea originaria, quindi, la componente democratica della riserva di legge parrebbe salva, almeno nella fase ascendente del procedimento.

p. 108; richiamano l’attenzione sul problema del rispetto dei principi di offensività, colpevolezza ed *extrema ratio* rispetto alla futura evoluzione normativa in questo settore MANES, CAIANIELLO, *Introduzione al diritto penale europeo*, cit., p. 38.

²⁹³ L’art. 294 TFUE prevede infatti un potere sia di veto che di emendamento rispetto ai progetti legislativi dell’Unione. Svolge un giudizio complessivamente positivo sul ruolo assunto dal Parlamento europeo nel procedimento legislativo in materia penale, in quanto incisivo e non meramente notarile, C. GRANDI, *Il ruolo del Parlamento europeo nell’approvazione delle direttive di armonizzazione penale*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2015, pp. 678 ss., secondo il quale «da un lato gli interventi del Parlamento dell’Unione si rivelano, in ragione della loro quantità e profondità, senz’altro in grado di confermare sul campo le potenzialità insite nelle modifiche apportate al *law-making process* europeo dal Trattato di Lisbona, in vista del miglioramento del coefficiente di legittimazione democratica delle fonti di armonizzazione penale. Dall’altro lato, i contenuti di tali interventi possono forse contribuire ad attenuare le preoccupazioni sollevate da una parte della dottrina circa l’impostazione inesorabilmente vittimocentrica del diritto penale europeo, la sua vocazione alla “lotta”, la sua tendenza alla ipercriminalizzazione, in spregio ai canoni di frammentarietà, sussidiarietà, *extrema ratio* e proporzionalità tipici del diritto penale liberale» (p. 715).

Le perplessità sulla carenza di democraticità del procedimento invece permangono rispetto alla competenza derivata, prevista dal secondo paragrafo dell'art. 83. In questo caso, infatti, l'accessorietà della disciplina penale rispetto a quella oggetto di armonizzazione si riflette anche sulla procedura legislativa: la procedura sarà la stessa adottata per le corrispondenti misure di armonizzazione, la quale può essere – a seconda dei casi – quella ordinaria o quella speciale. In quest'ultimo caso il protagonista è il Consiglio dell'Unione che adotta il provvedimento – seppur con voto unanime – sulla scorta della mera consultazione del Parlamento europeo e senza la possibilità di attivare il “freno” dell'art. 83.3.

Le asimmetrie tra la competenza penale autonoma e quella accessoria si riproducono anche sul piano della fase discendente, ossia quella relativa all'attuazione interna delle direttive da parte degli Stati membri. Sul punto giova premettere che, per entrambe le forme di competenza europea, le principali criticità non derivano dal diritto dell'Unione, ma dalla già citata L. n. 234 del 2012, la quale struttura il sistema di adeguamento dell'ordinamento interno alle indicazioni europee secondo l'ampio ricorso allo strumento della delega legislativa (affiancato dalla c.d. legge europea) e detta *una tantum* dei principi e criteri direttivi generali, tra i quali una delega generale e in bianco al Governo circa la scelta tra il ricorso a sanzioni amministrative o penali quando una direttiva richieda di scegliere tra queste due (art. 30, comma 2 lett. d)²⁹⁴.

La differenza tra la competenza originaria e quella derivata si riflette in una maggior compressione della discrezionalità del legislatore interno quando ad operare sia la seconda. Nell'ipotesi del secondo paragrafo dell'art. 83 le norme penali di fonte europea si legano strettamente alla disciplina extrapenale armonizzata di cui mirano a preservare l'effettività. Le regole extrapenali dell'Unione «sono sovente caratterizzate da contenuti oltremodo dettagliati, con conseguente ulteriore erosione della discrezionalità del legislatore interno nella costruzione del precetto»²⁹⁵, così che il legislatore non risulta vincolato solamente rispetto all'obiettivo da raggiungere, ma anche rispetto ai mezzi da impiegare. Si pensi al caso emblematico del settore degli abusi di mercato, ove la disciplina europea fondata dal Regolamento n. 596/2014, per gli aspetti della regolazione amministrativa del mercato, e sul cui sostrato precettivo si è innestata la Direttiva 2014/57/UE, contenente le indicazioni sui fenomeni illeciti da

²⁹⁴ Per un commento sui limiti dell'attuale disciplina della fase discendente in materia penale GRANDI, *Processo decisionale europeo e democrazia penale*, cit., p. 69-71; parimenti critico C. CUPELLI, *La nuova legge sulla partecipazione alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'UE*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, fasc. 4, pp. 411-418.

²⁹⁵ BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell'Unione europea: problemi e prospettive*, cit., p. 120.

reprimere con la sanzione penale²⁹⁶. Dalla combinazione di queste due fonti è residuo un margine di discrezionalità esiguo per il legislatore nazionale, la cui opera di attuazione ha comunque dato origine a diversi problemi, soprattutto sotto il profilo della duplicazione sanzionatoria.

La natura indiretta della competenza europea si dimostra capace di comprimere la discrezionalità legislativa, restringendo il perimetro di manovra soprattutto nei settori già soggetti ad una regolamentazione armonizzata.

In caso di inadempimento del legislatore interno è tuttavia escluso che l'obbligo di tutela penale europeo possa sortire qualche effetto diretto, come è parimenti escluso che l'inadempimento possa essere risolto da un intervento della Corte costituzionale.

Il discorso muta parzialmente, ma non nell'esito, rispetto all'ipotesi di inadempimento sopravvenuto. È un'eventualità alla quale si è già accennato nel commento della sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale, riguardante l'eventualità in cui la norma interna attuativa di un obbligo europeo venga successivamente meno a causa di una modifica normativa. Dinanzi a simili eventualità, potrebbe in ipotesi riconoscersi uno spazio di intervento della Corte costituzionale, una cui decisione di illegittimità per contrasto con gli artt. 11 e 117 Cost. della norma produttiva dell'inadempimento sopravvenuto potrebbe ripristinare la precedente legge conforme all'obbligo euro-unitario. Il principio di riserva di legge in questo caso sarebbe rispettato in quanto la Corte si limiterebbe ad espungere dall'ordinamento una norma illegittima, mentre la scelta di criminalizzazione sarebbe frutto della reviviscenza (in caso di abrogazione) o di riespansione (in caso di modifica) della legge precedente, conforme all'obbligo europeo²⁹⁷. Tuttavia, una simile scelta impegnerebbe la Corte in maniera

²⁹⁶ N. MAZZACUVA, E. AMATI, *Diritto penale dell'economia*, Padova, 2023, pp. 351 ss.; L. FOFFANI, *Politica criminale europea e sistema finanziario: l'esempio degli abusi di mercato*, in PALIERO, VIGANÒ (a cura di), *Europa e diritto penale*, cit., pp. 304 ss., in cui l'A. riconosce che ancor prima del Trattato di Lisbona tale settore ha rappresentato il prototipo *ante litteram* delle linee di tendenza dell'art. 83.2 TFUE.

²⁹⁷ Nell'esperienza recente l'ipotesi in questione è stata affrontata dalla Consulta con la sentenza n. 28 del 2010, con la quale ha dichiarato illegittima una norma interna che aveva qualificato come «sottoprodotti», quindi sottratte alla disciplina armonizzata in tema di gestione illecita dei rifiuti, le ceneri di pirite. Dalla dichiarazione di illegittimità è derivata la riespansione della norma definitoria generale e, di conseguenza, della norma penale rispetto alla quale la nozione di «rifiuto» costituiva elemento normativo della fattispecie. In questo caso, l'effetto di riespansione della norma generale non è motivato da ragioni di tutela della funzione del Parlamento, come nella successiva sentenza n. 5 del 2014, poiché «ad essere custodita è piuttosto la primazia del potere normativo (a questo punto anche penale) dell'Unione europea, a discapito di un'autonoma e legittima valutazione del Parlamento nazionale che – in sede di recepimento – aveva optato per una differente scelta di politica criminale» (C. CUPELLI, *Equivoci trionfalistici*

rilevante, chiamandola a riconoscere apertamente che un certo comportamento non può essere sottratto a rilevanza penale non per motivi di illegittimità costituzionale, ma per la violazione dell'obbligo discendente dagli artt. 11 e 117 Cost.. Si tratterebbe così di ammettere che il legislatore mantiene la sua libertà di intervento solamente fino a che non ponga in essere la norma attuativa dell'obbligo europeo, momento dopo il quale sarebbe privato della possibilità di "fare un passo indietro"²⁹⁸.

Oltre all'influenza diretta, mediante fonti che richiedono l'attuazione da parte dello Stato membro, l'incidenza del diritto dell'Unione in materia penale si riverbera anche in maniera meno appariscente mediante l'incidenza sugli elementi normativi delle fattispecie nazionali o tramite rinvio ad atti dell'Unione. In questi casi, la tensione con la legalità penale non riguarda solamente il profilo della riserva di legge – secondo cadenze non dissimili da quelle riguardanti il rapporto tra la fonte primaria e l'eterointegrazione da parte di fonti subordinate –, ma anche il versante della determinazione²⁹⁹. La comprensione del precetto richiede al cittadino uno sforzo

e letture correttive. Ancora sulle recenti questioni di costituzionalità in malam partem, in *Criminalia*, 2014, p. 534). In merito all'*obiter dictum* della sentenza n. 32 del 2014 che sembra riconoscere una particolare forza passiva alla legge interna attuativa di una direttiva europea, MANES, ROMANO, *L'illegittimità costituzionale*, cit., p. 222.

In tempi più recenti con la sentenza n. 37 del 2019, pur dichiarando inammissibile la questione sottoposta in materia di ingiuria, la Consulta ha affermato che «un controllo di legittimità costituzionale con potenziali effetti *in malam partem* può, infine, risultare ammissibile ove si assuma la contrarietà della disposizione censurata a obblighi sovranazionali rilevanti ai sensi dell'art. 11 o dell'art. 117, primo comma, Cost.» (Considerando in diritto § 7.1).

²⁹⁸ Evidenzia questo aspetto SOTIS, *Le competenze penali dell'Unione*, cit. pp. 50-53, secondo il quale il ruolo riconosciuto all'Unione europea sottrarrebbe all'organo legislativo nazionale il potere di depenalizzazione, causando «l'estromissione dal circuito politico del dibattito sull'opportunità di continuare ad utilizzare la pena nel settore coperto da un obbligo europeo di penalizzazione comportando quindi l'impossibilità già solo di immaginare delle tecniche di tutela alternative alla pena» (p. 53, corsivo originale). Sul punto, di diverso avviso V. NAPOLEONI, *Il sindacato di legittimità in malam partem*, in MANES, NAPOLEONI, *La legge penale illegittima*, cit. p. 531-532, il quale riconoscendo le critiche di chi ritiene che in questo modo si creerebbe un diritto penale a senso unico in cui le incriminazioni rimangono irrigidite per sempre al livello più rigoroso raggiunto, ribatte che escludere la possibilità per il legislatore nazionale di ridurre le aree di illiceità penale rispetto ai fatti incriminati su impulso dell'Unione europea significa solo ritenere che anche la depenalizzazione debba essere innescata dalle fonti europee; e se è vero che lo sviluppo della competenza penale europea ha portato finora ad una espansione delle incriminazioni, ciò non significa che dopo una fase di consolidamento anche il diritto europeo non possa conoscere processi di depenalizzazione.

²⁹⁹ Fermo restando che l'integrazione può avere tanto effetti *in bonam partem* (ad es. integrazione delle scriminanti, cause di non punibilità, ecc.) tanto *in malam partem*, sono questi ultimi a presentare problemi di maggiore compatibilità con la riserva di legge. In dottrina, nonostante la diversa collocazione della

particolarmente intenso nella ricostruzione della normativa extrapenale, ove il rapido e incessante succedersi di fonti europee può rappresentare un vero ostacolo alla conoscibilità della norma e alla stessa certezza del diritto³⁰⁰; criticità che si estremizza laddove si manifesti un contrasto tra la disciplina interna e la sovrastante disciplina comunitaria insistenti sulla stessa materia, con conseguente possibilità di disapplicazione della prima.

7.2. Gli strumenti del giudice "europeo": interpretazione conforme al diritto UE e disapplicazione

Mentre l'incidenza del diritto dell'Unione tramite le sue fonti muove dall'alto, il fenomeno di più complessa perimetrazione è quello del ruolo giocato dal giudice comune tramite gli strumenti dell'interpretazione conforme e della disapplicazione. In questo caso la tensione con il principio di riserva di legge si manifesta nel momento applicativo, nel quale il giudice è chiamato a svolgere il ruolo di raccordo tra più livelli istituzionali.

Il criterio dell'interpretazione conforme, *species* del più ampio *genus* dell'interpretazione sistematica, deriva dal principio di leale collaborazione e di fedeltà comunitaria ed è diretto alla risoluzione del conflitto tra la norma interna e quella europea³⁰¹. Sin dalla sua affermazione ha conosciuto un processo di graduale e incessante espansione fino a ricomprendere fonti europee non trasposte nell'ordinamento interno e prive di effetti diretti, quali raccomandazioni e regolamenti. Si è giunti a riconoscere

fonte integratrice, si propone di risolvere il problema ricorrendo agli stessi schemi concettuali applicati all'eterointegrazione interna, così F. GIUNTA, *Europa e diritto penale. Tra linee di sviluppo e profili problematici*, in *Criminalia*, 2019, p. 291.

³⁰⁰ Esemplicativo sotto questo aspetto è il settore agroalimentare, ove i concetti di "genuinità", "purezza", "integrità" dei prodotti risentono della disciplina europea che concorre a definirli. È sempre la disciplina europea poi a dettare le regole inerenti alle certificazioni (sulle quali si innestano poi fonti di produzione privata), alla disciplina in materia di igiene e all'individuazione di *standard* qualitativi minimi. Sul punto, A. MARTUFLI, *Eterointegrazione penale e norme europee. Il caso della legislazione penale alimentare*, cit., pp. 710 ss.; A. BERNARDI, *Il principio di legalità alla prova delle fonti sovranazionali e private: riflessi sul diritto penale alimentare*, in *Ind. pen.*, 2015, fasc. 1-2, pp. 155 ss.

³⁰¹ In particolare, secondo la Corte di Giustizia, questo dovere in capo al giudice completerebbe il compito dello Stato membro di adeguare l'ordinamento interno a quello europeo perseguendo i fini prefissati dalle direttive, non esauendosi quest'ultimo nella sola trasposizione formale in una norma interna. Esplicative di questo dovere in capo ai giudici comuni sono le decisioni CGUE, 10 aprile 1984, C-14/83, Von Colson e Kalmman e CGUE, 5 ottobre 2004, procedimenti riuniti C-397/01 e C-403/01, Pfeiffer.

il dovere del giudice di dare una interpretazione conforme del diritto interno, che valorizzi gli scopi perseguiti da una direttiva, anche nei casi in cui non fosse ancora scaduto il termine per il suo recepimento, così sorpassando il ruolo del legislatore.

In materia penale tale potere/dovere, sin dalla sua affermazione anche in questo settore³⁰², ha richiamato l'attenzione sui limiti oltre i quali il giudice non si deve spingere per far salvo il principio di legalità.

In maniera non dissimile da quanto accade tramite il ricorso all'interpretazione costituzionalmente conforme, infatti, il dovere del giudice di risolvere in via interpretativa le antinomie tra gli ordinamenti ha sollevato il rischio, più volte concretizzatosi, di interpretazioni del testo legislativo sconfinanti nell'analogia³⁰³. Tali operazioni ermeneutiche hanno trovato la loro origine nel tentativo della giurisprudenza di prestare tutela ai beni giuridici comunitari, allargando le maglie delle norme interne, e di evitare, tramite la suppletiva legislativa, l'attivazione di procedure di infrazione nei confronti dell'Italia in ragione della lentezza del legislatore nell'adeguamento dell'ordinamento interno.

In questa sede si ripropone, in maniera ancora più complicata, la necessità dell'elaborazione di una ermeneutica prescrittiva per il giudice, fondata precisi su criteri logici e assiologici³⁰⁴; con la differenza che in questa sede lo scopo non è solamente quello di preservare il ruolo del Parlamento, ma anche quello di tenere traccia del confine tra l'ordinamento interno e quello europeo, evitando che l'interpretazione conforme diventi lo strumento per perseguire un risultato aggirando le istanze di garanzia.

In ragione di questa complessità, ove si situa il centro del «labirinto» in cui si trova il giudice, né in giurisprudenza né in dottrina sembra esservi concordia in ordine all'ammissibilità delle forme di incidenza *in malam partem* del diritto dell'Unione sulle

³⁰² Il dovere di interpretazione conforme nel settore penale si è affermato con la sentenza CGUE, 16 giugno 2005 C-105/03, nota come sentenza *Pupino*, che ha ricompreso anche le decisioni-quadro, allora strumento privilegiato dell'armonizzazione del "terzo pilastro" prima dell'avvento del Trattato di Lisbona.

³⁰³ Il catalogo è ampio, ma quello forse più emblematico riguarda l'impegno con il quale la giurisprudenza ha cercato di dare risposta alla necessità di colpire le frodi comunitarie allargando le maglie dell'art. 640 c.p., prima dell'introduzione dell'ipotesi di cui all'art. 640-bis c.p., sul punto e per la bibliografia ivi richiamata si veda A. BERNARDI, *Sull'interpretazione conforme al diritto UE con effetti penali in malam partem*, in *www.sistemapenale.it*, 3.2.2023, pp. 13-18.

³⁰⁴ V. MANES, *Metodi e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, in A. Bernardi (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea: profili e limiti di un vincolo problematico*, Atti del Convegno inaugurale del Dottorato di ricerca "Diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali" del Dipartimento di giurisprudenza dell'Università di Ferrara, Rovigo, 15-16 maggio 2014, Napoli, 2015, pp. 407 ss.

fattispecie penali, soprattutto avuto riguardo alla distinzione tra fonti *self-executing* e *not self-executing*. Mentre la giurisprudenza conosce moti oscillanti, prevalentemente orientati verso teorizzazioni di un' «interpretazione programmaticamente estensiva di taluni requisiti di fattispecie penali (ad es. rifiuto) ancorate alla ritenuta esigenza di non pregiudicare l'efficacia del diritto comunitario»³⁰⁵, in dottrina lo scenario si presenta ancora più frammentato, al punto da rendere difficile anche solo classificare le diverse posizioni, aperte ad esiti molto diversi tra loro³⁰⁶.

La questione interseca il principio di riserva di legge in quanto, tramite il riconoscimento di un obbligo di interpretazione conforme anche rispetto a fonti che per la loro operatività nell'ordinamento interno richiederebbero una mediazione legislativa, si verificherebbero estensioni delle fattispecie penali realizzate tramite l'estromissione del legislatore e con una conseguente imprevedibilità dell'esito dell'adeguamento. A ciò si aggiunge la circostanza che tali fonti realizzerebbero effetti sfavorevoli nei confronti degli individui, pur non essendo questi ultimi i destinatari delle fonti europee *not self-executing* e quindi legittimati ad ignorarne il contenuto³⁰⁷. Motivi questi che

³⁰⁵ C. RUGA RIVA, *L'inquinatore nuovo tipo di autore?*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2020, fasc. 2, p. 1092, in cui l'A. richiama l'andamento della giurisprudenza rispetto al settore ambientale, fortemente sollecitato dalla normativa europea.

³⁰⁶ BERNARDI, *Sull'interpretazione conforme al diritto UE con effetti penali in malam partem*, pp. 35-39, l'A. propone di ricostruire gli odierni orientamenti dottrinali in tre gruppi. Un primo (V. Manes, V. Valentini, C. Paonessa) costituito da chi ritiene che il divieto di effetti sfavorevoli derivanti dall'interpretazione conforme al diritto UE operi sempre, senza distinzione tra norme autoapplicative e non. Gli argomenti addotti a sostegno di questa tesi sono il richiamo all'assenza di una competenza diretta dell'Unione in materia penale, l'esigenza di democraticità delle fonti incidenti in materia penale e la necessità di prevedibilità dell'interpretazione delle norme penali. Un secondo (F. Viganò, G. Salcuni, A.M. Maugeri, G. L. Gatta) ammette effetti *in malam partem* a condizione che l'interpretazione conforme resti entro gli argini segnati dalla lettera della norma, indipendentemente dal fatto che la fonte europea sia o meno *self-executing*. A favore di questa conclusione vi sarebbe il rispetto del principio di leale collaborazione degli Stati membri, imposto dall'art. 4.3 TUE, oltre alla necessità di tutelare gli interessi dell'Unione evitando allo stesso tempo di esporre lo Stato alla condanna da parte della Corte di giustizia per il mancato rispetto del principio appena menzionato. L'interpretazione conforme sarebbe una regola inderogabile, chiamata ad operare rispetto ad ogni norma dell'ordinamento europeo, con l'unico limite rappresentato dal caso in cui la norma parametro sia in contrasto con il nucleo di principi costituzionali costituenti i controlimiti dell'ordinamento nazionale. Un ultimo gruppo infine (C. Sotis, G. Grasso) ritiene che un effetto *in malam partem* possa derivare solamente dall'interpretazione della norma interna in maniera conforme ad una fonte europea autoapplicativa. A sostegno di questo orientamento si afferma che riconoscere effetti sfavorevoli derivanti da norme UE *not self-executing* farebbe derivare da queste un effetto diretto verticale ad esse precluso, oltre che per il fatto che tali norme non hanno come destinatari i singoli individui, ma gli Stati membri, argomenti che invece non varrebbero rispetto alle fonti *self-executing*.

³⁰⁷ MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., p. 69 ss.; BERNARDI, *Sull'interpretazione conforme al diritto UE con effetti penali in malam partem*, cit., p. 42.

conducono all'esclusione di opzioni ermeneutiche che producono risultati *contra o praeter legem*, alle quali osta la stessa posizione assunta dalla Corte di giustizia³⁰⁸.

Ancora più complesso è il discorso con riferimento alla possibilità di ammettere interpretazioni estensive sfavorevoli. In questo caso, infatti, l'interpretazione rientra tra i possibili significati attribuibili al testo della norma interna, solamente che la conformità alla norma europea spinge a sposare quello più ampio rispetto all'interpretazione già in essere. È arduo individuare una soluzione netta: in primo luogo, per la labilità (o inesistenza) del confine tra interpretazione analogica ed estensiva; in seconda battuta, per l'inesistenza di un principio – allo stato solo elaborato in dottrina³⁰⁹ – che imponga al giudice di prescegliere, tra più interpretazioni, quella favorevole al reo. Poco utile sarebbe, infine, l'invocazione del rispetto del principio di riserva di legge, posto che – come si è già illustrato – in ambito nazionale non sono precluse interpretazioni estensive fondate su norme di rango sub-legislativo³¹⁰. Un possibile limite, a tutela del singolo, andrebbe allora ancorato al principio di colpevolezza tramite il giudizio sulla prevedibilità dell'esito interpretativo, secondo la nozione propria della legalità convenzionale³¹¹.

³⁰⁸ Secondo la Corte di Lussemburgo l'interpretazione conforme «trova i suoi limiti nei principi generali del diritto, in particolare in quelli della certezza del diritto e dell'irretroattività, e non può servire a fondare un'interpretazione *contra legem* del diritto nazionale» (sent. 15 aprile 2008, causa C-268/06, *Impact*, pt. 100). Per completezza si deve però osservare che in diverse occasioni la stessa Corte ha però spinto il giudice nazionale a ricorrere alla propria discrezionalità quanto più possibile, fino a ricomprendere «l'obbligo, per i giudici nazionali, di modificare, se del caso, una giurisprudenza consolidata se questa si basa su un'interpretazione del diritto nazionale incompatibile con gli scopi di una direttiva» (CGUE 13 dicembre 2018, C-385/17, *Hein*).

Sul piano interno un esempio di esclusione del ricorso ad una interpretazione *praeter legem* da parte della giurisprudenza è offerto dalla sentenza delle Sezioni Unite n. 38691 del 2009 con la quale è stata esclusa l'estensione della confisca prevista dall'art. 322-ter c.p. anche al profitto del reato, come invece avrebbe richiesto la direttiva 2005/212/GAI che imponeva l'obbligo per gli Stati di prevedere il sequestro e la confisca dei « proventi di reati punibili con una pena privativa della libertà superiore ad un anno o di beni il cui valore corrisponda a tali proventi». L'estensione avrebbe infatti richiesto di aggirare l'accezione consolidata nella giurisprudenza italiana dei concetti di prezzo e profitto del reato, traducendosi in una interpretazione *in malam partem*. Menzionano questa decisione come esempio positivo di limitazione dell'interpretazione conforme MANES, *Metodi e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, cit., p. 413 nt. 74; NAPOLEONI, *L'onere di interpretazione conforme*, cit., p. 158.

³⁰⁹ Il riferimento è alla già esaminata possibilità di riconoscere nel nostro ordinamento un criterio interpretativo ispirato alla *rule of lenity*.

³¹⁰ NAPOLEONI, *L'onere di interpretazione conforme*, cit., p. 160.

³¹¹ MANES, *Metodi e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, cit., p. 420, «solo l'interpretazione conforme «estensiva» prevedibile, e non l'interpretazione estensiva tout court dovrebbe essere comunque ritenuta percorribile» secondo le indicazioni della Corte EDU che richiede che

L'impossibilità di risolvere in via interpretativa l'antinomia tra la norma interna e quella europea attiva lo strumento più *tranchant* nell'arsenale del giudice europeo: la disapplicazione della disposizione contrastante con una norma del diritto dell'Unione munita di effetti diretti. L'effetto dirompente di questo potere riconosciuto al giudice è il motivo che rende questo profilo dei rapporti tra ordinamento interno ed europeo il più problematico e non sorprende che proprio su questo terreno sia sorta la ben nota vicenda "Taricco". In esso si assommano questioni di primaria importanza circa il ruolo delle Corti europee e del rapporto con la Corte costituzionale, il rischio di una dissoluzione del controllo accentrato di costituzionalità e quello di esiti contrari al nucleo duro dei principi garantiti dalla Carta fondamentale, i controlimiti.

Prima di giungere all'esito estremo della disapplicazione, un ruolo centrale è giocato dalla Corte di Giustizia nel fornire risposta ai giudici che ad essa si rivolgono mediante il rinvio pregiudiziale. I dati numerici più recenti sulla giurisprudenza dei giudici del Kirchberg dimostrano che i ricorsi concernenti l'ambito penale sono in progressivo aumento, tanto per l'accresciuta importanza delle fonti europee in questo settore tanto per la dilatazione giurisprudenziale del concetto di "norme attuative del diritto UE", che amplia il novero delle disposizioni interne scrutinabili alla luce di quest'ultimo diritto³¹². A ciò si somma la crescente consapevolezza e valorizzazione dei principi e diritti connessi all'ordinamento dell'Unione, rinvenibili nei Trattati, nella Carta di Nizza e nella giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Premesso che le decisioni della Corte non indicano al giudice nazionale come interpretare le norme interne, ma mirano a illustrare il significato della fonte europea rispetto alla quale valutarne la conformità, queste sono talvolta foriere di esiti interpretativi vaghi, con effetti sfavorevoli o tali da produrre dei contrasti con i principi fondamentali propri degli ordinamenti degli Stati membri. Il giudice nazionale può trovarsi quindi dinanzi ad una disapplicazione della norma interna sulla scorta di una

questa sia «"reasonably foreseeable", in ragione della presenza di precedenti giurisprudenziali in termini o del mutamento delle condizioni storico-sociali». Premessa questa soluzione a tutela del singolo, altri criteri di limitazione dell'interpretazione conforme dovrebbero essere i principi di determinatezza e di tassatività, in ragione dei quali l'interpretazione conforme potrebbe dirsi lecita solamente laddove il prodotto ermeneutico offra una norma conforme a questi (pp. 427-428). Nello stesso senso NAPOLEONI, *L'onere di interpretazione conforme*, cit., pp. 162-164.

³¹² A. BERNARDI, *Il rinvio pregiudiziale in ambito penale e i problemi posti dalle sentenze interpretative della Corte di Giustizia*, in *Dir. pen. cont. Riv. Trim.*, 2023, fasc. 1, pp. 176-177, in cui l'A. riferisce l'aumento di tale sulla scorta dell'analisi svolta dal gruppo dei dottorandi dell'Università degli Studi di Ferrara che ha preso in considerazione il numero di rinvii pregiudiziali italiani dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona fino al 2021.

indicazione interpretativa poco chiara da parte della Corte di Giustizia oppure foriera di esiti confliggenti con i principi costituzionali. Quest'ultima eventualità sta diventando meno infrequente, essendo aumentati gli ambiti di competenza del diritto europeo coinvolgenti il diritto penale e parallelamente le norme penali nazionali considerate attuative del diritto dell'Unione obbligate a conformarsi alle indicazioni sovranazionali; inoltre, la Corte svolge un ruolo di promozione dell'effettività della disciplina europea, tanto che in passato – come già ricordato – ha esteso in via pretoria le competenze dell'Unione in materia penale³¹³. Proprio la ricerca di una maggiore effettività del diritto europeo e di una più stringente tutela degli interessi dell'Unione sembra spingere verso esiti interpretativi che pongono sotto pressione alcune garanzie degli ordinamenti interni. In particolare, le sentenze della Corte di Giustizia mettono nelle mani del giudice formule indeterminate ed elastiche, funzionali a divenire strumento per aggirare il contributo legislativo all'adeguamento del diritto interno. La "saga Taricco" ne è stato un esempio emblematico: il perseguimento del fine di apprestare una tutela forte nei confronti delle frodi comunitarie ha inizialmente spinto i giudici del Kirchberg a formulare una "regola" che invitava il giudice nazionale a disapplicare la disciplina nazionale della prescrizione a seguito di uno scrutinio che sconfinava in una valutazione di politica-criminale ("numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi dell'Unione Europea"³¹⁴). La "regola Taricco" si scontrava frontalmente con tutti i corollari del principio di legalità: dalla riserva di legge al principio di determinatezza, sino al principio di irretroattività; un esito probabilmente non previsto dalla stessa Corte di Lussemburgo, poco attenta a considerare le ricadute che l'afferenza dell'istituto della prescrizione al diritto penale sostanziale nel nostro ordinamento portava con sé.

L'esito del dialogo instauratosi tra la Corte di Giustizia e la Corte costituzionale è noto: la Consulta a seguito del rinvio pregiudiziale ai giudici di Lussemburgo sull'esatta interpretazione della "regola Taricco" ha colto l'occasione, con la sentenza n. 115 del 2018, per affermare l'inflessibile necessità di una *previa lex scripta*, infungibile rispetto al ruolo della giurisprudenza, esercitando in maniera indiretta i controlli³¹⁵. Nonostante la sentenza sia stata generalmente accolta con favore dalla

³¹³ BERNARDI, *Il rinvio pregiudiziale in ambito penale*, cit., p. 185.

³¹⁴ CGUE, sent. 8 novembre 2015, C-105/14 *Taricco* pt. 66.1

³¹⁵ A seguito di una lettura "a freddo" della vicenda, ritiene che vi sia stato l'esercizio dei controlli, ma in maniera indiretta, ovvero mediante una «diversa modalità procedurale di attivazione», C. CUPELLI, *La pareidolia del caso Taricco. La reale posta in gioco, l'attivazione indiretta dei controlli e i possibili scenari 'costituzionali' del diritto penale europeo*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2020, fasc. 4, pp. 1836-1840.

dottrina, che ne ha evidenziato la difesa dei principi penalistici rispetto ai quali la Corte di Giustizia si sarebbe manifestata poco attenta, non è mancato chi ne ha messo in luce alcune incoerenze. In essa, infatti, la Corte ha presentato e difeso il principio di determinatezza come corollario irrinunciabile del nostro sistema penale, atteggiamento che tuttavia non si rinviene nella sua stessa giurisprudenza, assai restia ad accogliere questioni di legittimità sollevate rispetto a norme vaghe e indeterminate³¹⁶. Inoltre, pur con l'intento di difendere il principio di legalità, ha glissato sulle critiche rivolte al nostro sistema penale per l'ineffettività riscontrata in determinati settori di rilevanza europea.

Osservata sotto il profilo dello studio della riserva di legge, la "vicenda Taricco" manifesta il diverso peso che tale corollario ricopre all'interno del principio di legalità. Nelle due pronunce della Corte costituzionale tale principio pur essendo invocato a più riprese non ha svolto un ruolo determinante, rimanendo in seconda fila tra gli argomenti spesi dai giudici costituzionali. Il ruolo di primo piano è stato giocato dal diverso corollario della determinatezza, probabilmente per la sua maggior assonanza con la concezione europea della legalità, declinata sul piano della accessibilità e prevedibilità del diritto. Il principio di riserva di legge ha svolto il ruolo di argomento *ad adiuvandum*, forse proprio in ragione della sua estraneità all'elaborazione sovranazionale del principio di legalità³¹⁷.

In questo senso, rispetto alla tutela del singolo, la riserva di legge si riconferma come un aspetto strettamente legato all'assetto ordinamentale nazionale, nel quale la separazione dei poteri, il regime procedurale di formazione e controllo sulla legge svolgono un ruolo di garanzia che a livello europeo – anche per esigenze di adeguamento tra culture giuridiche differenti – è invece incentrato in maniera pressoché esclusiva sul versante individual-garantistico della prevedibilità.

Dal punto di vista ordinamentale, invece, l'enfasi sulla necessità di una *previa lex scripta* sembra essere stata impiegata dalla Corte non tanto per affermare la centralità

³¹⁶ Lo sottolinea in particolare M. DONINI, *Lettura critica di Corte costituzionale n. 115 del 2018*, in *Dir. pen. cont. Riv. Trim.*, 2018, fasc. 2, p. 239-240.

³¹⁷ Lo osservano ad esempio, M. GAMBARDILLA, *I modelli di legalità penale e la "vicenda Taricco"*, in *Arch. pen.*, 2017, fasc. 2, p. 5; A. MASSARO, *Dalle criticità del diritto penale nazionale a quelle del "diritto penale europeo": chi è causa del suo mal pianga sé stesso? La saga Taricco e dintorni*, in *Arch. pen.*, 2017, fasc. 3, p. 10; CUPELLI, *La pareidolia del caso Taricco*, cit., p. 1835-1836; F. VIGANÒ, *Legalità nazionale e legalità europea in materia penale. I difficili equilibri della Corte di Giustizia nella sentenza M.A.S.*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2017, fasc. 4, pp. 1302-1304; sottolinea un cambio di passo sull'argomento, più timido nell'ordinanza n. 24 del 2017, più marcato nella sentenza n. 115 del 2018 C. AMALFITANO, *Rapporti di forza tra Corti, sconfinamento di competenze e complessivo indebolimento del sistema UE?*, in *Leg. pen.*, 4.2.2019, p. 9.

di tale corollario nella garanzia della certezza del diritto, quanto per ribadire la centralità del proprio ruolo nel giudizio sulla violazione dei principi fondamentali dell'ordinamento³¹⁸. Ribadire la necessità che nelle materie coperte dalla riserva di legge la scelta dei fatti da punire debba essere esercitata attraverso un atto legislativo o avente forza di legge, e non tramite singole decisioni dei giudici ordinari, sembra assumere il significato di una difesa del perimetro di intervento della Corte nel sindacato sul rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento, altrimenti marginalizzato dal rapporto diretto tra giudici e Corte di Giustizia e già propugnato dalla Consulta, nello stesso periodo, anche nella ridefinizione dell'ordine dei rimedi percorribili nei casi di doppia pregiudizialità³¹⁹. La difesa della riserva di legge in questo frangente si è palesata come strumento di tutela dello spazio di intervento della Corte, lasciando invece al principio di determinatezza il compito di garanzia del singolo.

7.3. *Dal nullum crimen sine lege al nullum crimen sine iure nella dimensione convenzionale ed europea della legalità*

La mutazione più vistosa della legalità penale è certamente quella derivante dall'influsso dell'art. 7 CEDU e della giurisprudenza che si è formata intorno a questo, il cui contenuto si riflette nell'art. 49 CDFUE.

Il modello di legalità penale accolto nell'orizzonte convenzionale si caratterizza per una mutazione prospettica significativa che imprime a tale principio lo statuto di diritto fondamentale dell'individuo, inviolabile dalla discrezionalità degli Stati e oggetto di tutela da parte della Corte.

Proprio il perseguimento della tutela della legalità come diritto fondamentale ha da lungo tempo spinto la giurisprudenza CEDU a definire in maniera autonoma gli

³¹⁸ Offre questa lettura PICCIRILLI, *La "riserva di legge". Evoluzioni costituzionali, influenze sovranazionali*, cit., p. 113.

³¹⁹ Il riferimento è all'*obiter dictum* contenuto nella sentenza n. 269 del 2017 con la quale la Corte ha affermato la priorità della questione di costituzionalità rispetto alla pregiudiziale europea, operando una inversione rispetto alla giurisprudenza *Granital* e affermando la centralità del proprio giudizio in materia di diritti fondamentali. La pronuncia ha sollevato un ampio dibattito sulla portata e sul significato di questo cambio di passo, poi ulteriormente specificato nella giurisprudenza successiva (in particolare sent. nn. 20 e 63 del 2019); per un efficace riassunto da TEGA, *La Corte nel contesto*, cit., pp. 231-257.

spazi applicativi delle garanzie previste dalla Convenzione³²⁰, dando vita alla nozione sostanziale di materia penale³²¹ – diffusa anche in alcuni ordinamenti di *common law*³²² –, insensibile alle qualificazioni formali dei legislatori nazionali che possano comportare un surrettizio aggiramento delle garanzie degli artt. 6 e 7.

La definizione di *matière pénale* operata dalla Corte ruota intorno alla nozione di sanzione punitiva, intesa come sofferenza o privazione di un qualche bene o diritto non rispondente a finalità riparatorie o preventive. Come si è acutamente osservato in dottrina³²³, il concetto di punizione nel moderno Stato di diritto è intimamente connesso al principio di colpevolezza e quest'ultimo richiede, come requisito necessario e non sufficiente per muovere un rimprovero al singolo, che questi abbia agito con la consapevolezza di realizzare un'azione contraria al diritto.

³²⁰ La perimetrazione della materia penale ruota attorno alla definizione della natura punitiva di una sanzione, secondo i criteri elaborati dalla giurisprudenza di Strasburgo a partire dalle sentenze *Engel e Ozturk*, per una efficace sintesi dell'evoluzione sul punto si veda F. VIGANÒ, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, in F. CENTONZE, S. MANACORDA (a cura di), *Il fatto illecito nel diritto amministrativo e nel diritto penale: la garanzia della prevedibilità*, Milano, 2021, pp. 21 ss.

³²¹ Ampiamente sul punto MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., pp. 7-73; nonché, L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, 2018, pp. 25-110.

³²² La definizione di uno spazio comune di applicazione delle garanzie penalistiche, fondato sul concetto di punizione e non sull'etichetta penale o amministrativa della sanzione, è presente anche nell'esperienza statunitense con riferimento alla giurisprudenza della Corte Suprema. Una delle affermazioni più recenti di un approccio sostanzialistico rispetto alle misure formalmente *civil*, ma punitive da un punto di vista contenutistico-funzionale, prodromico al sindacato sulla *vagueness prohibition* – istituito dal contenuto simile al nostro principio di determinatezza – è costituito dalla sentenza *Sessions v. Dimaya* del 2018. La sentenza, riguardante una disposizione del diritto dell'immigrazione approvata durante il primo anno del mandato presidenziale di Trump, ha censurato una norma per la sua eccessiva vaghezza nell'individuare un caso di espulsione di immigrati regolarmente residenti sul territorio statunitense. Uno dei tratti di maggiore interesse della sentenza è la *concurring opinion* espressa dal Justice Gorsuch – nominato dallo stesso Trump – il quale, pur fedele all'originalismo di Scalia e quindi seguendo un percorso argomentativo diverso dagli altri quattro giudici riuniti nella *plurality opinion*, ha affermato la necessità di indagare la sostanza della misura sanzionatoria oggetto di sindacato, *if the severity of the consequences counts when deciding the standard of review, shouldn't we also take account of the fact that today's civil laws regularly impose penalties far more severe than those found in many criminal statutes? [...] Today 'civil' penalties include confiscatory rather than compensatory fines, forfeiture provisions that allow homes to be taken, remedies that strip persons of their professional licenses*. Per un commento alla sentenza si veda G. L. GATTA, *La 'materia penale' oltre Oceano: una storica sentenza della Corte Suprema U.S.A. innalza lo standard di tutela delle garanzie fondamentali correlate all'espulsione dello straniero*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, fasc. 5, pp. 357-361; per un quadro più ampio sull'elaborazione della categoria della "materia penale" negli Stati Uniti che, pur evidenziando la novità di questa presa di posizione della Corte Suprema, invita ad essere cauti nel valutarne gli sviluppi futuri, si veda P. INSOLERA, *Il "vento delle garanzie" soffia oltre l'Atlantico? Nozione di "materia penale" e principio di determinatezza del testo della legge penale*, in *Dir. pen. XXI sec.*, 2019, fasc. 2, pp. 257-297.

³²³ Mette in luce la connessione tra punizione, colpevolezza e legalità, MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., pp. 205-285.

In virtù di questa connessione la legalità convenzionale si concentra sulla prospettiva del singolo e non sulla dimensione istituzionale della legalità. Essa si fonda su di una accezione ampia del termine “legge”, infatti secondo la Corte di Strasburgo «*the word “law” [...] covers not only statute but also unwritten law*»³²⁴. In ragione della loro pari incidenza sull’autodeterminazione del singolo, nel termine “legge” vengono parificati tanto il formante legislativo quanto quello giurisprudenziale, e rispetto ad entrambi il presidio di garanzia è posto dalla accessibilità (*accessibility*) e prevedibilità (*predictability*) della norma penale³²⁵, intesa quale reperibilità e intellegibilità della norma, oltre che possibilità di prevedere l’interpretazione che di questa ne verrà data in sede applicativa³²⁶. La logica di questo principio è intimamente connessa al corollario dell’irretroattività sfavorevole che, sempre in una prospettiva di garanzia individuale, sarebbe violato se il cittadino fosse colpito da una sanzione prevista da un precetto la cui applicazione al fatto commesso non era prevedibile *ex ante*.

La prospettiva europea sembra ricondurre sul piano della legalità quanto nel nostro ordinamento è garantito dal principio di colpevolezza, così come enucleato nella sentenza n. 364 del 1988 della Corte costituzionale rispetto all’ignoranza scusabile sulla legge penale. Si è però osservato che, rispetto alla garanzia della conoscibilità del precetto, l’accessibilità e prevedibilità europee offrono prestazioni migliori. La prevedibilità richiede che al momento della condotta il cittadino possa avvedersi non della generica illiceità della condotta, ma proprio della rilevanza *penale* della stessa e delle sue conseguenze sanzionatorie, nel cui novero rientrano anche le modalità esecutive della pena. In secondo luogo, il riconoscimento del ruolo integrativo dell’opera ermeneutica della giurisprudenza fa sì che la Corte di Strasburgo utilizzi quale riferimento della prevedibilità lo stato dell’elaborazione giurisprudenziale al momento del fatto. La conseguenza non è di poco momento: la prevedibilità è esclusa anche nel caso in cui l’applicazione della norma non sia frutto di una interpretazione analogica o *contra legem*, ma sia incompatibile con la giurisprudenza conoscibile dall’imputato al momento del fatto³²⁷.

³²⁴ È quanto si legge nella nota sentenza Corte EDU, *Sunday Times c. Regno Unito*, 26 aprile 1979, par. 46, nella quale ad essere in questione era il diritto alla libertà di espressione sancito dall’art. 10 CEDU.

³²⁵ Distingue i due aspetti riferendo il primo alla disposizione normativa e il secondo al risultato interpretativo che da questa se ne trae A. MASSARO, *Legalità penale e diritto europeo: c’è qualcosa di nuovo sotto il sole, anzi d’antico*, cit., pp. 91-92.

³²⁶ VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale*, cit., p. 226.

³²⁷ F. VIGANÒ, *Il nullum crimen contesto: legalità ‘costituzionale’ vs. ‘legalità convenzionale’?*, in *www.penale-contemporaneo.it*, 5.4.2017, p. 14, sotto questo profilo l’A. legge il senso della sentenza *Contrada* del 2015

La centralità del momento giurisdizionale – che, come si è detto *supra*, sembra caratterizzare tutta l’esperienza giuridica contemporanea – pone una distanza abissale con l’assetto illuministico della legalità penale, tanto che si è affermato che «Beccaria è alle nostre spalle»³²⁸. Parallelamente si accompagna il riconoscimento espresso del ruolo dell’interpretazione che da «pietra scartata dai costruttori dell’edificio della modernità giuridica è divenuta testata d’angolo nel reticolo normativo europeo»³²⁹, tanto che sembra affermarsi un mutamento del *nullum crimen sine lege in nullum crimen sine iure*³³⁰.

La Convenzione e la Carta di Nizza, mentre offrono uno *standard* di maggiore tutela per il singolo proteggendolo da conseguenze sanzionatorie imprevedibili, non

con la quale è stato affermato che al momento del fatto (1979-1988) l’imputato Bruno Contrada non poteva prevedere in maniera chiara che la propria condotta avrebbe comportato la responsabilità penale per la partecipazione esterna all’associazione mafiosa, in quanto all’epoca erano in atto i contrasti giurisprudenziali sulla stessa configurabilità di un concorso eventuale nel reato associativo. Secondo la giurisprudenza di Strasburgo non è sufficiente che vi fosse per l’imputato la possibilità di prevedere una generica responsabilità penale per la propria condotta, ma è richiesto che questi potesse prevedere anche il titolo di tale responsabilità in ragione delle rilevanti conseguenze sanzionatorie che ne potevano derivare. La sentenza è stata oggetto di un’amplessissima attenzione in dottrina, qui ci si limita a richiamare G. DE FRANCESCO, *Brevi spunti sul caso Contrada*, in *Cass. pen.*, 2016, fasc. 1, pp. 12-18; M. DONINI, *Il Caso Contrada e la Corte EDU. La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giudiziaria*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2016, fasc. 1, pp. 346-372; A. MANNA, *La sentenza Contrada e i suoi effetti sull’ordinamento italiano: doppio vulnus alla legalità penale?*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 4.10.2016; F. PALAZZO, *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, fasc. 9, pp. 1061-1067; D. PULITANÒ, *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in *Dir. pen. cont. Riv. Trim.*, 2015, fasc. 2, pp. 46-54.

La reazione della giurisprudenza interna alla sentenza della Corte EDU ha ridimensionato di molto la portata della pronuncia, escludendo la sua applicabilità “automatica” ai “fratelli minori” di Contrada, ossia a persone che, commettendo il fatto prima dell’intervento delle Sezioni Unite *Demir* del 1994, si sono trovate nella stessa situazione. La Cassazione (Sez. Un. n. 8544/2020) ha escluso che la sentenza della Corte EDU abbia riscontrato un difetto strutturale dell’ordinamento italiano e che la stessa assuma la veste di una sentenza pilota. Nella sentenza la Corte si è impegnata nel distinguere tra contrasti e mutamenti giurisprudenziali, solo questi ultimi porrebbero un problema di imprevedibilità, mentre i primi andrebbero risolti sul diverso piano dell’errore di diritto incolpevole. Per un commento puntuale alla sentenza si vedano G. AMARELLI, *Le Sezioni Unite negano efficacia “erga alios” alla Contrada: i fratelli minori vanno a Strasburgo*, in *Giur. it.*, 2020, fasc. 7, p. 1757-1764; P. MAGGIO, *La prevedibilità “col vestito di carta”: le Sezioni unite escludono la portata generale della sentenza Contrada contro Italia n. 3*, in *Cass. pen.*, 2020, fasc. 6, pp. 2277-2318.

³²⁸ DONINI, *Il diritto penale giurisprudenziale*, cit., p. 29.

³²⁹ V. MANES, “Common law-isation del diritto penale”? *Trasformazioni del nullum crimen e sfide prossime future*, in *Cass. pen.*, 2017, fasc. 3, p. 965.

³³⁰ L’espressione è stata impiegata anche nel titolo del già citato lavoro di PERRONE, *Nullum crimen sine iure. Il diritto penale giurisprudenziale tra dinamiche interpretative in malam partem e nuove istanze di garanzia*, cit.

guardano alla legalità come garanzia della separazione dei poteri, aspetto strettamente presidiato dalla riserva di legge³³¹. Per la Corte di Strasburgo è sufficiente che vi sia una previa base legale che garantisca l'autodeterminazione dell'individuo, potendo essere questa composta anche da fonti diverse dalla legge parlamentare. L'omissione di questo corollario della legalità nella definizione del nucleo delle garanzie sovranazionali trova certamente una spiegazione nella necessità di comprendere contesti nazionali eterogenei, ai quali la previsione di un monopolio esclusivo nella descrizione dell'illecito penale è estraneo per l'appartenenza di alcuni Paesi al mondo della *common law* (Irlanda e Regno Unito) o per ragioni di architettura costituzionale³³².

La spiegazione storica dell'esclusione della riserva di legge dalla Convenzione, tuttavia, non illumina fino in fondo le ragioni di questa scelta. Anche gli ordinamenti anglosassoni conoscono da tempo un accresciuto ricorso alle *statutory law* in materia penale e anche lì si esclude che il giudice goda della legittimazione necessaria a produrre consenso³³³.

L'indagine sul motivo della differenza tra la legalità sostanziale di matrice convenzionale e quella formale nazionale, limitandosi all'argomento storico, rischierebbe di arrestarsi su di un piano meramente descrittivo. L'esigenza di elaborare una nozione sostanziale di legalità ha infatti la sua origine nella funzione che questa è chiamata a svolgere. Nella prospettiva sovranazionale non ha rilievo la genesi della norma astratta, ma ciò che conta è l'effetto che l'atto normativo produce sui diritti del singolo: «la legalità convenzionale è parametro di controllo sugli effetti prodotti dalla scelta nazionale sui diritti tutelati dalla Convenzione stessa»³³⁴. La Corte di Strasburgo giudica sul pregiudizio lamentato dal singolo nei confronti dello Stato, deve quindi indagare la sostanza dell'ordinamento senza fermarsi alla forma. Mentre la legalità formale della riserva di legge chiama in causa i rapporti tra poteri nella produzione del diritto penale, in una prospettiva stato-centrica, la legalità convenzionale (o effettuale) richiedendo la prevedibilità del diritto applicabile guarda al rapporto tra Stato e cittadino, mettendo al centro quest'ultimo.

³³¹ F. PALAZZO, *Il principio di legalità tra Costituzione e suggestioni sovranazionali*, in *Leg. pen.*, 29.1.2016, p. 7.

³³² Si pensi al già citato esempio della Francia, ove la definizione delle contravvenzioni è demandata alla fonte regolamentare.

³³³ A. DI MARTINO, *Una legalità per due? Riserva di legge, legalità CEDU e giudice-fonte*, in *Criminalia*, 2014, p. 116.

³³⁴ DI MARTINO, *Una legalità per due? Riserva di legge, legalità CEDU e giudice-fonte*, cit., p. 117.

La diversa vocazione della legalità convenzionale sembra essere alla base della sua apparente irresistibile capacità di fascinazione: essa pare riuscire a conciliare il principio di legalità con il creazionismo giudiziale traendone, per di più, una garanzia per il singolo addirittura ulteriore rispetto alla legalità nazionale, inoltre «in quanto esibisce la natura di diritto fondamentale, sembra porsi nel “verso giusto” della storia che va nel senso del crescente personalismo e dunque di una crescente esaltazione dei valori personalistici, come tali condivisi nello spazio comune europeo e addirittura orientati verso un futuribile ed auspicato universalismo»³³⁵.

La mancata previsione della riserva di legge nel fascio di garanzie dell'art. 7 CEDU non si traduce in un *deficit* di tutela da parte della Convenzione, poiché le garanzie dell'art. 25 Cost. non sono da questo sostituite, ma si aggiungono ad esso; in questo senso opera anche il dettato dell'art. 53 CEDU ove si riconosce che le garanzie convenzionali integrano quelle nazionali, nell'ottica di massimizzazione delle garanzie. In questo senso, la legalità europea con la sua dimensione sostanziale ha sinora provocato un innalzamento di tutele permettendo di «bonificare terreni che l'approccio costituzionalistico “domestico” non era riuscito ad arare». Ciò si è manifestato in particolare nel riconoscimento dell'irretroattività di misure sostanzialmente punitive³³⁶, nella tutela dinanzi a mutamenti giurisprudenziali *in malam partem* relativi ad istituti processuali, ma con ricadute sostanziali, oltre che di fronte all'applicazione retroattiva legislativamente prevista di modifiche qualitative del regime di esecuzione delle

³³⁵ F. PALAZZO, *Legalità penale vs. creatività giudiziale*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2022, fasc. 3, p. 988.

³³⁶ Si pensi al riconoscimento della natura punitiva di alcune forme di confisca a partire dalla sentenza 9 febbraio 2005 resa nel caso *Welch c. Regno Unito*, nel cui solco si è inserita la Corte costituzionale riconoscendo con la sentenza n. 196 del 2010 l'illegittimità dell'applicazione retroattiva della confisca dell'autoveicolo in caso di guida in stato d'ebbrezza, pronuncia riconosciuta come “seminal case” nel percorso di estensione delle garanzie penalistiche (V. MANES, *La confisca “punitiva” tra Corte costituzionale e CEDU: sipario sulla truffa delle etichette*, in *Cass. pen.*, 2011, fasc. 2, pp. 534-546). In tempi più recenti, sempre sull'onda di un approccio sostanziale, la Consulta con la sentenza n. 223 del 2018 ha applicato il principio di irretroattività sfavorevole anche di fronte ai casi di “depenalizzazione *in malam partem*”, nelle quali a sostituire l'illecito penale interviene un illecito amministrativo che per l'entità della sanzione e per il suo regime esecutivo si dimostri più nella realtà più grave del trattamento precedentemente previsto (M. GROTTI, *La successione di sanzioni penali ed amministrative*, in *Giur. comm.*, 2020, fasc. 3, pp. 528-538). Parimenti, superando un precedente orientamento contrario, la Corte costituzionale ha esteso agli illeciti amministrativi sostanzialmente punitivi anche la garanzia della retroattività della *lex mitior* (M. SCOLETTA, *Retroattività favorevole e sanzioni amministrative punitive: la svolta, finalmente, della Corte costituzionale*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2.4.2019; S. BISSARO, *Depenalizzazioni in “malam partem”: la Corte costituzionale torna a pronunciarsi sull'(ir)retroattività delle sanzioni amministrative punitive nei casi di successione impropria*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2020, fasc. 3, pp. 1549-1558).

pene³³⁷. L'influsso della giurisprudenza CEDU ha inoltre imposto una più incisiva tutela dinanzi alle duplicazioni sanzionatorie derivanti dalla violazione del *ne bis in idem*³³⁸ e all'esecuzione di pene illegali³³⁹.

D'altro canto, oltre ai problemi connessi alla perimetrazione dello spazio della materia penale – che in taluno ha suscitato la preoccupazione di un effetto collaterale di estensione dell'area del penalmente rilevante³⁴⁰ – e ai rischi di una riqualificazione

³³⁷ Si pensi al caso relativo ai benefici connessi all'accesso al giudizio abbreviato, che sono stati oggetto del caso Scoppola (Corte EDU, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*), sulla cui onda la Corte è giunta ad estendere il principio di irretroattività sfavorevole anche alle modifiche qualitative del trattamento penitenziario con la sentenza n. 32 del 2020 avente ad oggetto la novella dell'art. 4-bis ord. pen. introdotta dalla L. n. 3 del 2019 (D. NOTARO, *Un passo deciso (e atteso) sulla via dell'affermazione delle garanzie costituzionali nella fase dell'esecuzione della pena*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, fasc. 7, pp. 985-992); risultato poi confermato dalla successiva sentenza n. 183 del 2021, riguardante il regime intertemporale della norma che aveva escluso la possibilità di concedere la sospensione dell'ordine di esecuzione con riferimento al reato di maltrattamenti in famiglia, con la quale la Consulta ha riconosciuto come ormai consolidato a livello di diritto vivente il principio di irretroattività delle modifiche peggiorative riguardanti il trattamento sanzionatorio (F. FIORENTIN, *La Corte Costituzionale riafferma la "garantistica" regola interpretativa sulla normativa penitenziaria*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2021, fasc. 4, pp. 1592-1597).

³³⁸ Quella delle garanzie del *ne bis in idem* è forse la vicenda più complessa tra quelle qui citate, trattandosi di un percorso lungo e costellato di passi avanti e indietro della stessa Corte di Strasburgo e della Corte di Lussemburgo, oltre che della Corte costituzionale. Per un quadro ricostruttivo di questo percorso sino alla più recente sentenza n. 149 del 2022, si veda N. RECCHIA, *L'ennesima stagione del "ne bis in idem" nel costituzionalismo multilivello: la riaffermazione del suo "ubi consistam" processuale contro ogni riduzionismo sostanziale*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2022, fasc. 4, pp. 1676-1706.

³³⁹ La progressiva erosione del giudicato, in forza dell'approccio sostanzialistico convenzionale e dell'estensione del principio di retroattività *in mitior*, ha riguardato anche le sanzioni amministrative dichiarate illegittime con la sentenza della Consulta n. 68 del 2021, F. MAZZACUVA, *La revoca della sanzione amministrativa "illegale": prosegue l'erosione del giudicato ad opera del principio di retroattività della lex mitior*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, fasc. 12, pp. 1613-1621.

³⁴⁰ In questo senso, N. ZANON, *Matière pénale e principio di legalità nella giurisprudenza costituzionale*, in I. PELLIZZONE (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, Milano, 2017, p. 85 ss., secondo il quale una gestione poco accorta della categoria potrebbe comportare «inattese eterogeneità dei fini» conducendo ad una riespansione del diritto penale in senso contrario al principio di *extrema ratio*; di questo avviso anche S. BISSARO, *L'ambito di operatività del principio di legalità penale: i confini della materia penale, tra diritto nazionale e diritto europeo*, in *Gruppo di Pisa*, 2017, fasc. 3, pp. 10 ss. Simili posizioni sono compatibili con una visione che ritiene necessaria una elaborazione autonoma della nozione di materia penale, indipendente da quella convenzionale. Di diverso avviso, in un'ottica di integrazione, VIGANÒ, *Il nullum crimen contesto*, cit. pp. 17-22, il quale – pur condividendo la necessità di elaborare criteri solidi per la qualificazione in termini sostanzialmente penali di una sanzione – ritiene che la categoria della materia penale non comporti una estensione del perimetro del penalmente rilevante, ma si limiti ad estendere le garanzie costituzionali e convenzionali senza realizzare alcun effetto di trascinamento. L'A. evidenzia che se delle preoccupazioni dovessero sorgere, queste dovrebbero essere rivolte non tanto all'estensione delle garanzie dell'art. 7 CEDU, quanto a quelle procedurali dell'art.

decentrata degli illeciti sostanzialmente penali in senso difforme rispetto alla volontà del legislatore³⁴¹, si è osservato che la legalità europea pone delle sfide rilevanti alla scienza penale moderna.

Dando rilievo al formante giurisprudenziale richiede di confrontarsi con la necessità – già menzionata – di elaborare una deontologia prescrittiva dell'interpretazione, che permetta di stabilizzare gli approdi della giurisprudenza e che dia gli strumenti per contestare l'autorevolezza e plausibilità dei precedenti, posti allo stesso livello della fonte legislativa. Sfida resa estremamente complessa dall'assenza nel nostro ordinamento di un obbligo di vincolo al precedente, ove le decisioni delle Sezioni Unite sono munite di una mera forza persuasiva nei confronti dei giudici di merito. Inoltre, il perseguimento della prevedibilità è reso ancor più impervio dell'ipertrofia del sistema penale, che offre mille appigli al giudice per «liberare la propria energia “normativa” muovendo dagli innumerevoli prototipi punitivi – spesso altamente artificiali – dislocati nei più diversi ambiti del traffico giuridico-sociale»³⁴².

Ai problemi appena menzionati si assommano anche quelli insiti nel concetto stesso di prevedibilità che – pur avendo una portata garantistica che appare superiore

6 CEDU, rispetto alle quali l'eterogeneità dei procedimenti rischia di essere appiattita e irrigidita da una applicazione “in blocco” di tutte le garanzie. Il dibattito sul punto è ampio, con una varietà di posizioni difficilmente sintetizzabili senza incorrere in qualche banalizzazione. Per diversi punti di vista sulle modalità di estensione delle garanzie “a geometrie variabili” o “a cerchi concentrici” si rinvia rispettivamente a MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., pp. 7 ss.; V. MANES, *Profili e confini dell'illecito para-penale*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2017, fasc. 3, pp. 988-1007; per uno sguardo di sintesi sulle varie proposte ed una ricostruzione sistematica, MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, pp. 194-250.

³⁴¹ Evidenzia questo aspetto ad esempio I. PELLIZZONE, *Garanzie costituzionali e convenzionali della materia penale: osmosi o autonomia?*, in *Dir. pen. cont. Riv. Trim.*, 2017, fasc. 4, che nel commentare l'estensione della garanzia dell'irretroattività sfavorevole (esclusa nella sentenza n. 107 del 2017, commentata dall'A.) afferma che «è bene sottolineare che i costi di questa operazione paiono non indifferenti, posto che la “strumentalizzazione” dell'art. 25, secondo comma, Cost., al fine di applicare gli artt. 6 e 7 CEDU, porterebbe ad un vero paradosso: l'art. 25, secondo comma, veicolerebbe nel nostro ordinamento violazioni di un istituto che esso stesso sancisce e protegge, cioè la riserva di legge penale, intesa come rinvio alla discrezionalità parlamentare della scelta, così come della esclusione, della sanzione penale per garantire la protezione di un bene giuridico» (p. 176). Una simile preoccupazione – secondo chi scrive – pare tuttavia eccessiva, forse vincolata ad una interpretazione dell'istituto della riserva di legge che non tiene conto dei mutamenti che l'avvento del costituzionalismo ha impresso in esso, ritagliando gli spazi nei quali la discrezionalità legislativa può estrinsecarsi, garantendo in primo luogo il singolo rispetto alla libertà del potere legislativo.

³⁴² MANES, “Common law-isation del diritto penale”? *Trasformazioni del nullum crimen e sfide prossime future*, cit., p. 973, l'A. evidenzia la distanza dallo “spirito” della *common law*, ove la certezza del diritto è teoricamente garantita dall'operare congiunto della teoria dichiarativa della *common law*, in forza del quale il giudice non crea diritto, ma verbalizza regole e principi di un'antica consuetudine del regno, e della regola del precedente, con conseguente limitazione della creatività giurisprudenziale.

a quella offerta dal solo principio di determinatezza, non essendo limitato al rapporto legislatore-giudice, ma aperto a quello tra lo Stato e il cittadino – se considerato autonomamente pare dimostrare – come si è autorevolmente osservato – una scarsa capacità operativa come criterio di controllo della legittimità delle norme di derivazione legislativa o giurisprudenziale³⁴³.

Utilizzato come criterio di formulazione delle norme penali potrebbe incentivare l'abdicazione dallo sforzo di elaborazione di testi chiari e conformi al canone della determinatezza, che confidino sin dal momento della loro stesura nell'opera di concretizzazione ad opera dell'interpretazione giurisprudenziale.

Sotto il più stretto profilo della valutazione della prevedibilità pare irrisolto il problema del parametro di giudizio, oggettivo o soggettivo. Entrambi i poli della soluzione sembrano presentare degli inconvenienti. L'adesione ad un modello oggettivo di valutazione della prevedibilità richiederebbe di valutare l'incertezza derivante dall'ordinamento secondo un interprete modello, sulla cui ricostruzione si abbattono i rischi di una indeterminatezza che finirebbe per svilire la funzione di garanzia del principio³⁴⁴. In un'ottica soggettiva, la prevedibilità recupererebbe tutta la sua portata garantistica, ma diventerebbe sostanzialmente fungibile con la colpevolezza, tutta incentrata su di un giudizio individualizzato basato sull'agente concreto.

Nonostante tali criticità, ancora lungi dal trovare una soluzione, la prevedibilità europea certamente innalza lo *standard* di tutela per il singolo, ma forse promette più di quanto possa mantenere, poiché alla sua base sta sempre il dato testuale di partenza e il costume della giurisprudenza nell'intendere il proprio ruolo di interprete di tali testi. La visione legalistica della legalità ha a lungo concesso alla legge ogni contenuto, favorendo una dimensione sempre più artificiale delle scelte di criminalizzazione e, conseguentemente, sempre più distanti da una concreta possibilità di conoscibilità e conseguente prevedibilità dell'applicazione del diritto. Una valorizzazione effettiva del canone della prevedibilità richiede un mutamento di rotta che riporti al centro gli aspetti sostanziali della riserva di legge, intesa quale presidio circa l'adesione tra norme incriminatrici e valori costituzionali e finalizzato a favorire la comunicazione delle scelte di criminalizzazione ai cittadini.

³⁴³ Solleva delle perplessità in merito PALAZZO, *Legalità penale vs. creatività giudiziale*, cit., pp. 987-990.

³⁴⁴ Favorevole all'individuazione del parametro della prevedibilità secondo un interprete modello, MASSARO, *Legalità penale e diritto europeo*, cit., pp. 96-98, secondo la quale il parametro della valutazione sulla calcolabilità del diritto andrebbe individuato «nell'interprete modello, nel senso che il diritto può ritenersi oggettivamente calcolabile quando il significato della norma della cui applicazione si discute possa essere pre-detto da un interprete modello con un sufficiente grado di coerente approssimazione».

L'analisi sin qui svolta pare dimostrare, tuttavia, che lo stato attuale della riserva di legge sembra ben lungi da questo piano sostanziale, più schiacciato su quello meramente formale, rispetto al quale comunque non sembra riuscire a fornire prestazioni ottimali. Dinanzi a questo stato di fatto, guardando al fondo, «ogni discorso sulla prevedibilità della interpretazione giurisprudenziale – e sui relativi criteri – rischia di tradursi in una ipocrita giustificazione postuma, o in una formula inane»³⁴⁵.

7.4. La graduabilità della garanzia della riserva di legge nel diritto punitivo quale testimonianza della dissociazione tra il profilo individual-garantistico e quello storico della legalità

L'approccio sostanziale alla definizione del perimetro applicativo delle garanzie penalistiche ha fornito nuova linfa al dibattito riguardante l'estensione del principio della riserva di legge anche ad illeciti non formalmente penali.

La questione si era già posta, seppur in termini meramente domestici e ancora lontani dal confronto con la dimensione convenzionale, all'epoca dei primi interventi di depenalizzazione. A fronte dell'opinione di chi riteneva che l'art. 25 Cost. e tutte le sue garanzie dovessero trovare applicazione ad ogni manifestazione del diritto punitivo, al di là della qualificazione formale della misura³⁴⁶, vi era la contraria posizione di chi sosteneva che lo statuto dell'illecito amministrativo punitivo doveva essere differenziato rispetto a quello penale, divergendo per finalità, beni giuridici tutelati e libertà incise dalla sanzione, oltre che per il timore che – come una materia plastica – all'estensione delle garanzie corrispondesse un assottigliamento del loro spessore³⁴⁷.

³⁴⁵ MANES, "Common law-isation del diritto penale"?, cit., p. 975.

³⁴⁶ Di questo avviso P. NUVOLONE, *Depenalizzazione apparente e norme penali sostanziali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, fasc. 1, pp. 60 ss., secondo il quale deve parlarsi di pena, e quindi di una misura da ricondurre entro il perimetro dell'art. 25 Cost., «ogni volta che il singolo deve subire una limitazione dei suoi diritti in conseguenza della violazione di un obbligo, e sempre che la limitazione dei diritti sia comminata per impedire la violazione e non abbia carattere omogeneo (come il risarcimento del danno) rispetto al contenuto dell'obbligo stesso». Sullo stesso fronte, favorevoli all'estensione di tutte le garanzie furono anche altri Autori, le cui posizioni sono ripercorse da MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., pp. 161-168.

³⁴⁷ Preoccupato per una dequotazione delle garanzie e contrario all'idea di una loro flessibilizzazione a seconda del tipo di sanzione, BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., pp. 657-660; in consonanza con quest'ultimo, riteneva che la mancata incidenza sulla libertà personale dell'individuo da parte dell'illecito amministrativo dovesse escludere una estensione della riserva di legge all'illecito amministrativo,

Sotto il profilo della riserva di legge, nonostante la formulazione dell'art. 1 della L. n. 689 del 1981 sia fortemente assonante con l'art. 25 Cost., i referenti costituzionali in questo ambito sono gli artt. 23 e 97 Cost.³⁴⁸. Il diverso aggancio nel dettato costituzionale giustifica una flessione in senso relativo del principio, aperto alle fonti subordinate e – soprattutto – verso le fonti regionali, aspetto quest'ultimo che segna un netto distacco rispetto al diritto penale in senso stretto, ancorato al principio di unità dell'ordinamento così come descritto nella sentenza n. 487 del 1989 della Consulta.

Tale statuto differenziato rispetto alla riserva di legge ha per lungo tempo precluso ogni estensione degli altri corollari penalistici all'ambito degli illeciti amministrativi punitivi, in particolare quello della irretroattività sfavorevole e quello della retroattività favorevole (fondato sull'art. 3 e 27 Cost.)³⁴⁹.

La soluzione poteva dirsi soddisfacente rispetto alle sanzioni amministrative “di vecchia generazione”³⁵⁰, caratterizzate da una scarsa gravità, l'incidenza sul solo patrimonio dell'agente e prive dello stigma tipico della sanzione penale. Una mutata valutazione si è imposta con l'avvento di sanzioni amministrative di “nuova generazione”, impiegate per contrastare la lesione di interessi di particolare rilevanza collettiva, presidiate da sanzioni particolarmente gravi – non di rado coincidenti con aree già coperte da speculari illeciti penali – e di natura spiccatamente afflittiva³⁵¹. Dinanzi a questo cambiamento e all'accresciuta penetrazione nell'ordinamento dei principi della giurisprudenza di Strasburgo a seguito delle prime “sentenze gemelle” del 2007, la Corte costituzionale ha intrapreso un percorso che ha rimaneggiato l'assetto precedentemente raggiunto dalla dottrina. Superando il problema del diverso aggancio costituzionale dell'illecito amministrativo, ha esteso alcuni dei principi costituzionali

posto che non si tratta con questo di compiere scelte politico-valutative tali da richiedere l'intervento del Parlamento, F. SGUBBI, *Depenalizzazione e principi dell'illecito amministrativo*, in *Ind. pen.*, 1983, fasc. 2, pp. 253-267; di simile avviso F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979, secondo il quale il principio di riserva di legge non sarebbe estensibile all'illecito amministrativo poiché questo non è diretto alla tutela di interessi generali della società, mentre sarebbe invece estensibile il principio di determinatezza al fine di delimitare i poteri coercitivi della pubblica autorità.

³⁴⁸ C.E. PALIERO, A. TRAVI, *Sanzioni amministrative* (voce), in *Enc. dir.*, Torino, 1989, vol. XXXVI, p. 373, secondo i quali l'unico limite imposto al legislatore è quello di indicare con sufficiente determinatezza i presupposti per l'esercizio del potere regolamentare, oltre ad un generale obbligo di determinatezza e precisione nella descrizione della fattispecie e nell'individuazione della sanzione.

³⁴⁹ L'analisi è qui limitata alle sole garanzie del principio di legalità, ma potrebbe essere ovviamente estesa anche alle garanzie procedurali, quali il divieto di *bis in idem* o il diritto al silenzio, per le quali si rimanda a MANES, *Profili e confini dell'illecito para-penale*, cit., pp. 1001-1002.

³⁵⁰ Suggestisce l'esistenza di questa progressione qualitativa nel tipo di sanzioni amministrative, VIGANÒ, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, cit., pp. 49-53.

³⁵¹ Per degli esempi, MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., pp. 116 ss.

dell'art. 25, comma 2 Cost. anche a questo ambito, ad esclusione della riserva (tendenzialmente) assoluta di legge.

La trasposizione "a geometrie variabili" delle garanzie penalistiche all'illecito amministrativo è resa possibile dalla «dissociazione tra il significato individual-garantistico e quello storico-politico della legalità»³⁵² favorita dalla prospettiva europea su tale principio, assunto a diritto fondamentale del singolo prima che criterio di ripartizione della potestà normativa in materia di reati e pene. L'estensione del divieto di retroattività sfavorevole e della retroattività della *lex mitior*, garanzie che guardano alla posizione del singolo, non impone la parallela estensione con la stessa intensità della riserva di legge. Nei confronti dell'individuo la garanzia della conoscibilità della base legale dell'illecito, infatti, non richiede necessariamente il monopolio del Parlamento nella definizione della condotta vietata, tanto che – come si è già ricordato nel paragrafo dedicato all'eterointegrazione – in altri ordinamenti si riconosce pacificamente il concorso di fonti subordinate, senza che ciò infici il profilo materiale della legalità che garantisce la prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie.

A fronte della natura assoluta della garanzia sostanziale della prevedibilità, quella formale della riserva di legge può essere graduata³⁵³. Il criterio per determinare l'estensione e la sua intensità non risiede nella finalità punitiva della sanzione³⁵⁴, posto che l'aspetto individual-garantistico vale per tutte le misure punitive, ma nel suo contenuto: la riserva sarà assoluta laddove la sanzione incida in maniera diretta o eventuale sulla libertà personale, mentre ammetterà una declinazione in termini relativi quando siano incisi diritti diversi, quale ad esempio la sola proprietà.

Una simile soluzione pare essersi insinuata in maniera embrionale nella giurisprudenza costituzionale ove non si è mancato recentemente di affermare che, pur non estendendosi agli illeciti amministrativi la riserva assoluta di legge, ma quella relativa ex art. 23 Cost., la garanzia della conoscibilità e prevedibilità del precetto non conosce graduazioni nel diritto punitivo³⁵⁵. Tale giurisprudenza non valorizza il tipo di bene giuridico intaccato dalla sanzione, ma dimostra lo stato avanzato di elaborazione di una distinzione tra i due versanti della legalità nella materia penale.

³⁵² MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., p. 266.

³⁵³ Un esempio in questo senso lo si rinviene nell'ordinamento tedesco ove l'intensità della riserva è legata al tipo di bene conculcato dalla sanzione. Sul punto si veda quanto già richiamato *supra* par. 4.2.

³⁵⁴ MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., p. 243; MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., p. 268, il quale argomenta osservando che la riserva di legge è prevista anche al comma 3 dell'art. 25 Cost. per le misure di sicurezza, che per non hanno finalità punitiva.

³⁵⁵ Il riferimento è alle sentenze n. 134 del 2019 e n. 5 del 2021, entrambe riguardanti i limiti del potere normativo regionale rispetto agli illeciti amministrativi punitivi.

8. *La volpe e il riccio: compatibilità e attualità della riserva di legge al cospetto della “nuova legalità” penale*

La ricostruzione delle varie declinazioni che assume oggi la legalità penale permette di trarre delle prime conclusioni sul significato della riserva di legge in materia penale, così da comprendere quale sia l'attualità di quello che a prima vista appare come un «fossile giuridico»³⁵⁶.

Ripercorrendo riassuntivamente quanto analizzato è possibile osservare che la crisi del principio in buona parte riproduce la crisi della fonte “legge”. In questo senso, la legge risente, innanzitutto, delle difficoltà del soggetto deputato a produrla: la procedura ordinaria parlamentare, ove l'esame degli interventi in materia penale dovrebbe svolgersi nei lavori delle commissioni e nel dibattito d'aula, è sistematicamente messa sotto scacco dalle contingenze politiche, dalla necessità di rispettare i termini imposti per la conversione dei decreti-legge o, ancora, per l'adempimento degli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione europea. La garanzia formale della riserva affidata al controllo delle minoranze si presenta allora fragile e quando questa riesce a manifestarsi sembra più un'eccezione che la regola³⁵⁷. Inoltre, l'impiego della legge penale con una funzione di marcata ricerca di consenso elettorale riduce di molto la necessità di motivare la necessità di ogni intervento penale, spingendo la garanzia della riserva sul piano meramente formale, allontanandola ancor di più – se possibile – dal suo significato sostanziale, che richiede «criteri di controllo, e non semplici “luoghi” o “momenti” di controllo»³⁵⁸. In questi termini la sola riserva di legge, tanto se intesa come “riserva di fonte” tanto se intesa come “riserva di organo”, non garantisce contro esiti illiberali, facilmente perseguibili dalla stretta connessione tra maggioranza parlamentare e potere esecutivo.

La conflittualità esasperata del confronto tra partiti e le difficoltà di comporla in maniera dialettica all'interno del Parlamento, contribuiscono a spostare sul piano

³⁵⁶ PICCIRILLI, *La “riserva di legge”*, cit., p. 39, il quale riprende un'espressione di Sergio Fois.

³⁵⁷ Si pensi alla fase di conversione del c.d. decreto “rave”, ove si è salutata con favore la modifica della fattispecie indotta dal dibattito parlamentare, una sottolineatura che dimostra come tale esito non costituisca affatto la regola; CUPELLI, *Il Decreto Rave? Not so bad*, cit.

³⁵⁸ DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., p. 83, il quale osserva inoltre che «la riserva di legge [...] è una tigre di carta, che garantisce poco se la maggioranza parlamentare non è vincolata al rispetto di verifiche e di criteri intrinseci che solo una più avanzata scienza della legislazione potrebbe assicurare».

della tecnica scelte che sottendono questioni eminentemente politiche. In questo modo lo spazio offerto alle fonti subordinate dalla legge si amplia fino a coinvolgere aspetti essenziali del disvalore dell'illecito, sostanzialmente sottratti al confronto democratico che ispira la riserva di legge.

L'avvertita esigenza di democraticità del comando, soprattutto quando incide in maniera pervasiva sulla regolazione di aspetti davvero tecnici, stimola le traiettorie centrifughe del fenomeno autonormativo. Quest'ultimo trasferisce le aspettative di democraticità dalla legge al diritto prodotto dai privati a cui lo Stato demanda la regolazione dei fenomeni più complessi. Con la conseguenza, tuttavia, che la scarsa formalizzazione dei processi autonormativi non garantisce che tali aspettative siano soddisfatte.

A ciò, infine, si aggiunge l'influenza dall'alto degli obblighi di derivazione europea che, nonostante la progressiva attenuazione del denunciato *deficit* di democraticità delle istituzioni dell'Unione, limitano lo spazio di discrezionalità del legislatore, il quale resta comunque *dominus* del momento attuativo.

Sul piano statico delle fonti, la riserva di legge dimostra di aver grandemente diminuito la capacità di mantenere l'aula parlamentare al centro delle scelte in materia penale. In questo l'istituto sembra in effetti promettere più di quanto possa mantenere, non riuscendo, o potendo, opporre una barriera a fenomeni che coinvolgono tutta l'esperienza giuridica contemporanea.

Il panorama di certo si complica di ulteriori tensioni spostando lo sguardo al momento applicativo della legge. Anche qui la fonte parlamentare perde la sua centralità in balia dell'ermeneutica, il cui sviluppo accentua sempre più la dissociazione tra disposizione e norma. All'acquisita consapevolezza dell'ineludibilità del momento interpretativo si accompagna la mancanza di un chiaro tracciato che permetta di mantenere stretta o controllabile la connessione tra il testo della legge e il risultato applicativo, in virtù della temperie di canoni ermeneutici che si affastellano senza un definibile ordine gerarchico. Le cause possono rinvenirsi in primo luogo nei limiti della formulazione legislativa, dovuta non solo alle colpe del legislatore, ma anche ai limiti strutturali della fonte. In seconda battuta, però, un innegabile contributo è prodotto dalla magistratura che, rivendicando il proprio monopolio sull'interpretazione, con il pretesto di supplire a vuoti di tutela, sostituisce non di rado alla volontà del legislatore la propria, tramite interpretazioni abrogatrici o analogiche delle norme, pur essendo priva della legittimazione democratica – ovviamente intesa nella sua connotazione rappresentativa – che è preconditione necessaria ad estendere le maglie del

penalmente rilevante³⁵⁹. A ciò si accompagna anche lo scarso impegno della Corte costituzionale nel presidiare i due corollari che completano la riserva di legge, ossia la determinatezza e la tassatività; rinunciando a pronunciare sentenze di accoglimento sul punto, per timore di creare vuoti di tutela, rimette all'interpretazione costituzionalmente conforme del giudice il compito di emendare difetti genetici delle norme favorendo, anzi, il proliferare di interpretazioni *contra o praeter legem*.

La disconnessione tra testo e interpretazione amplifica gli spazi in cui le esigenze di garanzia del singolo devono fare appello alla categoria della prevedibilità di marca europea. È in questa dimensione, orientata all'aspetto individual-garantistico della legalità, che il versante storico-istituzionale rappresentato dalla riserva di legge passa in secondo piano, dando luogo allo «scontro tra paradigmi»³⁶⁰. All'idea classica del monopolio della legge si contrappone una concezione ampia delle fonti che vi ricomprende anche il formante giurisprudenziale. I due punti di partenza posti in questi termini appaiono inconciliabili, proponendo uno scontro frontale tra una concezione legalistica e una giurisprudenziale della legalità: il predominio della prima – laddove fosse davvero desiderabile – è ormai escluso, oltre che dalle acquisizioni dell'ermeneutica, dal costituzionalismo moderno che segna il limite al potere della legge nel rispetto della Costituzione; la seconda, affermando che l'unica legalità è quella frutto della legge così come interpretata, finisce per identificare la certezza del diritto a tutela del singolo nella stabilità dell'esito ermeneutico, anche a prescindere dalla sua corretta derivazione dal testo. In questo contesto la riserva di legge sembra destinata a soccombere, sostituita da un equivalente funzionale³⁶¹ da identificarsi nel precedente giurisprudenziale.

La soluzione, tuttavia, non risulta appagante poiché nella sua absolutezza finisce per confondere i piani. Essa si presenta come il risultato di un modo di approccio al tema della legalità penale che pretende di ricondurre tutto ad un'unica visione centrale, come il "riccio" nell'immagine impiegata dal filosofo Isaiah Berlin³⁶²: il riconoscimento della componente co-regolativa della giurisprudenza, sotto l'influsso della legalità convenzionale, significherebbe il superamento della riserva di legge, assunta

³⁵⁹ È efficace nel rappresentare la posizione che in questi casi assume il giudice, l'espressione di F. GIUNTA, *Il burocrate creativo. La crescente intraprendenza interpretativa della giurisprudenza penale*, in *Criminalia*, 2016, p. 157.

³⁶⁰ M. VOGLIOTTI, *Il giudice al tempo dello scontro tra paradigmi*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2.11.2016.

³⁶¹ La locuzione è stata il titolo di un dibattito svoltosi sulle pagine di *Criminalia*, 2011, introdotto da F. GIUNTA, *Verso un equivalente funzionale della riserva di legge?*, pp. 77-78.

³⁶² I. BERLIN, *Il riccio e la volpe*, Milano, 1986, il quale riprende l'immagine dal criptico frammento del poeta greco Archiloco che recita «la volpe sa molte cose, ma il riccio ne sa una grande».

quindi non come principio ma come regola, cioè capace di funzionare solo secondo una logica binaria *aut-aut*. Diverso l'esito invece avvicinando il problema con lo sguardo della "volpe" pragmaticamente aperto a integrare prospettive differenti.

In questo senso è imprescindibile considerare che la dimensione convenzionale della legalità guarda anche al momento giurisprudenziale poiché la Corte di Strasburgo non si limita a giudicare le violazioni dei diritti compiute dal legislatore nell'esercizio della sua discrezionalità, ma si concentra sulle violazioni compiute da qualsiasi potere dello Stato, anche di quello giudiziario³⁶³. Oggetto del controllo della Corte di Strasburgo non è una certa fonte del diritto, ma l'ordinamento giuridico in sé considerato, ove la giurisprudenza è fonte «non *dell'*ordinamento (fonte di produzione), bensì fonte *nell'*ordinamento (fonte di cognizione)»³⁶⁴.

La legalità convenzionale richiede allo Stato di garantire la tutela dei diritti del singolo nel suo incontro con i pubblici poteri, diritti che non dipendono dalla legislazione e che devono essere difesi contro i poteri dello Stato. La riserva di legge pertiene all'organizzazione interna di questi poteri, posto che il significato profondo del principio, prima ancora che di regolazione delle fonti del diritto, è quello che prescrive la loro separazione. In questo concetto risiede l'idea che ogni potere deve rispettare le regole precostituite fissate nella Costituzione, che segnano i limiti della competenza di ciascuno. In virtù della riserva il legislatore detiene un ruolo che, se non può più essere definito di pieno monopolio, è di sicura primazia nella produzione nella materia penale. Il giudice svolge la propria attività interpretativa, ma deve continuare a rapportarsi alla legge, mantenendo un confronto con il legislatore. La separazione dei poteri sarebbe violata se si ammettesse che una interpretazione giurisprudenziale che si discosti manifestamente dalla legge sia legittima solamente perché ormai consolidata e quindi prevedibile; allo stesso modo tale discostamento non può sopperire a contrasti insanabili tra la norma ai diritti fondamentali, poiché proprio le regole dell'ordinamento attribuiscono tale compito di risoluzione alla Corte costituzionale.

Nonostante la sua apparente natura antiquata al confronto con le dinamiche della moderna società pluralista, il principio di separazione dei poteri preserva ancora il «necessario (e mobile) equilibrio tra i diversi poteri dello Stato mirante, nel suo nucleo essenziale, a garantire la non arbitrarietà delle manifestazioni del pubblico potere»; i problemi della "nuova" legalità penale rientrano a pieno titolo tra le sfide che «confermano ulteriormente la sua permanente validità, quale garanzia di una razionale

³⁶³ R. BARTOLI, *Introduzione al diritto penale tra violenza e costituzionalismo*, Torino, 2022, p. 86.

³⁶⁴ DI MARTINO, *Una legalità per due?*, cit., p. 122.

distribuzione delle funzioni statali, al fine di evitare l'esercizio arbitrario e incontrollato di ciascuna di esse e, in ultimo, garantire i diritti inviolabili della persona»³⁶⁵.

Se la riserva di legge sancisce la separazione dei poteri e la loro subordinazione alla Costituzione, perché questa sia effettiva è essenziale la vigilanza sul suo rispetto da parte della Corte costituzionale, in veste di «corte dei poteri», alla cui attività è intimamente legato l'istituto della riserva³⁶⁶. La previsione che solo la fonte legislativa possa intervenire in questa materia fa sì che quest'ultima non venga sottratta al controllo della Consulta.

Guardando al potere legislativo il sindacato della Corte deve garantire, innanzitutto, il rispetto delle regole che governano la produzione legislativa, soprattutto sotto il profilo dell'intervento in questo campo degli atti del governo. In secondo luogo, la stessa vigila sulla corrispondenza tra le scelte effettuate e i principi costituzionali che governano la materia, sindacando il contenuto delle leggi.

Guardando al potere giudiziario il controllo della Consulta tuttavia si complica, ma è parimenti essenziale: al fine di garantire la separazione dei poteri è infatti necessario poter intervenire nei casi in cui l'interpretazione tradisca non solo il testo della legge, ma anche la sua *ratio*, riducendo la fonte normativa a mero canovaccio per le scelte determinate dal giudice al momento dell'applicazione delle norme. Una simile vigilanza è resa ardua in virtù della difficoltà di equiparare alla legge anche il diritto vivente, inteso come l'interpretazione giurisprudenziale consolidata delle norme, e dalla necessità per il Giudice delle leggi di non ingerirsi nel compito di interpretazione della legge ordinaria che spetta al solo potere giurisdizionale.

La garanzia della riserva di legge, come già ricordato, non si riduce alla previsione che gli interventi punitivi debbano essere legittimati democraticamente, così escludendo iniziative autonome del potere giudiziario³⁶⁷. Il costituzionalismo moderno

³⁶⁵ T. F. GIUPPONI, *Separazione dei poteri*, in CARUSO, VALENTINI, *Grammatica del costituzionalismo*, cit. p. 111.

³⁶⁶ GIUPPONI, *Separazione dei poteri*, cit., p. 112, il quale osserva che «ieri come oggi, rimane ferma la natura essenzialmente garantistica della separazione dei poteri, ora presidiata anche a livello costituzionale, e custodita (non senza difficoltà) dalle Corti costituzionali contemporanee, che bene esprimono la loro duplice natura non solo di "corti dei diritti", ma anche di "corti dei poteri"».

³⁶⁷ In merito alla possibilità di ritenere che anche il potere giudiziario sia democraticamente legittimato, non sulla base di un mandato rappresentativo, ma sulla scorta della Costituzione, fa riflettere il dato della decrescente fiducia nei confronti della magistratura che emerge da recenti sondaggi. In particolare, S. CASSESE, *Il governo dei giudici*, 2022, p. 35 riporta il dato significativo dei sondaggi riguardanti la fiducia dell'opinione pubblica nella magistratura, con una percentuale di persone che si sono dette fiduciose verso l'operato di questo potere dello Stato scesa dal 68 % del 2010 al 39 % del 2021; l'A. evidenzia che «dunque, la magistratura appare al centro di una contraddizione: ha un posto dominante nello spazio

richiede che tali interventi siano soggetti ad un costante controllo di conformità con i principi costituzionali, i quali definiscono lo spazio in cui il legislatore può muoversi. In questa prospettiva si inserisce il controllo di legittimità della Corte costituzionale, il quale può essere ascritto, in certi termini, tra i fattori di crisi della riserva di legge intesa come monopolio del Parlamento. La Corte incide in maniera sempre più importante sulle scelte del legislatore in materia penale e, attraverso il canone della ragionevolezza, orienta il proprio sindacato nel senso della tutela dei diritti, i quali non possono soccombere in virtù di una "iper-protezione" del Parlamento quando questo li lede con condotte commissive – tramite innalzamenti di sanzionatori iperbolici – od omissive – astenendosi dall'intervenire dinanzi a situazioni che richiedono un bilanciamento di contrapposti interessi –. Tale tendenza, se innalza il livello di tutela dei diritti, pone però il problema per la Corte di mantenere un contegno che non trasformi la Carta costituzionale in una "super-legge", annichilente la discrezionalità legislativa, e che non metta a rischio la legittimazione della Consulta stessa.

Su queste premesse, nel prossimo Capitolo si analizzerà la recente tendenza della Corte costituzionale ad apprestare una tutela più pregnante degli artt. 76 e 77 Cost., anche dinanzi alla possibilità che dalle proprie decisioni derivino effetti *in malam partem*.

Accanto a ciò la Corte sembra aver iniziato ad estendere in maniera graduata la garanzia della riserva di legge anche al settore del diritto amministrativo punitivo, nell'ottica di garantire che anche rispetto a queste forme para-penali le scelte di fondo siano riconducibili alla fonte legislativa e non ad atti amministrativi estranei al suo controllo.

Oltre a questa dimensione statica, si registra anche uno sviluppo della tutela della riserva di legge nella sua dimensione dinamica ove la Corte ha avviato il proprio impegno nel tracciare i limiti dell'attività ermeneutica del giudice, richiamandolo al rispetto del fondamentale limite del divieto di analogia.

Infine, nella seconda parte del Capitolo si prenderanno in considerazione gli sviluppi più recenti del sindacato di costituzionalità in materia penale, ove allo scopo di contenere gli eccessi punitivi la Corte costituzionale ha avviato una significativa svolta che ha liberato il raggio del suo controllo dalle strette maglie della dottrina delle rime obbligate, esponendola però al rischio di essere accusata di indebite invasioni di campo.

pubblico, ma non gode della fiducia della collettività, anzi appare come la funzione pubblica meno efficace».

CAPITOLO III

RISERVA DI LEGGE E CORTE COSTITUZIONALE

SOMMARIO: *SEZIONE I* - 1. La riserva di legge in materia penale nella giurisprudenza della Corte costituzionale - 2. Alcuni segnali in controtendenza a tutela dell'anima democratica del principio di riserva di legge - 2.1. La riserva di legge come oggetto di tutela e non come limite al controllo sugli atti aventi forza di legge - 2.2. Resistenze alla controtendenza: la supplenza nella motivazione dei requisiti di necessità e urgenza del decreto-legge - 3. Sanzioni amministrative punitive e riserva di legge: verso un concetto unitario ad intensità graduabile - 4. Il diritto penale giurisprudenziale nella giurisprudenza costituzionale - 4.1. L'inedito monito al rispetto del divieto di analogia e i vincoli costituzionali dell'interpretazione in materia penale - 4.2. Spazi per una garanzia della riserva di legge *in executivis* - 5. La Corte costituzionale custode della riserva di legge - *SEZIONE II* - 1. Il sindacato di costituzionalità di fronte alla riserva di legge in materia penale: l'originario *self-restraint* - 2. La lotta alle «zone franche» - 3. Dalle rime obbligate alle rime adeguate nel nucleo duro della riserva di legge: il sindacato sulla proporzionalità sanzionatoria - 4. Lo strumento dell'incostituzionalità prospettata e l'inefficace funzione conativa del linguaggio della Corte - 4.1. Il consolidamento dello strumento nelle ordinanze n. 132 del 2020 e n. 97 del 2021 - 4.2. Il pericolo della deriva «da tecnica a tattica» decisoria e la necessità di consolidare i nuovi strumenti.

SEZIONE I

MUTAMENTI DELLA RISERVA DI LEGGE NELLA RECENTE GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE

1. La riserva di legge in materia penale nella giurisprudenza della Corte costituzionale

L'evoluzione storica del principio di riserva di legge dimostra che essa sarebbe indistinguibile dal principio di legalità in assenza di un controllo di costituzionalità che vigili sulle possibili usurpazioni del ruolo che questa riconosce alla legge o sull'abdicazione da parte del potere legislativo alla funzione di cui la riserva lo onera.

Per tale motivo il significato della riserva di legge all'interno dell'ordinamento non può essere illuminato se non alla luce della giurisprudenza costituzionale che ne definisce i contorni.

Nel primo Capitolo si è già trattato della *ratio* del principio. In questa sede pare opportuno ripercorrere la posizione assunta dalla Corte rispetto alla riserva di legge, al fine di evidenziare quali sono gli sviluppi più recenti nella sua interpretazione.

Osservata in un'ottica globale, svincolata dal solo angolo visuale del solo settore penale, la Corte costituzionale sin dai primi anni della sua attività ha interpretato le riserve di legge previste dalla Costituzione smitizzandone le pretese illuministiche che qualificavano l'istituto come strumento per l'esclusione dell'intervento governativo nelle materie riservate¹. Ha quindi pacificamente ammesso l'equivalenza tra legge ordinaria e atti aventi forza di legge ai fini della soddisfazione della riserva².

Il percorso di definizione della riserva in materia penale ha seguito, in definitiva, la stessa traiettoria, salvo che per specificazioni ulteriori dovute alle peculiarità del settore. Pur ribadendo formalmente la natura assoluta della riserva, giustificandola sulla scorta dell'argomento rappresentativo-democratico, nei suoi primi anni di attività la Corte è stata impegnata a confrontarsi con la normazione precedente all'entrata in vigore della Carta costituzionale, disarmonica con il principio di riserva di legge. Dinanzi a queste frizioni si è dimostrata restia nel dichiararne l'illegittimità, attribuendo al principio un carattere «organizzatorio», valevole solo *pro futuro*³. Tale atteggiamento ha precluso ad un'opera di profonda revisione sistemica del sistema penale, ridotta ad interventi puntiformi riguardanti singole disposizioni inconciliabili con i nuovi valori repubblicani.

Un medesimo atteggiamento "flessibile" la Corte lo ha dimostrato nella soluzione dei nodi connessi ai rapporti tra riserva di legge e fonti subordinate e alle c.d. norme penali in bianco⁴. In entrambi i casi è stata valorizzata la componente garantistica

¹ PICCIRILLI, *La "riserva di legge". Evoluzioni costituzionali, influenze sovrastatali*, cit., p. 42.

² Si legge nella sentenza n. 184 del 1974, concernente una modifica all'ordinamento giudiziario introdotta tramite decreto-legge: «La Costituzione si limita ad istituire in materia una riserva di legge; ed è pacificamente ammesso, ed è stato più volte ribadito dalla giurisprudenza di questa Corte, che la parificazione alle leggi formali degli atti "aventi forza di legge" (tra i quali certamente rientra il decreto legge) abilita tali atti a incidere validamente, al pari delle leggi, nelle materie a queste riservate» (considerando in diritto § 5).

³ O. PINI, *Norma penale e Corte costituzionale. Processi normativi e itinerari interpretativi tra legislatore e giudice delle leggi*, Milano, 2021, p. 42.

⁴ Riassume autorevolmente l'evoluzione sul punto M. ROMANO, *Corte costituzionale e riserva di legge*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, pp. 36-45, padre della tesi della riserva "tendenzialmente" assoluta.

della riserva di legge, in quanto queste forme di eterointegrazione sono state ritenute ammissibili sul presupposto per cui fosse già la legge ad individuare la linea di demarcazione tra lecito ed illecito, permettendo al cittadino di orientare la propria condotta⁵. La soddisfazione della riserva di legge è stata così legata dalla Corte alla determinatezza della fattispecie descritta dalla fonte primaria, alla sua «sufficiente specificazione».

Nella giurisprudenza costituzionale l'invocazione del fondamento democratico del principio, inteso come riserva delle scelte di politica criminale alla sola legge parlamentare, è parsa essere prevalentemente strumentale all'affermazione della statualità della riserva⁶. Non è forse un caso che la sentenza che più compiutamente ne ha sostenuto l'ascendenza illuministica, esaltando il ruolo del Parlamento come «rappresentativo della società tutta, "unita per contratto sociale"», abbia riguardato non il rapporto con il potere normativo del Governo, ma con quello delle regioni. Nella notissima sentenza n. 487 del 1989 l'istituto è presentato come una riserva d'organo, che esalta le virtù della legge come momento di sintesi del dialogo tra maggioranza e opposizione, rivelando una manifesta distonia con la giurisprudenza successiva ove non è mai messa in dubbio la possibilità di ricorrere alla delegazione legislativa e alla decretazione d'urgenza, declinandola così come una riserva di fonte.

Sotto quest'ultimo profilo la Corte non ha opposto ostacoli all'intervento di atti aventi forza di legge sulla base della riserva di legge prevista dall'art. 25 Cost.⁷. Le

⁵ Si leggano, per tutte, le parole della sentenza n. 282 del 1990: «In ordine alla delimitazione dei rapporti tra legge penale e fonti subordinate alla medesima, è giurisprudenza costante di questa Corte il ritenere che il principio di legalità in materia penale è soddisfatto, sotto il profilo della riserva di legge (art. 25, secondo comma, Cost.) allorché la legge determina con sufficiente specificazione il fatto cui è riferita la sanzione penale. In corrispondenza della ratio garantista della riserva, è infatti necessario che la legge consenta di distinguere tra la sfera del lecito e quella dell'illecito, fornendo a tal fine un'indicazione normativa sufficiente ad orientare la condotta dei consociati (cfr. sentenza di questa Corte n. 364 del 1988)» (considerando in diritto § 3). Una esaustiva sistemazione della giurisprudenza costituzionale in materia di norme penali in bianco è operata da S. PETITTI (a cura di), *Riserva di legge e norme penali in bianco*, in www.cortecostituzionale.it; sempre in argomento I. PELLIZZONE, *Norme penali in bianco e riserva di legge*, in E. D'ORLANDO, L. MONTANARI (a cura di), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*. Atti del seminario svoltosi a Udine il 7 novembre 2008, Torino, 2009, pp. 3-37.

⁶ PICCIRILLI, *La "riserva di legge". Evoluzioni costituzionali, influenze sovrastatali*, cit., p. 62.

⁷ Nella sentenza n. 330 del 1996 si afferma, ad esempio «Quanto al dubbio di legittimità costituzionale del decreto-legge n. 79 del 1995, prospettato in relazione alla materia penale che ne costituisce l'oggetto, non si può affermare, in linea di principio, che i decreti-legge non possano toccare fattispecie e sanzioni penali. Se così fosse, verrebbe introdotto un limite al contenuto dei decreti-legge non previsto dall'art. 77 della Costituzione e che non può essere desunto dal principio di riserva di legge in materia penale (art.

sanzioni verso decreti-legge e decreti legislativi irrispettosi della primazia del Parlamento nella determinazione delle scelte di politica criminale, nei rari casi in cui sono state adottate, hanno riguardato il rispetto dei soli artt. 76 e 77 Cost. Paradossalmente, il giudice delle leggi ha tenuto un atteggiamento cauto nell'accertare la violazione di queste due norme costituzionali in materia penale proprio invocando il necessario rispetto della riserva di legge, in particolare quando dalla declaratoria di incostituzionalità di un atto avente forza di legge potevano derivare effetti sfavorevoli per il reo.

Conferita una sistemazione stabile alla definizione del rapporto tra legge e fonti secondarie il tema è progressivamente scomparso dalla discussione costituzional-penalistica, riemergendo sporadicamente senza mutazioni d'accento⁸.

Il discorso sulla legalità penale si è progressivamente spostato sul versante del rapporto legge/giudice, il quale affiora proprio contestualmente alla rivendicazione da parte dei giudici della propria libertà interpretativa anche nel nuovo Stato costituzionale⁹, e si è andato incentrando sul principio di determinatezza e di tassatività, logici complementi della riserva di legge. La Corte ha gestito questo aspetto della legalità in maniera molto limitata, intervenendo raramente sul principio. È significativo, infatti, che nella giurisprudenza costituzionale a costituire il momento di massima affermazione del principio di determinatezza e tassatività sia ancora oggi la ormai risalente sentenza n. 96 del 1981 in materia di plagio, ove questo è declinato nella pretesa di determinatezza della dimensione semantica del fatto tipico e nella necessità di una sua verificabilità empirica¹⁰. Nonostante le altisonanti prese di posizione contenute in questa storica pronuncia, ove il rispetto di una specificazione sufficiente dei tratti costitutivi dell'illecito che il giudice è chiamato ad accertare è elevato a condizione per

25 della Costituzione), venendo tale riserva osservata anche da atti aventi forza di legge (cfr. sentenza n. 184 del 1974), purché nel rigoroso rispetto dei presupposti costituzionali ad essi inerenti» (considerando in diritto § 3.1.).

⁸ Si pensi alla sentenza n. 394 del 2006 ove la vera novità riguarda la possibilità per una sentenza della Corte costituzionale di produrre effetti *in malam partem*, mentre la parte della motivazione riguardante più propriamente la legittimazione degli atti aventi forza di legge ad intervenire in materia penale riproduce in maniera plastica gli argomenti della sentenza n. 487 del 1989.

⁹ PALAZZO, *Legalità penale vs. creatività giudiziale*, cit., pp. 985-987, il quale individua l'inesco delle nuove esigenze della legalità incentrate sulla sufficiente determinatezza della legge penale nel congresso di Gardone dell'Associazione Nazionale Magistrati del 1965, ove si riconobbe la centralità del momento interpretativo in capo al giudice e la sua funzione di garanzia. Segnala come il problema della determinatezza sia stato, invero, poco avvertito dalla dottrina costituzionalistica CARLASSARE, *Legge (riserva di)*, cit., p. 7.

¹⁰ G. FIANDACA, *Sulla giurisprudenza costituzionale in materia penale, tra principi e democrazia*, in *Cass. pen.*, 2017, fasc. 1, p. 19. A tale pronuncia si aggiunge, invero, anche la n. 177 del 1981 in materia di «proclività a delinquere» nell'ambito delle misure di prevenzione.

il rispetto della riserva di legge, altrimenti in balia del potere giudiziario, alle affermazioni di principio non è seguito un atteggiamento rigoroso e coerente dei giudici costituzionali nel dichiarare l'illegittimità di norme indeterminate e aperte ad ingovernabili integrazioni dell'essenza del tipo legale.

Tanto nel caso della definizione dei limiti del rapporto tra legge e fonti subordinate, tanto nel caso dell'individuazione della necessaria definizione del fatto tipico, il canone della sufficiente determinatezza è stato presidiato in maniera estremamente cauta dalla Corte¹¹.

Il rimedio utilizzato più di frequente dalla Corte è stato quello di invitare i giudici ordinari a supplire in via ermeneutica ai difetti nella descrizione del fatto tipico da parte della legge¹². Così, mentre da un lato il principio di determinatezza è stato ricondotto al fine di «evitare che, in contrasto con il principio della divisione dei poteri e con la riserva assoluta di legge in materia penale, il giudice assuma un ruolo creativo, individuando, in luogo del legislatore, i confini tra il lecito e l'illecito»¹³, dall'altro si è escluso che l'utilizzo di clausole generali o di concetti elastici violi il principio quando «la descrizione complessiva del fatto incriminato consenta comunque al giudice – avuto riguardo alle finalità perseguite dall'incriminazione ed al più ampio contesto ordinamentale in cui essa si colloca – di stabilire il significato [di quella clausola o di quel concetto] mediante un'operazione interpretativa non esorbitante dall'ordinario compito a lui affidato: quando cioè quella descrizione consenta di esprimere un giudizio di corrispondenza della fattispecie concreta alla fattispecie astratta... sorretto da un fondamento ermeneutico controllabile; e, correlativamente, permetta al destinatario della norma di avere una percezione sufficientemente chiara ed immediata del relativo valore precettivo»¹⁴.

Da un lato, in virtù della riserva di legge si afferma che il principio mira ad escludere il concorso del giudice nel demarcare il confine della fattispecie, dall'altro si

¹¹ Si prendano ad esempio dell'eccezionalità dell'intervento le sentenze n. 282 del 1990 e n. 34 del 1995.

¹² Si pensi alla sentenza n. 282 del 2010 ove la Corte ha escluso l'illegittimità di una fattispecie che sanzionava la violazione della prescrizione di "vivere onestamente" gravante sui soggetti destinatari di una misura di prevenzione speciale. La stessa norma è stata dichiarata illegittima solo dopo l'intervento della Corte di Strasburgo con la sentenza *De Tommaso c. Italia*, a seguito della quale la Consulta ha ritenuto la norma contraria al principio di prevedibilità espresso dall'art. 7 Cedu e dall'art. 3 Protocollo n. 4, assunto a parametro interposto ex artt. 11 e 117 Cost.

¹³ Corte cost. n. 327 del 2008, considerando in diritto § 4.

¹⁴ Corte cost. n. 5 del 2004, considerando in diritto § 2.1.; formula ricorrente anche nelle sentenze nn. 21 del 2009, 282 del 2010, 172 del 2014, 141 e 278 del 2019, n. 145 del 2020. Per una analisi dei vari criteri impiegati dalla Corte per sostenere la determinatezza della fattispecie si veda A. BONOMI, *Il principio di determinatezza delle fattispecie criminose*, in *Rivista AIC*, 2020, fasc. 4, pp. 140-144.

rimette alla sua opera interpretativa anche la specificazione di elementi geneticamente vaghi. Questo assetto dimostra, di nuovo, come l'argomento della tutela delle prerogative del Parlamento sia meno assoluto di quanto possa sembrare per la Corte.

Il giudice può contribuire alla specificazione della fattispecie penale mediante l'impiego di diversi canoni ermeneutici, mentre il vero limite della riserva di legge sembra essere il rispetto della giustificazione dell'esito interpretativo a partire dal testo della disposizione. In altre parole, il criterio utilizzato dalla Corte costituzionale per affermare che una legge si pone in contrasto con il principio di determinatezza e, quindi, indirettamente con quello di riserva di legge, è quello della cosiddetta non interpretabilità della disposizione: solo nel caso in cui la disposizione incriminatrice non è in alcuno modo suscettibile di interpretazione essa sarà illegittima, in quanto qualsiasi significato le fosse attribuito sarebbe arbitrariamente determinato dal giudice e non dalla legge¹⁵. Il vizio non sussiste, invece, quando anche ricorrendo al criterio teleologico e sistematico possa essere tratto un significato dalla disposizione, operando così una interpretazione tassativizzante che contribuisca a renderne determinato il contenuto¹⁶.

L'invito della Corte costituzionale a esperire un tale tentativo interpretativo spesso non sortisce l'effetto sperato, ma anzi provoca un duplice inconveniente: asseconda la «sciatteria legislativa» e incrementa «una disinvolta creatività giudiziale in dispregio della *ratio* anche democratica della riserva di legge»¹⁷. L'interpretazione tassativizzante, come specie del più ampio genere dell'interpretazione conforme, diviene così un fattore di crisi della stessa legalità che mirerebbe a preservare.

Nella dinamica concreta della riserva di legge, la Corte sembra ricorrere all'argomento democratico per supportare la centralità della legge nel governo della materia penale, indipendentemente dalla sua provenienza dal potere legislativo o dal potere delegato all'esecutivo, o ancora, dalla sua necessità di integrazione da parte del giudice. Alla centralità della legge non corrisponde la centralità del ruolo del Parlamento, ma il presidio del sindacato accentrato della Corte costituzionale, la cui giurisdizione corrisponde al livello della legge ordinaria. Una simile preoccupazione traspare soprattutto nei confronti della CEDU e dell'Unione europea: l'arrocco della Corte intorno al principio della riserva di legge nei casi in cui è stata chiamata a confrontarsi

¹⁵ BONOMI, *Il principio di determinatezza delle fattispecie criminose*, cit., p. 148.

¹⁶ Parla esplicitamente di funzione tassativizzante la sentenza n. 24 del 2019 riguardante le misure di prevenzione (disciplina esclusa dalla nozione di materia penale).

¹⁷ FIANDACA, *Sulla giurisprudenza costituzionale in materia penale, tra principi e democrazia*, cit., p. 19.

più da vicino con questi due livelli sovranazionali è sembrato funzionale è preservare il proprio ruolo nella gestione delle giunzioni tra questi e l'ordinamento interno¹⁸.

In un ordinamento caratterizzato dall'interazione di un numero di fonti sempre maggiore, situate su livelli diversi e destinate a interagire tra loro tramite l'attività di composizione del giudice ordinario, preservare la riserva di legge per la Corte significa preservare la centralità della fonte legislativa, su cui esercita il controllo pronunciandosi *erga omnes*¹⁹.

Forse proprio in un'ottica di consolidamento del significato della riserva di legge possono leggersi alcuni recenti mutamenti di atteggiamento della Corte rispetto a determinati ambiti dell'istituto.

Il primo, come si vedrà appena di seguito, è quello di un maggior impegno nel pretendere il rispetto delle regole costituzionali in materia di delegazione legislativa e decretazione d'urgenza. Rispetto a questo punto infatti la Corte sembra aver intrapreso un percorso di integrazione maggiore tra le regole degli artt. 76 e 77 e l'art. 25 Cost.: in materia penale la Corte sembra esigere un più alto *standard* di rispetto dei presupposti e limiti nell'esercizio del potere normativo del Governo, mostrandosi disposta a sanzionarlo anche nel caso in cui da ciò derivino effetti *in malam partem*.

In secondo luogo, l'estensione delle garanzie penalistiche alla materia penale ha avviato un parallelo ampliamento della riserva di legge anche agli illeciti amministrativi punitivi, rispetto ai quali la declinazione relativa e non assoluta della stessa è interpretata con rigore dalla Corte, delimitando i confini dell'integrazione possibile con le fonti subordinate e amministrative. In questo, come si vedrà, sembra rispecchiarsi la preoccupazione di mantenere centrale il ruolo della legge e, specularmente, consolidare lo spazio di sindacato della Corte, che – come noto – è escluso sugli atti amministrativi.

Infine – il punto forse di maggior importanza – la Corte sembra intenzionata a porre dei limiti a quell'attitudine creativa dell'interpretazione giurisprudenziale che essa stessa in qualche misura ha contribuito ad alimentare. Ampliato il riconoscimento del diritto giurisprudenziale come possibile oggetto del proprio sindacato, la Corte ha lanciato un inedito monito al rispetto del divieto di analogia, fornendo quello

¹⁸ PICCIRILLI, *La "riserva di legge". Evoluzioni costituzionali, influenze sovrastatali*, cit., pp. 124-129.

¹⁹ Questo messaggio sembra trasparire, ad esempio, da questo passaggio della sentenza n. 269 del 2017: «le violazioni dei diritti della persona postulano la necessità di un intervento erga omnes di questa Corte, anche in virtù del principio che situa il sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi a fondamento dell'architettura costituzionale» (considerando in diritto § 9).

che potrebbe essere un futuro strumento per richiamare al rispetto della riserva di legge nella sua proiezione dinamica.

2. Alcuni segnali in controtendenza a tutela dell'anima democratica della riserva di legge

2.1. La riserva di legge come oggetto di tutela e non come limite al controllo sugli atti aventi forza di legge

Nel suo percorso evolutivo, come appena osservato, la giurisprudenza costituzionale non ha mai opposto una significativa resistenza al ricorso in materia penale agli atti aventi forza di legge, parificandoli alla legge parlamentare nella soddisfazione della riserva dell'art. 25, comma 2 Cost. La conclusione si è resa possibile in virtù della valorizzazione degli strumenti di controllo predisposti dal testo costituzionale, a monte e a valle dell'attività normativa governativa. Rispetto a questi, tuttavia, la Corte per lungo tempo ha assunto una posizione timida, scarsamente propensa a sanzionare la violazione dei criteri e delle regole che gli artt. 76 e 77 Cost. impongono quando si decida di ricorrere agli atti aventi forza di legge, tanto sotto il profilo del formale rispetto dei presupposti per l'adozione di questi atti, tanto sotto quello della loro sostanziale osservanza.

Tale atteggiamento si inserisce in una più generale – e già in precedenza illustrata²⁰ – ritrosia della Corte nel sindacare i vizi formali della legge, attinenti cioè ai suoi aspetti procedurali. La crisi del procedimento legislativo comporta uno svuotamento della *ratio* democratica del principio di riserva di legge, non potendosi non riconoscere nelle sue deviazioni un ostacolo ad un effettivo confronto tra gli attori parlamentari, al quale gli organi di controllo esterno non paiono poter porre rimedio. Ad ispirare questa posizione della Consulta, che ha conosciuto rare eccezioni²¹, vi è certamente la natura intrinsecamente politica delle circostanze che imprimono simili

²⁰ Cap. II par. 3.2.

²¹ La più risalente è certamente la sentenza n. 9 del 1959, con la quale la Corte ha riconosciuto la possibilità di sottoporre a controllo di legittimità gli *interna corporis acta*, escludendo però di poter utilizzare come parametro i regolamenti parlamentari.

torsioni della procedura parlamentare²². È inevitabile, tuttavia, che questo scadimento si rifletta sulla *ratio* democratica dell'art. 25, comma 2 Cost., riducendola ad un mero proclama indimostrato.

In questo contesto rientra anche l'atteggiamento di particolare cautela nella valutazione delle violazioni delle regole inerenti alla decretazione d'urgenza e alla delegazione legislativa.

Proprio con riferimento ai vizi formali delle leggi che intervengono in materia penale, ove le violazioni degli artt. 76 e 77 Cost. si intrecciano con la riserva di legge dell'art. 25, comma 2 Cost., la giurisprudenza della Corte costituzionale ha manifestato una certa incoerenza. Mentre da un lato la riserva di legge è stata l'argomento con il quale è stata motivata la particolare cautela della Consulta ad intervenire in materia penale, aleggiando il timore di invadere l'ambito di discrezionalità del legislatore, dall'altro questa ha assunto un atteggiamento permissivo rispetto agli aspetti formali della riserva, consentendone l'indebolimento.

Questa cautela si è manifestata in modo particolare dinanzi a disposizioni introduttive di discipline abrogatrici o mitigatrici di norme incriminatrici, alla cui dichiarazione di illegittimità per violazioni formali discende un effetto *in malam partem* per il riespandersi o per la reviviscenza della *lex peior*, derogata o abrogata²³. Nonostante si tratti di una pronuncia meramente ablativa, il Giudice delle leggi ha individuato nel fenomeno della riespansione e della reviviscenza una situazione equiparabile ad

²² Già Crisafulli osservava che nel sindacato sulla validità formale della legge può sembrare «che i pericoli di interferenze nelle valutazioni riservate all'apprezzamento politico del legislatore siano sì gran lunga minori, se non addirittura inesistenti», «tuttavia, l'esperienza italiana [...] sta a dimostrare che anche in questo ambito possono talora presentarsi delle difficoltà, che involgono delicate questioni di principio in ordine ai limiti dei poteri di indagine e di decisione delle corti nei confronti degli organi legislativi» (V. CRISAFULLI, *Giustizia costituzionale e potere legislativo*, in AA.VV., *Scritti in onore di Costantino Mortati*, Milano, 1977, vol. V, ora anche in A. MORRONE (a cura di), *La corte costituzionale. Antologia di classici della letteratura italiana*, Torino, 2021, p. 61).

²³ La questione si lega all'ampio e complesso problema della sindacabilità delle scelte legislative *in bonam partem*, affrontato dalla giurisprudenza costituzionale prima sul piano della rilevanza della questione e poi, a partire dalla storica sentenza n. 148 del 1983, sul piano dei limiti di ordine sostanziale, connessi al rispetto della discrezionalità legislativa derivante dal principio di riserva di legge. Sul punto si vedano le complete ricostruzioni offerte da A. LOLLO, *Sindacato di costituzionalità e norme penali di favore*, Milano, 2017; V. NAPOLEONI, *Il sindacato di legittimità costituzionale in malam partem*, in MANES, NAPOLEONI, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, cit., pp. 408-548.

un intervento creativo, precluso all'organo garante della legalità costituzionale e riservato al solo potere legislativo²⁴.

Tale posizione si espone, tuttavia, al paradosso di ammettere che il legislatore quando intervenga con delle norme che mitighino o escludano la rilevanza penale di un fatto possa operare anche in aperto contrasto con i principi costituzionali, riguardanti tanto aspetti sostanziali che formali della compatibilità della legge alla Carta fondamentale.

L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in punto di sindacato *in malam partem*, tramite l'introduzione – non priva di molteplici criticità²⁵ – della distinzione tra norme di favore e norme più favorevoli che ha permesso di argomentare la sindacabilità delle prime, ha segnato un primo passo avanti nei confronti di queste «zone franche» sottratte al controllo di legittimità costituzionale²⁶. A questo passo avanti, per converso, è corrisposto un netto passo indietro rispetto alla possibilità di sindacare le norme più favorevoli, ossia quelle che sostituiscono in senso più mite una precedente

²⁴ In questo senso, nella sentenza n. 161 del 2004, riguardante la modifica dei reati di falso in bilancio, la Corte ha affermato che l'inammissibilità dovuta all'art. 25, comma 2 Cost. «preclude l'esame nel merito anche delle censure di violazione dell'art. 76 Cost. — riferite tanto alla norma di delega che alla norma delegata — basate sull'asserita carenza, o insufficiente specificazione, dei principi e criteri direttivi relativi alla configurazione delle soglie in questione, nonché sull'arbitraria o scorretta attuazione della delega da parte dell'esecutivo. Ove pure, in ipotesi, le censure fossero fondate, la Corte non potrebbe, difatti, comunque pervenire al risultato richiesto dal giudice rimettente (ossia alla eliminazione delle sole soglie, sia nella norma di delega che in quella delegata), perché ciò equivarrebbe pur sempre ad introdurre una norma incriminatrice diversa e più ampia di quella prefigurata dal legislatore delegante» (considerando in diritto § 7.1.).

²⁵ Per una analisi sistematica delle critiche rivolte a questa sentenza LOLLO, *Sindacato di costituzionalità e norme penali di favore*, cit., pp. 96-103; PINI, *Norma penale e Corte costituzionale*, cit., pp.158-165.

²⁶ La distinzione tra norme di favore e norme più favorevoli è stata introdotta con la sentenza n. 394 del 2006: le prime sottraggono una certa classe di soggetti o di condotte all'ambito di applicazione di un'altra norma più ampia, prevedendo per questi soggetti o ipotesi un trattamento più favorevole a quello generale coesistente; le seconde delimitano l'area di intervento della norma incriminatrice tramite la sostituzione con una risposta punitiva di attenuata severità. Una pronuncia ablatoria sarebbe ammissibile rispetto alle norme penali "di favore", caratterizzate da un rapporto di specialità sincronica con la norma generale più severa, in quanto l'applicazione del trattamento più grave non deriverebbe dalla sentenza della Corte, ma dalla riespansione dell'ambito di applicazione della norma generale introdotta dal Parlamento, con salvezza del principio di riserva di legge. Nella sentenza in questione è stata dichiarata illegittima per violazione del principio di eguaglianza una norma che prevedeva una risposta sanzionatoria attenuata (la sola pena pecuniaria) rispetto ad altre fattispecie che pure tutelavano il medesimo bene giuridico, con conseguente riespansione del trattamento più grave.

norma incriminatrice o ne prevedono l'abrogazione²⁷. Secondo il ragionamento elaborato dalla Corte, infatti, intervenire nel dichiarare illegittima una norma di favore abrogatrice per un vizio materiale comporterebbe sempre una inammissibile compressione della libera discrezionalità del Parlamento.

L'attenzione al rispetto della legalità penale intesa in termini di estrema valorizzazione del ruolo del Parlamento porta, così, a svalutare il rispetto della legalità costituzionale, intesa come rispetto delle norme della Carta: l'insindacabilità delle norme più favorevoli dovrebbe infatti condurre al paradosso di ammetterne la cittadinanza di norme nell'ordinamento anche in casi di aperto contrasto con i principi costituzionali²⁸.

Più opportuna invece sembra la scelta di adottare una impostazione sostanzialistica che ammetta che, a prescindere dal tipo di norma che viene in rilievo, ogni decisione della Corte incide sulla discrezionalità del legislatore, ma queste sono legittime se intervengono a riaffermare il primato della Costituzione sulla legislazione ordinaria²⁹. Tale riaffermazione non vulnera la discrezionalità legislativa quando la Corte interviene per sanzionare la violazione dei limiti sostanziali e procedurali imposti dalla Costituzione all'attività legislativa.

Nonostante la posizione della Corte sui limiti alla sindacabilità di norme penali di favore per vizi sostanziali sia rimasta pressoché invariata, una simile attenzione al rispetto delle disposizioni costituzionali al di là del tipo di effetto prodotto dalla sentenza sembra essersi invece fatta strada rispetto al sindacato per vizi procedurali³⁰.

²⁷ Tale zona d'ombra è ulteriormente aggravata dalla difficoltà in concreto di distinguere tra fenomeni abrogativi e di mera deroga, ben noti nell'ambito dello studio sull'ambito di applicazione dell'art. 2, comma 4 c.p. e del principio di specialità di cui all'art. 15 c.p. Evidenzia tale criticità rispetto a questa soluzione della Corte, V. MANES, *Illegittime le «norme penali di favore» in materia di falsità nelle competizioni elettorali. Nota a Corte cost. n. 394/2006*, in www.forumcostituzionale.it.

²⁸ ROMANO, *Complessità delle fonti e sistema penale. Leggi regionali, ordinamento comunitario, Corte costituzionale*, cit., p. 555.

²⁹ PINI, *Norma penale e Corte costituzionale. Processi normativi e itinerari interpretativi tra legislatore e giudice delle leggi*, p. 163.

³⁰ Il differente trattamento delle questioni *in malam partem* a seconda del tipo di vizio è un orientamento che emerso solo di recente. Pur essendo stato prospettato da tempo in dottrina era rimasto a lungo silente. Lo osserva NAPOLEONI, *Il sindacato di legittimità costituzionale in malam partem*, cit., p. 471.

A partire dalle sentenze nn. 5 e 32 del 2014 – delle quali già si è detto³¹ –, cui si aggiunge a chiudere il “trattico” la sentenza n. 46 dello stesso anno³², ha preso il via un atteggiamento che si è progressivamente consolidato nell’ammettere che la produzione di effetti *in malam partem* non è di ostacolo alla salvaguardia di aspetti procedurali della riserva di legge.

Alla base di questo orientamento sta l’idea che la declaratoria di illegittimità costituzionale di una norma viziata dalla trasgressione delle regole degli artt. 76 e 77 Cost., anche se produce conseguenze pregiudizievoli per il reo è ammissibile poiché mira ad assicurare la *ratio* democratica della riserva di legge, strumento di garanzia del coinvolgimento dell’organo parlamentare nelle scelte di politica criminale.

La strada intrapresa nel 2014 è stata riconfermata in tempi recenti, non solo in occasione di decisioni di accoglimento.

Con la sentenza n. 189 del 2019, la Corte è stata investita di una questione riguardante la lamentata esclusione dall’ambito di applicazione dell’art. 570-bis c.p. delle condotte di inosservanza degli obblighi di natura economica nei confronti dei figli nati fuori dal matrimonio per mezzo del D. Lgs. n. 21 del 2018, attuativo del principio di riserva di codice³³. Secondo i rimettenti tale decreto aveva provocato una parziale depenalizzazione della fattispecie prima prevista dall’art. 12-*sexies* L. n. 878 del 1970, incorrendo in un eccesso di delega, in quanto operante una restrizione dell’ambito di applicabilità della norma non prevista dalla delega contenuta nella L. n. 103 del 2017.

³¹ Cap. 2 par. 4.1.1.

³² La sentenza n. 46 del 2014 riguarda più propriamente un vizio di incompetenza della legge. In quella occasione ad essere oggetto di scrutinio era una legge regionale che, secondo i rimettenti, escludeva la rilevanza penale di condotte altrimenti rilevanti in materia edilizia. La questione è stata giudicata non fondata dalla Corte. Nel giudicare l’ammissibilità della questione la Corte ha osservato che non è necessario verificare se la norma viziata presenti o meno il carattere di norma di favore o più favorevole, essendo invece dirimente l’idoneità della fonte di produzione normativa. Se la preclusione di decisioni con effetti sfavorevoli al reo mira a salvaguardare il monopolio parlamentare, l’esclusione di decisioni *in malam partem* non può valere dinanzi a «interventi normativi operati da soggetti non legittimati, proprio perché non rappresentativi dell’intera collettività nazionale – quale il Governo, che si serva dello strumento del decreto legislativo senza il supporto della legge di delegazione parlamentare [...], ovvero un Consiglio regionale [...] – i quali pretendano, in ipotesi, di “neutralizzare” le scelte effettuate da chi detiene quel monopolio» (considerando in diritto § 3). Valuta positivamente la decisione, quale prima compiuta teorizzazione della legittimità di ampio sindacato delle norme di favore di fonte regionale anche *in malam partem*, C. RUGA RIVA, *Diritto penale e leggi regionali in un’importante sentenza della Corte costituzionale*, in *www.penalecontemporaneo.it.*, 21.3.2014.

³³ Per un’illustrazione completa della vicenda si veda, E. APRILE, *La Consulta conferma che il “nuovo” reato di cui all’art. 570-bis c.p. è applicabile anche ai casi di inosservanza degli obblighi di natura economica nei confronti dei figli nati fuori dal matrimonio*, in *Cass. pen.*, 2019, fasc. 12, pp. 4246-4248.

La sentenza, pur dichiarando infondata la questione in ragione della perdurante rilevanza del fatto raggiunta tramite una, invero disagiata, ricostruzione³⁴, si impegna a considerare *ex officio* la questione dell'ammissibilità di uno scrutinio sui vizi formali che comporti effetti sfavorevoli. La Corte ribadisce che, pur potendo derivare da una eventuale decisione di accoglimento effetti *in malam partem*, deve escludersi che «il principio della riserva di legge in materia penale possa precludere il sindacato di legittimità costituzionale in ordine alla dedotta violazione dell'art. 76 Cost. Infatti, è proprio il principio di legalità di cui all'art. 25, secondo comma, Cost. a rimettere al legislatore, nella figura appunto del soggetto-Parlamento, la scelta dei fatti da sottoporre a pena e delle sanzioni da applicare, di talché tale principio è violato qualora quella scelta sia invece effettuata dal Governo in assenza o fuori dai limiti di una valida delega legislativa. L'abrogazione della fattispecie criminosa mediante un decreto legislativo, adottato in carenza o in eccesso di delega, si porrebbe [dunque] in contrasto con l'art. 25, secondo comma, Cost., che demanda in via esclusiva al Parlamento, in quanto rappresentativo dell'intera collettività nazionale, la scelta dei fatti da sottoporre a pena e delle sanzioni loro applicabili, precludendo al Governo scelte di politica criminale autonome o contrastanti con quelle del legislatore delegante. Se si escludesse il sindacato costituzionale sugli atti legislativi adottati dal Governo anche nel caso di violazione dell'art. 76 Cost., si consentirebbe allo stesso di incidere, modificandole, sulle valutazioni del Parlamento relative al trattamento penale di alcuni fatti»³⁵.

Tali affermazioni non hanno mancato di tradursi in una pronuncia di accoglimento *in malam partem* nella giurisprudenza successiva. Riprendendo questi argomenti, con

³⁴ La Corte ricostruisce la perdurante rilevanza penale del fatto tramite la triangolazione tra art. 570-bis c.p., l'art. 4, comma 2 della L. n. 52 del 2006 (che prevedeva l'estensione della precedente fattispecie ai figli di coppie non coniugate) e l'art. 8 del D. Lgs. n. 21 del 2018 (contenente una clausola di corrispondenza per tutte le fattispecie trasposte nel codice). Pur riconoscendo che il risultato raggiunto è oggettivo e già recepito nella giurisprudenza di legittimità, la Corte osserva: «Non può, peraltro, questa Corte esimersi dal rimarcare come la necessità, per il destinatario del precetto di cui all'art. 570-bis cod. pen., di ricostruirne il contenuto alla luce del combinato disposto di due ulteriori disposizioni situate al di fuori del codice penale – attraverso un'operazione ermeneutica ineccepibile, ma certo non di solare evidenza, come dimostrano le ben sette ordinanze di rimessione che avevano ritenuto impossibile pervenire de lege lata al risultato cui è infine giunta la Corte di cassazione – risulti in definitiva distonica rispetto allo scopo, dichiarato dal legislatore delegante, di garantire ai consociati “una migliore conoscenza dei precetti e delle sanzioni” attraverso la sia pur parziale attuazione del principio di riserva di codice». Sottolinea questo passaggio, contestualizzandolo nell'ambito del principio di prevedibilità europea A. DE LIA, *La perdurante rilevanza penale dell'omesso versamento dell'assegno di mantenimento in favore dei figli nati fuori dal matrimonio. Brevi note a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 189/2019*, in *Forum Quaderni cost.*, 7.9.2019.

³⁵ Corte cost. n. 189 del 2019, (Considerando in diritto § 9.1.).

la sentenza n. 105 del 2022 la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 586-bis, comma 7 c.p., introdotto con il D. Lgs. n. 21 del 2018, nella parte in cui prevedeva il requisito del dolo specifico, eccedendo il criterio di delega che aveva disposto la mera trasposizione nel codice penale della norma già collocata nella L. n. 376 del 2000³⁶. Rispetto ai criteri fissati dal legislatore delegante, l'introduzione delle parole «al fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti» aveva ristretto il perimetro applicativo della fattispecie di commercio di sostanze dopanti, mutandone in senso limitativo anche l'oggetto di tutela. La Corte, svolta una premessa sull'ammissibilità dell'intervento, ha censurato il vizio di eccesso di delega producendo una riespansione del raggio applicativo della norma³⁷.

In chiusura della motivazione, la Corte ha riconfermato il proprio orientamento nell'affidare al giudice *a quo* la gestione degli effetti intertemporali della sentenza rispetto al giudizio in corso³⁸, nel quale l'imputato aveva commesso il fatto prima della novella legislativa. La sentenza non si impegna a dare indicazioni sul punto, ma sulla scorta del precedente n. 394 del 2006 – richiamato nella motivazione – sembra lanciare un suggerimento nel senso dell'esclusione per i fatti antecedenti del principio di

³⁶ In merito si vedano B. LIBERALI, *L'illegittima restrizione della rilevanza penale della condotta di commercio di sostanze dopanti*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2023, fasc. 1, pp. 237-246; C. CUPELLI, *La riserva di legge in materia penale e gli effetti "in malam partem" delle pronunce del giudice costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2022, fasc. 3, pp. 1728-1737; D. NOTARO, *I delitti di doping al crocevia fra riserva di codice, riserva di legge e sindacato di norme penali di favore. Una questione di metodo*, in *Leg. pen.*, 2022, fasc. 4, pp. 215-232.

³⁷ Nella sentenza la Corte riscontra inoltre che il medesimo vizio si è prodotto anche nei confronti del comma 7-bis dell'articolo in esame, ove si è realizzato un effetto abrogativo rispetto alla condotta compiuta dal farmacista. Rispetto a quest'ultima, tuttavia, non ha ritenuto di procedere a dichiarare l'illegittimità in quanto non oggetto di censura da parte del giudice rimettente e non legata al comma 7 da un rapporto tale che ne determinasse l'illegittimità consequenziale *ex art. 27 L. n. 87 del 1953*. Il fatto che la Corte però si dedichi ad un simile rilievo può essere interpretato come una forma di monito implicito, trasparendo come ancora attuali le raccomandazioni contenute nella sentenza n. 189 del 2019 circa la necessità del rispetto di un ordine chiaro nella risistemazione normativa, che non leda la conoscibilità delle norme da parte dei cittadini.

³⁸ Come già fatto a partire dalla sentenza del 2006. Si tratta di un atteggiamento della Corte che può tuttavia dare adito a problemi applicativi anche rilevanti laddove dalla norma dichiarata illegittima derivino ulteriori effetti invalidanti. L'abdicazione da un impegno più pregnante sul punto può dare adito a incertezze applicative non scontate, come mettono bene in luce, in un "caso difficile" MANES, ROMANO, *L'illegittimità costituzionale della legge "Fini-Giovanardi": gli orizzonti attuali della democrazia penale*, cit., pp. 19 ss. La vicenda seguente alla sentenza n. 32 del 2014 ne offre un chiaro esempio, avendo impegnato i giudici a confrontarsi con gli effetti della reviviscenza della disciplina abrogata dalla norma dichiarata illegittima, facendo trovare nuovamente applicazione ad una disposizione formulata in un diverso contesto socio-politico caratterizzato da esigenze repressive diverse. M. GAMBARDELLA, *Sindacato di costituzionalità in malam partem e ripristino del trattamento sanzionatorio più severo per il reato di cui all'art. 73, comma 1, testo unico degli stupefacenti*, in *Cass. pen.*, 2017, fasc. 2, pp. 567-591.

retroattività favorevole della norma sopravvenuta e dichiarata illegittima. Esplicita invece è la soluzione rispetto ad eventuali fatti concomitanti, per i quali la Corte ricorda che dovrà continuare a richiedersi il requisito del dolo specifico.

Un'ulteriore recente pronuncia, dagli effetti questa volta *in bonam partem*, ha richiamato l'attenzione sulle modalità di impiego del decreto legislativo in materia penale. Nella sentenza n. 175 del 2022 la Corte si è confrontata con i vizi di illegittimità prospettati rispetto all'art. 10-*bis* del D. Lgs. n. 74 del 2000 nella parte in cui puniva l'omesso versamento di ritenute non solo rispetto a quelle certificate, ma anche con riferimento a quelle dovute sulla base della dichiarazione dei sostituti³⁹. Tale segmento della disposizione era frutto dell'ampliamento del perimetro della fattispecie derivante dalla novella contenuta nel D. Lgs. n. 158 del 2015, con il quale era stata adempiuta la delega alla revisione del sistema sanzionatorio penale-tributario, i cui criteri e principi direttivi erano tuttavia silenti sulla fattispecie in questione. La Corte, dopo un attento confronto tra la norma e i principi di delega⁴⁰, ha rilevato che l'estensione dell'ambito della norma aveva creato una nuova incriminazione non prevista nella legge delega, dichiarandone l'illegittimità.

Nell'intervenire in un settore, quello penale-tributario, in cui il vizio di eccesso di delega è ampiamente diffuso, in ragione della torsione impressa dal Governo ai criteri e principi direttivi secondo i bisogni di esazione⁴¹, la Corte ha evidenziato che «nella materia penale è più elevato il grado di determinatezza richiesto per le regole fissate nella legge delega; ciò perché il controllo del rispetto, da parte del Governo, dei “principi e criteri direttivi”, è anche strumento di garanzia della riserva di legge e del

³⁹ Sulla norma in questione e sui dubbi sulla stessa già sollevati in dottrina, A. INGRASSIA, *La Corte costituzionale riscrive il delitto di omesso versamento delle ritenute per garantire la riserva di legge: le prospettive di un paradosso solo apparente*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2022, fasc. 3, pp. 1300-1307; M. DI SIENA, *La Corte costituzionale e la criminalizzazione dell'omesso versamento di ritenute*, in *Giur. cost.*, 2022, fasc. 5, pp. 2363-2371.

⁴⁰ L'esame è stato facilitato anche dal fatto che nella stessa relazione di accompagnamento al decreto il Governo aveva espresso chiaramente l'intenzione di voler estendere la tipicità del fatto anche all'omesso versamento delle ritenute dovute sulla scorta della mera dichiarazione, documento di più facile acquisizione rispetto alla certificazione. Il tentativo di risolvere il problema probatorio, emerso in giurisprudenza, tramite un'estensione della tipicità ha tradito la marcata violazione della delega.

⁴¹ Lo evidenzia, denunciando il vizio di eccesso di delega anche rispetto all'art. 10-*ter* D. Lgs. n. 74 del 2000, G. FLORA, *“Non avrai altro creditore all'infuori di me” Riflessioni sparse sul delitto di omesso versamento Iva*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2020, fasc. 3-4, p. 555; individua in questo settore una sacca di patologica violazione delle regole sulla delegazione legislativa, elevandolo a caso di studio CUPELLI, *La legalità delegata*, cit., pp. 216-245.

rispetto del principio di stretta legalità, spettando al Parlamento l'individuazione dei fatti da sottoporre a pena e delle sanzioni loro applicabili»⁴².

Il monito non si rivolge, quindi, al solo Governo nell'esercizio del potere normativo delegato, ma coinvolge anche il potere legislativo, richiamato ad una maggiore attenzione nel conferimento della delega. In questo caso, infatti, la L. n. 23 del 2014 aveva lasciato al potere esecutivo l'ampia scelta sul mantenimento o l'abolizione dell'art. 10-bis, rimettendo a questo la scelta sull'*an* dell'incriminazione. In un passaggio, che assume i tratti di un *obiter dictum*, la Corte ammonisce che la legge delega deve indicare «un criterio preciso e definito per poter essere rispettoso anche del principio di stretta legalità in materia penale (art. 25, secondo comma Cost.)»⁴³.

Alla luce di questa serie di pronunce, la riserva di legge in materia penale sembra rafforzata nella visione offertane dalla Corte, che ne rivitalizza la dimensione procedurale. La possibilità di giustiziare i vizi del procedimento anche *in malam partem* riafferma che la garanzia della riserva di legge risiede anche nel procedimento dialettico che conduce alla formulazione delle scelte sull'*an*, *quomodo* e *quantum* della punibilità o della non punibilità. Tale valore viene assunto in maniera assoluta nella misura in cui non può essere svalutato nemmeno quando la norma viziata sia di favore per il reo.

Questo approdo della Corte è da salutare con sicuro favore e testimonia l'importanza che tale organo svolge nella definizione del livello di garanzia offerto dalla riserva di legge in materia penale. Per quanto rilevante sia questa tendenza, deve rammentarsi, tuttavia, che si tratta solamente di un tassello nel complesso quadro della legalità nel quale – come si è osservato – il protagonismo del Parlamento nelle scelte in materia penale non offre la certezza della razionalità e “bontà” della legge. La compressione della procedura parlamentare accompagnata alla tendenza maggioritaria del sistema rappresentativo e, soprattutto, l'impatto di tendenze populistiche nella disciplina penale fanno sì che le scelte legislative ben possano produrre norme penali simboliche o di scadente formulazione, pur essendo adottate in maniera formalmente ineccepibile. Inoltre, il controllo sul rispetto dei principi che fondano il potere normativo dell'esecutivo conferma ulteriormente – se ancora ve ne fosse bisogno – la piena legittimazione degli atti aventi forza di legge ad intervenire in materia penale.

Il richiamo al rispetto dei limiti in materia di delegazione legislativa, ancorché secondo uno *standard* più stringente rispetto alle altre materie, non è una panacea, ma

⁴² Corte cost. n. 175 del 2022, considerando in diritto § 4.

⁴³ Corte cost. n. 175 del 2022, considerando in diritto § 11.

offre una base per costruire un procedimento di produzione legislativa in materia penale almeno rispettoso delle competenze di ciascun organo.

2.2. Resistenze alla controtendenza: la supplenza nella motivazione dei requisiti di necessità e urgenza del decreto-legge

A quella che sembra una rinnovata attenzione verso le regole della delegazione legislativa in materia penale, non pare però corrispondere un'eguale esposizione della Corte nel richiamare il rispetto dei canoni costituzionali imposti per l'impiego della decretazione d'urgenza, la quale – come già si è evidenziato in precedenza – sembra quasi superare dal punto di vista numerico l'uso del decreto legislativo.

Le coraggiose prese di posizione contenute nella sentenza n. 32 del 2014 – che pur riguardanti il tema della decretazione d'urgenza in materia penale, colpivano il segmento procedurale della fase di conversione – non si sono riprodotte nella giurisprudenza successiva in materia di sindacato sul rispetto dell'art. 77 Cost.

Lo si evince in maniera piuttosto chiara nella sentenza n. 8 del 2022, con la quale la Corte ha rigettato la questione di legittimità costituzionale sollevata con riguardo alla più recente modifica del reato di abuso d'ufficio, operata dal D.L. n. 76 del 2020 (c.d. decreto semplificazioni, conv. L. n. 120/2020).

La novella ha ristretto la portata della fattispecie incidendo sul tipo di norme la cui violazione è rilevante ai fini dell'integrazione di una condotta abusiva da parte del pubblico ufficiale⁴⁴, nel dichiarato intento di (tentare di) ridurre il fenomeno della «burocrazia difensiva» in concomitanza con un momento di necessario dinamismo della Pubblica Amministrazione, chiamata a fronteggiare le conseguenze delle crisi pandemica⁴⁵.

⁴⁴ In particolare, ha sostituito nel testo dell'art. 323 c.p. le parole “di norme di legge o di regolamento” con la formula “di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità”.

⁴⁵ A. MELCHIONDA, *La riforma dell'“abuso d'ufficio” nel caleidoscopio del sistema penale dell'emergenza da Covid-19*, in *Arch. pen.*, 2021, fasc. 2, pp. 1-4. Il *chilling effect* connesso ai problemi applicativi dell'art. 323 c.p. è alla base anche dei più recenti sviluppi del dibattito sull'opportunità di abolizione di questa fattispecie di reato, nel quale tuttavia l'impiego dell'argomento circa la scarsa efficacia della norma tende a svilire il ruolo di prevenzione svolto da essa svolto – con tutte le difficoltà del caso – come presidio contro abusi dei pubblici ufficiali. Interessante sul punto l'analisi di C. PAGELLA, *L'abuso d'ufficio nella giurisprudenza massimata della Cassazione: un'indagine statistico-criminologica su 500 decisioni*, in *Sist. pen.*, 2023, fasc. 6, pp. 229-242.

Il giudice rimettente aveva sollevato il dubbio di illegittimità della norma – oltre che per motivi di tipo sostanziale – in ragione dell’adozione della modifica mediante un decreto-legge dal contenuto eterogeneo, nel cui ambito la riscrittura dell’art. 323 c.p. sembrava essere un corpo estraneo. L’ordinanza di rimessione prospettava la disomogeneità tra la modifica restrittiva della fattispecie penale e le altre norme contenute nel decreto recante “Misure urgenti per la semplificazione e l’innovazione digitale”, che nel preambolo dell’atto erano giustificate dalla «straordinaria necessità e urgenza di realizzare un’accelerazione degli investimenti e delle infrastrutture attraverso la semplificazione delle procedure in materia di contratti pubblici e di edilizia, operando senza pregiudizio per i presidi di legalità». A essere ritenuta manifestamente deficitaria dal giudice *a quo* era, inoltre, la motivazione sui presupposti del ricorso alla decretazione d’urgenza rispetto a questa norma, osservando come fosse «opinabile, se non impossibile»⁴⁶ ritenere che la depenalizzazione parziale di una fattispecie di reato possa assumere i caratteri di straordinaria necessità ed urgenza.

Ai dubbi del rimettente si aggiunge in questo caso una circostanza ulteriore, in realtà non penetrata nell’ordinanza in quanto di per sé non costituente un vizio formale: il decreto-legge oltre a presentare un testo disomogeneo, era stato approvato dal Governo con la formula “salvo intese”, ossia senza che fosse stato raggiunto un consenso sul testo nemmeno all’interno dello stesso Consiglio dei Ministri, rimettendo la definizione del testo definitivo nelle mani della sola Presidenza⁴⁷.

Il vizio prospettato era più che ragionevole e lo si evince indirettamente dallo sforzo argomentativo profuso dalla Corte nel rigettare le censure. La motivazione compie un’ampia ricostruzione normativa sull’evoluzione della fattispecie e il connesso fenomeno della “paura della firma”, strumentale all’affermazione della ragionevolezza dell’intervento di *abolitio criminis* parziale dell’art. 323 c.p. e della sua coerenza funzionale rispetto all’eterogeneo decreto-legge. I materiali utilizzati dalla

⁴⁶ Corte cost. n. 8 del 2022, Considerando in diritto § 6.3.

⁴⁷ Si tratta di una prassi oggetto di attenzione da parte della dottrina costituzionalistica per i suoi sospetti profili di illegittimità costituzionale, plurimi, ma di difficile sanzionabilità senza una modifica del testo costituzionale nel senso del divieto di una simile prassi. Si veda ad esempio P. VIPIANA, *La recente adozione di due decreti-legge “salvo intese”*, in *Quad. cost.*, 2019, fasc. 4, pp. 894-897, la quale evidenzia che: «La prassi di adottare decreti-legge salvo intese manifesta essenzialmente due profili di incostituzionalità: il mancato rispetto del requisito dell’urgenza cui l’art. 77 Cost. subordina l’approvazione dei decreti-legge e la violazione dell’integrità della competenza del Consiglio dei ministri di adottare tali atti, desumibile dal combinato disposto degli artt. 77, 92 e 95 Cost.». Molto critico su questo aspetto G. L. GATTA, *Da ‘spazzacorrotti’ a ‘basta paura’: il decreto-semplificazioni e la riforma con parziale abolizione dell’abuso d’ufficio, approvata dal Governo ‘salvo intese’ (e la riserva di legge?)*, in *www.sistemapenale.it*, 17.7.2020.

Corte non si sono limitati, come d'uso, al solo preambolo e ai lavori preparatori dell'atto⁴⁸, ma si sono estesi alle dichiarazioni ufficiali che ne hanno accompagnato l'approvazione, dalla cui lettura congiunta ha concluso che la modifica dell'art. 323 c.p. è stata coerente con lo scopo di favorire la ripresa economica del Paese anche attraverso una più puntuale definizione degli spazi di responsabilità penale per gli amministratori pubblici. Nella seconda parte della motivazione, che affronta la valutazione sulla mancanza dei requisiti di necessità e urgenza, emerge una affermazione dal tenore quasi contraddittorio: «l'esigenza di contrastare tali fenomeni, incidendo sulle relative cause [...], non nasce con l'emergenza epidemiologica, ma si connette all'epifania, ben anteriore, degli indirizzi giurisprudenziali che hanno dilatato la sfera applicativa dell'incriminazione», allo stesso tempo però «l'esigenza di far “ripartire” celermente il Paese dopo il prolungato blocco imposto per fronteggiare la pandemia [...] ha impresso ad essa i connotati della straordinarietà e dell'urgenza». La Corte ha implicitamente riconosciuto che i presupposti erano mancanti e non motivati, ma ha impiegato in funzione sanante i fatti extragiuridici concomitanti all'adozione dell'atto.

Il giudizio della Corte, oltre a sovrapporre il momento di verifica della ragionevolezza con quello di controllo dei presupposti di necessità e urgenza, ha realizzato una chiara supplenza dell'onere di motivazione gravante sul potere esecutivo nell'adozione dell'atto. Nel complessivo quadro di una più marcata vigilanza sull'impiego degli atti aventi forza di legge in materia penale, con questa pronuncia si è forse persa l'occasione per pretendere una maggiore specificità nell'indicazione delle circostanze di straordinaria necessità e urgenza che giustificano l'adozione di un decreto-legge che modifichi disposizioni penali⁴⁹.

I segnali in controtendenza ci sono, ma forse restano per ora solo segnali.

⁴⁸ Lo rileva C. DOMENICALI, *A chi spetta l'onere di motivare i presupposti del decreto-legge? Riflessioni sulla sent. n. 8 del 2022 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio AIC*, 2022, fasc. 3, p. 236.

⁴⁹ Tale atteggiamento svilirebbe anche il già debole *test* sulla verifica dei presupposti di necessità e urgenza con le sentenze n. 171 del 2007 e 128 del 2008 (frutto a loro volta degli argomenti contenuti nella sent. 29 del 1995), secondo un giudice piuttosto pessimistico sulle sorti della giurisprudenza costituzionale in questo frangente svolto da A. SPERTI, *La Corte costituzionale ritorna sul controllo sui vizi formali del decreto-legge. Riflessioni a margine della sent. n. 8 del 2022*, in *Nomos*, fasc. 1, pp. 12-13, la quale richiama la sentenza n. 149 del 2020 – in ambito non penalistico – nella quale la Corte ha attenuato il rigore sul rispetto del requisito dell'omogeneità.

3. Sanzioni amministrative punitive e riserva di legge: verso un concetto unitario ad intensità graduabile

Negli ultimi anni la Corte costituzionale si è impegnata in maniera costante nell'elaborazione dello statuto garantistico dell'illecito amministrativo sostanzialmente punitivo, procedendo all'estensione progressiva di singole garanzie previste dall'art. 25 Cost.

La trasposizione all'infuori della materia strettamente penalistica delle garanzie dell'irretroattività sfavorevole, della retroattività della *lex mitior* e di alcune garanzie processuali – da ultimo quella del *nemo tenetur se detegere*⁵⁰ – pur escludendo la riserva di legge, fondata in questa materia sull'art. 23 Cost., ha offerto l'occasione alla Corte per rimeditare l'ampiezza e il contenuto del principio di legalità rispetto a questo settore del diritto punitivo.

Nel diritto penale strettamente inteso l'influsso della giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha operato – come si è illustrato – una dissociazione tra il profilo della legalità come conoscibilità/prevedibilità e quello delle legalità come riserva di legge. Sotto il primo profilo, sul piano interno, la garanzia è offerta dal corollario della determinatezza della norma e dagli strumenti – ancora non del tutto definiti – volti ad evitare che il cittadino venga “colto di sorpresa” da applicazioni della norma non prevedibili al momento del fatto. Il profilo della riserva di legge, invece, è un presidio di tutela non previsto dalla Convenzione, il quale offre una tutela ulteriore tramite la garanzia data dal trattamento procedimentale della legge, soprattutto sotto l'aspetto del sindacato di costituzionalità.

Nei confronti degli illeciti amministrativi, tuttavia, l'estensione di queste garanzie ha faticato ad affermarsi. Gli aspetti della determinatezza della norma (e della sua conoscibilità) e della riserva di legge sono stati spesso sovrapposti ed esclusi rispetto

⁵⁰ Al termine di un dialogo avviato con la Corte di Giustizia con l'ordinanza n. 117 del 2019, la Consulta con la sentenza n. 84 del 2021 ha esteso la garanzia del *nemo tenetur se detegere* anche ai procedimenti amministrativi condotti dalle autorità di vigilanza dei mercati finanziari. È stata ritenuta illegittima la norma prevista dall'art. 187-*quinquiesdecies* T.U.F. nella parte in cui applica anche alla persona fisica che si sia rifiutata di fornire alla Banca d'Italia o alla Consob risposte che possano far emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative di carattere punitivo, ovvero per un reato. Tale garanzia è stata estesa in ragione della riconosciuta natura punitiva delle sanzioni a cui tali procedimenti amministrativi possono condurre. L'assimilazione tra sanzioni amministrative punitive e penali costituisce una delle direttive di espansione della garanzia del diritto al silenzio, come evidenzia E. AMATI, *Dinamiche evolutive del diritto al silenzio. Riflessi sul diritto punitivo e sugli obblighi di collaborazione con le autorità ispettive e di vigilanza*, Torino, 2022, pp. 49 ss.

a questo ambito in ragione dell'invocata necessità di una maggiore flessibilità nella tutela degli interessi pubblici⁵¹. Dinanzi ai dubbi posti da precetti vaghi e aperti ad integrazioni disordinate sul piano delle fonti, si è cercato di trovare rassicurazioni nelle tutele del procedimento amministrativo, ritenendo possibile un recupero della determinatezza *ex post* tramite l'integrazione della motivazione del provvedimento sanzionatorio. Tale atteggiamento è rimasto diffuso nella giurisprudenza di legittimità e nella giurisprudenza amministrativa anche a seguito dei primi segnali della Corte costituzionale nel senso di una maggiore attenzione al profilo delle garanzie connesse all'irrogazione di sanzioni di tipo sostanzialmente punitivo e alla necessità di operare una distinzione tra gli aspetti della riconoscibilità del precetto e quelli attinenti alle fonti della sua produzione⁵².

Ora la riflessione sulle garanzie della materia penale sembra aver fatto breccia anche su questo fronte, con due significative pronunce della Consulta che sembrano porre le basi per l'estensione agli illeciti amministrativi punitivi anche dei profili connessi alla determinatezza e riserva di legge.

La prima sentenza a cui ci si riferisce è la n. 134 del 2019⁵³, con la quale si introduce in maniera innovativa ed esplicita la distinzione tra legalità declinata in termini di conoscibilità e legalità in termini di riserva di legge.

Il primo aspetto è connesso dalla Corte al principio di determinatezza e avvolge tanto gli illeciti penali tanto quelli amministrativi punitivi, fondandosi sul comune

⁵¹ M. ALLENA, *La sanzione amministrativa tra garanzie costituzionali e principi CEDU: il problema della tassatività-determinatezza e la prevedibilità*, in *www.federalismi.it*, 22.2.2017, p. 16.

⁵² ALLENA, *La sanzione amministrativa tra garanzie costituzionali e principi CEDU: il problema della tassatività-determinatezza e la prevedibilità*, cit., p. 17.

⁵³ La Corte è stata investita di un ricorso diretto da parte del Governo riguardante la pretesa illegittimità di una legge della Regione Abruzzo: nel prescrivere delle sanzioni per la violazione delle regole in materia ittica, la legge rinviava ad ulteriori atti per la determinazione dei periodi e degli orari vietati per la pesca. Secondo l'Avvocatura dello Stato tale sistema di rinvio rendeva indeterminato il contenuto del precetto, violando inoltre la riserva di legge in quanto la delega alle fonti subordinate era sostanzialmente "in bianco". Nelle proprie argomentazioni il ricorrente ha fatto riferimento ad un interessante precedente, invero rimasto isolato, con il quale si era affermato che il principio di legalità deve trovare applicazione «anche per le sanzioni amministrative dall'art. 25, secondo comma, della Costituzione, in base al quale è necessario che sia la legge a configurare, con sufficienza adeguata alla fattispecie, i fatti da punire» (Corte cost. n. 78 del 1967; oltre alla citata sent. n. 447 del 1988). Probabilmente sulla scorta di questo precedente, l'Avvocatura generale ha erroneamente individuato quale parametro costituzionale proprio l'art. 25 Cost., anziché l'art. 23, oltre all'improprio riferimento all'art. 1 del L. n. 689 del 1981, inidoneo a fungere da parametro nel giudizio in quanto mera legge ordinaria. Per un'analisi della norma impugnata, A. CONTIERI, *Principio di legalità e sanzioni amministrative: la Corte conferma la propria giurisprudenza a proposito di una legge della regione Abruzzo in materia di pesca*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2019, fasc. 3, pp. 1661-1669.

referente costituzionale dell'art. 25, comma 2 Cost. Il principio è insensibile al tipo di illecito e si applica anche ai settori che ammettono fonti diverse da quella statale, come le fonti regionali, e subordinate alla legge. La Corte è particolarmente chiara sul punto quando afferma che «il principio di legalità, prevedibilità e accessibilità della condotta sanzionabile e della sanzione aventi carattere punitivo-afflittivo, qualunque sia il *nomen* ad essa attribuito dall'ordinamento [...] non può, ormai, non considerarsi patrimonio derivato non soltanto dai principi costituzionali, ma anche da quelli del diritto convenzionale e sovranazionale europeo, in base ai quali è illegittimo sanzionare comportamenti posti in essere da soggetti che non siano stati messi in condizione di “conoscere”, in tutte le sue dimensioni tipizzate, la illiceità della condotta omissiva o commissiva concretamente realizzata»⁵⁴. Da queste affermazioni si trae la conclusione che nel sistema delle garanzie a geometrie variabili della materia penale, il rispetto della conoscibilità del precetto da parte del destinatario di una misura afflittiva-punitiva si presenta con la medesima estensione prevista nel settore propriamente penale, insensibile al tipo di qualificazione della sanzione. Sembrano allora divenute impraticabili quelle argomentazioni che riducono il *deficit* di conoscibilità del precetto ad un mero incidente sanabile nel corso del procedimento amministrativo e che legittimano il ricorso all'analogia⁵⁵. La conoscibilità richiamata dalla Corte è una garanzia per il cittadino che deve operare al momento del fatto, esplicandosi nella tutela della libertà di autodeterminazione del singolo⁵⁶.

L'assimilazione sotto questo profilo non si riflette, tuttavia, anche sul piano della riserva di legge. Il principio per cui l'eterointegrazione in materia penale è possibile

⁵⁴ Corte cost. n. 134 del 2019, considerando in diritto § 3.2., ove la Corte richiama il proprio precedente n. 121 del 2018.

⁵⁵ Sono infatti diversi i sistemi sanzionatori amministrativi che ammettono che la vaghezza nella definizione del precetto possa contare sulla supplezza sanante della motivazione del provvedimento sanzionatorio adottato dall'autorità procedente. Allo stesso modo vi sono settori nei quali si ammette apertamente la possibilità di fare ricorso all'analogia per estendere gli spazi di intervento della p.a. Su questi temi si vedano, ad esempio, L. SALZANO, *Le falle del sistema sanzionatorio del settore biologico: tra mancato adeguamento alla normativa unionale, illegittimità normativa e violazione del principio di tassatività-determinatezza. Un caso emblematico*, in *Riv. dir. agr.*, 2022, fasc. 3, pp. 578-597; N. VETTORI, *Diritti fondamentali dell'incolpato e tutela giurisdizionale nei confronti delle sanzioni di Consob e di Banca d'Italia*, in *Riv. reg. merc.*, 2022, fasc. 2, pp. 568-594.

⁵⁶ In questo la sentenza sembra proprio riecheggiare le tesi dottrinali più avanzate in materia di garanzie dell'illecito para-penale, in particolare quelle contenute nell'analisi di MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., nonché di quelle sostenute dal prof. Viganò nella sua attività accademica, il quale è infatti redattore della sentenza in questione. Rispetto alle posizioni della dottrina, tuttavia, non paiono ancora maturi i tempi affinché si riconosca oltre al principio di legalità-prevedibilità anche l'estensione di quello di colpevolezza.

solamente nei limiti della specificazione tecnica è ritenuto dalla Corte non applicabile «alle leggi regionali che prevedano mere sanzioni amministrative, le quali ben possono rinviare – nel rispetto dei meno stringenti principi desumibili dall’art. 23 Cost. (sentenza n. 115 del 2011) – anche ad atti sublegislativi ai fini dell’integrazione del precetto (amministrativamente) sanzionato in forza della stessa legge regionale»⁵⁷. Ciò è coerente con la necessità di una maggiore flessibilità dell’illecito non penale, spesso rivolto al presidio di interessi settoriali la cui cura è affidata in maniera diretta all’amministrazione competente.

La successiva sentenza n. 5 del 2021, riprendendo questa divisione concettuale tra i due profili della legalità, approfondisce quale sia il contenuto della riserva relativa prevista per gli illeciti amministrativi.

La vicenda sottoposta al vaglio della Corte in questo caso riguardava una legge regionale che prevedeva un istituto di regolarizzazione degli illeciti, con esclusione dell’irrogazione della sanzione amministrativa, i cui presupposti erano demandati completamente alle determinazioni successive della sola Giunta regionale⁵⁸. La Presidenza del Consiglio dei Ministri, proponendo ricorso in via principale, aveva sollevato l’illegittimità della disciplina in quanto rimetteva ad un provvedimento diverso dalla legge la scelta per il non esercizio del potere sanzionatorio, costruendo una fattispecie di non punibilità procedurale “in bianco” contrastante con il principio di legalità di cui all’art. 25 Cost.

La Corte ha scrutinato la norma alla luce non dell’art. 25, ma dell’art. 23 Cost., applicabile a questo settore. Oggetto dell’approfondimento in cui si impegna la pronuncia è il significato della riserva relativa: premesso che questa ammette l’intervento di fonti regionali e subordinate alla legge, la questione è se essa consenta uno spazio di intervento più ampio nella definizione del precetto. La risposta del Giudice delle leggi è piuttosto rigorosa: anche quando la riserva sia relativa e riguardi sanzioni amministrative, la predeterminazione dei presupposti dell’esercizio del potere sanzionatorio è compito dell’organo legislativo, sia esso statale o regionale, il quale rappresenta l’intero corpo sociale e le cui scelte sono rese pubbliche e trasparenti in virtù della procedura che esso deve seguire nell’approvazione delle proprie decisioni; tale esigenza

⁵⁷ Corte cost. n. 134 del 2019, considerando in diritto § 3.1.

⁵⁸ Per un’illustrazione completa della legge della Regione Veneto in questione si veda, G. VOSA, *Sulla “riserva di legge” nel diritto regionale*, in *Giur. cost.*, 2021, fasc. 1, pp. 62-72, il quale segnala la sentenza anche per quella che pare essere una riserva di legge a favore del Consiglio regionale nei confronti della Giunta.

non sarebbe soddisfatta laddove a fissare i presupposti citati fosse un atto amministrativo, ancorché a carattere generale⁵⁹.

Oltre a questo passaggio, che nel riprodurre l'argomento della *ratio* democratica pare andare incontro ai limiti già evidenziati relativi alla reale effettività del coinvolgimento delle maggioranze e dell'opinione pubblica nelle scelte degli organi rappresentativi, il profilo di vero interesse è quello appena successivo.

La Corte sottolinea che la riserva di legge prevista dall'art. 23 Cost. è relativa, tollerando integrazioni anche da parte di fonti secondarie non limitate a mere specificazioni tecniche; tale carattere tuttavia «non relega [...] la legge sullo sfondo, né può costituire giustificazione sufficiente per un rapporto con gli atti amministrativi concreti ridotto al mero richiamo formale ad una prescrizione normativa “in bianco” [...], senza una precisazione, anche non dettagliata, dei contenuti e modi dell'azione amministrativa limitativa della sfera generale di libertà dei cittadini; dovendosi anzi riconoscere rango di principio supremo dello Stato di diritto all'idea secondo cui i consociati sono tenuti a sottostare soltanto agli obblighi di fare, di non fare o di dare previsti in via generale dalla legge»⁶⁰. Anche laddove la riserva sia solamente relativa il precetto deve essere individuato nel suo disvalore dalla fonte primaria, potendo rimettere alla fonte secondaria la specificazione dei suoi elementi anche non strettamente tecnici. Ciò vale non solo per le norme che descrivono la condotta illecita, ma anche per quelle che – come nel caso oggetto di giudizio – introducono cause di esclusione dell'illecito⁶¹; la validità del principio anche rispetto a queste norme si giustifica al fine di rispettare la trasparenza della scelta dei casi in cui non punire e preservare l'imparzialità ed efficacia dell'azione amministrativa⁶².

Dalla lettura congiunta delle due sentenze considerate emerge quello che appare come l'inizio di una ricostruzione unitaria della riserva di legge per tutto il diritto

⁵⁹ Corte cost. n. 5 del 2021, considerando in diritto § 5.1. In questo passaggio finale la Corte esclude la possibilità di ricorrere ad atti amministrativi generali per integrare il precetto. Gli atti amministrativi generali, infatti, non sono fonti del diritto in senso proprio, a differenza dei regolamenti.

⁶⁰ Corte cost. n. 5 del 2021, considerando in diritto § 5.1.

⁶¹ In generale sulla sussistenza della riserva di legge anche rispetto alle norme che escludono la punibilità, declinata in termini di «relatività penalistica e assolutezza ordinamentale», BARTOLI, *Incriminatione e giustificazione: una diversa legalità?*, cit., pp. 620-623.

⁶² C. GABBANI, *Legalità ed efficacia deterrente delle sanzioni amministrative. Riflessioni a partire da Corte costituzionale n. 5 del 2021*, in *Sist. pen.*, 2021, fasc. 10, pp. 115-116. L'A. oltre ai profili della legalità considera anche le ulteriori censure sollevate nel ricorso, ma rigettate dalla Corte, riguardanti l'inefficacia del sistema sanzionatorio amministrativo che una causa di non punibilità indeterminata, come quella in esame, può provocare, con conseguente lesione del principio di buon andamento dell'amministrazione.

punitivo, la cui intensità è legata al tipo di sanzione che viene in rilievo⁶³. Dalla riserva tendenzialmente assoluta e statale, che ammette unicamente specificazioni di tipo tecnico da parte delle fonti subordinate, alla riserva relativa e aperta a fonti regionali, ove le fonti subordinate possono concorrere a specificare gli elementi già compiutamente individuati dalla fonte primaria anche se privi dell'attributo di tecnicità. In quest'ultimo caso, la relatività della riserva non equivale all'emarginazione della fonte primaria, restando a quest'ultima il compito di compiere le scelte qualificanti il disvalore dell'illecito, espresse in maniera determinata, e demandando alle fonti subordinate l'esercizio di un potere che trova nella prima il parametro di legittimità.

Alla variabilità del perimetro della riserva corrisponde una cifra comune, insuscettibile di graduazione: la necessità di determinatezza della fattispecie, volta ad assicurare la conoscibilità della legge e la prevedibilità della sua applicazione, fondata sull'art. 25, comma 2 Cost. Tale garanzia appare particolarmente importante nel settore degli illeciti amministrativi punitivi, ove l'artificiosità delle infrazioni può minare la percezione della illiceità della condotta⁶⁴.

Questa differenziazione può dirsi ancora solamente iniziale e suscettibile di ulteriori necessarie specificazioni, dovendo ad esempio chiarirsi se nel settore degli illeciti amministrativi punitivi la relatività della riserva valga solamente per il precetto e non

⁶³ Alternativa ad una ricostruzione differenziata della riserva di legge fondata sul tipo di bene inciso dalla sanzione, in dottrina se ne rinviene un'altra, fondata invece sul tipo di interessi tutelati dalla fattispecie dell'illecito, presa in considerazione da FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, cit., p. 90, ove l'A. considera la possibilità di prevedere una diversa intensità della riserva «Distinguendo, se si trattasse di una differenziazione plausibile, tra (per dir così) un diritto penale *di giustizia*, ancora intriso di etica e di assiologia e un diritto penale *di governo*, politicamente funzionalizzato a obiettivi di lotta a fenomeni di criminalità transnazionale o di contrasto a tipologie di condotta lesive di interessi economico-finanziari rilevanti anche a livello comunitario»; «È soprattutto rispetto a un diritto penale *di giustizia* (nel senso appena detto) che sembrerebbe in linea di principio giustificato preservare una riserva di legge concepita in una accezione forte, vale a dire come una sorta di riserva di razionalità discorsiva. [...] Meno giustificato, invece, rispetto alla vasta area di quel diritto penale ideologicamente più neutro o annacquato che risponde a contingenti obiettivi utilitaristici di governo politico-amministrativo anche mediante la legge penale, e nel cui ambito sono diffuse tipologie sanzionatorie a carattere extradetentivo che finiscono col far apparire l'illecito penale sostanzialmente simile alla violazione amministrativa». L'A. rileva tuttavia come una simile distinzione sia troppo condizionata dalle tradizioni statali-nazionali, dovendo preferirsi appunto una distinzione basata sull'elaborazione convenzionale della materia penale.

⁶⁴ ALLENA, *La sanzione amministrativa tra garanzie costituzionali e principi CEDU: il problema della tassatività-determinatezza e la prevedibilità*, cit., p. 12.

per la sanzione, in analogia con il diritto penale strettamente inteso⁶⁵; la definizione dei limiti della riserva dovrà poi confrontarsi con i complessi problemi, dibattuti in seno alla stessa dottrina amministrativa, circa la compatibilità tra potere sanzionatorio e discrezionalità amministrativa⁶⁶. E, soprattutto, alla sua compiuta sistematizzazione osta il problema, ancora non risolto e dibattuto, dei criteri per la qualificazione dell'illecito amministrativo come sostanzialmente punitivo. La diversa intensità appare, tuttavia, coerente con la dottrina penalistica che ha sostenuto l'assolutezza della riserva in stretta connessione al bene giuridico inciso dalla sanzione⁶⁷, potendosi così

⁶⁵ Dalla lettura della sentenza n. 121 del 2018 pare che sotto questo profilo sia più che probabile che si preveda una assimilazione, richiedendo anche per le sanzioni amministrative punitive uno *standard* forte sulla riserva di legge. Ciò emerge da questo passaggio: «Va solo precisato che non è in discussione la possibilità per il legislatore, anche regionale, di integrare i precetti punitivi e sanzionatori mercé il rinvio ad altri atti normativi, ma è in palese contrasto con i principi costituzionali di cui all'art. 25 Cost. che ciò avvenga in modo tale che la determinazione *ex lege* della conseguenza giuridico-sanzionatoria derivante dalla violazione del precetto normativo sia assente o, ad ogni modo, insufficiente» (Considerando in diritto § 15.3.).

⁶⁶ Evidenzia chiaramente il problema G. MARTINI, *Potere sanzionatorio della p.a. e diritti dell'uomo. I vincoli CEDU all'amministrazione repressiva*, Napoli, 2018, pp. 239-251, il quale illustra le contrapposte tesi dottrinali tra chi sostiene che la riserva di legge dell'art. 23 Cost. escluda la discrezionalità dell'amministrazione circa l'irrogazione della sanzione, a garanzia dell'uguaglianza tra i soggetti amministrati *ex art.* 3 Cost. e della parità di trattamento *ex art.* 97 Cost. e quelle di segno contrario, che escludono l'obbligatorietà del procedimento sanzionatorio in ragione della strumentalità rispetto alla cura dell'interesse pubblico. L'A. propone di ricomporre la questione del contrasto tra riserva di legge e discrezionalità dell'amministrazione guardando al tipo di sanzione, distinguendo «tra sanzioni punitive, che al pari di quelle penali mirano a scoraggiare la commissione delle condotte vietate; sanzioni strumentali alla realizzazione, sia pur in seconda battuta, dell'interesse pubblico, ed infine, sanzioni disciplinari, che invece presuppongono un particolare rapporto con la P.A. nell'ambito del quale sono destinate ad operare» (p. 245). In presenza di una funzione eminentemente punitiva della sanzione se ne dovrà riconoscere la necessità, non potendosi tollerare interruzioni nell'applicazione o valutazioni che non siano quelle relative alla verifica della sussistenza dell'illecito. Rispetto alle altre due categorie, il canone che ne guida l'applicazione non è la necessità, ma la doverosità, tipica della funzione amministrativa attiva: «il potere amministrativo trova il proprio fondamento nel dovere di cura dell'interesse pubblico che si traduce, non nel generico raggiungimento dello scopo in ragione del quale il potere è attribuito, bensì nel porre in essere l'attività più idonea a garantirne la massima soddisfazione» (pp. 246-247). In questi casi la legge potrà definire il tipo di discrezionalità della p.a., limitandolo al *quantum* della sanzione o allo stesso *an*. Il grado di massima estensione della discrezionalità resta invece appannaggio delle sanzioni disciplinari, in ragione del particolare rapporto tra la p.a. e i propri funzionari, anche alla luce dell'art. 28 Cost.

⁶⁷ BRICOLA, *Teoria generale del reato* (voce), cit., p. 638. Un argomento a favore della configurazione dell'intensità della riserva in ragione del tipo di bene inciso è desumibile anche dalla sentenza n. 22 del 2022 in materia di esecuzione delle misure personali di sicurezza presso le R.E.M.S. In questo caso, tra i molti profili di criticità della disciplina, la Corte ha rilevato che la regolamentazione delle modalità esecutive della misura è rimessa ad atti subordinati alla legge. Nel prospettare l'illegittimità di un simile assetto –

concordare su una sua flessibilizzazione fondata sulla direzione e gravità di quest'ultima.

In tutto ciò, il richiamo alla necessità che, indipendentemente dalla natura assoluta o relativa della riserva, sia sempre individuabile una copertura legale generale e complessiva alla base delle scelte di incriminazione e giustificazione sembra funzionale a riservare alla Corte costituzionale lo scrutinio sulla legittimità delle fonti⁶⁸. Versandosi in un ambito in cui – pur con diversa gravità – le sanzioni presentano un carattere afflittivo-punitivo, la presenza incompressibile di una previsione legislativa offre infatti la garanzia democratico-sostanziale del sindacato di legittimità costituzionale, fondamentale presidio contro arbitri ed eccessi punitivi che vanno vieppiù manifestandosi anche nel settore degli illeciti amministrativi di “nuova generazione”, come testimonia la giurisprudenza in materia di proporzionalità del trattamento sanzionatorio.

Volendo, infine, volgere lo sguardo anche al di fuori della materia penale, la Corte sembra aver imboccato la strada di un approccio più rigoroso nei settori coperti dalla riserva relativa anche quando la compressione della libertà individuale non sia legata a finalità punitive, ma ad altri scopi comunque costituzionalmente rilevanti. È questo il caso, ad esempio, della sentenza n. 25 del 2023 in materia di trattamento sanitario obbligatorio – escluso dalle misure punitive rientranti nella materia penale⁶⁹ – ove la riserva di legge pur ammettendo determinazioni da parte di fonti subordinate «non

non dichiarata per evitare vuoti di tutela derivanti dalla globale espunzione dall'ordinamento di tutta la disciplina – la sentenza ha argomentato la necessità di conferire alla riserva una natura assoluta anche con riferimento alla fase esecutiva valorizzando il tipo di bene inciso dalla misura – pur non di natura punitiva ai fini della categoria della materia penale – : «per quanto l'art. 25, terzo comma, Cost. espresamente richieda soltanto che la legge preveda i «casi» in cui può essere applicata una misura di sicurezza, una lettura di tale norma alla luce dell'art. 13, secondo comma, Cost. non può non condurre alla conclusione che la legge deve altresì prevedere, almeno nel loro nucleo essenziale, i “modi” con cui la misura di sicurezza può restringere la libertà personale del soggetto che vi sia sottoposto. È infatti impensabile che la Costituzione abbia inteso, in linea generale, gravare la legge dell'onere di precisare le modalità delle possibili restrizioni della libertà di personale, e abbia poi rinunciato a tale requisito proprio nei confronti delle pene e delle misure di sicurezza, e cioè delle misure che più tipicamente sono suscettibili di restringere la libertà personale degli individui, ed anzi di privarli della loro libertà, spesso per periodi duraturi o – addirittura – per l'intera vita residua» (considerando in diritto § 5.3.1.). Per una ricostruzione delle criticità del sistema esecutivo delle misure personali di sicurezza G. MENTASTI, *L'attuale disciplina delle REMS al vaglio della Corte costituzionale: tra riserve di legge non rispettate e liste d'attesa serve ancora un intervento del legislatore. Note a margine della 'pronuncia-monito' della Corte costituzionale n. 22/2022*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, fasc. 3, pp. 1188-1213.

⁶⁸ BARTOLI, *Incriminatione e giustificazione: una diversa legalità?*, cit., p. 621.

⁶⁹ VIGANÒ, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, cit., p. 30.

relega [...] la legge sullo sfondo», in quanto «quest'ultima non può ridursi ad una prescrizione normativa "in bianco", senza che risultino definiti contenuti e modi dell'azione amministrativa limitativa della sfera generale di libertà dei cittadini»⁷⁰. La preoccupazione pare la medesima: in settori caratterizzati dalla compressione delle libertà del singolo, la riserva di legge impone che le scelte fondamentali siano compiute dalla fonte primaria, emanata in un contesto aperto al confronto sul bilanciamento dei beni in gioco, sottoponibile al controllo di legittimità della Corte in caso di esiti irragionevoli dell'assetto raggiunto.

4. Il diritto penale giurisprudenziale nella giurisprudenza costituzionale

Ai sommovimenti che testimoniano una perdurante difesa da parte della Corte costituzionale della componente democratica della *ratio* della riserva di legge e che ne estendono la portata, graduandone l'intensità, anche a favore degli illeciti amministrativi punitivi, corrisponde una rinnovata attenzione anche al versante del principio che guarda al rapporto tra legge e giudice.

Tale profilo appare oggi quello fondamentale nello svolgersi nella *ratio* di garanzia della riserva di legge.

La componente garantistica affidata alla democraticità delle scelte in materia penale – intendendo il lemma nella sua accezione procedurale – è erosa dalle difficoltà del sistema rappresentativo, che ostacolano un effettivo dibattito tra le forze parlamentari, e dall'ineffettività del controllo dell'opinione pubblica. L'ultimo presidio di garanzia istituzionale è quindi l'assoggettabilità dell'atto legislativo al controllo di costituzionalità, che realizza tale funzione *ex post*. Nonostante i richiami della Corte al Parlamento e al Governo al rispetto delle competenze di ognuno nella produzione legislativa, al fine di garantire la democraticità delle scelte che incidono sui diritti fondamentali, il peso maggiore della garanzia della riserva di legge è sbilanciato sul piano del rapporto con i giudici. Sono questi ultimi i primi a dover svolgere un controllo sulla conformità della legge alla Costituzione (oltre che al diritto dell'Unione e

⁷⁰ Corte cost. 25 del 2023, considerando in diritto § 7.1. La pronuncia ha dichiarato l'illegittimità per violazione dell'art. 32 Cost., l'art. 206-bis, comma 1, cod. ordinamento militare, introdotto dall'art. 12, comma 1, lett. a, del d.lgs. n. 91 del 2016, nella parte in cui autorizza la sanità militare a imporre al personale militare la somministrazione di specifiche profilassi vaccinali, senza che esse siano previamente individuate in via legislativa.

alla CEDU), tentando di darvi una interpretazione conforme e sollevando, se necessario, la questione di costituzionalità.

Il giudice comune è costantemente impegnato nell'«invenzione»⁷¹ della norma, attività che i suoi compiti di vigile del rispetto del diritto dell'Unione e dei principi CEDU rendono sempre più rilevante. Egli diviene necessariamente partecipe del processo di produzione del diritto effettivo e questi ineludibili compiti cui è chiamato contribuiscono sempre di più a «mutarne la mentalità da “soggetto (solo) alla legge” a “signore della legge”»⁷².

Alla luce di questo ruolo centrale svolto dal giudice comune, quando si dibatte della posizione della Corte costituzionale nei confronti del diritto giurisprudenziale non si manca mai di ricondurla alla sentenza n. 230 del 2012⁷³. In quella occasione, dinanzi alla domanda di poter equiparare all'*abolitio criminis* un mutamento giurisprudenziale favorevole ai fini della revoca di una sentenza di condanna, il Giudice delle leggi aveva dato una risposta negativa molto ferma. Oltre agli ammonimenti verso i rischi di indebite ibridazioni tra i principi sovranazionali⁷⁴, in quella sentenza si è affermata l'impossibilità di ricondurre ad unità la disomogeneità tra la norma di legge e il precedente giurisprudenziale: «Ad opporsi ad una simile equazione non è, peraltro, solo la considerazione [...] attinente al difetto di vincolatività di un semplice orientamento giurisprudenziale, ancorché avallato da una pronuncia delle Sezioni unite. Vi si oppone anche, e prima ancora – in uno alla già più volte evocata riserva di legge in materia penale, di cui allo stesso art. 25, secondo comma, Cost. – il principio di separazione dei poteri, specificamente riflesso nel precetto (art. 101, secondo comma, Cost.) che vuole il giudice soggetto (soltanto) alla legge»⁷⁵.

⁷¹ Secondo il significato derivante dal latino *inventio*, ossia come attività di ricerca della norma che non è autoevidente nell'espressione verbale della disposizione, la quale deve essere ricostruita nell'interrelazioni con le altre fonti; termine usato in questo senso da P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Roma, 2017.

⁷² PALAZZO, *Legalità penale vs. creatività giudiziale*, cit., p. 991. Sulla posizione del giudice comune, quotidianamente impegnato sul fronte dell'interpretazione e su quello della normativa domestica (ove possibile), in un dialogo sempre più stretto con le Corti sovranazionali, V. MANES, *L'evoluzione del rapporto tra Corte e giudici comuni*, in MANES, NAPOLEONI, *La legge penale illegittima*, cit., pp. 12-14.

⁷³ La individua come un «*prius metodologico*» dell'evoluzione recente delle riflessioni della Corte sul principio del *nullum crimen sine lege*, V. MAIELLO, *Legalità della legge e dintorni: tra Consulta, Cassazione e auspici riformistici*, in *Sist. pen.*, 2022, fasc. 12, p. 122.

⁷⁴ MANES, *Prometeo alla Consulta*, cit., p. 3481; V. NAPOLEONI, *Mutamento di giurisprudenza in bonam partem e revoca del giudicato di condanna: altolà della Consulta a prospettive avanguardistiche di (supposto) adeguamento ai dicta della Corte di Strasburgo*, in *Dir. pen. cont. Riv. Trim.*, 2012, fasc. 3-4, pp. 164-176.

⁷⁵ Corte cost. n. 230 del 2012, considerando in diritto § 11.

Nel ricostruire il contenuto del principio di legalità nazionale nelle sue differenze con quello emergente dall'art. 7 CEDU, la sentenza ha inteso segnare il limite «oltre il quale l'accentuazione del ruolo del giudice – *rectius*: l'attribuzione di una *Ermächtigung* para-normativa – comporterebbe un disequilibrio inaccettabile per il sistema, alterandone la stessa struttura costituzionale»⁷⁶.

Nonostante la nettezza delle affermazioni contenute in più passaggi circa le virtù dell'attributo parlamentare della riserva di legge penale e il maggior livello di garanzia offerto rispetto alla legalità convenzionale – passaggi che non sono andati esenti da ficcanti critiche in dottrina⁷⁷ – la sentenza non pare poter costituire un disconoscimento del ruolo con-formativo della giurisprudenza⁷⁸. Simili conclusioni non possono essere tratte nemmeno dall'epilogo della “saga Taricco”, ove il richiamo alla necessità di una *previa lex scripta* afferma il ruolo insostituibile dell'enunciato normativo

⁷⁶ MANES, *Prometeo alla Consulta*, cit., p. 3482.

⁷⁷ In particolare si vedano le osservazioni di DI MARTINO, *Una legalità per due?*, cit. pp. 105 ss., il quale sottopone a puntuale critica la sentenza evidenziando che incorre nell'errore di svolgere una comparazione tra i due modelli di legalità che svolge una assimilazione che non tiene conto della prospettiva «effettuale» della legalità convenzionale; rispetto alla soluzione del caso sottoposto alla Corte, evidenzia, in realtà, che se la posizione assunta «non convince, non è tanto per via di quella che potrebbe suonare come un'ipostatizzazione del principio costituzionale della riserva di legge, quanto, piuttosto, proprio per la svalutazione del complesso di principi costituzionali che sono coinvolti nella vicenda», che nella vicenda in questione erano quelli attinenti al rispetto del principio di uguaglianza e del principio della finalità rieducativa della pena. Il giudizio in cui era stata sollevata la questione di costituzionalità riguardava l'esecuzione della pena nei confronti di persone che avevano commesso un fatto (omessa esibizione di documenti di identificazione e di soggiorno) successivamente escluso dalle Sezioni Unite dall'ambito applicativo della fattispecie: continuava ad avere esecuzione una pena per una condotta che, a seguito della svolta giurisprudenziale, non costituiva più reato. L'affermazione del rispetto del principio di riserva di legge ha così consumato una violazione del principio di uguaglianza. Sottolineano questo effetto collaterale della sentenza, rispetto agli altri valori in gioco A. CADOPPI, *Una tessera in più nel puzzle della legalità. La sentenza n. 98/2021 della Corte Costituzionale*, in *Ind. pen.*, 2022, fasc. 1, p. 73; F. MAZZACUVA, *La Consulta quale arbitro dei controlimiti*, in *Dir. pen. cont. Riv. Trim.*, 2018, fasc. 4, pp. 22-23, il quale inoltre valorizza il seguito che ha avuto tale decisione, in cui il giudice comune alle fine ha ricercato una soluzione di giustizia pur con una evidente forzatura delle categorie dell'incidente di esecuzione (con la criticata decisione delle Sezioni Unite n. 26259 del 2015) a «dimostrazione delle esternalità negative che comportano certe tendenze “centrifughe” determinate da una giurisprudenza costituzionale eccessivamente timida».

⁷⁸ F. VIGANÒ, *Il diritto giurisprudenziale nella prospettiva della Corte costituzionale*, in *www.sistemapenale.it*, 19.1.2021, p. 8; dello stesso avviso MANES, *Prometeo alla Consulta*, cit., p. 3481, il quale riprendendo un'espressione di Paolo Grossi esclude che questa pronuncia possa fare della Corte una «imperterrita liturgista di riti illuministici».

– sostenuto da un’enfasi ritenuta finanche eccessiva⁷⁹ –, nella doppia funzione di regola dell’agire e limite alle decisioni giudiziali, ma non comporta un annullamento di ogni spazio di interpretazione⁸⁰.

Il contributo interpretativo offerto dalla giurisprudenza è riconosciuto dalla Corte e ne danno prova, da un lato, la circostanza per cui è essa stessa ad invitare i giudici comuni ad esercitare il proprio ruolo ermeneutico nel tentativo di fornire interpretazioni costituzionalmente conformi di norme in odore di potenziale conflitto con la Carta, dall’altro, il ruolo che il diritto giurisprudenziale gioca nel definire l’oggetto della questione di legittimità costituzionale. È noto, infatti, che – sulla scorta della distinzione crisafulliana⁸¹ – l’oggetto effettivo del giudizio della Corte non sono gli enunciati normativi primari (le disposizioni), ma il prodotto dell’interpretazione che di questi dà la giurisprudenza (le norme).

L’esistenza di un «diritto vivente» condiziona gli esiti del giudizio della Corte: se il giudice rimettente trae da una disposizione una interpretazione corrispondente a quella consolidata in giurisprudenza, la Corte rinuncia a fornire una propria interpretazione alternativa conforme a Costituzione; assume che la disposizione esprima

⁷⁹ DONINI, *Lettura critica di Corte costituzionale n. 115 del 2018*, cit., pp. 15-16, il quale prendendo sul serio le affermazioni della Corte le pone davanti alla realtà della dinamica applicativa del diritto. Oggetto della critica in particolare è il noto passaggio in cui la sentenza, nel delimitare lo spazio dell’ermeneutica, afferma che «l’ausilio interpretativo del giudice penale non è che un *posterius* incaricato di scrutare nelle eventuali zone d’ombra, individuando il significato corretto della disposizione nell’arco delle sole opzioni che il testo autorizza e che la persona può raffigurarsi leggendolo». L’A. critica l’ultima parte di questa affermazione: «“ciò che la persona può raffigurarsi leggendolo” è un requisito del tutto nuovo, che vorrebbe/potrebbe bloccare l’evoluzione ermeneutica, precludendo quella che non era prevedibile *ex ante* da parte di un *homunculus* che non dovrebbe coincidere col magistrato di Cassazione al tempo del giudizio. Sennonché questo requisito è valido per i mutamenti giurisprudenziali *in malam partem* imprevedibili al tempo della condotta, non per le evoluzioni imprevedibili al tempo della nascita della disposizione legale. Questa declinazione ipergarantista della prevedibilità del diritto, sviluppata contro le invasioni di campo della Corte di Lussemburgo, *plus dixit quam potuit*. Anche la Corte prenderà atto di avere “calcato la mano” contro la giurisprudenza europea, così come del resto la Corte Edu e la CGUE hanno forse fatto talora con le inadempienze italiane. Per contrastare la CGUE, dunque, la Consulta ha accentuato i confini della determinatezza, ma non ritengo che potrà “mantenere questa promessa” nel diritto interno, nei termini in cui ha espresso ora il contenuto del principio di tassatività»

⁸⁰ MAIELLO, *Legalità della legge e dintorni: tra Consulta, Cassazione e auspici riformistici*, cit., p. 123.

⁸¹ V. CRISAFULLI, *Disposizione (e norma)* (voce), in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano, 1964, p. 196, il quale definisce la disposizione come «la formula istituzionalmente rivolta a porre e a rivelare la norma». Sulla distinzione nei suoi sviluppi più attuali, che mettono in dubbio la validità della distinzione al fine di rivendicare, in definitiva, la centralità del testo della legge e il ruolo dell’organo rappresentativo che lo produce, si veda l’autorevole ricostruzione e l’imponente bibliografia ivi citata, in M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione* (voce), in *Enc. dir.*, Ann. IX, Milano, 2016, pp. 391-439.

solo e soltanto la norma individuata dal diritto vivente, anche nel caso in cui il testo avrebbe consentito di trarne una norma diversa legittima. Dinanzi a simili situazioni la Corte ha due opzioni. La prima è quella di adottare una decisione di rigetto, con due principali finalità: dichiarare infondate le censure mosse dal giudice *a quo* agli orientamenti giurisprudenziali consolidati o sconfessare l'interpretazione del giudice rimettente a favore del diritto vivente, ritenuto conforme a Costituzione e più corretto dal punto di vista ermeneutico⁸². La seconda è quella di pronunciare una sentenza di accoglimento: qualora il diritto vivente si sia formato e sia incompatibile con la Costituzione, diviene irrilevante per la Corte che sia possibile dare della disposizione una diversa interpretazione, poiché ove questa viva nell'ordinamento secondo le coordinate dettate dalla giurisprudenza di legittimità l'unica via è quella della declaratoria di illegittimità del diritto vivente stesso⁸³. In quest'ultimo caso, nella giurisprudenza più recente, lo strumento a cui si ricorre la Corte è quello della sentenza interpretativa di accoglimento, che dichiara l'illegittimità della norma «in quanto interpretata» nel senso elaborato dalla giurisprudenza.

Da questo attuale assetto del rapporto tra Corte e giudice comune – qui espresso in maniera necessariamente sintetica – emerge che lo stesso Giudice delle leggi

⁸² Laddove un diritto vivente manchi, la Corte ha di regola optato per un atteggiamento collaborativo, suggerendo il significato da attribuire al testo di legge tramite una sentenza interpretativa di rigetto oppure, laddove il giudice *a quo* non avesse adempiuto adeguatamente all'onere di interpretazione conforme, con una di inammissibilità. Su questa tecnica decisoria, attraverso la quale la funzione della Corte assume crescenti tratti di una giurisdizione di integrazione normativa dell'ordinamento, M. RUOTOLO, *Le tecniche decisorie della Corte costituzionale, a settant'anni dalla legge n. 87 del 1953*, in *www.gruppodipisa.it*, 27.5.2023, pp. 9-14.

Nell'esperienza recente di sentenze di rigetto in presenza di un diritto vivente la Corte ha dimostrato un atteggiamento collaborativo, valorizzando la conformità costituzionale degli sforzi interpretativi della Cassazione anche nell'ottica di colmare le lacune di norme formulate in modo scarsamente preciso. Emblematica in questo senso è la sentenza n. 24 del 2019, ove esplicitamente la Corte ha riconosciuto il contributo tassativizzante della giurisprudenza nel definire alcuni vaghi presupposti per l'applicazione delle misure di prevenzione personale e patrimoniale.

⁸³ La dottrina del diritto vivente fa sì che l'interpretazione della Corte costituzionale non possa sostituirsi violentemente a quella già consolidata nella pratica giudiziaria, ma debba rispettare l'*acquis interprétatif* maturato nell'ordinamento. Il rispetto di questo limite preserva il dialogo tra Corte e giudici comuni: quando la Corte ha violato il diritto vivente, cercando di innestare nella giurisprudenza un diverso indirizzo interpretativo maggiormente armonico con il testo costituzionale, sono sorti conflitti inestricabili, risolti con una battuta in ritirata del giudice costituzionale, rassegnato ad accettare l'interpretazione della Cassazione e a dichiarare illegittime le norme per come da questa ricostruite. Sul punto, LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, cit., p. 474; NAPOLEONI, *L'onere di interpretazione conforme*, in MANES, NAPOLEONI, *La legge penale illegittima*, cit., pp. 95-99.

riconosce al diritto giurisprudenziale un vero e proprio valore normativo⁸⁴. In particolare, negli anni recenti, nel verificare l'esistenza di un diritto vivente, un peculiare peso è riconosciuto dalla Consulta agli orientamenti espressi dalla Cassazione, della quale così esalta la funzione nomofilattica nei confronti dei giudici di merito⁸⁵.

Un chiaro esempio di questa considerazione verso la fonte giurisprudenziale è reso dalla sentenza n. 32 del 2020, già citata, intervenuta in materia di esecuzione penitenziaria a seguito delle modifiche dell'art. 4-bis introdotte dalla L. n. 3 del 2019⁸⁶. La disposizione oggetto di censura rendeva il trattamento esecutivo nei confronti di persone condannate per reati corruttivi ed è stata dichiarata illegittima in quanto interpretata, secondo il diritto vivente, nel senso che le modifiche così introdotte si

⁸⁴ Nella dottrina costituzionalistica il riconoscimento del rafforzamento della dottrina del diritto vivente porta con sé timori di uno svuotamento del testo legislativo in virtù del riconoscimento della «norma» come «normalità applicativa». Osserva, ad esempio, A. MORRONE, *Interpretazione nomopoietica. Nota a sent. n. 68 del 2021*, in *Giur. it.*, 2021, fasc. 2, pp. 877-885; ID., *La Corte costituzionale come giudice dell'esperienza giuridica*, in *Quad. cost.*, 2021, fasc. 1, p. 136: «Il diritto vivente è, invero, una *metafora*: nel senso che *sta per* il diritto positivo, *in luogo* del diritto positivo e, perciò, ambisce a diventare, e viene trattato come se fosse, una *ipostasi giuridica*, un'astrazione dotata di intrinseca oggettività. In questo caso il distacco dalla vita concreta è proporzionale al tasso di purezza in cui la nozione viene resa. Il criterio di lettura dell'esperienza giuridica è la ragionevolezza, non il diritto vivente, che semmai ne è parte. L'esperienza giuridica non si risolve nel diritto vivente, l'esperienza giuridica può entrare in conflitto col diritto vivente, perché anche quest'ultimo, come qualsiasi norma, può divenire irragionevole: anche le norme viventi, le prassi o le applicazioni normalizzate e perciò ipostatizzate, possono non essere più adeguate ai contesti umani. Alla Corte costituzionale, come giudice dell'esperienza giuridica, non può sfuggire l'esigenza di assumere il diritto nel suo continuo divenire e mai come un insieme di dati oggettivi, anche se si tratta del diritto vivente».

⁸⁵ B. SBORO, *Il «diritto vivente» nel giudizio incidentale. Indagine sulla più recente giurisprudenza costituzionale (2017-2022)*, in *Quad. cost.*, 2023, fasc. 2, pp. 386-387, la quale riscontra nella giurisprudenza costituzionale dell'ultimo lustro il particolare rilievo assunto ai fini della formazione del diritto vivente delle pronunce della Cassazione, in particolare delle Sezioni Unite, ed un corrispettivo distacco dalla precedente abitudine di conferire dignità di diritto vivente anche ad orientamenti invalsi presso la sola giurisprudenza di merito.

⁸⁶ Per un commento della vicenda, che la segnala come testimonianza del significativo processo evolutivo che sta subendo il sindacato di legittimità nel settore penale V. MANES, F. MAZZACUVA, *Irretroattività e libertà personale: l'art. 25, secondo comma, Cost., rompe gli argini dell'esecuzione penale*, in *Dir. pen. cont. Riv. Trim.*, 2020, fasc. 1, pp. 24-41, gli Autori valutano positivamente la scelta di non aver affidato la decisione ad una interpretativa di rigetto, ma di aver scelto la «livrea, solenne, della sentenza di accoglimento (interpretativo), in linea con una precisa divisione di ruoli – alla Cassazione l'interpretazione della legge, alla Corte costituzionale la legittimità della interpretazione – e con l'esigenza di assicurare al *decisum* effetti di sistema (*erga omnes*)». Critiche su questa scelta si rinvengono invece in A. KELLER, *Assistendo alla metamorfosi del principio di riserva di legge: la dichiarazione di illegittimità costituzionale del diritto penale vivente*, in *Ind. pen.*, 2020, fasc. 3, pp. 609-642, il quale ritiene che la sentenza certifichi il valore costitutivo dell'interpretazione giurisprudenziale, con conseguente svuotamento del significato della riserva di legge, alla quale conferisce un significato fortemente formale.

applicassero anche ai condannati che avevano commesso il fatto in epoca precedente all'entrata in vigore della disposizione stessa. In questo caso la disposizione in sé non prevedeva nulla sulla disciplina intertemporale, ma la sua applicazione retroattiva si fondava sul diritto vivente secondo cui l'esecuzione della pena deve essere sottoposta al principio *tempus regit actum*. La Corte ha ritenuto che tale diritto vivente debba subire un'eccezione nel caso in cui il mutamento normativo comporti una modifica qualitativa alla modalità esecutiva. In questi termini la sentenza riconosce al diritto vivente un trattamento alla stregua del diritto positivo: oggetto di annullamento è «una disposizione *muta, come se* dicesse ciò che in realtà la sola giurisprudenza di legittimità ha stabilito»⁸⁷.

Simili problemi di costituzionalità si situano completamente sul terreno delle norme di derivazione giurisprudenziale e – al di là dei problemi di definizione del grado di consolidamento necessario affinché una certa interpretazione possa definirsi diritto vivente – testimoniano che, al di là delle nette affermazioni della sentenza n. 230 del 2012, la «Corte costituzionale guarda da tempo al diritto di rango ordinario non arrestandosi ai dati testuali delle norme, ma esaminando come le norme vivono concretamente nell'ordinamento»⁸⁸.

Le prese di posizione della Corte nei confronti del diritto giurisprudenziale – invero non sempre tutte coerenti⁸⁹ – non sono mirate ad un suo svilimento, ma ad un richiamo al giudice a non sostituirsi alla legge o a porsi in contrasto con essa; come si è autorevolmente osservato, infatti, «se la certezza del diritto e la prevedibilità delle decisioni mancano, la causa è soprattutto della cultura del giudice e di un malinteso

⁸⁷ SBORO, *Il «diritto vivente» nel giudizio incidentale*, cit., p. 392. L'A. segnala altri tre casi nei quali ricorre il medesimo dispositivo «in quanto interpretato»: sentt. n. 68 del 2021, n. 111 del 2022, n. 243 del 2022. A queste si può aggiungere anche la sentenza n. 193 del 2020, successiva alla sentenza n. 32 dello stesso anno, che affrontando una questione simile rigetta osservando che il diritto vivente precedentemente formatosi è venuto meno.

⁸⁸ VIGANÒ, *Il diritto giurisprudenziale nella prospettiva della Corte costituzionale*, cit., p. 12, il quale sottolinea che lo stesso atteggiamento di attenzione al formante giurisprudenziale è riservato al diritto prodotto dalla Corte di Starburgo; rispetto a questa equiparazione deve però osservarsi che in quel caso la giurisprudenza della Corte EDU ha rango necessariamente costitutivo, poiché la Carta non pone regole, ma principi, che per definizione necessitano di una mediazione interpretativa per trarne una norma da applicare al caso concreto.

⁸⁹ Si pensi a quanto già illustrato in merito all'effetto che l'onere di interpretazione conforme richiesto dalla Corte ha avuto nel dare adito ad interpretazioni finanche eccessivamente creative rispetto al testo della legge; oppure all'affermazione del ruolo che la giurisprudenza ricopre nel riempire di significato norme incriminatrici indeterminate, come nel caso della sent. 172 del 2014 in materia di atti persecutori.

senso di indipendenza, non dell'affermazione del diritto giurisprudenziale»⁹⁰. La norma prodotta dal giudice dovrebbe pur sempre rimanere legata al testo della disposizione da un rapporto di derivazione che, con particolare riguardo alle norme penali, non ammette l'attribuzione di significati *contra legem* o *praeter legem*. Nel rispetto dell'ordine istituzionale della separazione dei poteri, scolpito nella riserva di legge, l'interpretazione deve produrre norme che siano compatibili con il testo prodotto dal legislatore, titolare delle scelte di valore sottese all'opzione di punire (o non punire), testo che a sua volta deve essere conforme a Costituzione. L'interpretazione che si ponga in contrasto con la legge – il cui presupposto di validità è che sia compatibile con la Carta costituzionale – è illegittima perché sostituisce la volontà del giudice a quella del legislatore⁹¹.

Su questo aspetto di richiamo ai limiti che la riserva di legge impone al margine operativo dell'opera ermeneutica del giudice recentemente la Corte sembra aver mosso qualche inedito e decisivo passo in avanti.

4.1. L'inedito monito al rispetto del divieto di analogia e i vincoli costituzionali dell'interpretazione in materia penale

Il riconoscimento del ruolo dell'interpretazione del giudice come attività che incide sul contenuto normativo della disposizione e concorre alla definizione dell'oggetto del sindacato di costituzionalità è il presupposto di una ridestata attenzione del Giudice costituzionale nei confronti di questo fenomeno.

Probabilmente mossa all'azione dai preoccupati stimoli critici formulati dalla dottrina verso percorsi ermeneutici arditi, dalle evoluzioni della legalità in un tempo di

⁹⁰ G. LATTANZI, *Tra legge e giudice alla ricerca di un equilibrio per la legalità penale. Appunto per la presidenza della sessione mattutina*, in *Sist. pen.*, 2022, fasc. 12, p. 9.

⁹¹ In questo senso, BARTOLI, *Le garanzie della nuova legalità*, cit., pp. 149-150, il quale propone di leggere l'art. 101 Cost. nel senso che il giudice è sottoposto soltanto alla legge costituzionalmente legittima. Infatti, il giudice è completamente sottoposto alla legge solo quando di questa se ne possano dare più letture tutte costituzionalmente conformi. In questo caso «la scelta valoriale del legislatore che risulta conforme a Costituzione non può non svolgere il suo ruolo orientativo dell'interpretazione, poiché se così non fosse si determinerebbe una vera e propria sostituzione del giudice al legislatore nell'attività della scelta di valore democraticamente fondata». Mentre quando della legge possono darsi letture incompatibili con la Costituzione, il giudice guarda alla legge non in una posizione di subordinazione, ma dalla prospettiva dei principi costituzionali.

«scienza straordinaria», e forse anche da una mutata sensibilità dei suoi componenti⁹², la Corte ha ritenuto questo tempo propizio per rispolverare il corollario, tanto importante quanto all'apparenza trascurato⁹³, del divieto di analogia.

Contribuisce ad una simile trascuratezza il fatto che, nello svolgere il proprio compito di concretizzazione del significato della disposizione, il giudice ricorre allo strumento analogico avendo cura di celarlo sotto l'effigie di una interpretazione estensiva o teleologica. Mentre quest'ultima operazione realizza, nel confronto con i casi, una specificazione degli elementi della fattispecie, "allargandoli" dall'interno, l'interpretazione analogica intervenendo in uno spazio lasciato vuoto (intenzionalmente o meno) dal legislatore crea una regola lì dove non c'era, trasforma la decisione giurisprudenziale in «diritto-fonte»⁹⁴. I motivi che sottendono alle interpretazioni analogiche sono molteplici – si è cercato di darne conto in precedenza – e non di rado trovano terreno fertile proprio nel testo della legge, ove ricorrono fattispecie aperte e clausole generali⁹⁵.

Diffuse e occultate sotto mentite spoglie, simili interpretazioni analogiche *in malam partem* non trovano spesso censure, anzi si consolidano nella giurisprudenza di legittimità⁹⁶.

⁹² Non risulta che vi siano studi circa l'influenza della composizione della Corte costituzionale sui suoi orientamenti, forse perché si tratta di un argomento di tipo più strettamente legato alle scienze politiche. Menziona questa lacuna ad esempio MORRONE, *Interpretazione nomopoietica*, cit., p. 880 nota 13.

⁹³ Riscontra come il principio non sia da tempo oggetto di trattazioni sistematiche di ampio respiro da parte della stessa dottrina, O. DI GIOVINE, «Salti mentali» (*analogia e interpretazione nel diritto penale*), in *Quest. giust.*, 2018, fasc. 4, p. 55.

⁹⁴ DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale*, cit., pp. 7-9, secondo il quale, nel parlare di diritto giurisprudenziale deve distinguersi tra diritto-fonte e diritto-consolidazione. Il diritto fonte «a) presenta capacità innovativa rispetto al diritto preesistente, di portata generalizzante, e che b) avendo quel carattere innovativo, non ha contenuto puramente conoscitivo della legge, ma estensivo per effetto di un atto decisorio, e c) è caratterizzata da profili formali di vincolatività (ipotesi di *binding precedent* e *stare decisis*). Se il vincolo è solo sostanziale (di fatto), esso presenta un aspetto sociologico di fonte, che peraltro può essere più forte di quello formale». Mentre, invece, «Non è fonte di diritto [...] la produzione giurisprudenziale che risulti di prevalente significato conoscitivo della legge, avendo una specifica funzione di concretizzazione giuridica, che individualizza ciò che la legge astratta e il Parlamento mai potrebbero fare». Solamente rispetto al primo si pongono problemi di compatibilità con il principio di legalità penale.

⁹⁵ D. CASTRONUOVO, *Crisi della fattispecie e nullum crimen*, in *Ars interpretandi*, 2019, fasc. 1, pp. 91-107.

⁹⁶ L'inventario dei casi di analogia ormai consolidatisi nella giurisprudenza è ampio, oltre alle fonti già citate in precedenza, si vedano quelle indicate in DONINI, *Il diritto penale giurisprudenziale*, cit., p. 13 nota 29.

In questo contesto si inserisce la sentenza n. 98 del 2021, da subito segnalata dalla dottrina per la sua portata inedita nell'affrontare, a viso aperto, pratiche ermeneutiche analogiche⁹⁷.

La vicenda da cui origina la pronuncia può essere così sinteticamente riassunta: la questione sollevata dal giudice rimettente riguardava l'art. 521 c.p.p. «nella parte in cui non prevede la facoltà dell'imputato, allorquando sia invitato dal giudice del dibattimento ad instaurare il contraddittorio sulla riqualificazione giuridica del fatto, di richiedere al giudice del dibattimento il giudizio abbreviato relativamente al fatto diversamente qualificato dal giudice in esito al giudizio»⁹⁸. Nel giudizio *a quo* l'imputato era accusato del reato di atti persecutori, commesso nei confronti di una persona alla quale era legato da un rapporto affettivo, ma con la quale non conviveva. All'esito dell'istruttoria il giudice aveva ritenuto di riqualificare il fatto nel diverso reato di maltrattamenti in famiglia *ex art. 572 c.p.*, senza che all'imputato potesse essere concessa la facoltà a fronte della modifica di accedere al giudizio abbreviato, ostandovi la formulazione dell'art. 521 c.p.p.

La Corte respinge la questione sul piano dell'inammissibilità ritenendo che il giudice non abbia motivato adeguatamente la sussistenza dei presupposti del mutamento della qualificazione giuridica del fatto, incidendo così sulla rilevanza della questione. Il *focus* della decisione, infatti, non è la questione principale, quella riguardante l'art. 521 c.p.p., ma il suo presupposto logico: la scelta compiuta dal giudice *a quo* nell'operare la riqualificazione.

Si osserva nella sentenza che il giudice aveva modificato la qualificazione giuridica del fatto alla luce di un filone giurisprudenziale che riconduce nel perimetro dell'art. 572 c.p. anche quelle condotte realizzate in presenza di un rapporto affettivo caratterizzato da «legami affettivi forti e stabili, tali da rendere particolarmente difficoltoso per colui che patisce i maltrattamenti sottrarsi ad essi e particolarmente agevole per colui che li perpetua proseguire»⁹⁹, operando così una estensione dei requisiti della "familiarità" e "convivenza".

⁹⁷ I commenti in dottrina sono stati da subito molteplici, in particolare si segnala F. PALAZZO, *Costituzione e divieto di analogia*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, fasc. 9, pp. 1218-1225; C. CUPELLI, *Divieto di analogia "in malam partem" e limiti dell'interpretazione in materia penale: spunti dalla sentenza 98 del 2021*, in *Giur. cost.*, 2021, fasc. 4, pp. 1807-1816; M. SCOLETTA, *Verso la giustiziabilità della violazione del divieto di analogia a sfavore del reo*, in *Oss. Cost.*, 2021, fasc. 5, pp. 196-212; L. RISICATO, *Argini e derive della tassatività. Una riflessione a margine della sentenza n. 98/2021*, in *disCrimen*, 16.7.2021; CADOPPI, *Una tessera in più nel puzzle della legalità*, in *Ind. pen.*, 2022, fasc. 1, cit., pp. 62-78.

⁹⁸ Corte cost. n. 98 del 2021, ritenuto in fatto § 1.1.

⁹⁹ Corte cost. n. 98 del 2021, considerando in fatto § 1.1.

La Corte risponde alla ricostruzione del giudice *a quo* subito ridimensionando la portata estensiva degli orientamenti giurisprudenziali citati: in primo luogo questi non erano univoci, riferendosi tra l'altro a ipotesi in cui una convivenza pur cessata vi era stata, e temporalmente risalivano a prima che fosse introdotto l'art. 612-bis c.p., dovendo così escludersi che vi fosse un diritto vivente chiaramente formato sul punto¹⁰⁰. Arriva poi il cuore della critica: «Ma, soprattutto, nel procedere alla qualificazione giuridica dei fatti accertati in giudizio il rimettente omette di confrontarsi con il canone ermeneutico rappresentato, in materia di diritto penale, dal divieto di analogia a sfavore del reo: canone affermato a livello di fonti primarie dall'art. 14 delle Preleggi nonché – implicitamente – dall'art. 1 cod. pen., e fondato a livello costituzionale sul principio di legalità di cui all'art. 25, secondo comma, Cost. (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*)»¹⁰¹.

La denuncia non è esplicita, ma il bersaglio è chiaro: l'orientamento interpretativo dell'art. 572 c.p. che vi ricomprende anche i rapporti caratterizzati da un vincolo affettivo stabile e dalla condivisione di un progetto di vita comune, pur ispirata – come riferisce il giudice *a quo* – ad una lettura costituzionalmente orientata della disposizione, travalica i limiti dell'interpretazione estensiva e sconfinava nell'analogia. Questa ricorre quando il giudice riferisce la norma a «situazioni non ascrivibili ad alcuno dei suoi possibili significati letterali», in quanto «è il testo della legge – non già la sua interpretazione ad opera della giurisprudenza – che deve fornire al consociato un chiaro avvertimento circa le conseguenze sanzionatorie delle proprie condotte»; ricostruzione che la Corte opera facendo anche ricorso all'argomento comparatistico, riferendosi alla giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht*.

Il divieto costituisce un corollario imprescindibile a completamento del principio di riserva di legge e in esso si rispecchia la medesima dualità di *ratio*: da un lato preserva l'origine dell'incriminazione da una fonte legittimata democraticamente, che «verrebbe nella sostanza svuotata ove ai giudici fosse consentito di applicare pene al di là dei casi espressamente previsti dalla legge»¹⁰²; dall'altro lato una *ratio* di garanzia nei confronti dell'individuo, che mira a salvaguardare la prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie. Del pari esso completa il principio di determinatezza che richiede al legislatore di esercitare il proprio monopolio tramite la formulazione di norme chiare e intelleggibili sotto il profilo semantico.

¹⁰⁰ Corte cost. n. 98 del 2021, considerando in diritto § 2.2-2.3.

¹⁰¹ Corte cost. n. 98 del 2021, considerando in diritto § 2.4.

¹⁰² Corte cost. n. 98 del 2021, considerando in diritto § 2.4.

In questa ricostruzione, dal taglio quasi pedagogico, la Corte fa riferimento a numerosi suoi precedenti, per la prima volta uniti a formare una trama unitaria¹⁰³, e autonomamente solleva il tema dell'analogia *in malam partem* attribuendole una funzione non più solo teorica, ma di effettivo limite all'attività interpretativa del giudice ordinario.

L'interpretazione proposta dal giudice *a quo* era una interpretazione costituzionalmente orientata, espressiva del «pur comprensibile intento [...] di assicurare una più intensa tutela penale a persone particolarmente vulnerabili», ma ciò non è sufficiente a superare i dubbi relativi alla violazione del divieto di analogia.

Tale considerazione è importante per due ordini di motivi. In primo luogo, il divieto presenta un valore assoluto, insuscettibile di bilanciamento con altri valori costituzionalmente rilevanti; la circostanza che questi ultimi non siano considerati in ragione di una formula legislativa che non li ricomprende, per un difetto originario o sopravvenuto della formulazione linguistica del testo non legittima un emendamento in via analogica *in malam partem*. In secondo luogo, infatti, l'interpretazione conforme a Costituzione «non è un procedimento *più* libero degli altri, non è ricerca del risultato interpretativo comunque conforme a Costituzione, ma è piuttosto la scelta fra più possibili significati, *tutti interni però al perimetro semantico della disposizione*, di quello che appare conforme o più conforme a Costituzione»¹⁰⁴.

In questo snodo dell'argomentazione la Corte cerca di mettere un freno ad una deriva ermeneutica che, attraverso il rigido onere di interpretazione conforme imposto al giudice remittente, essa stessa aveva contribuito ad alimentare. La comprensibile, e per questo diffusamente tollerata¹⁰⁵, ricerca da parte della magistratura di soluzioni che rispondano alla domanda di giustizia sostanziale non può sconfinare il perimetro delle scelte di valore compiute dal legislatore e cristallizzate nel testo, pena l'effetto preterintenzionale di risultare esse stesse intollerabilmente ingiuste.

Nel richiedere al giudice rimettente – con una domanda dal tono indubbiamente retorico – di interrogarsi «se davvero» la relazione tra imputato e persona offesa, per come descritta, era riconducibile ad un rapporto assimilabile a quelli richiesti dall'art.

¹⁰³ CADOPPI, *Una tessera in più nel puzzle della legalità*, cit., pp. 71-73, il quale richiama tutti i precedenti ricostruendone il significato.

¹⁰⁴ PALAZZO, *Costituzione e divieto di analogia*, cit., p. 1222.

¹⁰⁵ SCOLETTA, *Verso la giustiziabilità della violazione del divieto di analogia a sfavore del reo*, cit., p. 206.

572 c.p.¹⁰⁶, la pronuncia lancia un monito ai giudici comuni a ridestarsi da «un certo torpore critico»¹⁰⁷ nei confronti di orientamenti che sotto le mentite spoglie di una interpretazione teleologica nascondono risultati analogici¹⁰⁸.

Il richiamo a coltivare una cultura della legalità penale rispettosa dei principi e finalità coagulati attorno alla riserva di legge è tanto più apprezzabile quanto più si consideri l'atteggiamento che la Corte avrebbe potuto adottare sposando una lettura della legalità appiattita sulla fisionomia di quella convenzionale. Letta la questione sottoposta alla Consulta nell'ottica della prevedibilità della decisione giudiziaria, un'interpretazione sospetta di analogia come quella operata dal giudice *a quo*, sostenuta dalle plurime decisioni della giurisprudenza di legittimità citate, poteva anche

¹⁰⁶ Il passaggio finale della motivazione non pare lasciare dubbi sulla risposta che la Corte si attende: «Il divieto di analogia *in malam partem* impone, più in particolare, di chiarire se davvero possa sostenersi che la sussistenza di una relazione, come quella che risulta intercorsa tra imputato e persona offesa nel processo a quo, consenta di qualificare quest'ultima come persona (già) appartenente alla medesima "famiglia" dell'imputato; o se, in alternativa, un rapporto affettivo dipanatosi nell'arco di qualche mese e caratterizzato da permanenze non continuative di un partner nell'abitazione dell'altro possa già considerarsi, alla stregua dell'ordinario significato di questa espressione, come una ipotesi di "convivenza"» (considerando in diritto § 2.4). Da queste righe non pare implausibile trarre la considerazione che, se la questione di legittimità fosse stata sollevata non sull'art. 521 c.p.p., ma proprio sull'interpretazione dell'art. 572 c.p., probabilmente la Corte costituzionale avrebbe accolto la questione di legittimità se avesse ritenuto esistente un diritto vivente orientato in questo senso analogico.

¹⁰⁷ PALAZZO, *Costituzione e divieto di analogia*, cit., p. 1222.

¹⁰⁸ È interessante osservare la coincidenza che, mentre la Corte costituzionale era impegnata a difendere il divieto di analogia *in malam partem*, nello stesso periodo le Sezioni Unite della Cassazione stavano parimenti esaminando una questione di estensione analogica *in bonam partem* di un'altra norma, l'art. 384 c.p., sempre riguardante un rapporto da assimilare a quello familiare (la possibilità di ricomprendere nei "prossimi congiunti" anche i conviventi). La sentenza SS. UU. n. 10381 del 2021 ha riconosciuto la possibilità di questa estensione analogica, argomentandola sulla scorta della *ratio* sottesa alla causa di non punibilità, che esclude la sanzione per certi reati non per la presenza di un rapporto interpersonale incanalato in certe forme giuridiche, ma per l'incidenza che un rapporto affettivo qualificato spiega nell'alterazione motivazione dell'agente. L'esito raggiunto, pur estensivo, non ha stravolto la finalità perseguita dal legislatore, ma è derivato da una lettura congiunta del testo della norma e della sua *ratio*. Nonostante ciò, non sono mancate critiche in dottrina, che sottolineano il paradosso che, mentre le interpretazioni analogiche *in malam partem* vivono spesso indisturbate, quelle *in bonam partem* sollevano subito ritrosie piccate. Scettico verso l'estensione analogica, ad esempio, G. FORNASARI, *Applicazione dell'art. 384 c.p. e famiglia di fatto: brusco overruling delle Sezioni Unite sull'applicabilità dell'art. 384 c.p. ai conviventi* more uxorio, in *Giur. it.* 2021, fasc. 7, pp. 1725-1732. Sottolineano invece la bontà del percorso argomentativo delle Sezioni Unite e la connessione con la questione scrutinata dalla Corte costituzionale, BARTOLI, *Nuovi scenari della legalità penale*, cit., pp. 13-16; PALAZZO, *Costituzione e divieto di analogia*, cit., p. 1220-1221.

dirsi prevedibile e accreditarsi come lecita e conforme allo *standard* richiesto dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo¹⁰⁹.

La Corte dimostra di non confondere i due piani della legalità e di valorizzare ciò che la riserva di legge nazionale ha da offrire in aggiunta alla garanzia convenzionale: ripudiato ogni banalizzante disconoscimento della rilevanza dell'ermeneutica nell'esperienza giuridica, la declinazione dinamica del principio nelle forme del divieto di analogia impone una gerarchizzazione dei criteri interpretativi orientata ad una primazia del criterio letterale, connesso alla genesi democratica del testo e delimitante i confini operativi del criterio teleologico e sistematico¹¹⁰.

È certo che il richiamo al valore del «significato letterale» può suonare come un ancoraggio a un metodo interpretativo primitivo e, anzi, non v'è dubbio che attraverso tale criterio possano operarsi anche indebite estensioni¹¹¹. La difficoltà di distinguere tra un'interpretazione estensiva e l'analogia – della cui stessa alterità, come già si è detto, vi è ragione di dubitare¹¹² – risiede proprio nel fatto che la portata semantica delle parole offre poche certezze e molte “zone grigie”. Il messaggio che deve trarsi allora è che, seppure anche il testo apparentemente più innocuo può disvelare tutta la sua complessità dall'incontro con la prassi applicativa, è sempre dal testo che bisogna partire; a ritenere diversamente, reputando il significato delle parole come «un inutile orpello di un illusorio passato», si finirebbe per negare il ruolo orientativo e delimitativo del significato linguistico e «la stessa funzione comunicativa del linguaggio e condannare la comunità ad un relativismo cognitivo socialmente insopportabile»¹¹³.

¹⁰⁹ SCOLETTA, *Verso la giustiziabilità della violazione del divieto di analogia a sfavore del reo*, cit., p. 205, secondo il quale si è così evitato il rischio di confondere i piani della legalità e della colpevolezza. Dello stesso avviso PALAZZO, *Costituzione e divieto di analogia*, cit., p. 1225.

¹¹⁰ V. MANES, *Sui vincoli costituzionali dell'interpretazione in materia penale (a margine della recente giurisprudenza della Consulta)*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2021, fasc. 4, p. 1238, secondo il quale tale primazia deve affermarsi anche se deve prendersi atto che «i diversi criteri interpretativi disegnano ormai un Pantheon dove nessun dio domina sull'altro».

¹¹¹ Osserva BARTOLI, *Nuovi scenari della legalità penale*, cit., p. 16, che, ad esempio, interpretare in maniera puramente letterale l'elemento della reiterazione nel reato di atti persecutori «finisce per mettere del tutto in secondo piano gli eventi e la causalità soprattutto quando si è in presenza di condotte che consistono in mere molestie». Ampiamente su pregi e limiti dell'interpretazione letterale G. MARTIELLO, «*Vincolo testuale*» ed interpretazione nel diritto penale. *Necessità di una riconciliazione*, in *disCrimen*, 4.7.2023, pp. 26 ss. Ritiene che proprio il richiamo al criterio letterale debba far ridimensionare la calda accoglienza riservata a questa pronuncia M. PELLISSERO, *Prospettive della legalità penale*, in *Sist. pen.*, 2022, fasc. 12, pp. 149-152.

¹¹² Capitolo II, par. 6.2. Resta invece possibile distinguere tra un'applicazione interna al significato letterale e una esterna ad esso.

¹¹³ PALAZZO, *Legalità penale vs. creatività giudiziale*, cit., p. 995.

Quello della Corte costituzionale è un monito che perimetra il campo di gioco. Il richiamato legame al testo indica una direzione, ma per perseguirla le strade sono molteplici. Affidarsi al «significato delle parole» scopre, infatti, una pluralità di ulteriori questioni attinenti al linguaggio e ai destinatari dello stesso, che è ben testimoniata dalla molteplicità di vedute che Oltreoceano tutt'oggi si scontrano pur all'interno del medesimo filone dell'*originalism/textualism*¹¹⁴.

L'indicazione contenuta nella sentenza non offre una soluzione, ma il punto di partenza per un invito ad un "*self-restraint* ermeneutico" da esercitarsi optando, nei casi dubbi, nelle "zone grige", per una lettura interpretativa "tassativizzante e tipizzante". Tuttavia, affinché gli esiti interpretativi possano essere controllati, per verificare il rispetto del divieto è necessario che si dia corso a quell'invito a elaborare una deontologia ermeneutica condivisa¹¹⁵.

4.2. Spazi per una garanzia della riserva di legge in executivis

¹¹⁴ Di testualismo negli Stati Uniti si parla infatti al plurale; T. LEIGH GROVE, *Which textualism?*, in *Harv. L. rev.*, 2020, fasc. 1, pp. 265 ss., ne distingue almeno due: *formalistic textualism* e *flexible formalism*, i quali essenzialmente divergono per la considerazione che danno del contesto sociale e politico ai fini dell'interpretazione del testo.

¹¹⁵ Propone un *test* per verificare se si è incorsi in una analogia vietata DONINI, *Fattispecie o case-law?*, cit., p. 101: «Non è sempre facile distinguere interpretazione estensiva e analogia. C'è peraltro un test di prova, ed è se si sarebbe costretti, onestamente, a riscrivere la stessa disposizione di legge adottando una certa sua estensione. Se fosse mera innovazione normativa (che non altera la scrittura della disposizione), potrebbe scusare non averla conosciuta, ma sarebbe come l'interpretazione autentica, che opera *ex tunc*; se modifica o è dubbio che modifichi la disposizione, allora o opera *ex nunc*, oppure comunque si deve applicare la scusante, in caso di imprevedibilità».

Nell'individuare alcuni principi ermeneutici da seguire, ripropone di affidarsi al principio di proporzionalità, alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 150 del 2021 in materia di diffamazione, MANES, *Sui vincoli costituzionali dell'interpretazione in materia penale (a margine della recente giurisprudenza della Consulta)*, cit., pp. 1245-1246, secondo il quale «la Corte ha evidenziato con vigore le potenzialità orientative e selettive del principio di proporzionalità, inteso nella sua più lata accezione, sollecitando il giudice a condurre la scelta della sanzione – nella scelta tra pena detentiva e pena pecuniaria irrogabili per il delitto di diffamazione a mezzo stampa (art. 595, comma terzo, c.p.) – in modo da rispettare lo spessore del diritto fondamentale compresso dalla minaccia penale; così avviando questo fortunato principio ad iscriversi nella platea dei "canoni interpretativi unanimemente accettati"».

La giurisprudenza immediatamente successiva della Cassazione sembra aver già iniziato a recepire il messaggio della sentenza n. 98 del 2021¹¹⁶, dimostrando la propria disponibilità ad instaurare uno scambio proficuo, nel rispetto dei ruoli che la Consulta ha dimostrato di riconoscere, pur palesando il proprio atteggiamento di guardia sul rispetto dei limiti dell'ermeneutica.

Nonostante questi primi segnali, la giurisprudenza di legittimità rimane disseminata di applicazioni analogiche rispetto alle quali la sentenza n. 98 del 2021 fa sorgere un fondamentale quesito su quali siano gli strumenti offerti dall'ordinamento di fronte ad interpretazioni che seguano le traiettorie dell'analogia vietata. In altri termini: se il rispetto del principio di tassatività è rimesso nelle sole mani della giurisdizione, che garantisce per sé stessa, è evidente che l'argine che può offrire è scarso, facile preda dei flutti interpretativi più riottosi ad arrestarsi ai "cancelli delle parole".

Il problema assume particolare rilevanza quando l'interpretazione analogica si insedia nelle decisioni della Cassazione, anche nella sua massima composizione¹¹⁷. È vero, infatti, che ogni giudice è libero di discostarsi da un'applicazione normativa sostenuta dalla Suprema Corte che reputa analogica, sposando invece la soluzione interpretativa ritenuta rispettosa del limite costituzionale, tuttavia, questa scelta sfocerebbe con tutta probabilità in una sentenza "suicida", in quanto destinata ad essere riformata dalla pronuncia dei giudici di gradi superiori. Inoltre, affidare lo scardinamento di interpretazioni analogiche collocate presso l'organo della nomofilachia al

¹¹⁶ In questo senso si segnalano le sentenze nn. 5536 e 24772 del 2022, entrambe della Sesta Sezione della Cassazione che nel risolvere le questioni interpretative a loro sottoposte hanno espressamente citato la pronuncia n. 98 del 2021 della Corte e si sono riferite al criterio testuale. La prima delle due pronunce ha escluso la possibilità – prima riconosciuta e aspramente criticata in dottrina – di applicare l'art. 353-bis c.p. anche agli affidamenti diretti, mancando in queste ipotesi uno schema concorsuale. La seconda ha escluso dall'art. 353 c.p. la rilevanza del mendacio preliminare all'ammissione alla gara o anteriore rispetto al suo svolgimento quando non sia idoneo a incidere sul corretto svolgimento della stessa. Le due sentenze sono state commentate e connesse a questo monito della Corte costituzionale da V. MAIELLO, *Legalità della legge e divieto di analogia sfavorevole nella turbativa delle procedure selettive*, in *Giur. it.*, 2022, fasc. 11, pp. 2487-2494; E. LO MONTE, *Verso la riscoperta del principio di legalità? Le nuove tendenze della giurisprudenza di legittimità dopo i "dettami" della Consulta*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, fasc. 4, pp. 548-553.

¹¹⁷ È un'ipotesi tutt'altro che infrequente, basti far memoria della già citata giurisprudenza del massimo collegio riguardante la qualificazione della confisca di somme denaro sempre come confisca diretta, oppure quella relativa all'estensione della nozione di "materiale pornografico" prevista dall'art. 600-ter, commi 3 e 4 c.p.

solo giudice comune lascerebbe spazio a incertezze e discrasie applicative, fonte di disparità di trattamento ugualmente odiose¹¹⁸.

Riconoscere cittadinanza nell'ordinamento ad un orientamento interpretativo contrario ai diritti e i principi costituzionali palesa una "zona franca" intollerabile, al pari di quelle che riguardano i limiti del sindacato di costituzionalità rispetto a norme penali illegittime in mancanza di rime obbligate. Costruito e riconosciuto come valido un sistema di regole ermeneutiche che ha il suo cardine nel divieto di analogia, lasciare intatto un esito raggiunto tramite il discostamento da queste ultime sembra assimilabile – sia consentita la metafora – a riconoscere l'irrelevanza della condotta di un medico che, pur conoscendo le linee guida applicabili e adeguate ad un certo caso clinico, le abbia consciamente o inconsciamente violate *in executivis*.

Il problema non può che essere fugato tramite il ricorso ad una forma di controllo esterno alla giurisdizione che possa intervenire per eradicare interpretazioni analogiche, che sanzionando l'illecito interpretativo sottragga il divieto di analogia alla categoria delle norme imperfette¹¹⁹.

Le strade percorribili in questo senso si pongono lungo due possibili direttici principali e riguardano l'opportunità o meno di coinvolgere in questo controllo sulla legalità dell'interpretazione la Corte costituzionale.

Iniziando dalla soluzione più "liquida", si potrebbe prospettare un impegno della Corte costituzionale nel sanzionare interpretazioni contrastanti con il divieto di analogia in sede di giudizio incidentale: dovrebbe essere sottoposta alla sua attenzione un'interpretazione che il giudice rimettente ritiene illegittima, assumendo a parametro costituzionale di giudizio il principio di tassatività¹²⁰.

Una simile opzione presenta, tuttavia, una serie di inconvenienti. In primo luogo, non muta l'assunto di partenza: sarebbe pur sempre il giudice comune, nella sua posizione di "portiere" dell'accesso alla Corte costituzionale, a rimanere *dominus* sulla

¹¹⁸ SCOLETTA, *Verso la giustiziabilità della violazione del divieto di analogia a sfavore del reo*, cit., p. 210; ID., *Sulla sindacabilità dell'interpretazione imprevedibile e dell'applicazione analogica della legge penale*, in R. ACQUAROLI, E. FRONZA, A. GAMBERINI (a cura di), *La giustizia penale tra ragione e prevaricazione. Dialogando con Gaetano Insofera*, Roma, 2021, p. 452.

¹¹⁹ Il problema della "giustiziabilità" del divieto è messo bene in luce da A. CADOPPI, *Quis custodet ipsos custodes? La necessità di un meccanismo di controllo dell'interpretazione della legge penale*, in ACQUAROLI, FRONZA, GAMBERINI (a cura di), *La giustizia penale tra ragione e prevaricazione. Dialogando con Gaetano Insofera*, cit., pp. 300-301; oltre che da SCOLETTA, *Verso la giustiziabilità della violazione del divieto di analogia a sfavore del reo*, cit., pp. 209-212; PALAZZO, *Costituzione e divieto di analogia*, cit., pp. 1222-1223.

¹²⁰ Favorevole a questa opzione, ritenuta come evoluzione prossima non implausibile del sindacato di costituzionalità BARTOLI, *Nuovi scenari della legalità penale*, cit., pp. 12-13; con diversità di accento anche PALAZZO, *Costituzione e divieto di analogia*, cit., pp. 1223.

prima valutazione circa la portata analogica di una interpretazione; senza una consolidata cultura all'esercizio di un giudizio critico verso gli indirizzi della giurisprudenza di legittimità, la prospettiva che questi ritenga di sollevare la questione è assai incerta.

In secondo luogo, sarebbe necessaria una chiara rimodulazione del filtro dell'inammissibilità da parte della Corte costituzionale, la quale dovrebbe escludere tale sanzione per il giudice che non abbia tentato di percorrere la strada dell'interpretazione conforme discostandosi dal diritto vivente ritenuto illegittimo, assumendo invece proprio quest'ultimo come oggetto di giudizio. Sotto questo profilo, come evidenziato poco sopra, qualche segnale in questa direzione pare essere già presente nella giurisprudenza costituzionale più recente sul riequilibrio tra interpretazione conforme e dottrina del diritto vivente¹²¹.

L'unione di queste due circostanze disegna un controllo abbastanza debole, affidato alla "confessione" del giudice ordinario, che indichi quella diffusa in giurisprudenza come una interpretazione analogica, e al rispetto dei crismi necessari all'ammissibilità davanti alla Corte¹²².

Dinanzi a queste difficoltà sorgono le proposte di introdurre una forma di ricorso diretto alla Corte costituzionale attivabile direttamente dal cittadino che reputi di

¹²¹ In verità questa rimodulazione appare essere già in atto, qualche segnale lo si rinviene nella sentenza della Corte costituzionale n. 12 del 2020, come segnalano da SCOLETTA, *Verso la giustiziabilità della violazione del divieto di analogia a sfavore del reo*, cit., p. 210. In un'ottica più generale SBORO, *Il «diritto vivente» nel giudizio incidentale. Indagine sulla più recente giurisprudenza costituzionale (2017-2022)*, cit., p. 395.

¹²² CADOPPI, *Una tessera in più nel puzzle della legalità*, cit., pp. 75-76.

essere stato vittima di una applicazione analogica illegittima della norma penale¹²³, sul modello spagnolo del *recurso de amparo*¹²⁴ o del tedesco *Verfassungsbeschwerde*¹²⁵.

Senza bisogno di dover convincere della rilevanza il giudice ordinario, il cittadino che ritiene di essere stato vittima di una interpretazione analogica *in malam partem*, esauriti tutti i rimedi giurisdizionali, potrebbe ricorrere alla Corte costituzionale per sottoporre a verifica la sussistenza della violazione¹²⁶. L'esito positivo della verifica

¹²³ Menzionano la possibilità di investire di questo compito la Corte costituzionale, F. BRICOLA, *Le definizioni normative nell'esperienza dei codici penali contemporanei e nel progetto di legge italiano*, in A. CADOPPI (a cura di), *Omnis definitio in iure periculosa? Il problema delle definizioni legali nel diritto penale*, Padova, 1996, p. 189; A. MANNA, *L'analogia nel diritto penale*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA (a cura di), *Trattato di diritto penale, Parte generale*, vol. I, *Il diritto penale e la legge penale*, Torino, 2012, p. 220 ss.

¹²⁴ Il *recurso de amparo* è un ricorso diretto individuale al Tribunale costituzionale spagnolo, strumento di grande successo presente in molti Paesi che hanno conosciuto regimi autoritari che l'hanno impiegato per assicurare un'ampia diffusione dei valori costituzionali. I tratti essenziali dell'istituto sono previsti dagli artt. 53, comma 2 e 161 della Costituzione spagnola e prevedono la possibilità per qualsiasi persona fisica o giuridica, al Difensore del popolo e al pubblico ministero di poter ricorrere contro atti od omissioni commesse dai pubblici poteri, compresi gli atti giurisdizionali (esclusi i soli atti legislativi), che abbiano comportato la lesione di uno dei diritti fondamentali elencati all'art. 14 (principio di uguaglianza) e i diritti elencati nella prima sezione della Carta ("Dei diritti fondamentali e delle libertà pubbliche"). Per un quadro di sintesi sull'istituto, che traccia un bilancio all'interno dei primi quarant'anni della Costituzione spagnola, E. CRIVELLI, *Il recurso de amparo e la sua più recente evoluzione nella giustizia costituzionale spagnola*, in M. IACOMETTI, C. MARTINELLI, *La Costituzione spagnola quarant'anni dopo*, Santarcangelo di Romagna, 2020, pp. 229-246; per un'analisi specifica dei requisiti di ammissibilità del *recurso de amparo*, A. LÓPEZ NAVÍO, *Luces y ombas del recurso de amparo constitucional*, in *Nuevos Horizontes del Derecho Constitucional*, 2023, fasc. 3 extra, pp. 26-47.

¹²⁵ Il *Verfassungsbeschwerde* è uno dei procedimenti riconducibili al controllo di costituzionalità svolto dal *Bundesverfassungsgericht* (d'ora in poi anche *BVerfG*), previsto dall'art. 93 par. 1 n. 4a della Costituzione federale tedesca e disciplinato dagli artt. 90-95 della legge istitutiva del Tribunale costituzionale federale (*BVerfGG*). Può essere proposto da chiunque ritenga di essere stato leso dalla pubblica autorità in uno dei suoi diritti fondamentali, dopo aver previamente esaurito gli altri rimedi giurisdizionali. Oggetto del ricorso può essere una norma di legge o una pronuncia giurisdizionale. In quest'ultimo caso, se accerta la lesione del diritto del singolo, il Tribunale annulla la pronuncia impugnata e, per l'effetto, provvede a dichiarare illegittima la norma presupposta con effetti *erga omnes*. Tramite una rigida selezione dei criteri di ammissibilità, ancorati alla violazione di un diritto costituzionale specifico (*spezifisches Verfassungsverbrechen*), si esclude che il ricorso possa costituire un ulteriore rimedio giurisdizionale avverso i procedimenti giurisdizionali ordinari. Per una ricostruzione del significato e dell'evoluzione dell'istituto si veda F. SAIITTO, *Il ricorso individuale diretto: assetti del sistema di giustizia costituzionale e rapporti tra giurisdizioni in Germania*, in G. REPETTO, F. SAIITTO (a cura di), *Temi e problemi della giustizia costituzionale in Germania. Una prospettiva comparativa alla luce del caso italiano*, Napoli, 2020, pp. 43- 85.

¹²⁶ Nell'ordinamento tedesco la fortuna del ricorso diretto è dovuta proprio alla sua natura di canale di intervento non necessariamente cooperativo che consente al Tribunale costituzionale federale di intervenire anche laddove i giudici non abbiano ritenuto necessario sollevare questione di costituzionalità ai sensi dell'art. 100 GG o abbiano con la loro decisione violato i diritti fondamentali del ricorrente. Su

potrebbe rendere giustizia nel caso concreto, caducando una interpretazione illegittima, e ricondurre nei limiti l'interpretazione della norma con una pronuncia con efficacia *erga omnes*.

Un simile ricorso diretto non si sovrapporrebbe nemmeno a quello alla Corte di Strasburgo: è vero che questa può intervenire, come è accaduto, per sanzionare mutamenti giurisprudenziali imprevedibili per l'imputato al momento del fatto, ma non avendo compiti di interpretazione delle leggi nazionali non potrebbe sradicare una interpretazione analogica consolidata¹²⁷.

Per quanto affascinante, tale proposta richiederebbe un mutamento radicale del ruolo della Corte costituzionale, tanto per composizione quanto per funzione nell'ordinamento¹²⁸. Sotto il primo profilo, non è difficile pronosticare che la Corte sarebbe

questo incide, in maniera netta, il fatto che il *BVerfG* sia pensato anche come giudice dei diritti, il cui intervento può essere incentrato proprio sulla violazione di un diritto fondamentale del singolo e non solo sul contrasto astratto tra norme ordinarie e Costituzione. Sul punto SAITTO, *Il ricorso individuale diretto*, cit., p. 83.

¹²⁷ CADOPPI, *Una tessera in più nel puzzle della legalità*, cit., p. 77.

L'esperienza spagnola dimostra che alla presenza di un ricorso diretto interno corrisponde un bassissimo numero di ricorsi che giungono alla Corte di Strasburgo. La Spagna, infatti, presenta una delle più basse percentuali del rapporto tra popolazione e numero di ricorsi presentati alla CEDU (0,13 % ogni 10.000 abitanti, contro lo 0,28 % italiano). Ciò non è dovuto ad una scarsa considerazione della Convenzione per l'ordinamento spagnolo, che anzi tramite la giurisprudenza del Tribunale costituzionale è utilizzata come criterio di interpretazione della norma costituzionali. Ciò ha fatto sì che in quarant'anni di esperienza costituzionale la Spagna sia stata oggetto di sole centosessanta decisioni della Corte EDU, contro le oltre duemila che hanno riguardato l'Italia. Riporta questi dati CRIVELLI, *Il recurso de amparo e la sua più recente evoluzione nella giustizia costituzionale spagnola*, cit., pp. 243-245.

¹²⁸ L'argomento dell'opportunità di introdurre un ricorso diretto anche nel nostro ordinamento costituzionale non è nuova, risalendo nella sua prima formulazione al lavoro di M. CAPPELLETTI, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Firenze, 1955 e ripresa in più occasioni, come in un apposito seminario tenutosi presso la Corte costituzionale i cui atti sono raccolti in AA.VV., *Giudizio «a quo» e promovimento del processo costituzionale*, Atti del Seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 13 e 14 novembre 1989, Milano, 1990. All'epoca gli argomenti a favore dell'introduzione di questa forma di ricorso si incentravano prevalentemente sulla finalità di colmare le strettoie del sistema incidentale. In epoca più recente l'argomento è ricomparso, questa volta con il fine di attribuire al giudice costituzionale nuove missioni, ossia di trasfigurarlo da giudice delle leggi a giudice dei diritti fondamentali. Per una ricostruzione di questi argomenti, orientata però nel senso della sufficienza dell'incidentalità, quale strumento idoneo a contemperare le esigenze di tutela dei diritti e quelle di controllo oggettivo sulle fonti, P. PASSAGLIA, *Sull'inopportunità di introdurre il ricorso diretto individuale*, in R. TARCHI (a cura di), *Patrimonio costituzionale europeo e tutela dei diritti fondamentali. Il ricorso diretto di costituzionalità*, Torino, 2012, pp. 323-348.

sommersa da un numero imponente di ricorsi¹²⁹ che richiederebbe di aumentarne significativamente l'organico e le modalità di funzionamento, rinunciando ad esempio alla regola della collegialità. Sotto il secondo profilo, ammettere la possibilità di ricorrere nei confronti di una sentenza della Cassazione per violazione del divieto di analogia trasformerebbe in definitiva la Consulta in un organo di quarta istanza, attribuendole una funzione di controllo sull'interpretazione delle leggi che invaderebbe quello che nel nostro ordinamento – anche a seguito delle “guerre delle Corti” – è un compito che le è istituzionalmente precluso. In altri ordinamenti, come quello tedesco, l'ingerenza nell'interpretazione da parte del *Bundesverfassungsgericht* è possibile in ragione dell'appartenenza del giudice costituzionale alla giurisdizione, quale giudice tra altri giudici¹³⁰. Nell'esperienza tedesca, la possibilità di assumere ad oggetto delle proprie decisioni le pronunce degli altri organi giurisdizionali (*Urteilsverfassungsbeschwerde*) è consentita dalla circostanza che il Tribunale costituzionale federale, per la sua posizione nell'ordinamento, è custode tanto della “legalità legale” quanto della “legalità costituzionale”. Nel nostro disegno costituzionale la Corte non appartiene né alla giurisdizione né al circuito del *government*, ciò l'ha collocata a presidio della sfera della sola “legalità costituzionale”, separata dalla “legalità legale”, sottoposta quest'ultima al controllo dalle giurisdizioni superiori, in primo luogo dalla Corte di cassazione. Un ricorso diretto di tal fatta, pur potendo produrre benefici per la garanzia individuale, presenterebbe allora dei costi ordinamentali da valutare molto

¹²⁹ Lo straordinario successo del *recurso de amparo* ha comportato una alluvione di ricorsi che hanno raggiunto nel 2006 il numero di 14.000. Per contenerne la quantità è stata introdotta tramite la *ley organica* n. 6 del 2017 una barriera per selezionare l'ammissibilità del ricorso, fondato sulla presunzione negativa che richiede al ricorrente di dimostrare la *especial trascendencia constitucional* della questione, così come specificata dalla giurisprudenza del Tribunale costituzionale (sent. 155 del 2009). In particolare, su questo aspetto LÓPEZ NAVÍO, *Luces y sombras del recurso de amparo constitucional*, cit., pp. 36-40.

¹³⁰ Sull'argomento si veda G. REPETTO, *Il controllo di costituzionalità delle leggi: giurisdizione e politica nel prisma del Bundesverfassungsgericht*, in REPETTO, SAITTO (a cura di), *Temi e problemi della giustizia costituzionale in Germania. Una prospettiva comparativa alla luce del caso italiano*, cit., pp. 7-11, il quale evidenzia che tale posizione del *BVerfG* «se ha posto notevoli problemi in merito alla ricerca di chiavi di coesistenza con altri organi di vertice della giurisdizione, ha sicuramente rafforzato l'autonomia e la legittimazione del Tribunale costituzionale, che ha sempre giocato, per così dire, sul “doppio tavolo” dell'esercizio della giurisdizione e della legalità costituzionale vera e propria». Anche nell'ordinamento tedesco, tuttavia, la difficoltà di districare il problema dell'ingerenza del *BVerfG* sulle decisioni delle altre giurisdizioni ha sollevato critiche nella dottrina costituzionalistica, che ha denunciato la progressiva estensione del controllo del Tribunale oltre la lesione del diritto fondamentale in senso stretto, sino a ricomprendere la valutazione su eventuali arbitrii del giudice, stimolando l'elaborazione di un complesso criterio di definizione degli ambiti di intervento del ricorso individuale. Ricostruisce i termini del problema SAITTO, *Il ricorso individuale diretto*, cit. pp. 65-76.

cautamente, ridisegnando nel profondo i rapporti tra giudice costituzionale e giudice comune.

Per questo motivo vi è chi propone di attribuire questo compito di controllore esterno ad un organo *ad hoc*¹³¹, formato da giuristi di varia provenienza (dall'accademia, dall'avvocatura e dalla stessa magistratura) e privo di funzioni propriamente interpretative, che assumerebbe il compito di «delegittimare, come manifestamente eccedenti rispetto ai significati plausibili della lettera della legge, le interpretazioni palesemente analogiche ed eccessivamente creative provenienti dal Supremo Collegio»¹³². Dovrebbero poi studiarsi le possibili conseguenze di questa censura: rendere inefficace l'interpretazione bollata come esorbitante il testo legislativo e determinare le conseguenze per gli altri soggetti vittime dello stesso illecito applicativo.

Tutte queste diverse soluzioni, per quanto dischiudano problemi che richiedono un ripensamento complessivo dei rapporti istituzionali, sono affascinanti perché prospettano la possibilità di fugare la "zona franca" dell'interpretazione analogica e di escludere interpretazioni che, ancorché prevedibili, sono infedeli sul piano ermeneutico¹³³. Il vero nodo di fondo alla loro realizzazione sembra doversi rinvenire proprio nella difficoltà in concreto di distinguere tra interpretazioni interne al tipo legale e interpretazioni eccedenti i limiti del testo. Di fronte a casi "difficili" la distinzione sublima in una scelta di valore che richiede una raffinata capacità di bilanciamento tra gli interessi in gioco. Immaginare un organo *ad hoc* dotato della legittimazione democratica necessaria al fine di interpretare questo compito senza sconfinare nelle attribuzioni degli altri poteri dello Stato appare assai difficile in un contesto di perenne tensione tra magistratura e potere politico. Sotto questo aspetto le esperienze straniere, spagnola e tedesca, insegnano che la previsione di un ricorso diretto nei

¹³¹ Con varietà d'accenti la proposta si rinviene in M. DONINI, *L'art. 129 del Progetto di revisione costituzionale approvato il 4 novembre 1997. Un contributo alla progressione "legale", prima che "giurisprudenziale", dei principi di offensività e di sussidiarietà*, in *Crit. Dir.*, 1998, pp. 95 ss., il quale propone l'istituzione di un organo composto in seno al Parlamento, titolare della legittimazione a sollevare una questione di legittimità costituzionale; G. FIANDACA, *La giustizia penale in Bicamerale*, in *Foro it.*, 1997, fasc. 6, p. 168, il quale propone invece l'istituzione di un organo specifico competente a giudicare la violazione del principio da parte della giurisprudenza; V. MAIELLO, *La legalità della legge e il diritto dei giudici: scossoni, assestamenti e sviluppi*, cit., pp. 129 ss., il quale è favorevole ad un organo *ad hoc* composto da giuristi di varia estrazione che potrebbe operare anche in via preventiva, quando il difetto di formulazione della legge si manifesti già in astratto al momento della sua emanazione.

¹³² CADOPPI, *Il "reato penale"*, cit., p. 336.

¹³³ Sottolinea in particolare questo aspetto, inteso come garanzia ulteriore rispetto a quella offerta dalla prevedibilità CEDU, MAIELLO, *La legalità della legge e il diritto dei giudici: scossoni, assestamenti e sviluppi*, cit., p. 142.

confronti dell'organo di giustizia costituzionale tende a trascinare quest'ultimo nell'agone politico, con una progressiva giurisdizionalizzazione della politica¹³⁴.

Per questo motivo la soluzione più praticabile, nonostante tutti i suoi limiti pare proprio la prima. Affidare al giudice comune il compito di sollevare la questione di legittimità sul diritto vivente che sconfini nell'analogia e lasciare alla Corte costituzionale il compito di espungere dall'ordinamento interpretazioni che, ponendosi manifestamente al di fuori dei possibili significati letterali del testo, violino il monopolio sulle scelte di incriminazione spettante alla legge e le sue (già ridotte) capacità orientative nei confronti dei comportamenti individuali è una soluzione percorribile e desiderabile. Lo strumento dovrebbe essere certamente impiegato con cautela e senso del limite, sfoderato solo quando plateali invasioni di campo e lesioni dei diritti del singolo presentino come irrinunciabile l'intervento della Corte¹³⁵. Un uso cauto della dichiarazione di illegittimità di una interpretazione analogica può produrre una feconda contaminazione culturale nell'atteggiamento dei giudici ordinari, orientato alla lettura del testo sulla base di una «pre-comprensione legalitaria»¹³⁶, come testimoniato dalle prime citate pronunce della Cassazione a seguito della sentenza n. 98 del

¹³⁴ Mette in evidenza questo aspetto sottolineando affinità e divergenze tra il modello tedesco e quello spagnolo, accumulati nel medesimo pericolo di un «pangiuridicismo costituzionale» G. NAGLIERI, *Il ricorso diretto di costituzionalità nell'era della crisi della politica. "Verfassungsbeschwerde" e "recurso de amparo" tra percorsi di innovazione e apertura alla società*, in *www.federalismi.it*, 17.5.2023, pp. 175-178; l'A. sottolinea inoltre che nel modello spagnolo del *recurso de amparo* la possibilità di ricorrere contro provvedimenti giurisdizionali ha condotto a tensioni anche gravi tra il Tribunale costituzionale e la giurisdizione ordinaria.

¹³⁵ Preme osservare che il diffondersi di un controllo sull'illegittimità di una interpretazione analogica porterebbe con tutta probabilità a dover riconsiderare l'orientamento della Corte costituzionale assunto nella sentenza n. 230 del 2012. Dinanzi ad una pronuncia di illegittimità di una interpretazione sarebbe certamente difficile sostenere che questa non influisca sulle sentenze di condanna rese proprio sulla scorta di quella soluzione ermeneutica. L'art. 673 c.p.p. dovrebbe essere allora probabilmente rivisto. Si è consci che questa soluzione apre una lunga serie di problemi che andrebbero analizzati approfonditamente, ma tale esame porterebbe la trattazione molto al di là del suo tracciato.

¹³⁶ MARTIELLO, «Vincolo testuale» ed interpretazione nel diritto penale. *Necessità di una riconciliazione*, cit., p. 34, il quale indica quale via per un ritorno alla centralità del testo la necessità di incidere proprio sulla formazione dei magistrati «È, quindi, sul piano della preventiva "sensibilizzazione culturale" del magistrato che occorrerebbe concentrare maggiormente l'attenzione, il che giocoforza impone di interrogarsi, specie per chi il diritto penale lo coltiva anche o soltanto nell'Accademia, su come quest'ultimo viene insegnato e sulla raggiunta consapevolezza che il modo della sua futura applicazione pure dall'*imprinting* che gli studenti di oggi ricevono nelle aule universitarie» (p. 35). Pur essendo l'Autore scettico nei confronti di forme di controllo esterne sull'interpretazione, poiché tutte si scontrano alla fine con il limite di non essere soggette ad un controllo ancora superiore avvitandosi in una spirale infinita, qui pare di potersi affermare che la Corte può fornire uno stimolo autorevole in questo cammino.

2021, e propenso alla collaborazione nel sollevare in via incidentale il dubbio sulla legittimità di una interpretazione.

5. La Corte costituzionale custode della riserva di legge

All'esito di questo *excursus* nella più recente giurisprudenza costituzionale in materia di riserva di legge sembrano emergere i tratti di un impegno nuovo nella definizione del principio.

Sotto il profilo dei rapporti tra Parlamento e Governo la Corte pare aver definitivamente rotto gli indugi nell'intervenire a tutela dei limiti della delegazione legislativa. Gli effetti *in malam partem* che possono prodursi dalla decisione non sono di ostacolo alla declaratoria di incostituzionalità degli atti aventi forza di legge che violano l'art. 76 Cost. A prima vista sembrerebbe che tale scelta prediliga la tutela del versante istituzionale del principio, anche a discapito degli interessi del singolo. A ben vedere, tuttavia, una simile considerazione pare dover essere ridimensionata: l'affermazione della possibilità di intervenire anche rispetto a norme più favorevoli introdotte in spregio alle indicazioni dell'organo legislativo è funzionale ad accreditare una tutela forte contro gli abusi del potere esecutivo che, certamente, possono manifestarsi anche mediante l'introduzione di norme che escludono o mitigano la rilevanza penale di certe classi di condotte, creando odiose forme di privilegio¹³⁷. Nei confronti del singolo gli effetti sfavorevoli derivanti dalla sentenza possono senz'altro essere sdrammatizzati dal ricorso al discrimine fondato sul momento di commissione della condotta: se questa è stata realizzata prima dell'introduzione della norma viziata, l'autore non è vulnerato dal venir meno di una norma che non esisteva al momento del fatto, inconferente rispetto alla sua libera determinazione all'azione.

Sul versante della decretazione d'urgenza in materia penale, la Corte si mostra ancora restia a sanzionare i *deficit* di motivazione dei presupposti di necessità e urgenza, impegnandosi a supplire direttamente a tali carenze in forza della astratta ragionevolezza dell'intervento normativo. Sarebbe, invece da accogliere con favore un sindacato più stringente su questa forma di esercizio del potere normativo del Governo, posto che è proprio il decreto-legge il prediletto braccio esecutivo di impulsive

¹³⁷ G. COCCO, *Riserva di legge e controllo di costituzionalità. Breve rassegna della giurisprudenza costituzionale*, in *Cass. pen.*, 2023, fasc. 3, pp. 762-763.

innovazioni dell'ordinamento penale¹³⁸. Nonostante ciò, nel sanare la carenza motivazionale sui presupposti di necessità e urgenza, la Corte ricorda comunque che una pronuncia che dichiari l'illegittimità di un decreto-legge per un vizio formale non è ostacolata dalla possibile produzione di effetti sfavorevoli¹³⁹.

Il richiamo al rispetto degli artt. 76 e 77 Cost. non pare poter essere letto, invece, come un passo avanti verso la riconquista della dimensione essenzialmente parlamentare della riserva di legge¹⁴⁰. Come si è già ripetuto, i difetti della procedura legislativa interna alle Camere e la loro sostanziale impermeabilità al controllo esterno fanno sì che l'esaltazione dei pregi del dibattito parlamentare si scontri con un dato di realtà opposto¹⁴¹. Il richiamo al rispetto delle reciproche attribuzioni deve essere letto come un monito della Corte all'utilizzo del potere legislativo in maniera conforme alle indicazioni costituzionali, le quali garantiscono che lo sviluppo della politica criminale impostata dall'organo rappresentativo avvenga in maniera coerente e controllabile. Significativo, in questo senso, è il richiamo contenuto nella sentenza n. 189 del 2019 e rivolto al legislatore per evitare che l'utilizzo di deleghe ampie e generiche frustri l'«obiettivo– rilevante ex art. 25, secondo comma, Cost. – di una più immediata riconoscibilità del precetto penale da parte dei suoi destinatari»¹⁴².

La preoccupazione per la riconoscibilità del precetto si manifesta anche nello sviluppo della riserva di legge negli ambiti del diritto amministrativo punitivo. L'esclusione dell'erronea identificazione della relatività della riserva con una emarginazione del ruolo della legge mira, in primo luogo, a riaffermare la funzione di quest'ultima

¹³⁸ Colgono nel segno, sotto questo profilo, le osservazioni del Tribunale di Catanzaro che nel sollevare la questione di legittimità sulla modifica per decreto dell'abuso d'ufficio circa l'opinabilità della straordinaria necessità e urgenza della depenalizzazione di un reato (Corte cost. n. 8 del 2022, considerando in diritto § 6.3).

¹³⁹ Corte cost. n. 8 del 2022, considerando in diritto § 5.

¹⁴⁰ Di questo avviso, CUPELLI, *La riserva di legge in materia penale e gli effetti "in malam partem" delle pronunce del giudice costituzionale*, cit., p. 1736, secondo il quale «L'esito della pronuncia, a prescindere dai possibili risvolti, è dunque quello di ripristinare il valore della deliberazione fatta nella sede parlamentare e il risultato è — anche in questo caso, censurando sconfinamenti di altri poteri dello Stato — quello di restituire al Parlamento la titolarità esclusiva delle scelte di politica criminale».

¹⁴¹ Presso lo stesso Parlamento peraltro sembra poco diffusa l'attenzione sui limiti posti dall'art. 76 Cost. Ne è riprova il fatto che nel caso esaminato dalla sentenza n. 175 del 2022, l'estensione della fattispecie di cui all'art. 10-bis D. Lgs. n. 74 del 2000 era stata rilevata dalle competenti Commissioni parlamentare in sede di parere obbligatorio sullo schema del decreto, ma queste anziché rilevare l'eccesso di delega si erano anzi espresse a favore della scelta del Governo. Lo rileva G. VIVOLI, *La Corte costituzionale e il reato di omesso versamento di ritenute d'acconto: un "concorso di colpa" tra eccesso di delega e mancati controlli del delegante*, in *www.contabilità-pubblica.it*, 31.12.2022, pp. 16-17.

¹⁴² Corte cost. n. 189 del 2019, considerando in diritto § 11.

quale primo strumento di comunicazione del precetto ai cittadini che ne sono destinatari. In secondo luogo, preservando la funzione della legge da una definitiva erosione nei contesti in cui la riserva è relativa, la Corte cerca di mantenere il controllo su sanzioni che possono incidere i diritti fondamentali del cittadino in maniera consistente, anche se non qualificati formalmente come penali.

Tra gli orientamenti emergenti, quello che sicuramente appare più decisivo per l'affermazione della centralità del testo legislativo è quello relativo all'intervento della Corte sul terreno dell'interpretazione. In un panorama in cui l'ineludibilità del momento interpretativo è ormai certificata, non foss'altro per l'influenza della giurisprudenza sovranazionale in materia di legalità, la riserva di legge assume un significato che è sempre più versato nella delimitazione dei rapporti tra potere legislativo e giudiziario. La valorizzazione del testo come punto di partenza e limite dell'interpretazione e il richiamo a non oltrepassare i confini dell'analogia testimoniano come la riserva di legge sia sempre più stretta ai corollari che la completano, quello di determinatezza e tassatività. La fonte legislativa, infatti, necessita pur sempre dell'opera interpretativa del giudice, quindi, i confini tra riserva di legge e tassatività sono sempre più sfumati.

L'accentuazione del criterio letterale nell'interpretazione non è un ingenuo richiamo ad un legalismo passatista, ma assume i tratti di un richiamo alla responsabilità non solo del giudice, ma anche del legislatore stesso.

Nei confronti del primo il dovere di rispettare il significato letterale delle parole non mira a svilirne il ruolo di interprete, ma a trattenerlo dal perseguire obiettivi di politica criminale ulteriori o diversi da quelli selezionati dalla legge. La scelta sul se e quando punire è riservata alla legge e anche quelli che appaiono come vuoti legislativi devono essere lasciati come tali. Le lacune, infatti, possono essere frutto di scelte del legislatore, che ha inteso selezionare solo certe condotte, oppure possono essere il riflesso di una mutata realtà sociale o di evoluzioni tecnologiche che sono intervenute in un momento successivo all'emanazione della legge e che hanno fatto emergere nuovi fenomeni non previsti né prevedibili dal legislatore¹⁴³. In entrambi i casi questi i vuoti non possono essere colmati dal giudice con interpretazioni che attribuiscono al testo un significato eccedente a quello delle parole impiegate, poiché «il solo potere legittimato a colmare la lacuna, compiendo la scelta politica di reprimere certi fatti

¹⁴³ BONOMI, *Il principio di determinatezza delle fattispecie criminose*, cit., p. 180.

con l'arma della pena è il potere legislativo»¹⁴⁴. Laddove il giudice assuma come propria missione quella di colmare le lacune «sta dalla parte non del diritto, ma o di un soggetto privato: la presunta vittima, di cui allarga le pretese riconosciute; o dalla parte delle esigenze di riforma che il Parlamento ha ommesso di attuare»¹⁴⁵; pertanto, riconoscere il limite del testo significa anche riportare l'intervento penale alla sua essenziale frammentarietà ed *extrema ratio*.

A un simile atteggiamento dovrebbe auspicabilmente corrispondere una responsabilizzazione del legislatore: non potendo più confidare in ardite opere di puntellamento di originari difetti di formulazione tramite un uso disinvolto dell'interpretazione da parte della giurisprudenza, il prodotto legislativo dovrebbe essere accompagnato da una maggior cura nella sua formulazione, operazione guidata dalla consapevolezza che solo un uso oculato delle parole potrà permettere il perseguimento degli obiettivi di politica criminale che l'intervento legislativo si prefissa¹⁴⁶. Allo stesso modo, i limiti alla possibilità per la giurisprudenza di adeguare discipline vetuste a fenomeni nuovi¹⁴⁷, in alcun modo riconducibili al significato del testo, dovrebbero frenare la latitanza della politica dalla disciplina di questi ultimi, anche (e soprattutto) quando riguardino temi ove si incrociano profonde scelte valoriali¹⁴⁸.

¹⁴⁴ N. MAZZACUVA, *A proposito della "interpretazione creativa" in materia penale: nuova "garanzia" o rinnovata violazione dei principi fondamentali?*, in DOLCINI, PALIERO, *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., p. 453.

¹⁴⁵ DONINI, *Fattispecie o case-law?*, cit., p. 87.

¹⁴⁶ Si pensi al già menzionato caso dell'art. 590-*sexies* c.p., ove la formulazione testuale criptica ha indotto la giurisprudenza, pur di far salva la norma, a mutare significativamente quella che sembrava essere l'intenzione del legislatore, reintroducendo un requisito della fattispecie (la graduazione della colpa) in via del tutto eccedente il testo della disposizione.

¹⁴⁷ Il richiamo al rispetto del limite del divieto di analogia dovrebbe impedire (o almeno rendere più difficoltoso sotto il profilo dell'onore motivazionale) operazioni ermeneutiche come quelle che hanno interessato l'art. 600-ter c.p. ove, dinanzi alla necessità di disciplinare l'incrocio tra la pedopornografia e la pervasività dei *device* informatici, le Sezioni Unite sono giunte a trarre dalla norma conclusioni manifestamente analogiche, spinte dall'assenza di un intervento del legislatore che dia alla materia una sistemazione organica. Sul punto, si rinvia alle puntuali notazioni critiche di RECCHIA, *Pregevoli approdi e persistenti criticità nella sentenza delle Sezioni unite sul sexting*, cit., p. 1475.

¹⁴⁸ Esemplicativo è il tema oggetto della sentenza n. 98 del 2021 della Corte costituzionale e della n. 10381 del 26.11.2020 delle Sezioni Unite della Cassazione. In entrambi i casi le questioni interpretative ruotavano attorno alla rilevanza di rapporti interpersonali non formalizzati in determinate categorie giuridiche. In essi si può scorgere una sopravvenuta inadeguatezza delle norme codicistiche rispetto al mutato assetto delle relazioni rispetto alle quali sarebbe necessario che il legislatore esprimesse in modo chiaro la propria intenzione di darvi rilevanza o meno, secondo una certa idea di famiglia intimamente legata ad opzioni di tipo politico, così evitando di delegare la soluzione di tali problemi alla magistratura. Su questo tema R. BARTOLI, *La famiglia nel diritto penale: evoluzione sociale, riforme legislative, costituzionalismo*, in *Leg. pen.*, 2021, fasc. 3, pp. 1-35, il quale evidenzia in particolare come all'evoluzione registratasi nel diritto civile sul concetto di famiglia non corrisponda una pari evoluzione nel diritto penale.

Intraprendere questa strada permetterebbe di far riacquisire alla riserva di legge anche il suo significato sostanziale, come strumento per garantire un ancoraggio delle scelte in materia penale a precise opzioni assiologiche e riscoprire il carattere frammentario della legge penale quale riflesso del canone dell'*extrema ratio*.

L'effettivo impatto di tutti questi profili necessita di un impegno ineludibile della Corte costituzionale, nel quale assuma «non solo la “classica” funzione di “custode negativo” della Costituzione bensì, sempre più, una funzione dinamica di “custode attivo” della democrazia»¹⁴⁹.

Richiamato il giudice ad assumere un abito ermeneutico rigoroso, indirizzato al vincolo testuale e alla proporzionalità anche nella scelta tra più significati possibili, questi dovrà ritrarsi anche dalla sanatoria di disposizioni indeterminate tramite interpretazioni creative. Di conseguenza, laddove conferire ad una disposizione un contenuto sufficientemente chiaro non sia possibile, ove per la vaghezza del testo non si riesca ad individuare il discrimine tra una interpretazione estensiva e una analogica (o meglio, tra una interna e una esterna al testo), il giudice dovrà rinviare la questione alla Corte costituzionale.

La Consulta si dovrebbe così impegnare, oltre che a sanzionare interpretazioni analogiche innestatesi nel diritto vivente – assunto con cautela come oggetto delle proprie decisioni –, anche ad accertare con maggior coraggio l'illegittimità di norme viziate dal difetto dell'indeterminatezza.

Lo scarso presidio di questo principio, infatti, svislisce il senso della riserva di legge e denota quella che è stata efficacemente definita come «l'insostenibile leggerezza della legalità penale»¹⁵⁰. Il rispetto della determinatezza e della tassatività costituiscono quelli che possono essere, invece, individuati come i tratti meritevoli di maggior attenzione nella odierna legalità: la loro valorizzazione fa sì che la prevedibilità di una interpretazione giurisprudenziale sia considerata come un tratto necessario, ma non sufficiente al rispetto della legalità, richiedendo che tale esito ermeneutico si fondi pur sempre sul testo della legge, prodotto degli organi democraticamente legittimati alla sua adozione. Tramite una simile valorizzazione sarebbe possibile integrare la componente «'universalistica e 'personalistica'» della determinatezza con quella «politico-costituzionale»¹⁵¹, attenuando la dissociazione tra i due profili.

¹⁴⁹ MANES, *L'evoluzione del rapporto tra Corte e giudici comuni*, cit., p. 44.

¹⁵⁰ G. PINO, *L'insostenibile leggerezza della legalità penale*, in *Criminalia*, 2014, pp. 167-183.

¹⁵¹ Sulle due anime del principio e le loro traiettorie divergenti PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni a margine di un principio «fondamentale»*, cit., p. 1319.

L'attenzione per l'intelleggibilità del testo, quale presupposto indispensabile per il rispetto del principio di legalità, è emersa in particolare in una recente pronuncia della Corte costituzionale con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale di una legge regionale «radicalmente oscura». Pur analizzando una legge in materia di disciplina edilizia, la motivazione della sentenza fa ampio riferimento alla giurisprudenza della Corte in materia penale e sottolinea che «L'esigenza di rispetto di standard minimi di intelligibilità del significato delle proposizioni normative, e conseguentemente di ragionevole prevedibilità della loro applicazione, va certo assicurata con particolare rigore nella materia penale, dove è in gioco la libertà personale del consociato, nonché più in generale allorché la legge conferisca all'autorità pubblica il potere di limitare i suoi diritti fondamentali, come nella materia delle misure di prevenzione. [...] Una norma radicalmente oscura, d'altra parte, vincola in maniera soltanto apparente il potere amministrativo e giudiziario, in violazione del principio di legalità e della stessa separazione dei poteri; e crea inevitabilmente le condizioni per un'applicazione diseguale della legge, in violazione di quel principio di parità di trattamento tra i consociati, che costituisce il cuore della garanzia consacrata nell'art. 3 Cost.»¹⁵². Anche in questa occasione la Corte torna sull'importanza che il significato letterale delle parole ha nell'orientare il singolo e l'interprete¹⁵³, e laddove questo non riesca a fornire una indicazione accessibile e chiara la legge si pone in contrasto con la Carta costituzionale.

¹⁵² Corte cost. n. 110 del 2023, considerando in diritto § 4.3.3. Si tratta di certo di un caso estremo, in cui la norma era oggettivamente non interpretabile anche per la sua estraneità ad un contesto normativo che potesse fornire da supporto. Il tenore della motivazione della sentenza, tuttavia, è quella tipica di un monito rivolto al legislatore (tanto regionale che statale) e l'importanza attribuita dalla Corte a questa decisione traspare anche dalla scelta di darle risalto mediante un comunicato stampa diffuso nel giorno del deposito delle motivazioni.

La sentenza, come la n. 98 del 2021, non manca anche di riferimenti comparatistici all'esperienza francese e tedesca, ove il mandato costituzionale alla formulazione di norme chiare e precise è strettamente collegato alla protezione del singolo da applicazioni arbitrarie della legge da parte dei pubblici poteri (a ciò è dedicato l'intero considerando in diritto § 4.3.5).

¹⁵³ La Corte si preoccupa comunque di precisare che «Ogni enunciato normativo, beninteso, presenta margini più o meno ampi di incertezza circa il suo ambito di applicazione, senza che ciò comporti la sua illegittimità costituzionale. Compito essenziale della giurisprudenza è quello di dipanare gradualmente, attraverso gli strumenti dell'esegesi normativa, i dubbi interpretativi che ciascuna disposizione inevitabilmente solleva, nel costante confronto con la concretezza dei casi in cui essa è suscettibile di trovare applicazione; ciò che contribuisce a rendere più uniforme e prevedibile la legge per i consociati» (considerando in diritto § 4.3.4.). Alla luce delle precisazioni sull'ermeneutica penalistica, le notazioni contenute in questa sentenza dovrebbero presentare allora un carattere più stringente.

A queste manifestazioni di sensibilità verso la qualità della legislazione e, nel settore penale, alla valorizzazione del principio di riserva di legge dovrebbe allora corrispondere il superamento della preoccupazione che sinora pare aver bloccato la Corte dal sanzionare il vizio dell'indeterminatezza, ossia il timore di evitare l'*horror vacui* conseguente ad una dichiarazione di incostituzionalità della legge penale¹⁵⁴.

Gli strumenti per superarlo si stanno già affermando nell'ambito delle recenti tendenze del sindacato di costituzionalità in materia penale, ove la Corte, modulando gli effetti delle proprie decisioni, consente al legislatore di intervenire per risolvere i vizi di illegittimità accertati, ma non ancora dichiarati¹⁵⁵.

È noto che parte degli ostacoli ad una formulazione della legge che sia capace di reggere adeguatamente il proprio confronto con la prassi applicativa trova origine, in realtà, nella crisi della stessa fonte legislativa dinanzi alla complessità dei fenomeni da regolare, ma questa non può diventare una giustificazione per dismettere ogni impegno nell'investire sull'avanzamento della scienza della legislazione.

Nel custodire la riserva di legge, in particolare dalle tensioni che questa fisiologicamente subisce nella quotidiana applicazione del diritto, lo sforzo che la Consulta può offrire, nei limiti del proprio ruolo istituzionale, è quello di usare i mezzi a sua disposizione per contrastare traiettorie patologiche che divergono dal testo legislativo; lo può fare a valle, segnando i limiti costituzionali dell'escursione massima della discrezionalità interpretativa del giudice, individuando e consolidando i metodi per espungere dall'ordinamento interpretazioni che manifestamente si collochino al di là di tali limiti; e lo può fare anche a monte, impegnandosi nel contrastare lo scadimento qualitativo della fonte legislativa.

¹⁵⁴ Danno questa spiegazione alla storica ritrosia della Corte a sanzionare la violazione del principio in parola, FIANDACA, *Sulla giurisprudenza costituzionale in materia penale, tra principi e democrazia*, cit., p. 19; PALAZZO, *Legalità penale vs. creatività giudiziale*, cit., p. 986.

¹⁵⁵ PINO, *L'insostenibile leggerezza della legalità penale*, cit., p. 182, secondo il quale sarebbe tollerabile anche la creazione di una lacuna legislativa ad opera della declaratoria di illegittimità costituzionale, posto che questa si verificherebbe nel breve periodo, ma nel medio e lungo periodo sarebbe possibile pronosticare un miglioramento della qualità della legislazione penale

SEZIONE II

IL SINDACATO DI LEGITTIMITÀ SULLA DISCREZIONALITÀ DEL LEGISLATORE IN MATERIA PENALE

1. Il sindacato di costituzionalità di fronte alla riserva di legge in materia penale: l'originario self-restraint

Il fondamentale portato garantista del principio di riserva di legge in materia penale risiede, in ultima istanza, nel controllo di costituzionalità operato dalla Consulta non solo sul rispetto delle attribuzioni dell'organo parlamentare e – in prospettiva – sull'ossequio da parte del potere giudiziario al limite del divieto di analogia, ma forse soprattutto dal controllo sul contenuto delle opzioni legislative.

La frizione provocata dal controllo di costituzionalità rispetto allo spazio di discrezionalità del legislatore è stata un tema ricorrente nel dibattito giuspubblicistico sin dal momento dell'introduzione della Corte¹. In materia penale il problema è stato da sempre particolarmente avvertito per la presenza, appunto, della riserva di legge e per la particolare incidenza di questo settore sui diritti fondamentali della persona. A fondamento di ciò, oltre all'art. 25, comma 2 Cost., vi è come referente fondamentale l'art. 28 della L. n. 87 del 1953 sul funzionamento della Corte: «Il controllo di legittimità della Corte costituzionale su una legge o un atto avente forza di legge esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento».

Non sorprende allora che ogni analisi sull'evoluzione del sindacato di costituzionalità in materia penale prenda le mosse dal riconoscimento dell'atteggiamento storicamente cauto della Corte costituzionale in questa materia per la preoccupazione di invadere il campo della discrezionalità del legislatore².

¹ Il problema dei limiti della discrezionalità del legislatore, invero, non si è posta per la prima volta con l'avvento del controllo di costituzionalità, ma era oggetto di approfondimento già sotto il vigore dello Statuto albertino, come testimonia lo scritto di S. ROMANO, *Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano*, in *Archivio di diritto pubblico*, 1902, I, ora consultabile in MORRONE, *La Corte costituzionale. Antologia di classici della letteratura italiana*, cit., pp. 1-25

² D'AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, cit., p. 1.

Nella fase iniziale della sua attività, il ruolo interpretato dalla Consulta è stato definito come «fiancheggiatore dell'attività legislativa»³, per la cautela nei modi e nei tempi del proprio intervento riconducibili alla necessità di dover fare in conti con un sistema penale ereditato dall'epoca fascista e disseminato di potenziali vizi di illegittimità⁴, rispetto ai quali, dinanzi all'inerzia legislativa nel procedere ad una riforma che partisse dal codice penale – definita come un'«omissione storica»⁵ –, la soluzione è stata individuata o in interpretazioni conformi alla Carta costituzionale o in pronunce ablatorie di norme che sanzionavano condotte che l'avvento dello Stato repubblicano aveva elevato a diritti fondamentali⁶. In questi primi interventi, in cui la Corte è andata sperimentando l'affinamento dei suoi primi strumenti decisorii⁷, il rischio di una invadenza nell'ambito della discrezionalità legislativa era stemperato dal fatto che oggetto delle pronunce era appunto un prodotto normativo precedente all'instaurazione del Parlamento repubblicano.

Consolidata la penetrazione dei valori costituzionali nel nuovo regime istituzionale, negli anni Ottanta e Novanta, pur mantenendo la cautela nei confronti della discrezionalità legislativa, la Corte ha assunto decisioni fondamentali nel tratteggiare il nuovo volto costituzionale del sistema penale: in questo periodo si collocano sentenze

³ TEGA, *La Corte nel contesto*, cit., p. 111, la quale riprende la definizione di Giuliano Vassalli contenuta in G. VASSALLI, *Giurisprudenza costituzionale e diritto sostanziale. Una rassegna*, in A. PACE (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale*, Milano, 2006, pp. 1021 ss.

⁴ D'AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, cit., p. 4.

⁵ L. IANNUCILLI, *Profili storici e teorici*, in *Problemi dell'omissione legislativa nella giurisprudenza costituzionale*. Quaderno predisposto in occasione della Conferenza delle Corti costituzionali europee di Vilnius 2-7 giugno 2008, reperibile sul sito istituzionale della Corte costituzionale, p. 2.

⁶ Sin dalla sentenza n. 1 del 1956, che riguardava proprio una contravvenzione, con questa prima giurisprudenza la Corte ha affermato la supremazia della Costituzione anche sulla legislazione previgente, così spazzando il campo da letture meramente programmatiche del testo costituzionale. Quali applicazioni in questo senso si pensi alle sentenze riguardanti i reati in materia di sciopero o i reati d'opinione, rispetto a quest'ultimi si veda D. PULITANÒ, *Libertà di manifestazione del pensiero, delitti contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico (art. 21 Cost.)*, in VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, cit., pp. 239 ss.; F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1998, fasc. 2, pp. 355-367.

⁷ Nei suoi primi anni di attività la Corte ha introdotto le sentenze interpretative, le manipolative parziali, le additive, le sostitutive e le sentenze monito, oggi ormai definite come “tradizionali”, sulle quali si veda A. SPADARO, *Involuzione – o evoluzione – del rapporto tra Corte costituzionale e legislatore (notazioni ricostruttive)*, in *Rivista AIC*, 2023, fasc. 2, pp. 112-119; la formazione progressiva degli strumenti decisorii è da ricondurre alla disciplina scarna offerta dalla L. n. 87 del 1953, che la Corte costituzionale integrò sin da subito per dotarsi dei mezzi con i quali affermare e consolidare la supremazia della Costituzione, come osserva TEGA, *La Corte nel contesto*, cit., p. 75, riprendendo l'ipotesi ricostruttiva di Enzo Cheli; IANNUCILLI, *Profili storici e teorici*, p. 4, il quale ugualmente riconduce lo sviluppo degli strumenti decisorii alla necessità di “bonificare”, anziché “disboscare” il sistema penale.

di notevole spessore teorico in merito ai principi di colpevolezza, offensività, determinatezza, proporzionalità e di finalità rieducativa della pena⁸.

Tali sentenze nascevano dalla diffusione, promossa dalla dottrina, di una visione della discrezionalità del legislatore che doveva collocarsi all'interno del perimetro tratteggiato dai principi costituzionali, così ridimensionando l'assolutezza del dettato dell'art. 28 L. n. 87 del 1953⁹. Più in generale è difficile individuare una materia che sia del tutto sottratta ad ogni parametro costituzionale: sia perché seppure vi fosse un ambito di "indifferenza costituzionale" non si può escludere che la normativa che la regoli si possa porre in contrasto con un bene costituzionalmente tutelato, sia perché nessuna materia pare poter essere esclusa dal parametro di uguaglianza-ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost.¹⁰. La capacità regolativa di quest'ultima disposizione, nel ricercare una netta distinzione tra legittimità costituzionale e merito, si è palesata nel tempo sempre più scarsa, essendo impossibile da definire a priori un chiaro confine tra le competenze del legislatore e gli spazi di intervento della Corte. Se la materia penale, essenzialmente politica, deve essere disciplinata dal solo legislatore, e prima ancora, dalla Costituzione, questa stessa materia non può non essere oggetto di valutazione da parte della Consulta, sia pure in forma giurisdizionale e non legislativa e limitatamente al parametro costituito dai valori espressi dal testo costituzionale¹¹.

⁸ In tema di colpevolezza il richiamo è ovviamente alla sentenza n. 364 del 1988, ma anche alla n. 1085 del 1988; legate al principio di offensività devono ricordarsi le sentenze riguardanti i reati di pericolo nn. 62 del 1986, 333 del 1991, 133 del 1992, 296 del 1996; sul principio di determinatezza le già richiamate sentenze nn. 96 e 177 del 1981, 282 del 1990, 34 del 1995; sul principio di proporzionalità sanzionatoria la sentenza n. 341 del 1994; infine la sentenza n. 50 del 1980, con le sue affermazioni sulla individualizzazione della pena, e la sentenza n. 313 del 1990 in materia di tendenziale finalismo rieducativo della pena, che contiene una importante affermazione del principio personalista che neutralizza la possibilità di strumentalizzazione del singolo per finalità generali di politica criminale. Per una rassegna su questi aspetti della giurisprudenza «aurea» della Corte, PINI, *Norma penale e Corte costituzionale*, cit., pp. 116-135; FIANDACA, *Sulla giurisprudenza costituzionale in materia penale, tra principi e democrazia*, cit., pp. 13-35.

⁹ Il riferimento non può che andare a BRICOLA, *Il II e III comma dell'art. 25*, cit., p. 277.

¹⁰ A. SPADARO, *I limiti "strutturali" del sindacato di costituzionalità: le principali cause di inammissibilità della q.l.c.*, in *Rivista AIC*, 2019, fasc. 4, p. 156: «È vero, come ha detto la Corte (sent. n. 172/1999) che esiste uno «spazio vuoto di diritto costituzionale», nel quale il legislatore può fare pieno uso del «proprio potere discrezionale». Ma anche questo "spazio vuoto" in ogni caso deve sempre essere conforme al principio costituzionale di eguaglianza/ragionevolezza. Sicché, giusto per fare un esempio di fantasia, la normativa sulla produzione di sedie certo non è materia costituzionale, ma se contemplasse la costruzione di sedie "non ergonomiche" essa lederebbe comunque il diritto alla salute, costituzionalmente tutelato, e dunque potrebbe essere soggetta al sindacato di costituzionalità».

¹¹ I. GIOIA, *Una giustificabile "invasione" di campo*, in *ConsultaOnline*, 2021, fasc. 3, pp. 991; A. SPADARO, *Sull'intrinseca "politicità" delle decisioni "giudiziarie" dei tribunali costituzionali contemporanei*, in

Il debole argine dell'art. 28 ha dato avvio ad una serie di progressive estensioni del sindacato della Corte, spostando la linea di confine a seconda del contesto¹². Alla scelta di intervenire in materia penale dinanzi a manifeste violazioni del principio di ragionevolezza si accompagna la necessità di risolvere anche il problema degli strumenti decisori. Chiariti i confini della sindacabilità della materia penale è evidente che la discrezionalità legislativa non è violata nel momento demolitorio, operato dalla dichiarazione di illegittimità di una norma penale contraria alla Costituzione, ma la tensione si pone nel momento ricostruttivo-sostitutivo. L'adozione di una sentenza di mera caducazione della norma illegittima può produrre un vuoto, che soprattutto in materia penale è potenzialmente foriero di conseguenze ancor più gravi; dunque, per la garanzia effettiva della legalità costituzionale la Corte ha elaborato le sentenze manipolative, che modificano o sostituiscono il testo delle disposizioni scrutinate.

L'adozione di queste pronunce è stata limitata ai soli casi in cui l'intervento manipolativo produceva effetti *in bonam partem* e il vuoto creato fosse colmabile tramite una soluzione costituzionalmente obbligata¹³.

Questo originario atteggiamento dicotomico nell'approcciarsi alla sentenze manipolative in materia penale sottende una concezione della riserva di legge che ne privilegia il significato di garanzia individuale rispetto a quello democratico: in un'ottica di diritto penale come *extrema ratio*, la legalità costituzionale del sistema penale ha il compito primario di contenere nel minimo la compressione della libertà personale del singolo, quindi una restrizione del perimetro del penalmente rilevante non mina le ragioni del monopolio legislativo sulle scelte di criminalizzazione. In altre parole, la

www.federalismi.it, 2017, fasc. 5, p. 6: «Tale distinzione – n.b. a livello di giurisdizione costituzionale – appare estremamente sottile, se non quasi impercettibile, visto che l'oggetto del contendere, appunto, è proprio la stessa materia *politica*, perché la Costituzione è politica: nella Carta sono formulate scelte discrezionali (politiche) espresse in forma giuridica (principi e regole). È una forma (giuridica) assunta dalle scelte (politiche) dei costituenti – talora in modo indeterminato (principi), talora in modo più preciso (regole) – che ingenera l'illusione che chi se ne occupi possa, per così dire, prescindere dalla politica».

¹² GIOIA, *Una giustificabile "invasione" di campo*, p. 993.

¹³ È nella sentenza n. 42 del 1977 se si rinviene per la prima volta l'esplicitazione del limite alla possibilità di produrre con le decisioni un effetto *in malam partem*: «Anche a ritenere che questa Corte possa eliminare dall'ordinamento norme penali di favore allo scopo di restaurare il vigore generale delle norme incriminatrici derogate, restando riservato ai giudici di merito valutare l'efficacia di una simile pronuncia nei giudizi penali in corso, è certo che essa, invece, non può, sempre nella materia penale, sottrarre alcune fattispecie alla disciplina comune per ricondurle in una disciplina speciale che si ritiene più congruamente tutelare gli interessi coinvolti e tanto meno quando ciò comporti un aggravamento di pena. Simile scelta, che deve essere definita eminentemente politica, è infatti riservata dall'art. 25 della Costituzione al solo legislatore, restando esclusa ogni possibilità di intervento attraverso sentenze cosiddette additive» (considerando in diritto § 4).

legalità è un limite alle scelte di criminalizzazione e non è chiamato in causa a fronte di scelte normative che, riducendo l'area di rilevanza penale, producano un effetto di favore per il reo. Il vincolo della riserva di legge, quindi, si attenua se l'effetto manipolativo delle sentenze affievolisce o esclude la risposta sanzionatoria.

Tale estensione del sindacato non è andata esente da critiche in dottrina: si è sottolineato in particolare che le sentenze manipolative, pur formalmente preservando la riserva di legge, vulnerano la certezza del diritto, dando vita a norme geneticamente indeterminate, poiché integrate dal dispositivo della decisione, che difetta di chiarezza ed inequivocità¹⁴. Nei primi anni di impiego di questo strumento non sono mancate reazioni neanche da parte dei giudici ordinari, i quali in più occasioni hanno manifestato la propria "ribellione" dinanzi a norme prodotte dalle sentenze della Corte, disapplicandole¹⁵ o addirittura sollevando questioni di illegittimità costituzionale sulle stesse¹⁶. Nonostante tali contrasti con i giudici ordinari si siano risolti, il problema della indeterminatezza di alcuni esiti manipolativi delle sentenze della Corte ha continuato a manifestarsi anche in tempi recenti, come avvenuto con la sentenza n. 229 del 2015 in materia di diagnosi genetica preimpianto relativa ad embrioni impiegati per pratiche di procreazione assistita, ove l'intenzione chiarificatrice della

¹⁴ Lo sottolinea in particolare D'AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, cit., p. 14, la quale porta l'esempio della sentenza n. 27 del 1975 in materia di aborto di donna consenziente. In quel caso la Corte ha escluso la punibilità della donna «nei casi di pericolo grave, medicalmente accertato, della salute della madre, nei sensi di cui in motivazione». I concetti di "pericolo grave" e il tipo di accertamento medico necessario erano lasciati dalla Corte privi di specificazione, affidati all'interpretazione del giudice rimettente chiamato ad interpretare la norma così manipolata. Il riferimento alla motivazione della sentenza, infatti, si risolveva in un rinvio ad un necessario intervento del legislatore per specificare il tipo di pericolo rilevante per la madre. L'incertezza fu poi risolta solo tre anni dopo con l'introduzione della L. n. 194 del 1978 con la specifica disciplina dell'interruzione volontaria di gravidanza. Simili osservazioni si rinvencono anche in LOLLO, *Sindacato di costituzionalità*, cit., pp. 63 ss.; PELLIZONE, *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale*, cit., p. 55.

¹⁵ In particolare, negli anni Settanta a seguito delle sentenze nn. 108 e 27 del 1975 si registrarono episodi nei quali la Cassazione interpretò le sentenze manipolative della Consulta come delle ablativie "secche", negando efficacia vincolante alle statuizioni della Consulta che rimodulavano la norma scrutinata. Sul punto NAPOLEONI, *Il sindacato di legittimità costituzionale in malam parte*, cit., pp. 458-459.

¹⁶ La massima esasperazione del contrasto tra Corte e giudici ordinari si è manifestata dopo la sentenza n. 409 del 1989, con la quale venne dichiarato illegittimo il trattamento sanzionatorio del reato di rifiuto del servizio militare per motivi di coscienza, ritenuto sproporzionato rispetto al reato di mancanza alla chiamata, sanzionato in modo più lieve nonostante l'analogia delle modalità oggettive della condotta. Il Tribunale di Torino sollevò un massiccio numero di questioni di illegittimità costituzionale sulla norma risultante dalla modifica apportata dalla Corte costituzionale. Questa rispose con l'ordinanza n. 27 del 1990, rigettando per manifesta inammissibilità una questione che si presentava come rivolta ad impugnare una propria decisione. D'AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, cit., pp. 13.

sentenza su quali condotte dovessero essere escluse dal perimetro del penalmente rilevante ha finito per acuire le incertezze¹⁷.

2. La lotta alle «zone franche»

Il controllo di legittimità costituzionale, nonostante alcuni inciampi¹⁸, si è andato consolidando seguendo questo tracciato. Un salto qualitativo decisivo del sindacato della Corte si colloca in corrispondenza con l'affermazione della possibilità di pronunciare sentenze con effetti *in malam partem*. Si è già fatto riferimento a questo ampliamento trattando della recente evoluzione del controllo della Corte costituzionale sul rispetto degli artt. 76 e 77 Cost. Si è ricordato come questo abbia avuto origine prima nella sentenza n. 148 del 1983, che ha risolto il problema della ammissibilità sotto il profilo della rilevanza delle questioni aventi ad oggetto norme penali di favore; poi con la sentenza n. 394 del 2006 la Corte ha pronunciato per la prima volta l'incostituzionalità di una norma penale di favore per violazione del canone di ragionevolezza. Nel ragionamento seguito dalla Corte i confini del sindacato di legittimità sono segnati dall'opzione incriminatrice tracciata dal legislatore, entro questi confini può dispiegarsi il sindacato sul profilo della ragionevolezza di previsioni che derogano al regime generale in senso favorevole, utilizzando come parametro di giudizio un *tertium comparationis* interno alla fattispecie. In questo modo il giudizio può coinvolgere anche fatti o comportamenti che, in assenza della disposizione derogatoria,

¹⁷ In particolare, la Corte ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 13, comma 3, lett. b) e 4 della L n. 40 del 2004 «nella parte in cui contempla come ipotesi di reato la selezione di embrioni anche nei casi in cui questa sia esclusivamente finalizzata ad evitare l'impianto [...] di embrioni affetti da malattie genetiche trasmissibili corrispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lett. b) della legge 22 maggio 1978, n. 194 [...] e accertate da apposite strutture pubbliche». La semplice lettura del dispositivo permettere di cogliere come la Corte impieghi per definire il perimetro del penalmente lecito criteri vaghi come la "gravità" delle malattie a cui fa riferimento e la natura "pubblica" della struttura. Citano la pronuncia come esempio dell'indeterminatezza che può essere prodotta da interventi manipolativi, PINI, *Norma penale e Corte costituzionale*, cit., pp. 177-178; D'AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, cit., pp. 16-17; PELLIZZONE, *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale*, cit., p. 56.

¹⁸ Si pensi al controverso caso della sentenza n. 440 del 1995 in tema di bestemmia: oggetto di scrutinio era l'art. 724 c.p. che la Corte ha dichiarato illegittimo per contrasto con gli artt. 3 e 8 Cost. nella parte relativa alla bestemmia contro la religione di Stato, estendendo l'ambito applicativo alla bestemmia contro la divinità di qualsiasi religione. In questo caso la pronuncia manipolativa di accoglimento ha prodotto un effetto *in malam partem*, estendendo il perimetro del penalmente rilevante e sostituendo la scelta di politica criminale con un'altra delineata dalla Corte stessa.

rientrerebbero nell'ambito applicativo della fattispecie penale. La distinzione tra un'opzione incriminatrice già compiuta e ciò che invece ne rimane fuori permette, secondo la Corte, di separare il profilo di merito politico-criminale, precluso al sindacato costituzionale, da quello della legittimità, che può invece essere censurato. Se la norma di favore viene caducata l'effetto *in malam partem* non è ascrivibile a una scelta discrezionale della Corte, ma opera automaticamente per il venire meno della disposizione speciale che comporta l'applicazione della norma generale. Gli effetti sfavorevoli sarebbero così riconducibili pur sempre ad una scelta legislativa.

La pronuncia è stata oggetto di diverse critiche che hanno messo in luce come sia estremamente difficile nel concreto distinguere i casi in cui una norma di favore travalichi in un trattamento irragionevolmente discriminatorio da quelli in cui, invece, tale diversa considerazione sia pienamente giustificabile¹⁹.

Da allora il problema dell'ammissibilità di pronunce *in malam partem* è stato oggetto di particolare attenzione in dottrina e si è riproposto più volte anche nella giurisprudenza costituzionale. Oltre alla possibilità di ammettere tali interventi in presenza di vizi procedurali, il tema si lega infatti alla rilevanza da riconoscere ad obblighi impliciti di tutela penale e, questione ancor più complessa, a quelli derivanti dall'Unione europea e dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo²⁰.

¹⁹ Si rinvia alla già richiamata disamina di LOLLO, *Sindacato di costituzionalità e norme di favore*, cit., pp. 96-103.

²⁰ Nella giurisprudenza costituzionale recente il tema degli obblighi sovranazionali di tutela penale e degli effetti sfavorevoli ad essi connessi si è posto, ad esempio, nelle sentenze n. 28 del 2010, n. 32 del 2014 (per la verità in un *obiter dictum*), n. 143 del 2018 e n. 37 del 2019. In particolare quest'ultima, nella quale la Corte ha affrontato una questione di illegittimità costituzionale riguardante la depenalizzazione del reato di ingiuria, ha fornito una sistematizzazione delle ipotesi in cui il giudice costituzionale può intervenire *in malam partem*: «Per costante giurisprudenza costituzionale, dal principio della riserva di legge in materia penale, che rimette al legislatore la definizione dell'area del penalmente rilevante, consegue l'inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale di disposizioni abrogative di una previgente incriminazione, e che mirano al ripristino nell'ordinamento della norma incriminatrice abrogata. Tuttavia, la stessa giurisprudenza costituzionale ha ammesso alcune eccezioni a tale principio, che rendono possibile il sindacato di legittimità costituzionale in materia penale, con effetto anche *in malam partem*: si tratta dei casi in cui norme penali di favore sottraggono, irragionevolmente, un determinato sottoinsieme di condotte alla generale rilevanza penale della classe più ampia, oppure venga censurato lo scorretto esercizio del potere legislativo (per violazione di vincoli procedurali o, in caso di leggi regionali, del riparto di competenze) o l'effetto peggiorativo della disciplina sanzionatoria consegua in modo indiretto dalla operata *reductio ad legitimum* di una norma processuale, o, infine, quando venga in rilievo la contrarietà della disposizione censurata agli obblighi sovranazionali» (massima ufficiale). Le ipotesi di intervento con effetti sfavorevoli sono considerate dalla Corte come ipotesi di eccezione alla riserva di legge. Il caso che pone maggiori problemi sotto il profilo del rispetto di questo principio e dei

Nel riferire di questo sviluppo del sindacato con effetti *in malam partem* ciò che qui preme sottolineare è che la rottura dell'argine alla possibilità di controllo di norme di favore è stata presentata dalla Corte come ineludibile strumento per evitare il formarsi di «zone franche» sottratte al controllo sul rispetto della Costituzione. È proprio la locuzione «zone franche» quella che può identificare il *refrain* di tutta la più recente evoluzione del sindacato di costituzionalità in materia penale.

Nell'ultimo decennio i timori della Corte per il rispetto della riserva di legge nell'esercizio del sindacato di costituzionalità sembrano essersi attenuati, lasciando spazio ad una crescente intraprendenza. Il fenomeno è solo una delle manifestazioni di un più ampio e complesso percorso di riaccentramento²¹ della Corte nel sistema del controllo di legittimità che coinvolge plurimi aspetti: l'attenuazione dei requisiti di ammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale, volta a contenere il declino numerico del giudizio incidentale²² e favorire il dialogo con i giudici ordinari; il mutato assetto dei rapporti con le Corti europee mediante una rimediazione della pregiudizialità; la rivisitazione degli equilibri nei giudizi diretti tra Stato e regioni.

Tra i molti fattori di contesto che hanno inciso su questo cambiamento, visto in particolare sotto il profilo penalistico, vi è la necessità per la Corte di evitare che l'ossequio dinanzi alla discrezionalità del legislatore impedisca di intervenire per rimuovere lesioni dei diritti fondamentali. La strada chiusa dell'inammissibilità dinanzi a

modi nei quali la Corte potrebbe, se del caso, intervenire è proprio quello dell'inosservanza di obblighi sovranazionali di tutela. Per una ricostruzione del problema e l'ampia bibliografia citata si veda NAPOLEONI, *Il sindacato di legittimità costituzionale in malam partem*, cit., pp. 520-547.

²¹ La riflessione sulle manovre di sistema in atto è stata condotta da TEGA, *La Corte nel contesto*, cit., *passim*. Il lavoro ha avuto una particolare eco nella dottrina costituzionalistica, tanto che simili considerazioni sono state autorevolmente riprese anche da G. DE VERGOTTINI, *La Corte costituzionale tra riaccentramento e riequilibrio di sistema*, in *www.federalismi.it*, 2021, fasc. 3, pp. 4-14, scritto di introduzione ad un numero della Rivista interamente dedicato all'autorevole discussione di questi temi. Sempre su queste trasformazioni, si veda N. PALAZZO, *Corte costituzionale legislatore*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2023, fasc. 1, pp. 189-218, la quale in particolare sottolinea come queste trasformazioni traspaiano anche dalle pronunce di inammissibilità e individua, come ulteriore caratteristica di questa fase dell'attività della Corte, anche un ruolo di «redistribuzione di potere all'interno del nostro ordinamento».

²² Il calo del numero di questioni sollevate dinanzi alla Corte era stato denunciato, ad esempio, da V. MANES, *Dove va il controllo di costituzionalità in materia penale?*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2015, fasc. 1, pp. 154-187, il quale diagnosticava appunto come causa di questo declino la rigidità della Corte in merito agli oneri imposti al giudice rimettente, fattore a cui si sommano il dialogo sempre più stretto con le Corti europee in materia di diritti fondamentali.

In effetti, i dati statistici dimostrano che nel periodo dal 2008 al 2015 il numero di questioni incidentali trattate dalla Corte era sceso da 333 a 145 e l'incidenza di queste sul carico complessivo di attività era diminuito dal 74 % al 52,50 %. Per i preziosi dati statistici si veda L. RULLO, *La politica a Corte. L'espansione della Corte costituzionale nell'arena politica*, Napoli, 2022, p. 184.

questioni afferenti a scelte in materia penale e l'inerzia del legislatore a fronte dei mo-
niti della Corte hanno costituito l'inesco per l'avvio di una nuova stagione del sin-
dacato costituzionale in materia penale.

Per constatare tale tendenza non è strettamente necessario impegnarsi in com-
plesse analisi di tutte le sentenze pronunciate negli ultimi anni, poiché è nelle parole
degli stessi Presidenti della Corte che emerge quella che è stata definita una «rinno-
vata sensibilità». Nella Relazione sulla giurisprudenza costituzionale del 2018, l'allora
Presidente Lattanzi descriveva come ormai inconcepibile «che, proprio laddove ven-
gono in rilievo i diritti fondamentali della persona innanzi alla potestà punitiva pub-
blica, la Corte debba arrestare il proprio sindacato nei confronti di disposizioni costi-
tuzionalmente illegittime, che offendono la libertà personale. In queste ipotesi, una
rinnovata sensibilità impone di rinvenire nella giustizia costituzionale meccanismi
adeguati per cancellare la norma lesiva della Costituzione, allo stesso tempo preser-
vando il più possibile la discrezionalità legislativa. Ma deve restare chiaro che è il
primo obiettivo a costituire la ragione fondamentale della giurisdizione costituzio-
nale»²³.

In queste parole traspare un cambio di prospettiva rispetto alla barriera della ri-
serva di legge: essa preserva la discrezionalità del legislatore e la legittimazione de-
mocratica del contenuto delle scelte, ma quando queste si pongono in contrasto con i
principi costituzionali lo spazio che le è garantito diviene necessariamente recessivo.
Il contenuto democratico della riserva di legge è il *telos* del principio, ma la *ratio* resta
quella di garantire la corrispondenza tra la «macrolegalità» costituzionale e la «mi-
crolegalità» della legge ordinaria²⁴. Pertanto, la Corte non ritiene possibile ammettere

²³ G. LATTANZI, *Giurisprudenza costituzionale dell'anno 2018. Relazione del Presidente Giorgio Lattanzi*, 21.3.2019, reperibile sul sito istituzionale della Corte, www.cortecostituzionale.it, la relazione prosegue con una prima illustrazione delle tecniche in via di affinamento per intervenire in materia penale. Parole dello stesso tenore sono state espresse dalla Presidente Cartabia nella relazione dell'anno successivo *Giurisprudenza costituzionale dell'anno 2019. Relazione del Presidente Marta Cartabia*, 28.4.2020, reperibile sul sito istituzionale della Corte, www.cortecostituzionale.it.

²⁴ G. SILVESTRI, *Del rendere giustizia costituzionale*, in *Quest. giust.*, 2020, fasc. 4, pp. 29. È significativo notare che lo stesso Presidente emerito della Corte, Silvestri, che anni prima nelle vesti di giovane accademico si era dimostrato invece critico per l'espansione del sindacato della Corte, in anni successivi abbia cambiato nettamente opinione dinanzi alla violazione di diritti fondamentali accompagnate dall'indifferenza legislativa. In particolare, ha testimoniato che tale tensione era stata da lui avvertita alcuni anni prima quando a seguito della nota sentenza della Corte di Strasburgo *Torreggiani c. Italia* del 2013, la Consulta aveva pronunciato una sentenza di inammissibilità (n. 279 del 2013) per mancanza di una soluzione a rime obbligate dinanzi alla richiesta di estendere l'istituto del rinvio facoltativo (art. 147 ord. pen.) per

la creazione di «zone franche» rispetto a questo controllo, «in ambiti in cui è maggiormente impellente l'esigenza di assicurare una tutela effettiva dei diritti fondamentali, tra cui massimamente la libertà personale, incisi dalle scelte sanzionatorie del legislatore»²⁵.

Nel «nuovo corso» della giurisprudenza costituzionale, la Corte non si arresta all'inammissibilità della questione in presenza di più alternative costituzionalmente possibili, ma interviene o elaborando essa stessa la soluzione normativa o sfruttando tecniche di più incisivo dialogo con il legislatore. Sotto il primo profilo si registra, quindi, una evoluzione della dottrina delle «rime obbligate» che, come si vedrà appena di seguito, coinvolge primariamente la dosimetria sanzionatoria, costituente il nucleo duro dello spazio garantito dalla riserva di legge. Sotto il secondo aspetto, i moniti che da tempo sono stati rivolti al legislatore in alcune circostanze sono stati potenziati con l'inedito strumento dell'"incostituzionalità prospettata"²⁶.

Entrambe queste tendenze altro non sono che un epifenomeno di un cambiamento di fondo nella percezione che la Corte stessa ha del proprio ruolo, sempre più polarizzato sulla tutela dei diritti, più che sulla sola verifica giurisdizionale della

consentire la dilazione dell'esecuzione della pena carceraria in assenza delle condizioni che garantissero il minimo spazio vitale ai detenuti. Commentando questo esito ha affermato: «quando la *judicial deference* finisce per privare diritti fondamentali anche di quel minimo di tutela di cui dispone la Corte con i suoi mezzi, allora è preferibile affrontare le critiche di maestri e maestrini, anziché ripararsi dietro il comodo scudo del *non possumus*» (G. SILVESTRI, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, intervento conclusivo del seminario Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza Torreggiani della Corte EDU tenutosi il 28 maggio 2014 nella Sala Teatro del carcere di Rebibbia, in www.dirittopenitenziarioecostituzione.it). Tale mutamento nel pensiero dell'autorevole studioso è segnalato da D. TEGA, *Le traiettorie delle rime obbligate. Da creatività eccessiva, felix culpa, a gabbia troppo costrittiva*, in *Sist. pen.*, 2021, fasc. 2, p. 21-22.

²⁵ Corte cost. n. 40 del 2019, considerando in diritto § 4.2.

²⁶ Hanno descritto per primi questo cambio di giurisprudenza come una svolta duratura e non meramente contingente, F. PALAZZO, *Un "nuovo corso" della Corte costituzionale?*, in *Cass. pen.*, 2019, fasc. 7, pp. 2398-2400; A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2019, fasc. 2, pp. 785-810.

costituzionalità della legge²⁷, tramite il potente strumento del principio di ragionevolezza nelle sue varie declinazioni e del quale la Corte è il custode finale²⁸.

3. Dalle rime obbligate alle rime adeguate nel nucleo duro della riserva di legge: il sindacato sulla proporzionalità sanzionatoria

Un primo significativo cambio di passo nell'atteggiamento della Corte costituzionale rispetto all'area di sindacabilità delle scelte del legislatore è costituito dal giudizio sulla proporzionalità sanzionatoria, settore che in poco più di un lustro ha conosciuto una evoluzione sino a poco tempo orsono inimmaginabile.

Nello spazio di discrezionalità assicurato dalla riserva di legge in materia penale la determinazione della comminatoria edittale ha da sempre costituito il nucleo duro, intoccabile da fonti normative diverse dalla legge e ritenuto, nei primi due decenni della sua attività, insindacabile dalla Corte costituzionale²⁹. Accanto a ragioni di tipo

²⁷ MANES, *L'evoluzione del rapporto tra Corte e giudici comuni*, cit., p. 38-39: «è chiaro che – ben oltre le tradizionali dicotomie, e le contrapposizioni tipologiche tra *judicial review* e *Verfassungsgerichtsbarkeit* di ispirazione kelseniana – il “centro di interesse” principale del sistema di controllo va spostandosi da un modello che tende ad assicurare la costituzionalità della legge mediante la giurisdizione costituzionale a un modello che tende a garantire l'effettività dei diritti fondamentali, a cui non riescono ad opporre resistenza neppure gli sbarramenti più tradizionali, e granitici, come appunto le “rime obbligate”». Concorde su questa lettura M. RUOTOLO, *Corte costituzionale e legislatore*, in *DeS*, 2020, fasc. 1, pp. 60-61, il quale ricollega la ricerca della Corte di recuperare il ruolo di giudice dei diritti, messo in discussione dall'affermarsi di diverse Corti a livello sovranazionale che finiscono per occuparsi di una materia *latu sensu* costituzionale. Si tratta di una tendenza non solo italiana, ma che nel nostro Paese testimonia l'«irresistibile ascesa della giustizia costituzionale», come osserva criticamente C. CARUSO, *Giustizia costituzionale*, in CARUSO, VALENTINI, *Grammatica del costituzionalismo*, cit., pp. 195-197.

²⁸ A. MORRONE, *La Corte costituzionale come giudice dell'esperienza giuridica*, in *Quad. cost.*, 2021, fasc. 1, pp. 117-119, il quale, riprendendo la definizione di custode della ragionevolezza da lui stesso coniata, individua in questo principio il fattore di superamento del modello kelseniano del giudizio di costituzionalità, orientato ad assicurare il regolare funzionamento dello stato: le costituzioni moderne, lunghe, sono formate da principi e «L'eccedenza di contenuto deontologico dei principi fondamentali dilata i termini di un giudizio pur concepito come formale e sillogistico. La ragionevolezza o il bilanciamento sono il dispositivo della giustizia costituzionale. [...] La ricerca della norma valida si converte in quello della norma ragionevole: la norma legislativa è valida non perché esiste secondo la norma costituzionale, ma è valida (esistente) perché è una norma ragionevole».

²⁹ Esplicativa della posizione assai rigida della Consulta è la sentenza n. 18 del 1973, avente ad oggetto il sospetto di illegittimità del trattamento sanzionatorio del reato di furto, ove si legge: «rientra nel potere discrezionale del legislatore la determinazione della entità della pena edittale (sia essa soltanto detentiva, soltanto pecuniaria o, congiuntamente, detentiva e pecuniaria); né il relativo apprezzamento di politica

prettamente politico che volevano il potere legislativo unico detentore dell'abaco per governare la «matematica del castigo»³⁰, invero divenute superabili in virtù della relativizzazione della barriera dell'art. 28 L. n. 87 del 1953, si stagliavano ragioni di carattere tecnico. In primo luogo, la Corte riteneva di non poter formulare un giudizio di ragionevolezza sul rapporto tra gravità del fatto e quantificazione legislativa della pena. In secondo luogo, anche se fosse riuscita in questa *pars destruens* si sarebbe trovata dinanzi ad un bivio: optare per una ablazione della parte sanzionatoria della norma incriminatrice, con la conseguenza che l'incostituzionalità si sarebbe riverberata anche sul precetto, non affetto da illegittimità; oppure, individuare autonomamente il trattamento sanzionatorio proporzionato da sostituire a quello illegittimo, finendo così per sostituirsi al legislatore. Dinanzi alla prospettiva di una simile *impasse* il controllo sulle cornici edittali è stato reputato impraticabile dalla Corte.

L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale nel senso della possibilità di sindacare le scelte di criminalizzazione, quindi un'opzione fortemente valoriale, ha fatto progressivamente emergere la contraddizione insita nell'esclusione dal sindacato di una decisione meno politica come quella sul *quantum* di pena; inoltre, ciò creava una «zona franca» ostativa al pieno affermarsi dei valori costituzionali³¹.

A partire dagli anni Settanta si è progressivamente dischiusa la possibilità per la Corte di intervenire anche in questo settore quando si potessero configurare trattamenti sanzionatori manifestamente irragionevoli e fosse possibile adottare una soluzione «a rime obbligate»³².

In questa fase il giudizio di proporzione segue lo schema triadico, basato su di un *tertium comparationis*: l'irragionevolezza del trattamento sanzionatorio emerge dal raffronto tra la fattispecie sospettata di illegittimità con un'altra omogenea, reputata legittima, che può mettere in luce ingiustificati parificazioni, differenziazioni e

legislativa può formare oggetto di censura da parte di questa Corte, "all'infuori dell'eventualità (...) che la sperequazione assuma dimensioni tali da non riuscire sorretta da ogni, benché minima, giustificazione" (così la motivazione della sentenza n. 109 del 1968)».

³⁰ F. CONSULICH, *La "matematica del castigo"*. *Giustizia costituzionale e legalità della pena nel caso dell'art. 73, comma 1 d.P.R. n. 309 del 1990*, in *Giur. cost.*, 2019, fasc. 2, p. 1231.

³¹ R. BARTOLI, *Il sindacato di costituzionalità sulla pena tra ragionevolezza, rieducazione e proporzionalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, fasc. 4, p. 1443.

³² L'avvio di questa seconda fase del percorso evolutivo dello scrutinio di proporzionalità può essere individuato nella sentenza n. 218 del 1974 in materia di caccia, seguita poi dalle pronunce nn. 176 del 1976, 26 del 1979, 103 del 1982 e 49 del 1989. Per una analisi dei passaggi argomentativi a fondamento di queste pronunce, che individuano la giudicano la proporzionalità della pena alla luce del principio di uguaglianza, si veda VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit., pp. 53-59.

sperequazioni³³. Dall'esito positivo del giudizio di proporzionalità estrinseca deriva il trapianto sanzionatorio: alla pena illegittima si sostituisce quella prevista per l'omogenea fattispecie comparativa, la quale costituisce la «rima costituzionalmente obbligata», l'unica soluzione possibile per colmare il vuoto.

Seguendo questo schema la parte additiva o sostitutiva della sentenza si sottrae all'accusa di essere frutto di una libera determinazione della Corte, usurpativa del potere del legislatore, in quanto «la Corte non inventa alcunché, ma estende o esplicita o specifica qualcosa che, seppure allo stato latente, era già compreso nel sistema normativo in vigore»³⁴; la soluzione fornita dalla sentenza che riconduce la pena alla legalità costituzionale è legata alla trama normativa già tessuta dal legislatore, preservando al contempo la riserva di legge e limitando la creatività del giudice costituzionale.

Se la condizione ordinamentale dell'esistenza di un reato omogeneo che faccia da parametro per valutare la proporzionalità e che fornisca la soluzione costituzionalmente obbligata non si realizza, il giudizio di proporzionalità secondo questo schema resta paralizzato pur al cospetto di macroscopiche iperboli punitive, dinanzi alle quali l'unica risposta possibile per la Corte è «*durissima lex, sed lex*»³⁵.

Il disagio per la «camicia di forza»³⁶ di questo schema di giudizio ha condotto a un netto mutamento a partire dalla sentenza n. 236 del 2016. Nella sentenza in questione

³³ Per completezza deve segnalarsi che a partire dagli anni Settanta si è affermato anche un sindacato di tipo «intrinseco funzionale», svolto senza comparazione con un'altra norma e basato sulla valutazione della coerenza tra la sanzione e la sua finalità rieducativa, sul punto BARTOLI, *Il sindacato di costituzionalità sulla pena tra ragionevolezza, rieducazione e proporzionalità*, cit., pp. 1444-1445. Rileva come questo filone si sia dimostrato però recessivo rispetto al dominante schema triadico fondato sulla mera ragionevolezza E. ADDANTE, *Il principio di proporzionalità sanzionatoria in materia penale*, Pisa, 2020, pp. 56-60.

³⁴ Sono le parole del fautore della teoria della «rime obbligate» V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in N. OCCHIOCUPO (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Bologna 1978, richiamate da RUOTOLO, *Corte costituzionale e legislatore*, cit., p. 67. La dottrina delle «rime obbligate» era stata elaborata da Crisafulli per la pragmatica necessità di legittimare interventi manipolativi della Corte dinanzi a situazioni per le quali non era possibile ammettere la creazione di una lacuna normativa per mezzo di una pronuncia meramente ablativa. Ripercorre la storia di questa dottrina, legandola al contesto in cui è maturata e riferendo dei suoi perfezionamenti successivi TEGA, *Le traiettorie delle rime obbligate*, cit., pp. 10-21.

³⁵ V. MANES, *Proporzionalità senza geometrie*, in *Giur. cost.*, 2016, fasc. 6, p. 2106, il quale cita come esempio della difficoltà insista nello schema triadico a rime obbligate la questione di legittimità del minimo editale del reato di sequestro di persona ex art. 630 c.p., in cui proprio la mancanza di un convincente riscontro comparativo aveva in un primo tempo fatto rigettare la questione, poi accolta (sent. n. 68 del 2012) alla luce di un più conferente *tertium comparationis* individuato nell'art. 289-bis c.p.

³⁶ PUGIOTTO, *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena*, cit., p. 791.

– avente ad oggetto il trattamento sanzionatorio per il reato di alterazione di stato “documentale” (art. 567, comma 2 c.p.) – la Corte svolge «un controllo di proporzionalità sulla cornice edittale stabilita dalla norma censurata, alla luce dei principi costituzionali evocati (artt. 3 e 27 Cost.), non già una verifica sull’asserito diverso trattamento sanzionatorio di condotte simili o identiche, lamentato attraverso la mera identificazione di disposizioni idonee a fungere da *tertia comparationis*»³⁷. Il giudizio di proporzionalità si fa irrelato, non fondandosi su di una asimmetria di sistema, ma su di un giudizio di intrinseca irragionevolezza della risposta sanzionatoria stabilita dalla norma censurata. Il *tertium comparationis* abbandonato – o meglio, riposizionato³⁸ – nel giudizio sull’irragionevolezza della pena viene recuperato per individuare il trattamento sanzionatorio da sostituire a quello dichiarato illegittimo, fornendo la «rima obbligata»³⁹.

La svolta si consolida con la sentenza n. 222 del 2018, ove la Corte si congeda non solo dal sindacato estrinseco, ma anche dal requisito delle «rime obbligate». In questa pronuncia, avente ad oggetto la pena accessoria in misura fissa per i reati di bancarotta, i giudici costituzionali ritengono che dinanzi ad un riscontrato *vulnus* del principio di proporzionalità e individualizzazione del trattamento sanzionatorio l’intervento non sia necessariamente subordinato dall’esistenza di un’unica soluzione costituzionalmente vincolata in grado di sostituirsi a quella dichiarata illegittima, ma «essenziale e sufficiente, a consentire il sindacato della Corte sulla congruità del trattamento sanzionatorio previsto per una determinata ipotesi di reato è che il sistema nel suo complesso offra alla Corte ‘precisi punti di riferimento’ e soluzioni ‘già esistenti’ [...] immuni da vizi di illegittimità, ancorché non ‘costituzionalmente obbligate’ – che possano sostituirsi alla previsione sanzionatoria dichiarata illegittima»⁴⁰.

³⁷ Corte cost. n. 236 del 2016, considerando in diritto § 4.3. In questo caso i *tertia comparationis* erano le attigue figure delittuose degli artt. 567, comma 1, 566, comma 2, e 568 c.p., fattispecie ritenute non meno gravi di quella censurata eppure sanzionate in maniera minore.

³⁸ Ritengono infatti che in questa sentenza, pur individuata come capostipite del giudizio intrinseco sulla proporzionalità, il *tertium comparationis* sia semplicemente spostato in fondo alla argomentazione, ma non abbandonato, D. PULITANÒ, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *Dir. pen. cont. Riv. Trim.*, 2017, fasc. 2, p. 53.; MANES, *Proporzionalità senza geometrie*, cit., pp. 2110-2112.

³⁹ BARTOLI, *Il sindacato di costituzionalità sulla pena tra ragionevolezza, rieducazione e proporzionalità*, cit., p. 1450, il quale evidenzia che la sentenza, descritta da molti come prima occasione di commiato dalle rime obbligate, fa in realtà uso di una soluzione presente al primo comma della stessa disposizione censurata.

⁴⁰ Corte cost. n. 222 del 2018, considerando in diritto § 8.1. A commento della sentenza si vedano R. BARTOLI, *Dalle “rime obbligate” alla discrezionalità: consacrata la svolta*, in *Giur. cost.*, 2018, fasc. 6, pp. 2566-2575; P. INSOLERA, *Oltre le rime costituzionali obbligate: la Corte ridisegna i limiti del sindacato sulla misura*

In questa sentenza, superando il *petitum* dell'ordinanza di rimessione, la Corte elabora una soluzione alternativa. Il giudice *a quo*, infatti, aveva individuato la "rima" per riempire il vuoto lasciato dalla prospettata illegittimità del trattamento sanzionatorio nella riespansione della regola generale di cui all'art. 37 c.p., che ancora la commisurazione della pena accessoria alla durata della pena detentiva. Il Giudice delle leggi, ritenendo che tale soluzione non avrebbe fatto altro che «sostituire l'originario automatismo legale con un diverso automatismo», facendo così permanere il vizio riscontrato nell'impossibilità di individualizzare il trattamento sanzionatorio, ha "fatto da sé" optando per una soluzione a «rime adeguate», tratta da altre norme appartenenti alla disciplina dei reati di bancarotta. In questo modo la Corte ha individuato la soluzione nella previsione della durata della pena accessoria entro un limite massimo di dieci anni, consentendo al giudice di modulare la consistenza della risposta sanzionatoria alla gravità del fatto.

A partire da questo momento la giurisprudenza in materia di dosimetria sanzionatoria ha conosciuto uno sviluppo che non è eccessivo definire esponenziale, complice anche una elaborazione sempre più compiuta del principio di proporzionalità del trattamento sanzionatorio, fondato sul combinato disposto degli artt. 3 e 27, comma 3 Cost. ed espresso anche dall'art. 49.3 CDFUE⁴¹.

delle pene, in *Giur. comm.*, 2020, fasc. 1, pp. 40-53; S. LEONE, *La Corte costituzionale censura la pena accessoria fissa per il reato di bancarotta fraudolenta. Una decisione a "rime possibili"*, in *Quad. cost.*, 2019, fasc. 1, pp. 183-186.

⁴¹ In dottrina, vi è anche chi propone di ricostruire da questo principio un vero e proprio diritto fondamentale a non subire pene sproporzionate, assoluto e insuscettibile di bilanciamenti, VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit., pp. 224-306.

In merito all'art. 49 CDFUE giova rammentare che in una recente pronuncia, originata da un rinvio pregiudiziale di un giudice austriaco, la Grande Sezione della Corte di Giustizia (sent. 8 marzo 2022, C-205/20, NE), rivisitando la propria precedente giurisprudenza ha affermato il carattere incondizionato per gli Stati membri di prevedere sanzioni proporzionate, riconoscendo alla proporzionalità lo *status* di principio generale del diritto dell'Unione Europea munito di effetto diretto. Da questo riconoscimento la Corte fa discendere in capo al giudice nazionale il potere di disapplicare il diritto interno attuativo del diritto europeo in contrasto con tale principio; in particolare i giudici del Kirchberg ritengono che il giudice possa operare una disapplicazione selettiva della norma sanzionatoria censurata, così da ricondurla entro i confini della proporzione. La sentenza ha avuto una eco limitata sinora, pur contenendo un'affermazione potenzialmente dirimente che sostanzialmente mette nelle mani del giudice la possibilità di coniare un trattamento sanzionatorio diverso da quello legislativamente previsto. Seppure *in bonam partem* la pronuncia pare riecheggiare posizioni che sono state accostate alla precedente vicenda *Taricco*, potendo mettere in crisi il sistema della legalità della pena. Per un'analisi della pronuncia e della discontinuità introdotta rispetto a precedenti arresti sul tema si vedano BERNARDI, *Il rinvio pregiudiziale in ambito penale e i problemi posti dalle sentenze interpretative della Corte di giustizia*, cit., pp. 192-201; F. VIGANÒ, *La*

Nelle molte sentenze che si sono susseguite il *tertium comparationis* continua a svolgere la propria funzione orientativa del giudizio, pur indebolendosi il suo peso nella complessiva struttura argomentativa e aprendosi alla comparazione con norme non strettamente omogenee con quella scrutinata⁴². In alcuni casi, tuttavia, si assiste ad un vero e proprio congedo da un giudizio di proporzionalità estrinseca, che si concentra invece sul solo raffronto tra l'entità della sanzione e il disvalore del fatto, mirante a svelare la manifesta eccedenza della prima. Confrontandosi con l'«oggetto

proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell'Unione europea: sull'effetto diretto dell'art. 49, paragrafo 3, della Carta alla luce di una recentissima sentenza della Corte di giustizia, in *www.sistemapenale.it*, 26.4.2022; C. PEDULLÀ, *Il sindacato giurisprudenziale sulla (s)proporzione tra applicazione da parte del giudice comune ed incostituzionalità dichiarata dal giudice costituzionale*, in *Cass. pen.*, 2022, fasc. 9, pp. 3226-3233; N. RECCHIA, *La proporzione sanzionatoria nella triangolazione tra giudici comuni, Corte costituzionale e Corte di giustizia*, in *Quad. cost.*, 2022, fasc. 4, pp. 887-891.

⁴² Emblematica in questo senso è la pronuncia n. 95 del 2022, in materia di atti contrari alla pubblica decenza (art. 726 c.p.) nella quale la Corte assume come *tertia comparationis* non solo norme omogenee a quella censurata, come gli atti osceni dolosi, ma afferma che «Per quanto debba riconoscersi un ampio margine di discrezionalità al legislatore nell'individuare la misura della sanzione appropriata per ciascun illecito amministrativo, una tale discrezionalità non può sconfinare nella manifesta irragionevolezza e nell'arbitrio, come nei casi in cui la scelta sanzionatoria risulti macroscopicamente incoerente rispetto ai livelli medi di sanzioni amministrative previste per illeciti amministrativi di simile o maggiore gravità» (considerando in diritto § 4.3.1.); dopodiché usa come parametro di tali livelli medi una fattispecie totalmente eterogenea come l'illecito amministrativo previsto dall'art. 142, comma 9-bis C.d.S. in materia di limiti di velocità. Per un commento alla sentenza, anche su questi aspetti si vedano F. V. BAGATTINI, *La Corte costituzionale torna a valorizzare il tertium comparationis*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, fasc. 4, pp. 420-431; con alcuni toni critici verso la scelta di condurre il giudizio senza un *tertium comparationis* omogeneo G. AMARELLI, *Proporzionalità della pena e sanzioni amministrative-punitive: l'opinabile declaratoria di incostituzionalità a "versi sciolti" della cornice edittale degli atti indecenti ex art. 726 c.p.*, in *Giur. cost.*, 2022, fasc. 2, pp. 982-994. L'ampliamento delle norme a cui riferirsi come parametro è certamente utile in quei casi in cui un *tertium comparationis* omogeneo manchi, ma al contempo rischia di divenire uno strumento per liberare un'ampia discrezionalità della Corte, poiché in un contesto di "disintegrazione" della razionalità delle cornici edittali a livello sistemico sarebbe sempre possibile trovare un norma-parametro sulla base della quale sostenere l'irragionevolezza della scelta punitiva scrutinata, motivo per il quale dovrebbe essere utilizzato come opzione residuale. Su questi aspetti BARTOLI, *Il sindacato di costituzionalità sulla pena tra ragionevolezza, rieducazione e proporzionalità*, cit., pp. 1452-1453; a commento di un caso in cui la Corte si è fermata dinanzi alla complessiva disorganicità delle cornici edittali nel settore dei reati contro il patrimonio, Y. M. CITINO, *Il moto oscillatorio della Corte costituzionale in tema di proporzionalità della pena: notazioni minime alla sentenza n. 117 del 2021*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2021, fasc. 3, pp. 1108-1124; nonché, sempre in tema di reati contro il patrimonio, rispetto ai quali la Corte rinnova il monito ad una revisione delle previsioni sanzionatorie in questo settore, rispetto al qual un proprio intervento – necessariamente casistico – provocherebbe ulteriori disarmonie si veda la sentenza n. 259 del 2021.

impossibile»⁴³ della penalistica – la determinazione della misura di una pena “giusta” per ciascun fatto –, il giudizio di proporzionalità intrinseca “puro”⁴⁴ impegna la Corte in un’operazione altamente valutativa che, prescindendo da una comparazione con altre fattispecie, si affida a parametri quale l’“evidenza della sproporzione”, che espongono il ragionamento a critiche di tautologia o di ingiustificata compressione delle scelte del legislatore⁴⁵. Per questo motivo se ne registra – a ragione – un uso parco e una progressiva fusione di orizzonti tra giudizio estrinseco ed intrinseco.

⁴³ CONSULICH, *La “matematica del castigo”*, cit., pp. 1231-1234, il quale ricorda che la definizione della misura “giusta” della pena si sottrae ad aprioristiche determinazioni oggettive per l’incommensurabilità delle grandezze in gioco, non potendosi assimilare gli interessi del reo a quelli offesi dall’illecito. L’unica strada percorribile è quella di orientare la misura della pena ai principi di fondo dell’ordinamento costituzionale, primi fra tutti la tutela della dignità umana e il finalismo rieducativo. Ampiamente su questi temi e, in particolare, sulla possibilità di distinguere una proporzionalità intrinseca (cardinale) e una estrinseca (ordinale) della pena VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit., pp. 160-171.

⁴⁴ Pare opportuno precisare che di giudizio intrinseco si può parlare in due modi. Il primo è quello di un giudizio di proporzionalità intrinseco “puro”, basato sul raffronto tra gravità del fatto ed entità della sanzione. Come già detto, svincolandosi da una stretta logica comparativa, questo giudizio si espone più di tutti a critiche per il particolare livello di discrezionalità che lo connota. Possono essere ascritti a questo filone la sentenza n. 112 del 2019, che ha dichiarato illegittima la confisca obbligatoria (diretta o per equivalente) in aggiunta alla sanzione pecuniaria; la sentenza n. 156 del 2020, che ha ritenuto irragionevole l’esclusione dal perimetro dell’art. 131-bis c.p. (nella formulazione previgente) dei reati privi di un minimo edittale di pena detentiva; e la sentenza n. 28 del 2022, che ha dichiarato illegittimo il minimo edittale della pena pecuniaria sostitutiva prevista dall’art. 53, comma 2 L. n. 689 del 1981. In tutti questi casi il giudizio si è svolto senza un raffronto con dei *tertia comparationis*, ma si è avvalso – a ben vedere – di criteri orientativi ulteriori, come il divieto di *bis in idem* o valutazioni socio-empiriche. Il secondo tipo di giudizio intrinseco è quello che viene in rilievo nei casi in cui ad essere sospettata di illegittimità è una norma che prevede una qualche sorta di automatismo sanzionatorio: una pena fissa, una preclusione al bilanciamento delle circostanze o all’accesso a determinati percorsi processuali. La giurisprudenza appartenente a questo tipo di giudizio è nettamente più nutrita, ci si limita a richiamare solo alcune delle pronunce più recenti: nn. 88 del 2019, 185 del 2021, 40 del 2023 (in materia di automatismi sanzionatori e pene fisse); nn. 55 e 143 del 2021 (in materia di preclusione al bilanciamento delle circostanze); nn. 99 e 253 del 2019. In questo caso il giudizio di proporzione è orientato a preservare la finalità rieducativa e l’individualizzazione della pena e della sua esecuzione. Tale giudizio, rispetto al sindacato intrinseco “puro”, ha un referente ben preciso nella necessità di assicurare una pena ritagliata sull’individuo, che non sia percepita come radicalmente ingiusta dal condannato e quindi preclusiva di un pieno percorso di risocializzazione.

⁴⁵ Già in passato si è autorevolmente osservata in dottrina l’intima natura comparativa del giudizio sulla misura della pena: «anche quando il giudizio sulla misura della pena viene circoscritto al pur centrale parametro della proporzione tra disvalore del bene e del fatto ed entità della risposta sanzionatoria, l’eterogeneità delle grandezze a confronto rende pressoché indispensabile cercare di razionalizzare il giudizio attraverso l’uso del *tertium comparationis*»; a cui si è aggiunto che anche «L’individuazione del *tertium comparationis* presuppone sempre necessariamente un’operazione valutativa della fattispecie impugnata, poiché solo alla stregua di un determinato parametro valutativo gli elementi differenziali propri di quella

Un chiaro esempio di quest'ultima tendenza è offerto dalla pronuncia n. 63 del 2022⁴⁶, avente ad oggetto una circostanza aggravante in materia di immigrazione irregolare (art. 12, comma 3, lettera d, del D. Lgs. n. 286 del 1998). Tale norma assoggettava al medesimo incremento sanzionatorio tanto la condotta di chi procurava l'ingresso irregolare di persone mediante «l'utilizzo di servizi internazionali di trasporto ovvero di documenti contraffatti o alterati o comunque illegalmente ottenuti» tanto altre modalità di condotta incidenti sulla vita e incolumità delle persone trasportate. In questo caso la Corte svolge un controllo sulla proporzionalità del trattamento sanzionatorio ricorrendo congiuntamente ad una pluralità di criteri. La sentenza prende in esame la *ratio* dell'aumento di pena previsto dalle circostanze aggravanti afferenti alla fattispecie in questione, rinvenendola in un *surplus* di disvalore connesso al coinvolgimento di strutture criminali organizzate, operanti con modalità che mettono in pericolo l'incolumità delle persone che ad esse si rivolgono e con finalità di illecito profitto. Sulla base di questo giudizio comparativo la Corte, in primo luogo, ritiene che la condotta oggetto della circostanza sospettata di incostituzionalità non presenti il medesimo disvalore delle altre. In secondo luogo, allarga le maglie della comparazione, raffrontando la condotta in esame con altre ipotesi di falso previste nel codice penale, rispetto alle quali il trattamento sanzionatorio si presenta manifestamente disarmonico. Infine, ricostruendo l'evoluzione normativa nel settore considerato, individua i diversi tipi di beni giuridici tutelati dalle fattispecie considerate, diversificate a seconda della presenza di scopi altruistici o solamente economici, concludendo per

fattispecie possono apparire tali da imporre ad esempio un diverso trattamento rispetto al *tertium comparationis*. La comparazione certamente agevola il giudizio in virtù proprio del carattere analogico dei processi valutativi, Ma in fondo i giudizi valutativi che si effettuano dopo l'individuazione del *tertium* sono sostanzialmente identici a quelli che si effettuano prima per l'individuazione stessa della fattispecie di riferimento. La possibilità che ha la Corte di dichiarare la inconferenza del *tertium comparationis* sottolineando le (immancabili) differenze strutturali tra le fattispecie, le consente di respingere le ragioni (sostanziali-valutative) del giudice *a quo* senza apparentemente entrare nel merito», PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, cit., pp. 374-378.

⁴⁶ Per un diffuso commento S. ZIRULIA, *La Corte costituzionale sul favoreggiamento dell'immigrazione irregolare: illegittima l'aggravante che parifica il trattamento sanzionatorio dei trafficanti a quello di coloro che prestano un aiuto per finalità solidaristiche*, in *www.sistemapenale.it*, 23.3.2022; A. R. SALERNO, *Il giudizio sulla proporzionalità della pena tra modello triadico e modello diadico*, in *Giur. cost.*, 2022, fasc. 2, pp. 793-802; per un commento che mette in risalto anche una delle prime esperienze della presenza nel giudizio di costituzionalità degli *amici curiae* (in questo caso rappresentati da organizzazioni nazionali e internazionali operanti nel settore dell'immigrazione), C. SICCARDI, *La sentenza n. 63 del 2022: un'occasione per riflettere sulla proporzionalità della pena e sul ruolo degli "amici curiae"*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2022, fasc. 1, pp. 486-498.

una sproporzione del trattamento sanzionatorio censurato quando ad essere perseguiti siano solamente i primi.

La sentenza in questione dimostra come l'evoluzione del giudizio di proporzionalità vada nel senso di una integrazione sinergica di criteri, miranti a fornire una più solida base argomentativa a decisioni che inevitabilmente incidono sulle scelte del legislatore.

Anche sotto il profilo della gestione degli effetti della dichiarazione di illegittimità di un trattamento sanzionatorio, tanto le rime obbligate quanto le rime adeguate coesistono nei giudizi della Corte. Le seconde permettono, da un lato, di poter espungere dall'ordinamento pene di cui sia accertata la sproporzione, senza doversi arrestare al livello di una illegittimità accertata, ma non dichiarata; dall'altro, di poter evitare ablazioni secche.

L'innesto di una soluzione sanzionatoria individuata dalla Consulta secondo questo innovativo schema non avviene però "a freddo". Tutte le sentenze che si collocano in questo nuovo filone sono state infatti precedute da pronunce di inammissibilità⁴⁷. In prima battuta la Corte, esaminata la questione nel merito e ritenuta sussistente l'illegittimità, dichiara l'inammissibilità e formula un monito al legislatore invitandolo ad intervenire per sanare lo scostamento del trattamento sanzionatorio dai parametri costituzionali. Se tale monito non è ascoltato – come avviene frequentemente –, una volta chiamata a confrontarsi di nuovo con la medesima norma, la Corte interviene con una soluzione costituzionalmente adeguata, non potendosi più ergere la discrezionalità legislativa a limite invalicabile alla giustizia costituzionale⁴⁸.

Un simile schema, che riconosce al potere del Giudice delle leggi un più ampio margine di manovra a seguito dell'integrazione di quella che possiamo definire – per usare le categorie del diritto civile – una fattispecie a formazione progressiva, pare

⁴⁷ Ad esempio, la già citata sentenza n. 222 del 2018 era stata preceduta dalla n. 134 del 2012; la sentenza n. 40 del 2019 in materia di stupefacenti è stata preceduta dalla n. 179 del 2017; nella n. 156 del 2020 questa connessione tra inammissibilità-monito e accoglimento è resa esplicita ove si legge: «tale disparità di trattamento si trova già stigmatizzata proprio nella sentenza n. 207 del 2017 e che il monito a porvi rimedio dalla sentenza stessa rivolto al legislatore è rimasto inascoltato, il giudice a quo invoca un intervento «correttivo» di questa Corte» (considerando in diritto § 4). Sottolinea questo schema I. GIUGNI, *Tenuità del fatto e limiti di pena: la Corte costituzionale suona sempre due volte. Nuove tecniche decisorie e rinnovate strategie di dialogo con il legislatore*, in *Cass. pen.*, 2021, fasc. 3, pp. 880-889. Rappresentano delle eccezioni le sentenze n. 95 e 244 del 2022, nelle quali la decisione manipolativa non è stata preceduta da un monito al legislatore.

⁴⁸ Valuta positivamente questo *modus operandi*, RUOTOLO, *Corte costituzionale e legislatore*, cit., p. 69; si è espressa favorevolmente rispetto a questa strada, ancor prima che venisse concretamente intrapresa dalla Corte, D'AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, cit., pp. 26-27.

riuscire a tenere in equilibrio la tutela dei diritti con il rispetto dello spazio di spettanza del potere legislativo. L'elaborazione di questo strumento di intervento nasce proprio dall'insoddisfazione per il rendimento delle sentenze monito sul versante della dialettica con il legislatore, che non ha mai dimostrato una adeguata capacità reattiva. D'altronde sia le rime obbligate sia le rime adeguate sono soluzioni che vanno a favore del legislatore, visto che una ablazione secca comporta il travolgimento del precetto e la creazione di veri e propri vuoti di tutela.

Ricollegandosi a questa considerazione, vale la pena osservare che tra le diverse strade percorse dalla giurisprudenza costituzionale in questo suo nuovo corso si registra anche un'ipotesi di decisione meramente caducatoria. Si tratta della sentenza n. 185 del 2021, appartenente al filone che ha esteso tale scrutinio anche alle sanzioni amministrative sostanzialmente punitive; giudizio quest'ultimo caratterizzato dalla peculiarità di avere come parametro, oltre l'art. 3 Cost., le norme costituzionali che tutelano i diritti fondamentali di volta in volta concretamente attinti dalla sanzione (tra le quali spicca l'art. 42 Cost., venendo sempre in rilievo dinanzi a sanzioni pecuniarie), anziché l'art. 27, comma 3⁴⁹.

Oggetto della pronuncia era un illecito amministrativo che sanzionava i concessionari di giochi d'azzardo, i titolari delle sale e dei punti di raccolta dei giochi nella misura fissa di euro cinquantamila, per la violazione degli obblighi di avvertimento sul rischio di dipendenza dalla pratica di giochi con vincite in denaro⁵⁰. Riscontrata la

⁴⁹ Sulle peculiarità del giudizio di proporzionalità delle sanzioni amministrative rispetto a quello sulla pena, si veda A. BONOMI, *Sanzioni amministrative di "seconda generazione", principio di proporzione, diritti fondamentali*, in *federalismi.it*, 2022, fasc. 5, pp. 1-31. L'esclusione dell'art. 27 Cost. dai parametri di giudizio è argomentata in virtù della asserita incompatibilità tra sanzioni amministrative e funzione rieducativa, la quale presuppone un percorso di rielaborazione critica delle condotte illecite assente in presenza di sanzioni meramente pecuniarie. Nella sua assolutezza l'affermazione non convince, posto che l'art. 27 può essere invocato anche solo con riferimento al principio di colpevolezza, senza necessariamente includere il principio rieducativo. Di questo avviso F. MAZZACUVA, *Il principio di proporzionalità delle sanzioni nei recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale: le variazioni sul tema rispetto alla confisca*, in *Leg. pen.*, 7.12.2020, p. 3. Inoltre, in dottrina non manca chi ricostruisce una funzione rieducativa anche rispetto a sistemi para-penalari, individuando in questa estensione un antidoto a forme di iper-criminalizzazione, come A. M. MAUGERI, *La funzione rieducativa della sanzione nel sistema della responsabilità amministrativa da reato degli enti ex d.lgs. 231/2001*, Torino, 2022.

⁵⁰ A commento della sentenza si vedano S. PRANDI, *Pene fisse e proporzionalità nel quadro dei rapporti tra diritto amministrativo punitivo e diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2022, fasc. 3, pp. 333-343; R. PINARDI, *L'horror vacui nel controllo di costituzionalità su misure di carattere sanzionatorio (note a margine di Corte costituzionale, sentenza n. 185 del 2021)*, in *Nomos*, 2021, fasc. 3, pp. 1-10; N. RECCHIA, *Principio di proporzione e sanzioni amministrative. Ancora un importante intervento della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2021, fasc. 5, pp. 1942-1951.

sproporzione del trattamento sanzionatorio in misura fissa, in quanto apprestava una risposta irragionevolmente omogenea rispetto alla concreta eterogeneità delle singole possibili inadempienze, la Corte si è confrontata con gli effetti di una declaratoria di illegittimità costituzionale. In assenza di soluzioni che apparissero «costituzionalmente imposte», la Corte ha precisato che «l'esigenza di far ricorso a una pronuncia di tipo manipolativo, che sostituisca la sanzione censurata con altra conforme a Costituzione, si pone imprescindibilmente solo allorché la lacuna di punibilità che conseguirebbe a una pronuncia ablativa, non colmabile tramite l'espansione di previsioni sanzionatorie coesistenti, si riveli foriera di 'insostenibili vuoti di tutela' per gli interessi protetti dalla norma incisa»⁵¹. Nel caso scrutinato una simile evenienza non si presentava, in quanto le violazioni punite si collocavano in un momento sensibilmente antecedente alla concreta offesa dell'interesse protetto, essendo previste in un'ottica marcatamente preventiva rispetto all'evenienza del danno alla salute connesso alla ludopatia. Sulla scorta di questa argomentazione la Corte ha dichiarato illegittima l'intera disposizione censurata.

Nonostante i primi commenti alla sentenza vi avessero intravisto un passo indietro sulla strada delle sentenze manipolative⁵², la pronuncia in questione pare anzi aver cercato di legittimare *a contrario* interventi a rime adeguate⁵³: essendo ben difficile che nel settore formalmente penale che alla caducazione di una norma non segua un vuoto intollerabile, l'opzione per una soluzione a rime adeguate – pur caratterizzata da un'intrinseca componente di creatività – preserva le opzioni di tutela operate dal legislatore dinanzi a marcate violazioni del principio di proporzionalità.

⁵¹ Corte cost. n. 185 del 2021, considerando in diritto § 3.

⁵² L. TOMASI, *Nuove prospettive per il sindacato costituzionale sulla proporzionalità del trattamento sanzionatorio*, in *www.sistemapenale.it.*, 4.10.2021.

⁵³ Di questo avviso N. RECCHIA, *Principio di proporzione e sanzioni amministrative. Ancora un importante intervento della Corte costituzionale*, cit., pp. 1950-1951: «potrebbe essere un omaggio rivolto alla sistematizzazione dogmatica dell'armamentario concettuale e decisorio della Corte costituzionale, anziché un segnale di svolta nella giurisprudenza della Corte in materia di proporzione sanzionatoria». Tale previsione si è in effetti rivelata esatta se vista alla luce della successiva sentenza n. 40 del 2023, avente ad oggetto anch'essa una sanzione amministrativa punitiva nella misura fissa di cinquantamila euro prevista per ogni inadempienza alle prescrizioni o agli obblighi impartiti dalle competenti autorità pubbliche agli organismi di controllo delle DOP o IGP. In ragione della più diretta connessione tra l'illecito in questione e la tutela dell'interesse protetto (salute e sicurezza degli alimenti), la Corte ha optato per una pronuncia manipolativa ricorrendo ad una rima adeguata (una analoga disposizione sanzionatoria in materia di prodotti BIO), per mezzo della quale ha trapiantato una cornice editale da diecimila a cinquantamila euro.

Nel complesso questa evoluzione della giurisprudenza in un settore particolarmente esposto alle contingenze politico-istituzionali, che riflette le polarizzazioni ideologiche tra gli attori politici in campo e un uso simbolico e securitario dell'innalzamento delle cornici edittali, è una efficace cartina di tornasole dello stato del controllo di costituzionalità in materia penale. Dinanzi a manifeste irrazionalità del sistema di quantificazione delle pene, la riserva di legge perde il suo connotato iperprotettivo delle scelte del Parlamento⁵⁴ e chiama in campo l'intervento della Corte costituzionale che riconduce le singole disposizioni in termini di ragionevolezza, tramite un impiego congiunto dei canoni di proporzione, offensività e finalismo rieducativo. Declinata in simili termini, tale operazione sembra rispecchiare il contenuto sostanziale della riserva di legge, quale richiamo alla razionalità e ponderazione delle compressioni dei diritti fondamentali, legittime fintantoché contenute nei limiti del minimo sacrificio necessario per l'individuo. Sono queste considerazioni che legittimano l'intervento della Corte, il cui parametro di tollerabilità per il sistema sta proprio nella capacità di fornire argomentazioni stringenti, poggiate il più possibile su criteri che facciano presa su soluzioni già presenti, in stato di latenza, nell'ordinamento⁵⁵.

⁵⁴ G. LEO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in I. PELLIZZONE (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale*, Milano, 2017, p. 50.

⁵⁵ Non è un caso che la pronuncia che più ha attirato a sé toni critici in dottrina sia stata la sentenza n. 40 del 2019, che nel rideterminare il minimo edittale per il reato di cui all'art. 73, comma 1 d.P.R. n. 309 del 1990, ha considerato adeguata una soluzione contenuta in una disposizione non più vigente, portando il trattamento sanzionatorio da otto anni a sei, quando invece era disponibile una soluzione a rime obbligate che preveda la sanzione di quattro anni. Riconoscono in questo una chiara forzatura: R. BARTOLI, *La sentenza n. 40/2019 della Consulta: meriti e limiti del sindacato "intrinseco" sul "quantum" di pena*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2019, fasc. 2, pp. 967-983; CONSULICH, *La "matematica del castigo". Giustizia costituzionale e legalità della pena nel caso dell'art. 73, comma 1 d.P.R. n. 309 del 1990*, cit., p. 1248; un accento critico verso scelte di questo tenore lo si può leggere tra le righe (forse necessariamente, visto il ruolo di giudice costituzionale ricoperto dall'autore), in N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in *www.federalismi.it*, 2021, fasc. 3, p. 91, quando commentando la sentenza n. 236 del 2016 e il suo seguito giurisprudenziale scrive: «In tal caso, la dichiarazione d'illegitimità costituzionale delle previsioni sanzionatorie che assistevano il reato di cui al secondo comma della norma è conseguita ad uno scrutinio svolto entro il «perimetro conchiuso» dal medesimo articolo del codice penale. Ciò ha condotto a non sovrapporre dall'esterno una dosimetria sanzionatoria eterogenea rispetto alle scelte legislative, ha invece consentito un giudizio "per linee interne" sulla coerenza e la proporzionalità delle sanzioni rispettivamente attribuite dal legislatore a ciascuna delle due fattispecie di cui si compone il medesimo reato di alterazione di stato. Non sempre, credo, è possibile fare altrettanto e, se posso dirlo, non sempre così è stato fatto...».

In tutte le pronunce appartenenti a questo filone è contenuta una precisazione, apparentemente pleonastica, che ricorda che la soluzione offerta dalla Corte è precaria, ben potendo in ogni momento essere sostituita da un nuovo intervento del legislatore. Possibilità così scarsamente tradotta in realtà da rendere meno superfluo un simile richiamo.

4. Lo strumento dell'incostituzionalità prospettata e l'inefficace funzione conativa del linguaggio della Corte

La ricerca di un dialogo con il legislatore ha indotto la Corte costituzionale ad arricchire il proprio strumentario, che a partire dal 2018 ha accolto la nuova tecnica decisoria della c.d. incostituzionalità prospettata, che si colloca sul culmine dell'imperativo crinale tra sindacato di legittimità costituzionale e discrezionalità legislativa.

L'elaborazione di questa tecnica si lega infatti al problema del mancato seguito legislativo delle sentenze che rivolgono al legislatore un monito⁵⁶, accompagnato da indicazioni – anche puntuali – sulla necessità di procedere a interventi riformatori o di dare attuazione ad un principio, colmando lacune derivanti da omissioni costituzionali⁵⁷. Tali tecniche decisorie, sorte per instaurare un proficuo scambio con il

⁵⁶ Per inquadrare il tema sono significative le parole usate dal Presidente emerito Lattanzi nella già richiamata relazione sull'attività della Corte nel 2018: «Tradizionalmente la Corte si relaziona con il Parlamento su questo piano attraverso i cosiddetti moniti, con i quali, dopo averle riscontrate nel corso di un giudizio, segnala la presenza di aree di criticità o di sospetta illegittimità costituzionale e auspica un intervento del legislatore idoneo a sanare tale situazione. Si tratta di una tecnica che sarebbe destinata a maggior impiego e successo se il Parlamento sapesse trarne spunto per avviare le dovute riforme legislative, ciò che purtroppo non sempre accade» (LATTANZI, *Giurisprudenza costituzionale dell'anno 2018. Relazione del Presidente Giorgio Lattanzi*, 21.3.2019).

⁵⁷ In quest'ultimo caso si tratta di sentenze additive di principio, pronunce che al posto di individuare una regola specifica che renda conforme il testo esaminato conforme a Costituzione, indicano al legislatore il principio che il legislatore dovrebbe seguire nel proprio intervento. In attesa dell'intervento legislativo il giudice può ricavare dal principio la regola idonea a colmare la lacuna. Per produrre effetti tale pronuncia richiede però un intervento legislativo in tempi ragionevoli, altrimenti può produrre incertezze per il diverso seguito che alla pronuncia può dare ciascun giudice. Ciò non è quasi mai avvenuto, tanto che tale tecnica è stata abbandonata e se ne può oggi parlare al passato. Sul punto SPADARO, *I limiti "strutturali" del sindacato di costituzionalità: le principali cause di inammissibilità della q.l.c.*, cit., pp. 154-158; RUOTOLO, *Le tecniche decisorie della Corte costituzionale, a settant'anni dalla legge n. 87 del 1953*, cit., pp. 14-15, il quale cita come esempio eclatante la sentenza n. 26 del 1999 riguardante l'omessa previsione nell'ordinamento penitenziario di un sistema di tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti, pronuncia nella

Parlamento, sono cadute pressoché in disuso per l'inerzia di quest'ultimo. Le carenze del legislatore fungono allora da motore propulsivo per nuove tendenze del giudizio di costituzionalità che, a fronte della crisi della legge e del suo produttore, accentua il proprio ruolo di garanzia; ciò avviene con le criticità che si metteranno in luce circa la torsione delle regole processuali, modificate in funzione del perseguimento di obiettivi sostanziali.

Lo schema della "doppia pronuncia" affermatosi con riferimento agli interventi manipolativi a «rime adeguate» si ripropone, con una nuova declinazione, nella tecnica introdotta con l'ordinanza n. 207 del 2018, nella vicenda divenuta nota come "caso Cappato"⁵⁸, e ripetutasi in altre due occasioni con le ordinanze n. 132 del 2020 e n. 97 del 2021. Tale tecnica consiste nell'adozione di una ordinanza motivata collegiale di rinvio dell'udienza a data fissa per la pronuncia della decisione, il cui contenuto di accoglimento viene già prefigurato al momento del rinvio. In questo modo la Corte trattiene a sé il procedimento, senza dover attendere che sia sollevata di nuovo una questione di legittimità sulla medesima norma, e invita il Parlamento ad intervenire entro il termine per modificare in maniera organica la disciplina e risolvendo il problema di compatibilità costituzionale.

L'ordinanza n. 207 del 2018, avente ad oggetto la legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p., ha rinviato l'udienza pubblica di poco meno di un anno, invitando il legislatore ad intervenire per disciplinare le ipotesi di eccezione al divieto di aiuto al suicidio

quale la Corte – non potendo trovare una soluzione già esistente da estendere per rimediare a tale difetto – dichiarò l'illegittimità dell'omissione e contestualmente chiamò il legislatore ad intervenire. La soluzione non dava alcuna indicazione ai giudici ordinari sul procedimento da seguire per i reclami aventi ad oggetto lesione dei diritti dei detenuti e, a causa del perdurare dell'inerzia legislativa, il vuoto è stato colmato dalla Cassazione che, con una pronuncia del 2003, ha esteso in via analogica il rito semplificato previsto dall'art. 14-ter dell'ordinamento penitenziario. Il seguito legislativo è giunto solamente quattordici anni dopo e solo a seguito della condanna da parte della Corte di Strasburgo con la sentenza *Torreggiani*. L'eredità di questo modello di sentenza è stata raccolta dalle sentenze di inammissibilità "di sistema", che entrando nel merito individuano singoli profili di illegittimità, che per essere risolti richiedono riforme complessive della disciplina; ne è un esempio la già citata sentenza n. 22 del 2022 in materia di R.E.M.S.

⁵⁸ Sul punto la bibliografia appare sterminata, tra gli interventi dedicati in particolare al profilo "tecnico" della decisione, ci si limita a richiamare: M. D'AMICO, *Il "fine vita" davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici (Considerazioni a margine della sentenza n. 242 del 2019)*, in *Osservatorio AIC*, 2020, fasc. 1, pp. 1 ss.; N. FIANO, *L'ord. n. 207 del 2018: un nuovo modello decisionale all'orizzonte?*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2019, fasc. 1, pp. 577 ss.; G. LEO, *Nuove strade per l'affermazione della legalità costituzionale in materia penale: la Consulta ed il rinvio della decisione sulla fattispecie dell'aiuto al suicidio*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2019, fasc. 1, pp. 241 ss.; F. PALAZZO, *La sentenza Cappato può dirsi storica?*, in *Pol. dir.*, 2020, fasc. 1, pp. 3 ss.; S. PRISCO, *Il caso Cappato tra Corte costituzionale, Parlamento e dibattito pubblico*, in *Biola Journal*, 2018, fasc. 3, pp. 1 ss.

connesse all'esercizio della libertà di autodeterminazione nella scelta delle cure in presenza di specifiche circostanze fattuali⁵⁹. Nel fare ciò la sentenza è entrata nel merito della questione, indicando analiticamente i profili minimi che una compiuta disciplina di questo settore avrebbe dovuto prevedere, ed ha indicato ai giudici ordinari che nel frattempo fossero venuti a trovarsi in situazioni assimilabili a quella considerata di sollevare a loro volto la questione di legittimità costituzionale. L'ordinanza si chiude con l'esplicitazione dell'intento perseguito dalla Corte: «rilevato che, laddove, come nella specie, la soluzione del quesito di legittimità costituzionale coinvolga l'incrocio di valori di primario rilievo, il cui compiuto bilanciamento presuppone, in via diretta ed immediata, scelte che anzitutto il legislatore è abilitato a compiere, questa Corte reputa doveroso – in uno spirito di leale e dialettica collaborazione istituzionale – consentire, nella specie, al Parlamento ogni opportuna riflessione e iniziativa, così da evitare, per un verso, che, nei termini innanzi illustrati, una disposizione continui a produrre effetti reputati costituzionalmente non compatibili, ma al tempo stesso scongiurare possibili vuoti di tutela di valori, anch'essi pienamente rilevanti sul piano costituzionale»⁶⁰.

Decorso inutilmente il termine la Corte ha pronunciato la sentenza n. 242 del 2019, con la quale – preso atto del mancato intervento legislativo e dando seguito al monito – ha accolto la questione con un articolato dispositivo, riconducibile allo schema della sentenza additiva di principio, connotato da una spiccata creatività che introduce una scriminante procedurale. La regola introdotta dalla Corte è ricostruita sul calco della fattispecie concreta oggetto del giudizio *a quo* e mutua parte del suo contenuto dalla L. n. 219 del 2017 in materia di disposizioni anticipate di trattamento.

Il “caso Cappato” ha segnato uno storico salto qualitativo del rapporto tra la funzione monitoria delle decisioni della Corte e la discrezionalità legislativa⁶¹. Dinanzi

⁵⁹ Per gli aspetti sostanziali della vicenda, letti dal punto di vista penalistico, tra i moltissimi contributi ci si limita a richiamare F. CONSULICH, “Stat sua cuique dies”. Libertà o pena davanti all'aiuto al suicidio?, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2019, fasc. 1, pp. 101 ss.; C. CUPELLI, *Il caso Cappato e i nuovi confini di liceità dell'agevolazione al suicidio. Dalla “doppia pronuncia” della Corte costituzionale alla sentenza di assoluzione della Corte di assise di Milano*, in *Cass. pen.*, 2020, fasc. 4, pp. 1428 ss.; M. DONINI, *Libera nos a malo. I diritti di disporre della propria vita per la neutralizzazione del male. Note a margine delle “procedure legittimanti l'aiuto a morire” imposte da Corte cost. n. 242 del 2019*, in *www.sistemapenale.it*, 1.2.2020;

⁶⁰ Corte cost. n. 207 del 2018, considerando in diritto § 11.

⁶¹ Secondo PALAZZO, *La sentenza Cappato può dirsi storica?*, cit., pp. 12-13, la pronuncia è stata «del tutto «rispettosa» della sovranità del parlamento, sia perché mediante la sospensione del processo ha evitato una dichiarazione d'incostituzionalità «secca», sia perché non ha creato dal nulla ma ha attinto a piene mani dalla vigente disciplina legislativa; quest'ultima, infatti, è stata – in negativo – il punto di

all'impraticabilità dell'opzione di tenere in vita una normativa non conforme a Costituzione, per la peculiare rilevanza degli interessi coinvolti nel caso sottoposto a scrutinio il Giudice delle leggi ha lasciato al legislatore il tempo per intervenire⁶².

La funzione conativa del linguaggio della Corte, ossia quella funzione che mira a indurre il destinatario a adottare un determinato comportamento, si è rivelata inefficace. Intervenendo con una soluzione necessariamente creativa, la sentenza n. 242 del 2019 ha presentato una rottura ancora più marcata con il suo preteso ruolo di legislatore negativo. Tuttavia, si è osservato che, una volta acclarata la doverosità dell'intervento a garanzia dei diritti fondamentali coinvolti, l'impiego di tecniche decisorie alternative avrebbe comportato problemi ancora maggiori⁶³. In particolare, il ricorso ad una pronuncia di interpretazione costituzionalmente conforme o il ricorso al criterio interpretativo dell'offensività in concreto sarebbero stati meno rispettosi della volontà legislativa di quanto non lo sia stata la decisione concretamente adottata. In quest'ultima eventualità, infatti, la soluzione sarebbe stata rimessa ai giudici comuni, meno legittimati ad interventi manipolativi essendo soggetti al rispetto dell'art. 101, secondo comma Cost., a differenza della Corte costituzionale⁶⁴.

L'elaborazione di una soluzione "su misura" è risultata paradossalmente utile a garantire in maniera più ampia la discrezionalità del legislatore, rispetto ad altre tecniche classiche. La sentenza non si è infatti espressa in termini generali e definitivi sull'illegittimità della disposizione, ma ha delineato una sottofattispecie specifica, corrispondente al caso sottoposto al suo giudizio, lasciando intatta la discrezionalità del legislatore rispetto a tutti gli altri casi che da quest'ultimo divergono.

4.1. Il consolidamento dello strumento nelle ordinanze n. 132 del 2020 e n. 97 del 2021

riferimento per espungere una disciplina rivelatasi oggi irragionevole e – in positivo – la fonte da cui si è attinto per trovare la soluzione costituzionalmente conforme». La sua "storicità" risiederebbe, più che nella tecnica adottata «forse soprattutto nella capacità di dare ingresso nell'ordinamento a valori nuovi senza però creare sommovimenti tellurici che, invece di difendere il sistema costituzionale, lo esporrebbero a gravi pericoli».

⁶² Non manca però la critica di chi ritiene che vi sia stata comunque una coartazione del legislatore, la cui scelta di non intervenire poteva essere una precisa opzione politica, a prescindere dalla sua fondatezza: illustra tali dubbi ZANON, *I rapporti tra Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, cit., pp. 91-94.

⁶³ RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, cit., pp. 351-352.

⁶⁴ CONSULICH, *"Stat sua cuique dies"*, cit., p. 109.

Benché all'indomani della sentenza n. 242 del 2019 la nuova tecnica sperimentata dalla Corte poteva essere giudicata come un *unicum* non destinato a ripetersi viste le peculiarità del caso scrutinato, a distanza di poco tempo le ordinanze n. 132 del 2020 e n. 97 del 2021 hanno sconfessato una simile conclusione.

Lo stesso schema è stato riproposto in due nuove occasioni, il cui sviluppo aggiunge ulteriori elementi a questo nuovo modulo decisorio.

L'ordinanza n. 132 del 2020 si confronta con una questione di illegittimità costituzionale della previsione della pena detentiva per la diffamazione aggravata dall'attribuzione di un fatto determinato, avvenuta a mezzo stampa (art. 13 L. n. 47 del 1948). Il dubbio di legittimità verteva sull'avvertita necessità di rivisitare il bilanciamento di interessi tra la tutela della reputazione e la libertà di informazione alla luce giurisprudenza CEDU in materia⁶⁵: la previsione astratta di una pena detentiva può infatti costituire una minaccia alla libertà di informazione e del ruolo di *watchdog* della democrazia che spetta all'attività giornalistica⁶⁶.

Dal tenore della motivazione dell'ordinanza emerge che per la Corte non ci sono dubbi in ordine alla sproporzione della previsione della sanzione detentiva per la diffamazione commessa dal giornalista. Il motivo del rinvio, quindi, non trova causa nella necessità di intervenire in senso manipolativo su tale previsione, fin dall'inizio ritenuta da espungere, ma in quella di rimettere al legislatore la predisposizione di un intervento che – eliminata l'indefettibilità della sanzione detentiva, salvo che per delle ipotesi eccezionali – operi un bilanciamento tra gli interessi in gioco, prevedendo sanzioni alternative al carcere, tanto penali che civili, e rimedi riparatori; ciò al fine di non sguarnire completamente di protezione il diritto fondamentale alla reputazione, intimamente connesso alla dignità della persona. La Corte motiva la necessità di un rinvio riconoscendo la «limitatezza degli orizzonti del *devolutum* e dei rimedi a sua disposizione, che segnano il confine dei suoi poteri decisorii; con il connesso rischio che, per effetto della stessa pronuncia di illegittimità costituzionale, si creino lacune

⁶⁵ I richiami alle decisioni della Corte di Strasburgo è dettagliata e riprende in particolare la sentenza *Belpietro c. Italia* del 2013, con la quale è stato consolidato l'orientamento che richiede, in questo specifico settore, di verificare la proporzionalità del trattamento sanzionatorio accertando se la natura e la severità della sanzione siano in grado di dissuadere dall'esercizio del diritto di critica. Sul peso attribuito alla giurisprudenza CEDU, N. FIANO, *L'ord. n. 132 del 2020 e il consolidato modello "Cappato" tra "preoccupazioni" della Corte costituzionale e delicati bilanciamenti*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2020, fasc. 3, p. 1562-1564.

⁶⁶ Si tratta della dottrina del *chilling effect*, ossia la possibilità che un intervento legislativo espliciti indirettamente una funzione di deterrenza rispetto all'esercizio da parte dei consociati di determinate condotte, riconducibili ad un diritto fondamentale. Ampiamente sul punto, RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, cit., pp. 252-317.

di tutela effettiva per i controinteressi in gioco, seppur essi stessi di centrale rilievo nell'ottica costituzionale»⁶⁷. L'ordinanza non detta stringenti linee guida – come nel “caso Cappato” – ma richiama le plurime opzioni che il legislatore avrebbe potuto seguire, senza ipotecarne alcuna, anzi aggettivando l'intervento legislativo come «eventuale»⁶⁸.

Nonostante le prospettive di questo nuovo dialogo sembrassero più incoraggianti, vista la pendenza in Parlamento di progetti di legge già avviati per la riforma della materia, alla scadenza del termine fissato dalla Corte l'esito non è mutato. Con la sentenza n. 150 del 2021, è stata dichiarata l'illegittimità della disciplina speciale prevista dall'art. 13 della L. n. 47 del 1948, in ragione del contrasto della previsione indefettibile della pena detentiva con l'art. 21 Cost. È invece rimasta intatto l'art. 595, comma 3 c.p., in virtù dell'alternatività tra i due tipi di sanzione, accompagnata dall'indicazione ai giudici di operarne una interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente conforme, ricorrendo alla pena detentiva solamente in casi di «eccezionale gravità»⁶⁹.

⁶⁷ Corte cost. n. 132 del 2020, considerando in diritto § 8.

⁶⁸ Di questo avviso N. FIANO, *L'ord. n. 132 del 2020 e il consolidato modello “Cappato” tra “preoccupazioni” della Corte costituzionale e delicati bilanciamenti*, cit., p. 1570; G. L. GATTA, *Carcere per i giornalisti: la Corte costituzionale adotta lo ‘schema Cappato’ e passa la palla al Parlamento, rinviando l'udienza di un anno*, in *www.sistemapenale.it*, 9.6.2020; di contrario avviso, nel senso di ritenere che l'ordinanza si sia prefissata lo scopo di orientare l'iter legislativo nelle more di una vicenda processuale che rimane aperta proprio per verificarne gli esiti G. ZAMPETTI, *La “pronuncia doppia” nell'unico giudizio: i tempi della Corte e la discrezionalità del legislatore*, in *Giur. cost.*, 2021, fasc. 4, p. 1586; rivolge simili critiche alla sentenza n. 150 del 2021, che tramite l'indicazione di ricorrere alla pena detentiva nei soli casi eccezionali indicati avrebbe realizzato una «eccessiva cristallizzazione della regola del conflitto», precludendo ad un libero intervento sistematico del Parlamento futuro, F. MEDICO, *Il filo di Arianna dell'incostituzionalità prospettata e il parametro dimenticato (nota alla sentenza n. 150 del 2021)*, in *Giur. cost.*, 2021, fasc. 4, p. 1594.

⁶⁹ Corte cost. n. 150 del 2021: «Si deve infatti ritenere che l'inflizione di una pena detentiva in caso di diffamazione compiuta a mezzo della stampa o di altro mezzo di pubblicità non sia di per sé incompatibile con le ragioni di tutela della libertà di manifestazione del pensiero nei casi in cui la diffamazione si caratterizzi per la sua eccezionale gravità [...]. La Corte di Strasburgo ritiene integrate simili ipotesi eccezionali in particolare con riferimento ai discorsi d'odio e all'istigazione alla violenza, che possono nel caso concreto connotare anche contenuti di carattere diffamatorio; ma casi egualmente eccezionali, tali da giustificare l'inflizione di sanzioni detentive, potrebbero ad esempio essere anche rappresentati da campagne di disinformazione condotte attraverso la stampa, internet o i social media, caratterizzate dalla diffusione di addebiti gravemente lesivi della reputazione della vittima, e compiute nella consapevolezza da parte dei loro autori della – oggettiva e dimostrabile – falsità degli addebiti stessi» (considerando in diritto § 6.2.). Come già ricordato, accoglie favorevolmente l'indicazione a far ricorso della proporzionalità come canone interpretativo, MANES, *Sui vincoli costituzionali dell'interpretazione in materia penale (a margine della recente giurisprudenza della Consulta)*, cit., pp. 1245-1246; nonché RECCHIA, *La proporzionalità sanzionatoria nella triangolazione tra giudici comuni, Corte costituzionale e Corte di giustizia*, cit., pp. 894-895.

A ben vedere tra l'ordinanza del 2020 e la sentenza del 2021 non sussiste la medesima consecuzione logica presente nel "caso Cappato"⁷⁰. Mentre quest'ultimo presentava effettivamente delle caratteristiche che rendevano necessario ricorrere alla nuova tecnica decisoria – l'esigenza del rispetto della discrezionalità legislativa e di evitare il protrarsi di una situazione di incostituzionalità accertata –, nel caso del "carcere a giornalisti" l'esito raggiunto sembra mettere in dubbio l'effettiva necessità di un rinvio. Infatti, pur avendo segnalato l'esigenza di una complessiva rimodulazione del bilanciamento della disciplina della diffamazione a mezzo stampa che la Consulta certamente non può operare, la sentenza n. 150 del 2021 pare dimostrare chiaramente che l'attesa di un anno volta a consentire un eventuale intervento legislativo non era necessaria per offrire la soluzione ai giudici rimettenti. La sentenza pronunciata non opera alcuna manipolazione, rispondendo alla domanda dei giudici rimettenti con una ablazione "secca" dell'art. 13 della L. n. 47 del 1948 e l'infondatezza della questione sulla diffamazione aggravata, mediante una classica sentenza interpretativa di rigetto. Inoltre, la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 13 non apre a nessun vuoto di tutela nei confronti del bene giuridico tutelato dalla fattispecie, dal momento che questa rivestiva carattere speciale, con un regime sanzionatorio più severo rispetto a quella codicistica, il cui ambito applicativo, a seguito della pronuncia della Corte, si riespande anche ai casi che prima ricadevano sotto la disciplina dell'art. 13. Si tratta, dunque, di conclusioni cui la Corte ben poteva giungere già un anno prima.

L'esito non può che lasciare almeno in parte perplessi, facendo sorgere dei dubbi sull'effettiva sussistenza delle ragioni per disporre un rinvio, «scelta magari adottata sulla spinta di considerazioni contingenti o non strettamente connesse alla risoluzione delle questioni di costituzionalità sottoposte alla Corte, quali quelle relative all'opportunità di una complessiva rimediazione della disciplina normativa in cui le disposizioni censurate si inseriscono o all'esistenza di proposte di riforma legislativa in itinere presso le Camere»⁷¹. La seconda prova del nuovo strumento ha dimostrato i primi problemi di un uso poco cauto dello strumento dell'incostituzionalità prospettata, che sopravvalutando la reale necessità di rispettare la discrezionalità legislativa rischia di far soccombere lo scopo di «rendere giustizia costituzionale», fine proprio dell'introduzione di questa tecnica decisoria.

⁷⁰ Di questo avviso ZAMPETTI, *La "pronuncia doppia" nell'unico giudizio: i tempi della Corte e la discrezionalità del legislatore*, cit., p. 1584.

⁷¹ L. MADAU, *Fai domani quello che potresti fare oggi. Un raffronto tra l'ordinanza n. 132 del 2020 e la sentenza n. 150 del 2021*, in *Nomos*, 2021, fasc. 3, p. 16.

I medesimi dubbi sull'opportunità del rinvio si registrano anche nella terza occasione in cui è stata impiegata – ad oggi – la tecnica dell'incostituzionalità prospettata, relativa all'ergastolo ostativo e avviata dall'ordinanza n. 97 del 2021. Oggetto del giudizio di legittimità era la natura assoluta della presunzione di pericolosità dei condannati per reati di ambito mafioso non collaboranti, che preclude l'accesso alla libertà condizionale e, in ultima analisi, il contrasto insanabile tra la pena perpetua e la finalità rieducativa della pena.

Facendo un breve passo indietro, è utile ricordare che l'argomento era divenuto oggetto di particolare attenzione a seguito della sentenza della Corte di Strasburgo nel caso *Viola c. Italia*⁷², in cui si è affermata l'incompatibilità con la CEDU dell'ergastolo che non preveda alcuna forma di riduzione della pena e che non offra alcuna prospettiva di liberazione o di riesame. Su quest'onda, con la sentenza n. 253 del 2019, la Consulta aveva accolto una questione di illegittimità costituzionale relativa alla preclusione alla concessione dei permessi-premio a persone condannate all'ergastolo per i reati c.d. ostativi (art. 4-bis ord. pen.), evidenziando la necessità di prevedere che il giudice potesse superare la presunzione che impediva la concessione di questo beneficio, accertata in concreto una situazione di sicuro ravvedimento anche a prescindere dalla mancata collaborazione. Benché in quell'occasione la questione era limitata ad uno specifico istituto, la Corte aveva espresso una considerazione di tenore generale, nel senso che «Non è la presunzione in sé stessa a risultare costituzionalmente illegittima. Non è infatti irragionevole presumere che il condannato che non collabora mantenga vivi i legami con l'organizzazione criminale di originaria appartenenza, purché si preveda che tale presunzione sia relativa e non già assoluta e quindi possa essere vinta da prova contraria»⁷³.

Tornando al 2021, la Corte si è trovata di nuovo a confrontarsi con una presunzione assoluta del medesimo tenore, ma rispetto ad un istituto – quello della libertà condizionale – di maggiore importanza nell'economia dell'esecuzione penitenziaria. I toni della motivazione in questo caso si presentano molto più morbidi: vengono illustrati gli argomenti di tensione tra la previsione di una presunzione assoluta di pericolosità

⁷² La sentenza *Viola c. Italia* pronunciata il 13.6.2019 ha riscontrato la contrarietà dell'ergastolo ostativo all'art. 3 CEDU, giudicando un caso in cui il ricorrente aveva visto respinta la richiesta di accesso ai benefici penitenziari per mancanza di collaborazione processuale, nonostante la buona condotta carceraria. La pronuncia ha avuto una grande eco, per tutti si rinvia al commento di E. DOLCINI, *Dalla Corte Edu una nuova condanna per l'Italia: l'ergastolo ostativo contraddice il principio di umanità della pena*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2019, fasc. 2, pp. 925 ss.

⁷³ Corte cost. n. 253 del 2019, considerando in diritto § 8.

incentrata unicamente sulla mancata collaborazione, senza però mai esprimersi in maniera netta sulla sua illegittimità. Anzi, la Corte prende in esame gli effetti di disarticolazione della complessiva disciplina penitenziaria che deriverebbero da un accoglimento della questione prospettata, concludendo per la necessità di un intervento del legislatore che bilanci il principio della finalità rieducativa della pena con la perdurante importanza del contrasto al fenomeno mafioso – argomento assai sensibile nel dibattito pubblico, che la Corte sembra toccare con i guanti –, tipica scelta di politica criminale per il cui esercizio, in un’ottica di collaborazione istituzionale, viene disposto un rinvio di dodici mesi.

Decorso il termine e rilevato che era all’esame del Parlamento un testo modificativo del regime di ostatività penitenziaria, all’udienza del 10 maggio 2022 è stata pronunciata in maniera del tutto inedita una seconda ordinanza di rinvio di ulteriori sei mesi (n. 122 del 2022) per consentire il completamento dei lavori parlamentari.

Nel corso di questo secondo spazio di rinvio, a causa dello scioglimento anticipato delle Camere, il progetto di legge in esame non è stato portato a termine. Il 31 ottobre 2022 però il Governo ha recuperato quel testo inserendolo nel D. L. n. 162 del 2022⁷⁴, a fronte del quale la Corte, ritenendo che la modifica legislativa abbia trasformato la presunzione di pericolosità in questione da assoluta in relativa, ha restituito gli atti ai giudici rimettenti (ordinanza n. 227 del 2022) per sottoporre loro il riesame dei presupposti dell’incidente di costituzionalità alla luce dello *ius superveniens*.

La terza prova della tecnica dell’incostituzionalità prospettata, con il suo travagliato *iter*, ha fatto emergere i limiti di tale tecnica e le aporie ad essa connesse. In particolare, la previsione del secondo rinvio è stata oggetto di molteplici critiche in dottrina, in quanto ha dimostrato che – in assenza di una compiuta concettualizzazione di tale strumento – il percorso tracciato per i rapporti tra Corte e legislatore è aperto a valutazioni contingenti, facendo sorgere la domanda di quale sia la condizione minima prevista per disporre un ulteriore differimento: il dubbio è se basti l’approvazione di una proposta di legge in un ramo del Parlamento per differire

⁷⁴ Il provvedimento pur escludendo la natura assoluta della presunzione ha introdotto un regime complessivamente peggiorativo che – oltre ad estendere il catalogo dei reati ostativi – ha innalzato gli anni di pena da espiare per poter presentare l’istanza (da 26 a 30 anni) e ha previsto un onere probatorio gravoso circa la mancanza di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva e un accertamento impegnativo per la magistratura di sorveglianza. Su questi profili si veda l’analisi critica di F. FIORENTIN, *Ergastolo ostativo: una controriforma che non recepisce i rilievi della Consulta*, in *Giuda dir.*, 2022, n. 15, pp. 25 ss.; E. DOLCINI, *L’ergastolo ostativo riformato in articolo mortis*, in www.sistemapenale.it, 7.11.2022.

ulteriormente la decisione⁷⁵. Questo aspetto rende meno certa la natura del termine fissato dalla Corte, posto che in questa occasione più che la discrezionalità del legislatore è stata tutelata la sua inerzia, dato che a fondamento della decisione non è stata posta la considerazione del tempo trascorso dal primo rinvio, ma quello ancora necessario a completare l'*iter* legislativo, quantità imponderabile e – secondo un calcolo oscuro⁷⁶ – quantificato dall'ordinanza n. 122 del 2022 in sei mesi.

Un differimento così lungo accentua il difetto di fondo di cui è tacciata questa tecnica: una volta accertata l'illegittimità di una norma la Corte dovrebbe dichiararlo subito, altrimenti viene meno allo scopo di tutela dei diritti fondamentali che esplicitamente persegue trattenendo a sé la decisione, anziché pronunciare subito una inammissibilità; quando decide per il rinvio invece dovrebbe motivarlo in maniera stringente e fissando un termine certo, oltre il quale non può più differire di nuovo il proprio intervento, indispensabile per eliminare una situazione di illegittimità prolungata⁷⁷.

Il concreto esito della vicenda ha paradossalmente frustrato le finalità di istituire una interlocuzione con il Parlamento, ragione che aveva indotto all'originario rinvio: il D.L. n. 162 del 2022 – che pur ha recuperato un testo già giacente alle Camere – ha realizzato una inattesa frapposizione governativa. Plurimi sono i rilievi critici che sorgono da questo epilogo. Oltre ai legittimi dubbi sulla possibilità di ritenere sussistenti i presupposti per l'impiego della decretazione d'urgenza, si è replicata la consueta supplenza del Governo nei confronti del Parlamento, i cui lavori sono stati interrotti

⁷⁵ G. CASAVECCHIA, *Ergastolo ostativo: tanti "tempi" e provvedimenti per risolvere – forse solo temporaneamente – un'unica questione*, in *Rivista AIC*, 2023, fasc. 2, p. 221; nel caso della sentenza n. 150 del 2021, pur essendo in esame in commissione dei testi di legge non è stato considerato alcun rinvio.

⁷⁶ All'indomani del secondo rinvio, esprime dei dubbi sulla congruità di tale termine, domandandosi «quale clessidra sia in dotazione al Palazzo della Consulta», posto che un anno prima era stato considerato congruo il termine di un anno, salvo poi rivedere tale giudizio A. PUGIOTTO, *Da tecnica a tattica decisoria. L'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo differita la seconda volta*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2022, fasc. 2, p. 768.

⁷⁷ Osserva inoltre PUGIOTTO, *Da tecnica a tattica decisoria*, cit., p. 767 che a differenza delle prime due vicende in cui è stata usata questa tecnica, nel caso in esame gli imputati dei giudizi *a quo* erano persone detenute, quindi, versanti in una condizione sulle quali l'inerzia legislativa ha inciso sensibilmente: «in casi simili, ha davvero un prezzo fuori mercato la *fictio iuris* di tenere artificialmente in vita, attraverso un *escamotage* processuale, una disciplina incostituzionale».

La dilatazione dei tempi del giudizio di costituzionalità incide, peraltro, sulla composizione del Collegio della Corte, circostanza che può comportare un mutamento delle maggioranze e un avvicinarsi di Presidenti (in questo caso tre: Coraggio, Amato, Sciarra) e di giudici relatori-redattori (Amato per l'ord. 122 del 2021, Zanon per l'ord. 227 del 2022). Sul punto, CASAVECCHIA, *Ergastolo ostativo: tanti "tempi" e provvedimenti per risolvere – forse solo temporaneamente – un'unica questione*, cit., pp. 215-217.

dalla fine anticipata della legislatura. La Corte così ha dovuto implicitamente accettare che la risposta alla propria domanda di intervento sia giunta da un organo diverso da quello che aveva inizialmente interpellato.

Infine, la disciplina introdotta con il decreto-legge, pur eliminando la presunzione assoluta oggetto del dubbio di costituzionalità, è parsa nel complesso peggiorativa rispetto alla disciplina precedente: da un lato ha previsto che non è sufficiente la regolare condotta carceraria e la partecipazione del detenuto al percorso rieducativo ai fini della valutazione, dall'altro richiede l'allegazione di elementi specifici, diversi e ulteriori tali da dimostrare l'avvenuta rescissione dei legami con la criminalità organizzata e l'insussistenza del pericolo di riacciare i rapporti con tale contesto. L'intervento legislativo ha introdotto nuovi ostacoli all'accesso ai benefici di legge da parte del detenuto, per cui i dubbi di costituzionalità potenzialmente permangono ancora, ma potranno essere portati di nuovo all'attenzione della Corte solamente se verrà sollevata una nuova questione di legittimità costituzionale.

Tutti questi profili incrinano la bontà dello strumento dell'incostituzionalità prospettata, facendone emergere i limiti insiti in un approccio casistico, in cui i presupposti e la gestione degli esiti pare risentire dell'influsso del tipo di diritto fondamentale che viene in rilievo e della necessità di preservare gli equilibri istituzionali con il legislatore, rispetto al quale la Corte non può pretendere di imporre un adempimento entro i tempi di messa in mora⁷⁸.

4.2. Il pericolo della deriva «da tecnica a tattica» decisoria e la necessità di consolidare i nuovi strumenti

All'indomani dell'inedito secondo rinvio disposto con l'ordinanza n. 122 del 2022 è emersa in dottrina la preoccupazione che lo strumento dell'incostituzionalità prospettata si trasformi da «tecnica a tattica» decisoria, con ciò intendendosi uno strumento malleabile a seconda dei fini di volta in volta perseguiti e soggetto ad essere strumento politico prima che giurisdizionale, in quanto declinato prevalentemente

⁷⁸ E. GROSSO, *Il rinvio a data fissa nell'ordinanza n. 207/2018. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o innovativa tecnica di giudizio?*, in *Quad. cost.*, 2019, fasc. 3, pp. 552-554.

verso la ricerca di una collaborazione con il Parlamento, dimostratasi poi unidirezionale⁷⁹.

L'ispirazione di questo strumento appare chiaramente individuabile nel modello tedesco delle *Unvereinbarkeitserklärungen*, con la vistosa differenza che in quel sistema i rapporti tra Tribunale costituzionale e legislatore sono di reciproca collaborazione, dando quest'ultimo regolarmente seguito alle decisioni del primo⁸⁰. Nel modello decisorio tedesco vi è una significativa differenza rispetto allo schema elaborato dalla Corte costituzionale: quando il *Bundesverfassungsgericht* riscontra un vizio di legittimità pronuncia subito una decisione di incompatibilità della norma, senza dichiararla incostituzionale. La decisione di incompatibilità non elimina la norma dall'ordinamento, ma produce come effetto immediato il sorgere di un obbligo costituzionale di riforma in capo al legislatore (art. 20, comma 3 GG), il quale deve intervenire entro un certo termine per eliminare la disposizione incostituzionale ed introdurre la nuova disciplina. Il termine non ha natura rigida e durante la sua pendenza vige la sospensione dei processi in cui rileva la norma dichiarata incompatibile⁸¹, ma dopo la sua scadenza anche i giudici comuni possono intervenire per porre rimedio all'inottemperanza del legislatore e si può attivare automaticamente una competenza d'urgenza del Tribunale costituzionale che può – in quel caso sì – dichiarare la nullità della norma viziata e non eliminata.

È chiaro che un simile trapianto nel nostro sistema di questo schema decisorio non può offrire le stesse prestazioni: non sussiste un obbligo per il Parlamento di intervenire e infatti, tanto rispetto ai moniti classici tanto rispetto ai rinvii, si è dimostrato

⁷⁹ A. PUGIOTTO, *Da tecnica a tattica decisoria*, cit., p. 771, il quale riprende a sua volta l'espressione di M. MASSA, *La terza incostituzionalità «prospettata» e la questione dell'ergastolo ostativo*, in *Nomos*, 2021, fasc. 2, pp. 1-12.

⁸⁰ Per una istruttiva ricostruzione dei modelli decisorii del *BVerfG*, e per la connessione con il modello adottato nel caso Cappato si veda M. D'AMICO, N. FIANO, *Tipologia ed effetti delle decisioni del Bundesverfassungsgericht*, in REPETTO, SAIITO, *Temi e problemi della giustizia costituzionale in Germania*, cit., pp. 161-190.

L'ispirazione al modello tedesco è stata resa esplicita anche nella relazione sulla giurisprudenza costituzionale del 2019 della Presidente Cartabia, con una sezione a ciò dedicata ed intitolata «Tecniche processuali collaborative: uno sguardo alle altre Corti europee», ove vengono prese in considerazione le esperienze costituzionali della Germania e dell'Austria (*Giurisprudenza costituzionale dell'anno 2019. Relazione del Presidente Marta Cartabia*, 28.4.2020, p. 11-13).

⁸¹ Il *BVerfG* può anche adottare la variante dell'ordine della *weitere Anwendbarkeit*, ordinando ai giudici di fare applicazione della norma dichiarata incompatibile fino all'intervento del legislatore. Tale strumento è tipico della materia economico-tributaria, ma è stato adottato anche in ambito penale, in particolare in materia di misure cautelari personali; D'AMICO, N. FIANO, *Tipologia ed effetti delle decisioni del Bundesverfassungsgericht*, cit., pp. 174-176.

inerte. Inoltre, mentre in Germania a seguito della pronuncia di incompatibilità i processi sono sospesi, nello schema della *Unvereinbarkeitserklärungen* c.d. all'italiana, a seguito dell'ordinanza di rinvio la norma è ancora perfettamente vigente, ma gli operatori giuridici (giudici, pp. aa., cittadini) potrebbero essere indotti a non applicarla più o a disattenderla creando una situazione di incertezza giuridica. Inoltre, mentre nel modello tedesco la norma viene subito paralizzata e a rimuoverla deve essere lo stesso legislatore, nel nostro sistema il meccanismo della "doppia pronuncia" paradossalmente può favorire la latitanza del Parlamento, soprattutto davanti a questioni di natura etica o particolarmente divisive⁸².

La critica più ficcante appare però quella di chi osserva che una dilatazione del giudizio, ancor più quando non chiaramente determinata nei suoi limiti massimi, finisce per prolungare la vita ed effetti di una norma già riconosciuta come illegittima tramite una torsione delle regole processuali. Dinanzi all'ordinanza n.132 del 2020, dato il suo esito, e alla decisione di un secondo rinvio con l'ordinanza n. 122 del 2022 si è infatti sostenuto che la Corte ben avrebbe potuto dichiarare subito l'illegittimità della norma, sospendendo solamente gli effetti della pronuncia per un tempo congruo all'intervento di riequilibrio della complessiva disciplina da parte del legislatore⁸³. D'altra parte, la scelta di modulare nel tempo gli effetti della decisione non avrebbe costituito un'opzione inedita, essendo già stata sperimentata al di fuori dell'ambito penale⁸⁴.

⁸² SPADARO, *Involuzione – o evoluzione – del rapporto tra Corte costituzionale e legislatore (notazioni ricostruttive)*, cit., p. 130.

⁸³ Si tratta della proposta autorevolmente sostenuta dal prof. Tullio Padovani nell'intervista resa a E. NOVI, *Sull'ostativo scelta inaccettabile, la Corte ha il dovere di cancellare le norme incostituzionali*, in *Il Dubbio*, 11.5.2022; fatta propria anche da PUGIOTTO, *Da tecnica a tattica decisoria. L'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo differita la seconda volta*, cit., p. 771, secondo il quale il risultato poteva essere raggiunto rinviando la pubblicazione in Gazzetta ufficiale della dichiarazione di incostituzionalità, preannunciandola con un comunicato, così da consentire un intervento legislativo celere, anche mediante decretazione d'urgenza. Con riferimento all'ordinanza n. 132 del 2020 una soluzione simile era stata prospettata da N. RECCHIA, *La previsione della pena detentiva per la diffamazione del giornalista: la Corte costituzionale ripropone la tecnica decisoria del caso Cappato*, in *Giur. cost.*, 2020, fasc. 3, p. 1486, il quale però concludeva per la sua inopportunità in ragione della necessità di non introdurre un nuovo strumento decisorio all'indomani di una novità così dirompente come quella del "caso Cappato".

⁸⁴ In più occasioni recentemente la Corte ha dimostrato di ritenere di poter disporre dell'efficacia delle proprie pronunce, come nelle sentenze n. 10 del 2015 (riguardante l'illegittimità della c.d. *Robin tax*), n. 246 del 2019 (riguardante i poteri del Commissario straordinario per la gestione dell'emergenza sismica del 2016) e la n. 41 del 2021 (in merito allo *status* dei giudici ausiliari di appello). Al pari dell'incostituzionalità prospettata anche questa opzione presenta dei problemi di compatibilità con la struttura

In questo modo avrebbe risolto il contrasto tra la norma e la Costituzione e al contempo prevenuto il rischio di un vuoto normativo, senza tramutarsi in «maestrina del Parlamento», ruolo che l'allora Presidente della Corte ha dichiarato di voler rifuggire⁸⁵. Optando per un prolungamento scarsamente prevedibile del giudizio, invece, questo subisce smagliature considerevoli, che rischiano di trascinare il Giudice costituzionale sul terreno della politica.

L'esito dell'utilizzo di questo strumento decisorio pare far emergere tutto l'anacronismo normativo della legge n. 87 del 1953, adottata ancor prima che la Corte entrasse in funzione e legata ad una concezione formalistica del giudizio di legittimità costituzionale che non si è poi riflettuta nel diritto vivente della giurisprudenza costituzionale. È rimasta immutata per settant'anni⁸⁶ e una sua modifica sarebbe certo auspicabile per trasporre in un dato positivo l'evoluzione che il giudizio di costituzionalità ha conosciuto, trovando soluzioni che permettano di mantenere l'equilibrio dei poteri e di tracciare la linea dei rapporti tra Corte e Parlamento dinanzi a simili situazioni, tra i due estremi di una supplenza della prima e una legislazione coartata della seconda⁸⁷.

incidentale del sindacato, come messo in luce da M. D'AMICO, *Una vistosa motivazione in tema di efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, in *Quad. cost.*, 2020, fasc. 1, p. 143-144, la quale però mette in guardia sulla possibilità di modulare gli effetti temporali delle sentenze senza che ciò sia previsto in qualche modo dalla legge o dalla Costituzione; sottolinea il possibile legame tra la modulazione degli effetti nel tempo delle sentenze e il rinvio al legislatore, N. FIANO, *Tra tutela ordinamentale e discrezionalità legislativa: le Unvereinbarkeitserklärungen quale possibile modello di ispirazione per la gestione degli effetti delle sentenze di accoglimento*, in *Gruppo di Pisa*, 2020, fasc. 1, pp. 303-305.

⁸⁵ È l'espressione usata dal Presidente Amato nel corso della conferenza stampa tenutasi in occasione della Relazione annuale sull'attività della Corte nel 2021 (G. NEGRI, *Amato, non siamo la maestrina del Parlamento, il dialogo produce frutti*, in *www.ntplusdiritto.ilsole24ore.com*, 7.4.2022).

⁸⁶ Qualche modifica è stata apportata dalla Corte stessa, come accaduto ad esempio con la recente sentenza n. 68 del 2021 che ha dichiarato illegittimo l'art. 30 della L. n. 87 del 1953 in quanto interpretato nel senso che «la disposizione non si applica in relazione alla sanzione amministrativa accessoria della revoca della patente di guida, disposta con sentenza irrevocabile ai sensi dell'art. 222, comma 2, del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285 (Nuovo codice della strada)».

⁸⁷ A. MORRONE, *Finale di partita. Cosa davvero vuole la Corte costituzionale con l'ord. n. 97 del 2021 sull'ergastolo ostativo*, in *Giucost*, 2021, fasc. 2, pp. 391-392, il quale ritiene che alla base della decisione del rinvio dell'ordinanza n. 97 del 2021 stia proprio un problema connesso alla mancata evoluzione della normativa sul processo costituzionale. In altri ordinamenti, come quello tedesco, la disciplina è stata oggetto di aggiornamenti progressivi che hanno recepito gli strumenti introdotti in via pretoria dal Tribunale costituzionale, dando a questi una copertura legislativa. Mette in luce come nonostante una dettagliata disciplina del processo costituzionale, contenuta nella Legge fondamentale e in una apposita legge federale (*BVerfGG*), il *BVerfG* abbia mantenuto la propria doppia anima di organo costituzionale e giurisdizione, senza rinunciare alla flessibilità e adattabilità dei propri strumenti, REPETTO, *Il controllo di costituzionalità delle leggi*, cit. pp. 31-33.

In questo senso milita anche l'osservazione comparatistica: nei Paesi in cui il dialogo tra l'organo di giustizia costituzionale e il legislatore è proficuo, i poteri del primo sono espressamente previsti o dalla Costituzione o da una legge di rango costituzionale, oppure sono ratificati per legge dopo essere stati elaborati in via giurisprudenziale⁸⁸.

La trasposizione in una legge dei poteri e degli effetti delle decisioni della Corte nel dialogo con il legislatore avrebbe il positivo effetto di porre le basi per una cooperazione effettiva: potrebbero essere previsti chiaramente i presupposti per il ricorso a forme collaborative tra i due organi, innalzando il livello di prevedibilità della tecnica decisoria adottata dalla Corte e dando una chiara scansione dei tempi a disposizione del Parlamento per dare seguito alle indicazioni ricevute, attribuendo peso anche all'eventuale presenza di lavori già avviati presso le Camere e al momento della legislatura in cui viene disposto il rinvio da parte della Consulta.

Per quanto desiderabile, appare difficile poter pronosticare un intervento prossimo su di un argomento così delicato, cosicché la strada percorribile sembra essere quella di un riordino delle tecniche decisorie da parte della Corte stessa, che faccia capire perché a volte viene dichiarata l'inammissibilità, altre volte si decide per l'accoglimento e altre volte ancora si rimanda la decisione al futuro, chiarendo anche le ragioni dei tempi scelti e delle condizioni alle quali la questione verrà poi accolta o rigettata. In assenza di una sistematizzazione che passa attraverso l'esplicitazione di un metodo tali scelte rischiano di apparire oscure, con il rischio di ingenerare il sospetto che la scelta non segua regole predeterminate, ma sia ogni volta libera e, in ultima analisi,

⁸⁸ Quanto al primo caso degli esempi sono offerti dall'esperienza austriaca, ove la Legge costituzionale del 1930 (art. 140, par. 5) riconosce alla Corte costituzionale di posticipare gli effetti delle proprie decisioni fino a diciotto mesi dalla pronuncia. In Portogallo le decisioni del Tribunale costituzionale hanno efficacia *ex tunc*, ma la costituzione (art. 282, comma 4) prevede che per ragioni di certezza del diritto, equità o eccezionali casi di interesse pubblico, i giudici costituzionali possono motivare una portata più limitata degli effetti. Su queste due esperienze si veda R. ROMBOLI, *L'“obbligo” per il giudice di applicare nel processo a quo la norma dichiarata incostituzionale ab origine: natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti*, in *www.forumcostituzionale.it*, 6.4.2015, pp. 10-12. In Francia, l'art. 62, comma 2 Cost. prevede che alla dichiarazione di illegittimità costituzionale consegua l'effetto dell'abrogazione, lasciando ai giudici costituzionali la possibilità di decidere di differire l'effetto o di farlo operare retroattivamente, eventualità quest'ultima impiegata anche rispetto all'ambito penale, sul punto M. BURLA, *Fu vera “révolution juridique”?* La question prioritaire de constitutionnalité a dieci anni dalla sua introduzione, in *Forum Quad. cost.*, 2021, fasc. 3, pp. 161-162.

Il secondo caso, in cui la legge positivizza strumenti già introdotti in via pretoria dal giudice costituzionale, si rinviene nella già citata esperienza tedesca.

politica⁸⁹. Non è una soluzione immediata, come potrebbe essere un intervento normativo specifico, ma è ineludibile per salvaguardare il ruolo della Corte e rendere prevedibili le sue decisioni anche dagli altri organi costituzionali e dai cittadini, tanto da quelli coinvolti nei procedimenti incidentali tanto da quelli che ad essa guardano come custode della ragionevolezza dell'ordinamento.

⁸⁹ MASSA, *La terza incostituzionalità «prospettata» e la questione dell'ergastolo ostativo*, cit., pp. 10-11. In dottrina, per una proposta di sistematizzazione delle condizioni minime per ricorrere allo strumento della doppia pronuncia nello stesso processo si veda SPADARO, *Involuzione – o evoluzione – del rapporto tra Corte costituzionale e legislatore (notazioni ricostruttive)*, cit., pp. 130-131.

OSSERVAZIONI CONCLUSIVE

1. La legittimazione della Corte costituzionale e il suo ruolo contro-maggioritario: il campo di tensione tra la componente democratica e garantista della legalità.

Il principio di riserva di legge in materia penale – come si è già avuto modo di ricordare – trova il suo senso profondo nel principio di separazione dei poteri e, per il suo concreto sviluppo nell’ordinamento, ad oggi sembra identificare la sua *ratio* garantistica ultima nel controllo esercitato dalla Corte costituzionale sulla legge penale, tanto nella veste di «corte dei poteri» tanto in quella di custode della legalità costituzionale. I recenti sviluppi della giurisprudenza di quest’ultima, le cui evoluzioni si sono concentrate in particolare in questa materia, hanno messo in luce il dibattito mai sopito sulla legittimazione dell’organo di giustizia costituzionale e sui suoi rapporti con il legislatore.

La lettura evolutiva dei principi e delle regole del processo costituzionale, la revisione di dottrine consolidate e l’elaborazione di nuove tecniche decisorie sono state infatti interpretate come una manifestazione di «suprematismo giudiziario»: uno sconfinamento della Corte costituzionale sul terreno della politica, che si esplicherebbe anche nella crescente attività «extrafunzionale» e una più marcata comunicazione e pubblicizzazione delle proprie decisioni⁹⁰.

In risposta a queste osservazioni si è sostenuto in dottrina che esse sono frutto di una visione troppo rigida dei confini della giustizia costituzionale e che l’esposizione

⁹⁰ L’espressione è uscita dalla penna di A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2019, fasc. 2, pp. 251 ss.; Id., *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Corte costituzionale*, in *www.federalismi.it*, 2021, fasc. 12, pp. 170 ss. In merito all’attività «extrafunzionale» l’A. fa riferimento ad iniziative estranee alle funzioni proprie della Corte, che l’hanno vista “uscire dal Palazzo” attraverso i “viaggi” nelle scuole e nelle carceri e, per quanto riguarda il profilo della mediatizzazione, l’A. ritiene che l’utilizzo dei comunicati stampa e la pubblicazione del calendario dei lavori siano condotte più consone ad un organo politico che ad uno giurisdizionale.

L’esposizione della Corte sulla scena pubblica ha attirato anche l’attenzione degli studi di scienze politiche, ambito che in Europa ha dimostrato uno scarso interesse per il ruolo di queste istituzioni nel sistema politico, a differenza di quanto avviene Oltreoceano; lo mette bene in luce RULLO, *La politica a Corte. L’espansione della Corte costituzionale nell’arena politica*, cit., pp. 51-76.

della Consulta in decisioni più coraggiose su temi sensibili e l'impegno nel diffondere le modalità del proprio operato e il fine costituzionale che questo persegue non possono dirsi sufficienti a mutare l'assetto dei poteri o a svelare una ricerca di consenso popolare per rafforzare la propria legittimazione⁹¹.

Appare tuttavia ineludibile l'osservazione che, mentre l'attività dei giudici ordinari consiste nell'applicazione di regole guidata (auspicabilmente) da certi precisi canoni ermeneutici, l'attività dei giudici costituzionali è connotata da una intrinseca natura valutativa, poiché avente ad oggetto non regole, ma principi da bilanciare. Il bilanciamento non può essere risolto sulla base di una mera ricostruzione interpretativa dell'ambito di applicazione di ciascun diritto fondamentale⁹². Le operazioni di bilanciamento sottraggono in parte alla politica degli argomenti politici⁹³, e di conseguenza limitano il principio democratico. Ammettere il ruolo delle Corti nel difendere i diritti fondamentali significa allora ammettere una compressione del principio democratico⁹⁴.

Una Corte che interviene a sindacare della proporzionalità di una risposta sanzionatoria o della ragionevolezza di una presunzione in materia penitenziaria opera una forma di compressione del principio democratico. Questa è tollerabile nella misura in cui il sacrificio produce un effetto positivo, cioè se quanto perso sul piano democratico consente di raggiungere un miglior livello di tutela dei diritti fondamentali. Allora è necessario essere sicuri che le Corti siano in grado di tutelare i diritti fondamentali meglio di quanto non riesca a fare il gioco democratico attraverso la rappresentanza degli interessi politici.

In merito al ruolo di garanzia connesso al metodo democratico molto è già stato detto sulla perdita di centralità della legge, sull'insufficienza dell'attuale conformazione del dibattito parlamentare ad assicurare la partecipazione delle minoranze e

⁹¹ Di questo avviso, in diretta risposta al saggio del prof. Morrone, R. BIN, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni a margine di un recente scritto di Andrea Morrone*, pp. 757 ss.; E. CHELI, *Corte costituzionale e potere politico. Riflessioni in margine a un recente scritto di Andrea Morrone*, pp. 777 ss., entrambi pubblicati in *Quad. cost.*, 2019, fasc. 4. Di simile tenore anche le osservazioni di RUOTOLO, *Corte costituzionale e legislatore*, cit., pp. 53-58.

⁹² N. RECCHIA, *Ruolo e legittimazione delle Corti dei diritti in materia penale*, in *Dir. pen. cont. Riv. Trim.*, 2018, fasc. 4, p. 9.

⁹³ G. ZACCARIA, *Postdiritto*, cit., p. 251.

⁹⁴ TEGA, *La Corte nel contesto*, cit., pp. 313-314, la quale rammenta che la separazione tra giurisdizione e politica nell'operato delle Corti costituzionali è venuto meno ben prima del c.d. fenomeno dell'attivismo giudiziale, ma «è già con l'avvento dello Stato sociale e della supremazia della Costituzione entrambi elementi caratterizzanti lo Stato costituzionale di diritto, che si sgretola l'ideale di una giurisdizione *passiva e impolitica*».

dell'«apatia costituzionale»⁹⁵ del Parlamento rispetto a fenomeni che richiedono di essere regolati. Con particolare riguardo al settore penale si è pure ricordato come il populismo penale insidia le scelte in materia di reati e, soprattutto, di pene e non costituisce affatto un fenomeno transitorio⁹⁶, ma l'espressione di una permanente tensione verso impieghi totalizzanti dello *ius terribile*. Il significato della riserva di legge come strumento di garanzia, che tramite le strettoie del procedimento parlamentare prelude ad un uso oculato dello strumento penale, risulta nettamente indebolito, aprendo la strada a prodotti legislativi disorganici e disarmonici rispetto ai principi costituzionali.

In ragione di questa crisi, la Corte costituzionale si trova sotto la lente di osservazione per la “colpa” di compiere «la propria funzione in modo molto efficace in un contesto nel quale non fanno altrettanto gli organi rappresentativi», dovendosi concludere che «è la debolezza della politica ad evocare la forza del giudice, non il contrario»⁹⁷. Proprio dall'angolo visuale del diritto penale, infatti, anche le voci più critiche convergono nel riconoscere il ruolo fondamentale che la giurisprudenza costituzionale ha avuto e continua ad avere nell'affermazione dei principi essenziali di questa materia, dal principio di colpevolezza fino a quello della finalità rieducativa della pena, e nella tutela dei diritti fondamentali compresi dalla spada acuminata del potere di punire.

I diritti fondamentali che vengono in rilievo in materia penale sono quelli che più sono esclusi dalla rappresentanza nel circuito politico, poiché coloro che sono stati toccati dal diritto penale tendono a non avere alcun potere politico ed elettorale e chi invece non ha avuto tale contatto non ha certamente in cima alla propria agenda politica la tutela dei diritti e delle garanzie degli accusati⁹⁸. Queste persone nella stragrande maggioranza dei casi sono soggetti provenienti da contesti di emarginazione, frequentemente di nazionalità straniera, non organizzati politicamente e magari

⁹⁵ RUOTOLO, *Corte costituzionale e legislatore*, cit., p. 71.

⁹⁶ AMATI, *L'enigma penale*, cit., p. 305.

⁹⁷ TEGA, *La Corte nel contesto*, cit., p. 317.

⁹⁸ RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, cit., pp. 40-41. L'A. porta un efficace esempio: la legge che ha introdotto il reato di c.d. omicidio stradale, con la sua previsione di una pena draconiana, è stata approvata all'unanimità, dimostrando la totale immedesimazione con le moltissime vittime della strada, eppure si tratta di un settore in cui più di ogni altro dovrebbe essere possibile identificarsi anche con l'autore, posto il rischio che quotidianamente chiunque conduca un veicolo corre di rendersi responsabile di questo reato.

esclusi dai diritti elettorali proprio in ragione di una condanna⁹⁹. Sono persone delle cui sorti la collettività non si interessa, per l'umana tendenza a identificarsi con la vittima dei reati, anziché con i loro autori¹⁰⁰.

Si pensi alle questioni di legittimità connesse all'ergastolo ostativo o al regime del carcere duro (art. 41-bis ord. pen.): i diritti delle persone che versano in questa condizione sono un argomento che non premia affatto sul piano politico, i sondaggi d'opinione offrono dati che permettono di bollare come un suicidio politico ogni provvedimento che faccia un passo indietro rispetto a tali forme di esecuzione penitenziaria¹⁰¹.

In questi termini, che rappresentano la natura contro-maggioritaria della difesa di certi diritti, il controllo di legittimità costituzionale sulle leggi penali sembra offrire un livello di garanzia superiore a quello offerto dal solo principio democratico, rendendo positivo quel *trade-off* connesso alla sua compressione.

⁹⁹ In questo senso il concetto di democrazia penale presidiato dalla riserva di legge, nel senso di garanzia della rappresentanza di tutto il popolo da parte del produttore della norma penale, deve essere demistificato, essendo un concetto «tributario della rappresentanza politica delle classi che animano il conflitto sociale. Nel diritto penale moderno, storico, il conflitto tra capitale e lavoro. Ma i conflitti attuali, su cui corre la frontiera della penalità, riguardano soggetti che sono in prevalenza estranei e irriducibili alla rappresentanza politica (ad esempio stranieri immigrati)», M. DONINI, G. INSOLERA, *Considerazioni introduttive*, in AA. VV., *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, Bologna, 2005, p. 14.

¹⁰⁰ Si tratta di persone che VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit., pp. 319- 322 definisce «*discrete and insular minorities*», riprendendo un'espressione utilizzata dalla Corte Suprema statunitense in una pronuncia del 1983; lo stesso poi ricorda che paiono affette da una visione anacronistica le affermazioni del Parlamento come luogo di rappresentanza di tutto il popolo sovrano che «non può legiferare contro sé stesso», poiché restituisce un'immagine monolitica di una realtà invero sfaccettata, in cui è ben possibile che la maggioranza calpesti i diritti di minoranze «separate e insulari».

¹⁰¹ D. ZACCARIA, *Criticare il 41-bis non è possibile: chi tocca i fili fa una brutta fine*, in *Il Dubbio*, 7.2.2023, il quale riporta i dati di un sondaggio dell'istituto Euromedia Research in merito all'opinione degli elettori sul regime del 41-bis, dal quale risulta la trasversalità delle richieste di inasprire ulteriormente il trattamento. Allo stesso modo sottolinea come questi temi, anche con riferimento all'ergastolo "semplice", siano sistematicamente scansati nel dibattito politico per meri motivi elettorali, G. FIANDACA, *Ergastolo ostativo, carcere duro e dintorni*, in *www.questionegiustizia.it*, 9.3.2021.

Considerazioni non dissimili possono svolgersi anche con riferimento ai diritti fondamentali delle persone migranti, parimenti caratterizzati da una scarsissima appetibilità nel discorso politico elettorale, come osserva anche G. SILVESTRI, *Corte costituzionale, sovranità popolare e "tirannia della maggioranza"*, in *Quest. giust.*, 2019, fasc. 1, pp. 25-28; come previsto dal Presidente emerito della Corte, quest'ultima sarà messa sempre più chiamata a tenere fermo l'argine giurisdizionale in difesa di una corretta applicazione degli artt. 2 e 3 Cost. nei confronti delle persone migranti. La sentenza n. 63 del 2022 è una testimonianza del ruolo che essa già sta svolgendo nel contenere irragionevoli eccessi punitivi in questo settore.

Una simile conclusione deve però guardarsi dai rischi insiti nell'«antico pregiudizio antiparlamentare e antilegislativo»¹⁰² rispetto alla tutela dei diritti fondamentali, che porta a pensare che quest'ultima sia il frutto del solo affinarsi della riflessione giuridica e che «non resti alla dottrina altro compito che non quello di suscitare, accompagnare e decantare le magnifiche sorti progressive della tutela dei diritti fondamentali da parte delle Corti dei diritti»¹⁰³. Il ruolo svolto dalle Corti costituzionali e la loro legittimazione all'interno del sistema si fonda più di quanto non sia dato vedere sul consenso diffuso nella maggioranza politica, il cui netto mutamento ben può portare ad una riduzione del ruolo e dei poteri di queste¹⁰⁴.

Per preservare la legittimazione della Corte e rendere quindi tollerabile quella compressione della discrezionalità politica insita nel suo operare è necessario che la sua attività non sia oggetto di una «agiografia da chierici»¹⁰⁵, ma sia sempre sottoposta dalla dottrina ad un puntuale vaglio critico che sondi la rigosità argomentativa delle decisioni. Le motivazioni devono rendere conto del percorso argomentativo che ha condotto ad una certa conclusione e ad usare un certo mezzo, impegnandosi anche ad illustrare perché soluzioni alternative sono state ritenute impercorribili¹⁰⁶.

¹⁰² Atteggiamento ben descritto nelle note pagine di M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 2006, fasc. 2, p. 1661.

¹⁰³ RECCHIA, *Ruolo e legittimazione delle Corti dei diritti in materia penale*, cit., p. 12.

¹⁰⁴ Precisa questo aspetto CHESSA, *Sovranità*, cit., p. 57: «la garanzia ultima della costituzionalità delle norme vigenti è offerta dalla giustizia costituzionale solo nominalmente e, comunque, a determinate condizioni, il cui venir meno mette irrimediabilmente fuorigioco il ruolo protettivo dei tribunali costituzionali, come di ogni istituzione di garanzia (e non solo): mi riferisco alla lealtà costituzionale delle forze politiche di maggioranza, da cui dipende in larga misura lo svolgersi dei processi "autorizzativi" diffusi che installano e fortificano un assetto costituzionale».

Rispetto a casi in cui le forze di maggioranza hanno fatto venir meno il loro supporto agli organi di giustizia costituzionale il pensiero non può che andare all'esperienza di Paesi non troppo lontani dal nostro, come quella della Turchia, Polonia e dell'Ungheria, sulle quali si veda M. A. ORLANDI, *Le democrazie illiberali. Ungheria e Polonia a confronto*, in *DPCE*, 2019, fasc. 1, pp. 181-188.

¹⁰⁵ MORRONE, *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Corte costituzionale*, cit., p. 172.

¹⁰⁶ F. VIGANÒ, *Indipendenza delle Corti e judicial review della legislazione*, in G. PITRUZZELLA, O. POLLICINO, M. BASSINI (a cura di), *Corti europee e democrazia. Rule of law, indipendenza e accountability*, Milano, 2019, pp. 30-31. L'A. pone inoltre l'accento sulla necessità di comunicare al pubblico le decisioni al fine di rendere consapevole l'opinione pubblica della funzione della Corte. Il tema è divenuto recentemente oggetto di studi a ciò dedicati, come R. ROMBOLI, *Corte costituzionale e opinione pubblica. Genesi, forme e finalità*, in *Quad. cost.*, 2023, fasc. 1, p. 45 ss., secondo il quale la comunicazione non deve servire a ricercare il consenso popolare, ma a diffondere e rendere ben chiari gli argomenti che sorreggono le decisioni della Corte: «La legittimazione della Corte costituzionale, in base al principio di separazione dei poteri, deriva dall'esercizio in maniera obiettiva ed imparziale – secondo il criterio di coerenza e, nei limiti del possibile,

La rappresentatività di cui gode la Corte costituzionale non è una rappresentatività politica, ma una rappresentatività di tipo argomentativo¹⁰⁷, che passa attraverso la cultura della giustificazione delle proprie decisioni. Compito dei giuristi è garantire che tale giustificazione sia sempre la più trasparente e solida possibile.

2. La necessità di una rifondazione del ruolo del Parlamento e del significato sostanziale della riserva di legge: una sfida per la scienza penale

La declinazione al plurale della legalità penale che si è cercato di tracciare nel corso del secondo Capitolo ha messo in luce che la crisi della riserva di legge e della legalità nel suo complesso ha una eziologia composita, che risente di mutamenti che investono tutta l'esperienza giuridica.

Le ragioni per cui nel diritto penale la difesa del ruolo della legge sia così pervicace sta nel fatto che questa, al netto dei suoi limiti strutturali, del dissolversi di mitizzazioni illuministiche e delle torsioni che subisce, resta ancora il punto di partenza per ogni tentativo di contenimento del potere punitivo.

Tale contenimento si esprime in primo luogo nel ribadire sempre il principio di separazione dei poteri, il quale mantiene una perdurante attualità, pur in un contesto lontanissimo da quello in cui era stato elaborato alle sue origini. Nel garantire e regolare tale separazione l'attrice è la Corte costituzionale, la quale – con i poteri di cui è dotata e nei limiti della sua funzione – sembra infatti impegnata su più fronti della legalità penale.

di prevedibilità della decisione – delle funzioni di garanzia ad essa attribuite dalla Costituzione. Ruolo fondamentale allo scopo è rivestito dalla motivazione delle decisioni attraverso la quale la Corte giustifica le sue conclusioni, in maniera tale da rendere possibile una valutazione anche da parte di tutti i destinatari delle pronunce stesse» (p. 67).

¹⁰⁷ Parla di «argumentative representation» delle Corti costituzionali, R. ALEXY, *Constitutional rights, Democracy and Representation*, in *Riv. fil. dir.*, 2015, fasc. 4, pp. 31-34, ripreso da ZACCARIA, *Postdiritto*, cit., p. 251. Riflette sull'importanza dell'argomentazione anche PINO, *La certezza del diritto e lo Stato costituzionale*, cit., pp. 341-342: «lo Stato costituzionale determina un passaggio dalla cultura della certezza alla cultura della giustificazione: ogni atto di produzione del diritto è soggetto ad un continuo scrutinio di compatibilità con i diritti costituzionali rilevanti; all'autorità dei numeri (principio di maggioranza) si sostituisce, o quantomeno si affianca, la necessità di fornire buoni argomenti, alla luce dei criteri di ragionevolezza e di proporzionalità; alla legittimazione puramente politica si sostituisce, o quantomeno si affianca, una legittimazione assiologica (la corte costituzionale come custode dei valori, o della ragionevolezza; la concorrenza tra soggetti diversi in vista dell'obiettivo di offrire la migliore garanzia dei diritti fondamentali)».

Nei rapporti tra Governo e Parlamento la giurisprudenza costituzionale ha intrapreso un percorso di difesa più rigorosa delle regole che disciplinano il potere normativo del primo, anche a costo di ridurre di generare qualche compressione del *favor rei*. Rispetto ai settori del diritto punitivo para-penale, invece, l'impegno va nel senso di garantire che la declinazione relativa della riserva non pregiudichi la prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie e garantisca la definizione del nucleo essenziale dell'illecito sempre in capo alla fonte primaria.

In maniera forse più inedita l'ulteriore linea di tutela della centralità della legge sta nella difesa del divieto di analogia sfavorevole, i cui sviluppi richiederanno forse una ridefinizione dei ruoli tra Corte costituzionale e giudici comuni, sul cui rapporto da sempre si è retta l'effettività della giurisdizione costituzionale¹⁰⁸.

Infine, la capacità di contenimento del diritto penale risiede nel controllo di costituzionalità, oggetto dell'ultimo capitolo.

Nonostante le trasfigurazioni e i mutamenti della legalità penale, la riserva di legge, dunque, è ancora il punto di snodo del sistema.

Nel contesto descritto però è la Corte costituzionale che svolge un ruolo preponderante, con i citati rischi di una sua sovraesposizione. Se questa occupa spazi sempre maggiori uno dei motivi principali è la debolezza del Parlamento e del principio rappresentativo, che porta ad includere nel procedimento di produzione della legge il controllo di costituzionalità come suo elemento integrante, necessario ad attribuirle caratteri di ragionevolezza che talvolta la procedura parlamentare non riesce ad imprimere¹⁰⁹.

La difficoltà per il Parlamento di essere luogo di mediazione dei conflitti, per i fattori endogeni ed esogeni di cui si è detto, si riverbera sulla qualità della legge. Tuttavia, proprio nel diritto penale il tema della qualità del prodotto normativo assume un livello di problematicità maggiore, trattandosi di un settore in cui esso costituisce un obiettivo di rango costituzionale. La riserva di legge, infatti, pur se sempre più appiattita sulla sua dimensione procedurale, mantiene in fondo una irrinunciabile

¹⁰⁸ Rispetto ad altri ordinamenti costituzionali, in cui l'organo di giustizia costituzionale ha dovuto confrontarsi direttamente con la maggioranza di Governo, la forza della Corte costituzionale italiana invece si è retta sulla capacità di superare i contrasti con i giudici ordinari, stabilendo un rapporto di solida collaborazione A. BOGDANDY, D. PARIS, *La forza si manifesta pienamente nella debolezza. Una comparazione tra la Corte costituzionale e il Bundesverfassungsgericht*, in *Quad. cost.*, 2020, fasc. 1, pp. 11-12.

¹⁰⁹ M. DOGLIANI, *La sovranità (perduta?) del Parlamento e la sovranità (usurpata?) della Corte costituzionale*, in R. ROMBOLI, (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte: le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima politica e quella giurisdizionale*, Torino, 2017, p. 84; osservazione condivisa da RUOTOLO, *Corte costituzionale e legislatore*, cit., p. 72.

componente sostanziale che risiede nella promessa di scelte razionali sui modi e limiti dell'intervento dello *ius terribile*. La frustrazione di non riuscire a corrispondere a questa aspirazione rischia di trasformarsi in una rassegnazione all'incapacità di governare il diritto legislativo, piegato sotto i colpi di iniziative legislative contingenti e interpretazioni creative che nella vaghezza del testo trovano il loro terreno di coltura.

Un possibile antidoto a questo scadimento potrebbe essere individuato nella previsione di un aggravamento procedurale nel percorso di produzione legislativa, realizzato attraverso la pretesa di una maggioranza qualificata per l'approvazione di leggi che innovino la materia penale. Si tratta di una proposta avanzata in più di una occasione nella dottrina penalistica: richiedere di raggiungere soglie percentuali più elevate nelle deliberazioni in materia penale servirebbe a porre un argine all'impiego degli atti aventi forza di legge, aumenterebbe la condivisione dei valori sottostanti alle disposizioni penali e il coinvolgimento delle minoranze, le quali ricoprirebbero un «ruolo di corresponsabilità» nell'individuazione delle soluzioni normative¹¹⁰. La configurazione di una riserva rafforzata dovrebbe, in ipotesi, produrre una riduzione del diritto penale e un innalzamento della sua qualità.

La proposta è certamente suggestiva, ma nella stessa visione di chi la sostiene pare assai difficile una sua realistica realizzabilità, dato che nelle condizioni attuali in cui versa l'approccio allo strumento penale non si vede perché mai il Parlamento dovrebbe autoimporsi un simile limite, che complichino così tanto uno strumento di facile rastrellamento del consenso elettorale. Al suo accoglimento ostano anche ragioni tecniche circa la perimetrazione di cosa debba essere incluso nel perimetro di questa riserva rafforzata, soprattutto dinanzi ad una nozione sostanziale di materia penale che, oggi più di ieri, è refrattaria ad ogni tentativo di etichettatura formale¹¹¹.

Allora anziché incidere su aspetti quantitativi del processo di produzione si potrebbe pensare a soluzioni che incidano su aspetti qualitativi, integrando negli ingranaggi del potere legislativo le acquisizioni della scienza della legislazione, che sembra oggi «godere di un processo di valorizzazione fomentato dalla crisi della legge e dal suo bisogno di cure»¹¹². D'altronde sia alla Camera sia – più recentemente – al Senato

¹¹⁰ G. FORNASARI, *Argomenti per una riserva di legge rafforzata in materia penale*, in *Dir. pen. cont. Riv. Trim.*, 2018, fasc. 2, pp. 166-167.

¹¹¹ La critica connessa alla difficoltà di determinare con precisione che tipo di norme debbano essere coperte da tale ipotetica riserva rafforzata è stata formulata da FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, cit., p. 1271, il quale l'ha formulata nel 2011, dunque ancor prima di poter considerare l'enorme sviluppo che la definizione di «materia penale» ha avuto nell'ultimo decennio.

¹¹² F. PALAZZO, *La scienza della legislazione penale nella modernità giuridica*, in *Cass. pen.*, 2023, fasc. 2, p. 400.

sono già state elaborate regole ufficiali per la corretta formulazione della legge, sono stati previsti strumenti interni al procedimento legislativo per l'analisi tecnico-normativa e dell'impatto della regolamentazione, nonché organi parlamentari – paritariamente composti da maggioranza e opposizione – per il controllo della qualità della legge e il buon esercizio della decretazione d'urgenza e della delegazione legislativa¹¹³. Sinora l'impatto della scienza della legislazione è stato limitato, essendo gestito prevalentemente da organi di derivazione politica, ma non sono infrequenti i casi in cui il processo legislativo si apre a contributi esterni, tramite commissioni ministeriali e audizioni parlamentari. L'apertura a tali momenti confronto può avvenire anche a valle del procedimento legislativo, tramite il lavoro di appositi organi deputati alla verifica dell'efficienza delle scelte legislative; in questo senso si colloca l'introduzione del Comitato tecnico-scientifico per il monitoraggio dell'efficienza della giustizia penale, introdotta con la L. n. 134 del 2021 (c.d. Riforma Cartabia), salutata con favore dalla dottrina che vi scorge una innovazione che «può recare un contributo di razionalizzazione scientifica ed empirica ad una legislazione, quella penale, per sua natura incline a scivolare in simbolismi o addirittura precipitare in demagogiche strumentalizzazioni»¹¹⁴.

Promuovendo spazi di confronto tra le ragioni della politica e la scienza giuridica penale, tramite la mediazione della scienza della legislazione, si potrebbe favorire un recupero della dimensione sostanziale della riserva di legge, intesa come pretesa di fornire una motivazione alle scelte di intervento penale, «secondo parametri noti e *steps* tracciabili e controllabili: un domani, anche in termini di ragionevolezza (razionalità rispetto ai valori e agli scopi) e sussidiarietà (razionalità rispetto alle conseguenze), da parte della Corte costituzionale»¹¹⁵.

In definitiva, però, per quanto ci si voglia sforzare di immaginare strumenti giuridici per contenere i tradimenti della legalità penale, l'irragionevolezza delle incriminazioni e l'eccessività delle punizioni, sembra – come è – che non esista una soluzione definitiva. L'unica certezza è la necessità di rispondere costantemente alla sfida di riaffermare i valori fondamentali che le garanzie penalistiche si prefiggono di

¹¹³ S. ROTOLO, *Il nuovo Comitato per la legislazione al Senato e gli altri soggetti della buona scrittura delle leggi: tra criticità di sistema ed esigenze di riforma*, in *www.federalismi.it*, 2023, fasc. 6, pp. 143 ss.

¹¹⁴ PALAZZO, *La scienza della legislazione penale nella modernità giuridica*, cit., p. 403.

¹¹⁵ M. DONINI, *Democrazia e scienza penale nell'Italia di oggi: un rapporto possibile?*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2010, fasc. 3, p. 1084.

difendere. Senza questo impegno poco possono le Corti costituzionali e quelle dei diritti, poiché presto o tardi la maggioranza politica saprebbe sbarazzarsene¹¹⁶.

Per questo motivo, dinanzi alla tendenza alla dissoluzione dei centri di decisione sulla penalità, alla volatilizzazione dei canoni interpretativi e al superamento dei limiti della legge, la difesa dei principi penalistici, di cui la riserva è solo uno dei più risalenti epifenomeni, deve essere la missione della scienza penalistica. Una missione che per sua natura non potrà mai dirsi compiuta per sempre, poiché connaturata all'esistenza del potere del Leviatano e «il Leviatano è composto da tutto il corpo sociale, siamo noi: se manchiamo nel collettivo, nella capacità di rappresentanza, nel senso dello Stato o della cosa pubblica, è proprio allora che dimostriamo di non voler contare, lasciando che le cose ci trascorrono davanti, come la vita»¹¹⁷.

¹¹⁶ RECCHIA, *Ruolo e legittimazione delle Corti dei diritti in materia penale*, cit., p. 12.

¹¹⁷ M. DONINI, *Scienza penale e potere politico*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2015, fasc. 1, p. 135.

BIBLIOGRAFIA

- ACCINNI G. P., *Disastro "ambientale" ed elusione fiscale: due paradigmatici esempi di sostanziale violazione del principio di legalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, fasc. 2, pp. 756 ss.
- ADDANTE E., *Il principio di proporzionalità sanzionatoria in materia penale*, Pisa, 2020
- ALESSI G., *Tra rito e norma. La legalità prima della legge*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. XXVII, *Principio di legalità e diritto penale*, 2007
- ALLEN M., *La sanzione amministrativa tra garanzie costituzionali e principi CEDU: il problema della tassatività-determinatezza e la prevedibilità*, in *www.federalismi.it*, 22.2.2017
- AMALFITANO C., *Rapporti di forza tra Corti, sconfinamento di competenze e complessivo indebolimento del sistema UE?*, in *Leg. pen.*, 4.2.2019
- AMARELLI G., *Dalla legolatria alla post-legalità: eclissi o rinnovamento di un principio?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, fasc. 3, pp. 1407 ss.
- AMARELLI G., *Le Sezioni Unite negano efficacia "erga alios" alla Contrada: i fratelli minori vanno a Strasburgo*, in *Giur. it.*, 2020, fasc. 7, pp. 1757 ss.
- AMARELLI G., *Proporzionalità della pena e sanzioni amministrative-punitive: l'opinabile declaratoria di incostituzionalità a "versis sciolti" della cornice edittale degli atti indecenti ex art. 726 c.p.*, in *Giur. cost.*, 2022, fasc. 2, pp. 982 ss.
- AMATI E., *Abusi di mercato e sistema penale*, Torino, 2012
- AMATI E., *L'enigma penale. L'affermazione politica dei populismi nelle democrazie liberali*, Torino, 2020.
- AMATI E., *Dinamiche evolutive del diritto al silenzio. Riflessi sul diritto punitivo e sugli obblighi di collaborazione con le autorità ispettive e di vigilanza*, Torino, 2022
- ANCONA E., *Figure dell'ordinamento. Dalla piramide alla rete, e oltre...*, in *www.lircocervo.it*, 2007, fasc. 1, pp. 1 ss.
- APRILE E., *La Consulta conferma che il "nuovo" reato di cui all'art. 570-bis c.p. è applicabile anche ai casi di inosservanza degli obblighi di natura economica nei confronti dei figli nati fuori dal matrimonio*, in *Cass. pen.*, 2019, fasc. 12, pp. 4246 ss.
- AQUAROLI R., *L'usura*, in VIGANÒ F., PIERGALLINI C., *Reati contro la persona e il patrimonio*, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, VII, diretto da PALAZZO F., PALIERO C. E., Torino, 2015
- AUDEGEAN P., *Violenza e giustizia. Beccaria e la questione penale*, Bologna, 2023
- BAGATTINI F. V., *La Corte costituzionale torna a valorizzare il tertium comparationis*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, fasc. 4, pp. 420 ss.
- BALDUZZI R., SORRENTINO F., *Riserva di legge (voce)*, in *Enc. Dir.*, vol. XL, Milano, 1989
- BALDWIN R., CAVE M., LODGE M., *Understanding Regulation: Theory, Strategy and Practice*, Oxford, 2012
- BALESTRIERI M., *L'ambivalenza della legge. Note critiche su diritto e violenza*, in ROSSI A., CAUDURO A., ZANALDA E., *Limiti e diritto*, Milano, 2017

- BARON L., *Ripensare lo statuto dell'ente cooperante. Alcune osservazioni in prospettiva ante e post delictum*, in *disCrimen*, 26.4.2021
- BARTOLI R., *Incriminatione e giustificazione: una diversa legalità?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, fasc. 2, pp. 597 ss.
- BARTOLI R., *Dalle "rime obbligate" alla discrezionalità: consacrata la svolta*, in *Giur. cost.*, 2018, fasc. 6, pp. 2566 ss.
- BARTOLI R., *La sentenza n. 40/2019 della Consulta: meriti e limiti del sindacato "intrinseco" sul "quantum" di pena*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2019, fasc. 2, pp. 967 ss.
- BARTOLI R., *Chiusa la saga Contrada: in caso di contrasto giurisprudenziale opera la colpevolezza*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, fasc. 6, pp. 775 ss.
- BARTOLI R., *Le garanzie della nuova legalità*, in *www.sistemapenale.it*, 5.3.2020
- BARTOLI R., *Introduzione al diritto penale tra violenza e costituzionalismo*, Torino, 2022
- BARTOLI R., *Nuovi scenari della legalità penale. Tra regole ermeneutiche, giustiziabilità dell'analogia, nomofilachia e mutamento sfavorevole*, in *www.sistemapenale.it*, 28.6.2022, pp. 1 ss.
- BARTOLI R., *Il sindacato di costituzionalità sulla pena tra ragionevolezza, rieducazione e proporzionalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, fasc. 4, pp. 1443 ss.
- BARTOLUCCI M. A., *Le nuove definizioni e, in particolare, la nozione di informazione privilegiata*, in *Soc.*, 2019, fasc. 5, pp. 547 ss.
- BAUMAN Z., *Paura liquida*, trad. it. M. Cupellaro, Roma-Bari, 2017
- BAUMAN Z., *Retrotopia*, Bari-Roma, 2020
- BELLETTI M., *Lo Stato di diritto*, in *Rivista AIC*, 2018, fasc. 2, pp. 1 ss.
- BERLIN I., *Il riccio e la volpe*, Milano, 1986
- BERNARDI A., *La competenza penale accessoria dell'Unione europea: problemi e prospettive*, PALIERO C. E., VIGANÒ F. (a cura di), *Europa e diritto penale*, Milano, 2013
- BERNARDI A., *Il principio di legalità alla prova delle fonti sovranazionali e private: riflessi sul diritto penale alimentare*, in *Ind. pen.*, 2015, fasc. 1-2, pp. 155 ss.
- BERNARDI A., *Sull'interpretazione conforme al diritto UE con effetti penali in malam partem*, in *www.sistemapenale.it*, 3.2.2023
- BERNARDI A., *Il rinvio pregiudiziale in ambito penale e i problemi posti dalle sentenze interpretative della Corte di Giustizia*, in *Dir. pen. cont. Riv. Trim.*, 2023, fasc. 1, pp. 176 ss.
- BERNASCONI C., *Il reato ambientale. Tipicità, offensività, anti-giuridicità, colpevolezza*, Pisa, 2008
- BERNASCONI C., *Il modello della tipicità umbratile nella recente legislazione penale*, in *Criminalia*, 2015
- BERTOLDI F., *L'origine romanistica del principio nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Forum Historiae Iuris*, 2016
- BETTI E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1971, pp. 315 ss
- BLACK J., *Decentering regulation: understanding the role of regulation and self-regulation in a "post-regulatory" world*, in *Current legal problem*, vol 54, 2001
- BIANCHI D., *Appunti per una teoria dell'autonormazione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, fasc. 3, pp. 1480 ss.
- BIN R., *Soft-law, no law*, in SOMMA A. (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2009
- BIN R., PITRUZZELLA G., *Le fonti del diritto*, III ed., Torino, 2019

- BIN R., *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni a margine di un recente scritto di Andrea Morrone*, pp. 757 ss.
- BISSARO S., *L'ambito di operatività del principio di legalità penale: i confini della materia penale, tra diritto nazionale e diritto europeo*, in *Gruppo di Pisa*, 2017, fasc. 3, pp. 10 ss
- BISSARO S., *Depenalizzazioni in "malam partem": la Corte costituzionale torna a pronunciarsi sull'(ir)retroattività delle sanzioni amministrative punitive nei casi di successione impropria*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2020, fasc. 3, pp. 1549 ss.
- BOGDANDY A., PARIS D., *La forza si manifesta pienamente nella debolezza. Una comparazione tra la Corte costituzionale e il Bundesverfassungsgericht*, in *Quad. cost.*, 2020, fasc. 1, pp. 9 ss.
- BONOMI A., *Il principio di determinatezza delle fattispecie criminose*, in *Rivista AIC*, 2020, fasc. 4, pp. 140-144
- BONOMI A., *Sanzioni amministrative di "seconda generazione", principio di proporzione, diritti fondamentali*, in *federalismi.it*, 2022, fasc. 5, pp. 1 ss.
- BRICOLA F., *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionali*, Milano, 1965
- BRICOLA F., *Il II e il III comma dell'art. 25*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione – Art. 24-26 – Rapporti civili*, Bologna, 1981
- BRICOLA F., *Teoria generale del reato*, in *Nov. dig. it.*, XIV, Torino, 1973, ora contenuto anche in S. CANESTRARI, A. MELCHIONDA (a cura di), *Scritti di diritto penale*, Milano, 1997
- BRICOLA F., *Legalità e crisi: l'art. 25, commi 2° e 3°, della Costituzione rievocato alla fine degli anni '70*, in S. CANESTRARI, A. MELCHIONDA (a cura di), *Scritti di diritto penale*, Milano, 1997
- BURDESE A., *Manuale di diritto pubblico romano*, III ed., Torino, 1987
- BURLA M., *Fu vera "révolution juridique"? La question prioritaire de constitutionnalité a dieci anni dalla sua introduzione*, in *Forum Quad. cost.*, 2021, fasc. 3, pp. 149 ss.
- BUZIO C., *Regole cautelari eurolunitarie e colpa penale. Spunti per una riflessione*, in *Leg. pen.*, 17.4.2020
- CADOPPI A., *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, 2014
- CADOPPI A., *Perché il cittadino possa "...esattamente calcolare gl'inconvenienti di un misfatto". Attualità e limiti del pensiero di Beccaria in tema di legalità*, in *Ind. pen.*, 2015, fasc. 3;
- CADOPPI A.-VENEZIANI P., *Elementi di diritto penale. Parte generale*, Padova, 2015
- CADOPPI A., *Una tessera in più nel puzzle della legalità. La sentenza n. 98/2021 della Corte Costituzionale*, in *Ind. pen.*, 2022, fasc. 1, p. 73
- CADOPPI A., *Quis custodet ipsos custodes? La necessità di un meccanismo di controllo dell'interpretazione della legge penale* in ACQUAROLI R., FRONZA E., GAMBERINI A. (a cura di), *La giustizia penale tra ragione e prevaricazione. Dialogando con Gaetano Insolera*, Roma, 2021
- CADOPPI A., *Il "reato penale". Teorie e strategie di riduzione della criminalizzazione*, Napoli, 2022
- CAIANIELLO M., *Dal terzo pilastro ai nuovi strumenti: diritti fondamentali, "road map" e l'impatto delle nuove direttive*, in *Dir. pen. cont. Riv. Trim.*, 2015, fasc. 4, p. 70
- CAPUTO M., *In cammino verso un'ermeneutica prescrittiva nell'applicazione della legge penale*, in *Cass. pen.*, 2023, fasc. 3, p. 1069
- CARDILLO I., *Lo sviluppo del diritto penale cinese dalla fondazione della Repubblica popolare ad oggi*, in *Dir. pen. XXI sec.*, 2018, fasc. 2;

- CARLASSARE L., *Legge (riserva di)* (voce), in *Enc. dir.*, vol. XVIII, 1990
- CARUSO C., *Dottrina delle "zone franche" e sindacato sulle norme penali di favore: la rivincita della legalità costituzionale?*, in *Giur. cost.*, 2014, fasc. 1, pp. 122-131
- CARUSO C., *Giustizia costituzionale*, in CARUSO C., VALENTINI C., *Grammatica del costituzionalismo*, Bologna, 2021
- CASANOVA D., *Il rinvio presidenziale delle leggi nell'esperienza costituzionale italiana*, in *Nomos*, 2022, fasc. 1
- CASANOVA D., *Una nuova promulgazione dissenziente: la lettera del Presidente della Repubblica in relazione alla legge di conversione del c.d. decreto milleproroghe (l. n. 14/2023)*, in *Osservatorio AIC*, 2023, fasc. 3, pp. 187-204
- CASAVECCHIA G., *Ergastolo ostativo: tanti "tempi" e provvedimenti per risolvere – forse solo temporaneamente – un'unica questione*, in *Rivista AIC*, 2023, fasc. 2, pp. 209 ss.
- CASINI L., *Il governo legislatore*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2023, fasc. 1, pp. 155 ss.
- CASONATO C., *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in *Rivista AIC*, 2016, fasc. 2, pp. 1 ss.
- CASSESE S., *La rete come figura organizzativa della collaborazione*, in ID (a cura di), *Lo spazio giuridico globale*, Roma, 2006
- CASTRONUOVO D., *Principio di precauzione e beni legati alla sicurezza. La logica precauzionale come fattore espansivo del "penale" nella giurisprudenza della Cassazione*, in *www.penalecontemporaneo.it.*, 21.7.2011
- CASTRONUOVO D., *Principio di precauzione e diritto penale: paradigmi dell'incertezza nella struttura del reato*, Roma, 2012
- CASTRONUOVO D., *Crisi della fattispecie e nullum crimen*, in *Ars interpretandi*, 2019, fasc. 1, pp. 91 ss.
- CATTANEO M.A., *Il Codice Rocco e l'eredità illuministico-liberale*, in *La questione criminale*, 1981, fasc. 1;
- CAVINO M., *I poteri normativi del governo nel Regno d'Italia*, in *federalismi.it*, 12 ottobre 2020
- CENTAMONE G., *La sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2014: alcune riflessioni sulla sorte delle condanne irrevocabili*, in *Quad. cost.*, 2014, fasc. 2, pp. 399-402
- CHANG H., *Cattivi samaritani: il mito del libero mercato e dell'economia mondiale*, Milano, 2008
- CHELI E., *Corte costituzionale e potere politico. Riflessioni in margine a un recente scritto di Andrea Morrone*, pp. 777 ss.
- CHINNI D., *La probatio diabolica della «evidente mancanza» dei presupposti del decreto-legge. Considerazioni critiche a margine della sent. n. 149 del 2020*, in *Nomos*, 2020, fasc. 2, pp. 1 ss.
- CHESSA O., *Sovranità*, in CARUSO C., VALENTINI C., *Grammatica del costituzionalismo*, Bologna, 2021
- CITINO Y. M., *Il moto oscillatorio della Corte costituzionale in tema di proporzionalità della pena: notazioni minime alla sentenza n. 117 del 2021*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2021, fasc. 3, pp. 1108 ss.
- COCCO G., *Riserva di legge e controllo di costituzionalità. Breve rassegna della giurisprudenza costituzionale*, in *Cass. pen.*, 2023, fasc. 3, pp. 754 ss.
- COLAO F., *Il principio di legalità nell'Italia di fine ottocento tra 'giustizia penale eccezionale' e 'repressione necessaria e legale [...] nel senso più retto e saviamente giuridico, il che vuol dire anche*

- nel senso più liberale, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. XXXVI, *Principio di legalità e diritto penale*, 2007
- COMPAGNA F., *La confisca "diretta" dei valori numerari. Dalla progressiva erosione della legalità all'esplicita negazione delle garanzie fondamentali*, in *Cass. pen.*, 2022, fasc. 2, pp. 566 ss.
- CONSULICH F., *"Stat sua cuique dies". Libertà o pena davanti all'aiuto al suicidio?*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2019, fasc. 1, pp. 101 ss.
- CONSULICH F., *La "matematica del castigo". Giustizia costituzionale e legalità della pena nel caso dell'art. 73, comma 1 d.P.R. n. 309 del 1990*, in *Giur. cost.*, 2019, fasc. 2, pp. 1231 ss.
- CONTIERI A., *Principio di legalità e sanzioni amministrative: la Corte conferma la propria giurisprudenza a proposito di una legge della regione Abruzzo in materia di pesca*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2019, fasc. 3, pp. 1661 ss.
- CONTIERI E., FORTE F., *La nuova fattispecie delittuosa di invasione di terreni o edifici per raduni "pericolosi": un'analisi critica*, in *www.questionegiustizia.it*, 9.11.2022
- COSTA P., *Pagina introduttiva. Il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. XXXVI, *Principio di legalità e diritto penale*, 2007;
- COSTA P., *Lo Stato di diritto: un'introduzione storica*, in P. COSTA, D. ZOLDO (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, 2002;
- CRISAFULLI V., *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II *L'ordinamento costituzionale italiano*, Padova, 1978;
- CRIVELLI E., *Il ricorso de amparo e la sua più recente evoluzione nella giustizia costituzionale spagnola*, in IACOMETTI M., MARTINELLI C., *La Costituzione spagnola quarant'anni dopo*, Santarcangelo di Romagna, 2020
- CROUCH C., *Postdemocrazia*, trad. it. C. Paternò, Roma-Bari, 2003
- CUPELLI C., *La legalità delegata Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Napoli, 2012
- CUPELLI C., *La nuova legge sulla partecipazione alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'UE*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, fasc. 4, pp. 411 ss.
- CUPELLI C., *Riserva di legge e carenza di delega legislativa nella tormentata vicenda dell'associazione militare con scopi politici: i nuovi spazi di sindacabilità del vizio procedurale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, fasc. 2, pp. 977 ss.
- CUPELLI C., *Incostituzionalità per vizio procedurale, reviviscenza della normativa abrogata e riserva di legge in materia penale*, in *Giur. cost.*, 2014, fasc. 1, pp. 505 ss.
- CUPELLI C., *Equivoci trionfalistici e letture correttive. Ancora sulle recenti questioni di costituzionalità in malam partem*, in *Criminalia*, 2014
- CUPELLI C., *Il problema della legalità penale segnali in controtendenza sulla crisi della riserva di legge*, in *Giur. cost.*, 2015, fasc. 1, p. 181.
- CUPELLI C., *Gli atti aventi forza di legge in materia penale. La delega fiscale e i soliti sospetti*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 2015, fasc. 2, pp. 4 ss
- CUPELLI C., *La pareidolia del caso Taricco. La reale posta in gioco, l'attivazione indiretta dei contro-limiti e i possibili scenari 'costituzionali' del diritto penale europeo*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2020, fasc. 4, pp. 1836 ss.

- CUPELLI C., *Il caso Cappato e i nuovi confini di liceità dell'agevolazione al suicidio. Dalla "doppia pronuncia" della Corte costituzionale alla sentenza di assoluzione della Corte di assise di Milano*, in *Cass. pen.*, 2020, fasc. 4, pp. 1428 ss.
- CUPELLI C., *Divieto di analogia "in malam partem" e limiti dell'interpretazione in materia penale: spunti dalla sentenza 98 del 2021*, in *Giur. cost.*, 2021, fasc. 4, pp. 1807 ss.
- CUPELLI C., *La riserva di legge in materia penale e gli effetti "in malam partem" delle pronunce del giudice costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2022, fasc. 3, pp. 1728 ss.
- CUPELLI C., *Tentazioni e contraddizioni del sistema penale contemporaneo: creazionismo giudiziario, panpenalismo legislativo e "caccia al colpevole"*, in *Cass. pen.*, 2023, fasc. 3, pp. 694 ss.
- CURRERI S., *Lo stato dell'opposizione nelle principali democrazie europee*, in *Rivista AIC*, 2016, fasc. 2, pp. 53 ss
- CURRERI S., *L'occasione persa (prime note sull'ordinanza n. 17/2019 della Corte costituzionale, in federalismi.it, 20.2.2019*
- DE FRANCESCO G., *Brevi spunti sul caso Contrada*, in *Cass. pen.*, 2016, fasc. 1, pp. 12 ss.
- DELITALA G., *La crisi del diritto nella società contemporanea*, in *La crisi del diritto*, Padova, 1962
- DELITALA G., *Cesare Beccaria e il problema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964
- DELL'OSSO A.M., *Le Sezioni Unite rilanciano sulla natura diretta della confisca di denaro: vecchie e nuove perplessità*, in *Dir. pen. proc.*, 2022, fasc. 4, pp. 483 ss.
- DE MASI D., *La felicità negata*, Torino, 2022
- D'AMICO M., *Art. 25*, in AA.VV., *Commentario alla costituzione*, BIFULCO R., CELOTTO A., OLIVETTI M. (a cura di), Torino, 2006
- D'AMICO M., *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in *Rivista AIC*, 2016, fasc. 4, pp. 1 ss.
- D'AMICO M., *Il "fine vita" davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici (Considerazioni a margine della sentenza n. 242 del 2019)*, in *Osservatorio AIC*, 2020, fasc. 1, pp. 1 ss.
- D'AMICO M., *Una vistosa motivazione in tema di efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, in *Quad. cost.*, 2020, fasc. 1, pp. 141 ss.
- D'AMICO M., FIANO N., *Tipologia ed effetti delle decisioni del Bundesverfassungsgericht*, in REPETTO G., SAITTO F. (a cura di), *Temi e problemi della giustizia costituzionale in Germania. Una prospettiva comparativa alla luce del caso italiano*, Napoli, 2020
- DE LIA A., *La perdurante rilevanza penale dell'omesso versamento dell'assegno di mantenimento in favore dei figli nati fuori dal matrimonio. Brevi note a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 189/2019*, in *Forum Quaderni cost.*, 7.9.2019.
- DELLA BELLA A., VIGANÒ F., *Sulle ricadute della sentenza n. 32/2014 Corte costituzionale sull'art. 73 T.U. Stup.*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 27.2.2014
- D'ERAMO M., *Dominio. La guerra invisibile dei potenti contro i sudditi*, Milano, 2020
- DE VERGOTTINI G., *La Corte costituzionale tra riaccentramento e riequilibrio di sistema*, in *www.federalismi.it*, 2021, fasc. 3, pp. 4 ss.
- DE VERO G., *La riserva di legge penale*, in AA.VV., *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da F. Palazzo-C.E. Paliero, vol. I, *La legge penale, il reato il reo, la persona offesa*, a cura di G. De Vero, Torino, 2010

- DI AGOSTA E., *Democrazia, legalità, politica criminale dell'emergenza. L'uso del decreto legge in materia penale*, in *Cass. pen.*, 2014, fasc. 9, pp. 3159 ss.
- DI GIOVINE A., *Introduzione allo studio della riserva di legge nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, 1969
- DI GIOVINE O., *Il ruolo costitutivo della giurisprudenza in AA.VV., La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, Atti del convegno Napoli, 7-8 novembre 2014, Napoli, 2016
- DI GIOVINE O., «Salti mentali» (analogia e interpretazione nel diritto penale), in *Quest. giust.*, 2018, fasc. 4, p. 55 ss.
- DI GIOVINE O., *Stupefacenti: meglio "di tutta l'erba un fascio" o "un fascio per ogni erba"?*, in *Leg. pen.*, 27.2.2020
- DI LANDRO A., *Bonifiche: il labirinto della legislazione ambientale dove le responsabilità penali "si perdono". Criticità e prospettive della riparazione delle offese a un bene giuridico collettivo*, in *Dir. pen. cont.*, 28.2.2014.
- DI MARTINO A., *Una legalità per due? Riserva di legge, legalità CEDU e giudice-fonte*, in *Criminalia*, 2014
- DI SIENA M., *La Corte costituzionale e la criminalizzazione dell'omesso versamento di ritenute*, in *Giur. cost.*, 2022, fasc. 5, pp. 2363 ss.
- DI VETTA G., *Il diritto penale nello scenario del post-regulatory State*, in *Pol. dir.*, 2022, fasc. 2, pp. 255 ss.
- DOGLIANI M., *La sovranità (perduta?) del Parlamento e la sovranità (usurpata?) della Corte costituzionale*, in ROMBOLI R., (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte: le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima politica e quella giurisdizionale*, Torino, 2017
- DOLCINI E., *Leggi penali «ad personam», riserva di legge e principio costituzionale di eguaglianza*, in DONINI M., INSOLERA G. (a cura di), *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, Modena, 2004;
- DOLCINI E., *Dalla Corte Edu una nuova condanna per l'Italia: l'ergastolo ostativo contraddice il principio di umanità della pena*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2019, fasc. 2, pp. 925 ss.
- DOLCINI E., *L'ergastolo ostativo riformato in articulo mortis*, in *www.sistemapenale.it*, 7.11.2022.
- DOMENICALI C., *A chi spetta l'onere di motivare i presupposti del decreto-legge? Riflessioni sulla sent. n. 8 del 2022 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio AIC*, 2022, fasc. 3, pp. 228 ss.
- DONINI M., *L'art. 129 del Progetto di revisione costituzionale approvato il 4 novembre 1997. Un contributo alla progressione "legale", prima che "giurisprudenziale", dei principi di offensività e di sussidiarietà*, in *Crit. Dir.*, 1998, pp. 95 ss
- DONINI M., *Metodo scientifico e metodo democratico nel rapporto tra diritto penale e politica*, in *Riv. it. dir. pen.*, 2001, fasc. 1, pp. 28 ss.
- DONINI M., *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004
- DONINI M., INSOLERA G., *Considerazioni introduttive*, in AA. VV., *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, Bologna, 2005
- DONINI M., *Democrazia e scienza penale nell'Italia di oggi: un rapporto possibile?*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2010, fasc. 3, p. 1067 ss.
- DONINI M., *Scienza penale e potere politico*, in *Riv. it. dir. pen.*, 2015, fasc. 1, pp. 95 ss.

- DONINI M., *Il Caso Contrada e la Corte EDU. La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giudiziaria*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2016, fasc. 1, pp. 346 ss.
- DONINI M., *Il diritto penale giurisprudenziale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito amministrativo*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 6.6.2016
- DONINI M., *Lettura critica di Corte costituzionale n. 115 del 2018*, in *Dir. pen. cont. Riv. Trim.*, 2018, fasc. 2, p. 239 ss.
- DONINI M., *Fattispecie o case law? La "prevedibilità del diritto" e i limiti della dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza*, in *Quest. giust.*, 2018, fasc. 4, p. 97 ss.
- DONINI M., *La riserva di codice tra democrazia normante e principi costituzionali*, in *La leg. pen.*, 28.11.2018
- DONINI M., *Populismo penale e ruolo del giurista*, in *Sist. pen.*, 7.9.2020
- DONINI M., *Libera nos a malo. I diritti di disporre della propria vita per la neutralizzazione del male. Note a margine delle "procedure legittimanti l'aiuto a morire" imposte da Corte cost. n. 242 del 2019*, in *www.sistemapenale.it*, 1.2.2020
- DONINI M., *Perché il codice penale. Le riforme del codice oltre i progetti di pura consolidazione*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 2020, fasc. 3, p. 5 ss.
- DONINI M., *Codificazione*, in MANNOZZI G., PERINI C., M. SCOLETTA, SOTIS C., TAVERRITI S.B. (a cura di), *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, Milano, 2022
- DWORKIN R., *I diritti presi sul serio*, trad. it. N. Muffato, Bologna, 2010
- ESPOSITO C., *Irretroattività e legalità delle pene nella nuova Costituzione*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954
- FASSIN D., *Punire. Una passione contemporanea*, Milano, 2018
- FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma, 1989
- FERRAJOLI L., *Crisi della legalità e diritto penale minimo*, in CURI U. – PALOMBARINI G. (a cura di), *Diritto penale minimo*, Roma 2002
- FERRAJOLI L., *Il populismo penale nell'età dei populismi politici*, in *Quest. giust.*, 2019, fasc. 1 ss.
- FERRANTE M. L., *A proposito del principio della inviolabilità della libertà personale*, in *Arch. pen.*, 2012, fasc. 2, pp. 587 ss.
- FERRARA M., *Sul primo esercizio del potere di rinvio normativo nella Presidenza Mattarella (ovvero del ritorno alla fisiologia istituzionale)*, in *Federalismi.it*, 2018, fasc. 6, pp. 1 ss.
- FERRARESE M. R., *Prima lezione di diritto globale*, Bari, 2012
- FERRARESE M. R., *Promesse mancate. Dove ci ha portato il capitalismo finanziario*, Bologna, 2017
- FERRARESE M. R., *Al di là della globalizzazione: verso un mondo post-globale?*, in *Pol. dir.*, 2021, fasc. 2, pp. 259 ss.
- FERRI G., *I sistemi elettorali delle camere dopo la sentenza della Corte costituzionale (n. 1/2014 e n. 35/2017) e la legge n. 165/2017*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2017, fasc. 3, pp. 1 ss.
- FIANDACA G., *Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale: "prima lettura" della sentenza n. 364/1988*, in *Foro it.*, 1988, fasc. 1, pp. 1385 ss.
- FIANDACA G., *La giustizia penale in Bicamerale*, in *Foro it.*, 1997, fasc. 6, p. 168 ss.

- FIANDACA G., *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in E. DOLCINI, C. E. PALIERO, *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006
- FIANDACA G., *Legalità penale e democrazia*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. XXXVI, *Principio di legalità e diritto penale*, 2007
- FIANDACA G., *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia*, 2011
- FIANDACA G., *Sulla giurisprudenza costituzionale in materia penale, tra principi e democrazia*, in *Cass. pen.*, 2017, fasc. 1, p. 19 ss.
- FIANO N., *L'ord. n. 207 del 2018: un nuovo modello decisionale all'orizzonte?*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2019, fasc. 1, pp. 577 ss.
- FIANO N., *Tra tutela ordinamentale e discrezionalità legislativa: le Unvereinbarkeitserklärungen quale possibile modello di ispirazione per la gestione degli effetti delle sentenze di accoglimento*, in *Gruppo di Pisa*, 2020, fasc. 1, pp. 279 ss.
- FIANO N., *L'ord. n. 132 del 2020 e il consolidato modello "Cappato" tra "preoccupazioni" della Corte costituzionale e delicati bilanciamenti*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2020, fasc. 3, p. 1559 ss.
- FIDELBO G., *Il diritto penale giurisprudenziale, la sua formazione, le sue caratteristiche*, in *Sist. pen.*, 2022, fasc. 12, pp. 37 ss.
- FIORAVANTI M., *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Roma, 2009
- IORE C., *Diritto penale. Parte generale*, 2016
- FIUMICELLI D., *Ostruzionismo e strumenti di "compressione" del procedimento parlamentare: quale ruolo oggi per le minoranze e opposizioni parlamentari? Il caso della conversione dei decreti-legge*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2016, fasc. 3, pp. 5-7
- FIorentin F., *La Corte Costituzionale riafferma la "garantistica" regola interpretativa sulla normativa penitenziaria*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2021, fasc. 4, pp. 1592 ss.
- FIorentin F., *Ergastolo ostativo: una controriforma che non recepisce i rilievi della Consulta*, in *Giuda dir.*, 2022, n. 15, pp. 25 ss
- FIRST H., *Branch Office of the Prosecutor: The New Role of the Corporation in Business Crime Prosecutions*, in 89 *N.C.L.Rev.*, 2010, p. 24 ss.
- FLORA G., *"Non avrai altro creditore all'infuori di me" Riflessioni sparse sul delitto di omesso versamento Iva*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2020, fasc. 3-4, pp. 553 ss.
- FOFFANI L., *Politica criminale europea e sistema finanziario: l'esempio degli abusi di mercato*, in PALIERO C. E., VIGANÒ F. (a cura di), *Europa e diritto penale*, Milano, 2013.
- FOIS S., *La "riserva di legge". Lineamenti storici e problemi attuali*, Milano, 1963
- FORNASARI G., *I principi del diritto penale tedesco*, Padova, 1993
- FORNASARI G., MENGHINI A., *Percorsi europei di diritto penale*, III ed., Padova, 2012
- FORNASARI G., *Argomenti per una riserva di legge rafforzata in materia penale*, in *Dir. pen. cont. Riv. Trim.*, 2018, fasc. 2, pp. 162 ss.
- FORNASARI G., *Applicazione dell'art. 384 c.p. e famiglia di fatto: brusco overruling delle Sezioni Unite sull'applicabilità dell'art. 384 c.p. ai conviventi more uxorio*, in *Giur. it.* 2021, fasc. 7, pp. 1725 ss.
- FORZATI F., *Gli equilibrismi del nuovo art. 434 bis c.p. fra reato che non c'è, reato che già c'è e pena che c'è sempre*, in *Arch. pen.*, 3/2022, pp. 1 ss.
- FRACANZANI M., *Analogia e interpretazione estensiva nell'ordinamento giuridico*, Milano, 2003

- FRIEDMAN D. D., *L'ordine del diritto. Perché l'analisi economica può servire al diritto*, Bologna, 2004
- GABBANI C., *Legalità ed efficacia deterrente delle sanzioni amministrative. Riflessioni a partire da Corte costituzionale n. 5 del 2021*, in *Sist. pen.*, 2021, fasc. 10, pp. 115 ss.
- GALANTE A., *Legalità e mutamenti nel diritto penale. Fondamento e limiti del divieto di retroattività dei mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli*, Firenze, 2021
- GALGANO F., *Lex mercatoria*, Bologna, 2001
- GALLO M., *Le fonti rivisitate. Appunti di diritto penale*, Torino, 2017
- GALLO M., *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, vol. I, Torino, 2019
- GALLO M., *Diritto penale: primi passi del governo di destra-centro*, in *Riv. it. dir. proc.*, 2022, fasc. 4, pp. 1411 ss.
- GAMBARDELLA M., *Sindacato di costituzionalità in malam partem e ripristino del trattamento sanzionatorio più severo per il reato di cui all'art. 73, comma 1, testo unico degli stupefacenti*, in *Cass. pen.*, 2017, fasc. 2, pp. 567 ss.
- GAMBARDELLA M., *I modelli di legalità penale e la "vicenda Taricco"*, in *Arch. pen.*, 2017, fasc. 2, pp. 1 ss.
- GARAPON A., *La despazializzazione della giustizia*, Milano-Udine, 2021
- GATTA G. L., *Elusione di un obbligo internazionale di incriminazione: il Presidente Mattarella rinvia alle Camere ex art. 74, co. 1 cost. la legge sul contrasto al finanziamento delle imprese produttrici di mine antipersona, di munizioni e submunizioni a grappolo*, in *Dir. pen. con.*, 2017, fasc. 11, pp. 225 ss.
- GATTA G. L., *La 'materia penale' oltre Oceano: una storica sentenza della Corte Suprema U.S.A. innalza lo standard di tutela delle garanzie fondamentali correlate all'espulsione dello straniero*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, fasc. 5, pp. 357 ss.
- GATTA G. L., *Carcere per i giornalisti: la Corte costituzionale adotta lo 'schema Cappato' e passa la palla al Parlamento, rinviando l'udienza di un anno*, in www.sistemapenale.it, 9.6.2020
- GATTA G. L., *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura': il decreto-semplificazioni e la riforma con parziale abolizione dell'abuso d'ufficio, approvata dal Governo 'salvo intese' (e la riserva di legge?)*, in www.sistemapenale.it, 17.7.2020
- GENTILE F., *Ordinamento giuridico. Tra virtualità e realtà*, Padova, 2005
- GENTILE G., *I rave party tra propaganda politica e diritto penale*, in *La leg. pen.*, 24.5.2023.
- GIOFFREDI C., *I principi del diritto penale romano*, Torino, 1970;
- GIOIA I., *Una giustificabile "invasione" di campo*, in *ConsultaOnline*, 2021, fasc. 3, pp. 984 ss.
- GIULIANI A., *Le disposizioni sulla legge in generale. Gli articoli da 1 a 15*, in P. RESCIGNO (a cura di), *Trattato di diritto privato*, vol. 1, *Premesse e disposizioni preliminari*, Torino, 1999
- GIUNTA F., *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, in *Criminalia*, 2006, pp. 227 ss.
- GIUNTA F., *I contorni del "disastro innominato" e l'ombra del "disastro ambientale" alla luce del principio di determinatezza*, in *Giur. cost.*, 2008, fasc. 4, pp. 3539 ss.
- GIUNTA F., *Il diritto (malamente) vivente salva gli atti persecutori*, in *Giur. cost.*, 2014, fasc. 3, pp. 2738 ss.
- GIUNTA F., *Tutela dell'ambiente (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, Annali II, Milano, 2008

- GIUNTA F., *Il burocrate creativo. La crescente intraprendenza interpretativa della giurisprudenza penale*, in *Criminalia*, 2016
- GIUNTA F., *Europa e diritto penale. Tra linee di sviluppo e profili problematici*, in *Criminalia*, 2019
- GIUNTA F., *Ghiribizzi penalistici per colpevoli. Legalità, "malalegalità" e dintorni*, Pisa, 2019
- GIUPPONI T. F., *Separazione dei poteri*, in CARUSO C., VALENTINI C., *Grammatica del costituzionalismo*, Bologna, 2021
- GRANDI C., *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2010
- GRANDI C., *Processo decisionale europeo e democrazia penale*, in *Dir. pen. cont. Riv. Trim.*, 2013, fasc. 2, pp. 1 ss.
- GRANDI C., *Il ruolo del Parlamento europeo nell'approvazione delle direttive di armonizzazione penale*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2015, pp. 678 ss
- GRASSO P. G., *Il principio "nullum crimen sine lege" nella costituzione italiana*, Milano, 1972;
- GRECO, *Eterointegrazione cautelare e successione di leggi nelle cadenze strutturali dell'illecito colposo. In particolare: il microsistema degli spettacoli musicali, cinematografici e teatrali delineato dal "decreto palchi"*, in *Dir. pen. contr. Riv. trim.*, 2016, fasc. 3, p. 150
- GROSSI P., *L'ordine giuridico medievale*, Bari, 1995;
- GROSSI P., *Prima lezione di diritto*, Bari, 2003
- GROSSI P., *Oltre la legalità*, Bari-Roma, 2020;
- GROSSO C. F., *Il fascino discreto della conservazione (Considerazioni in margine all'asserita crisi del principio di riserva di legge in materia penale)*, in *Criminalia*, 2011
- GROSSO E., *Il rinvio a data fissa nell'ordinanza n. 207/2018. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o innovativa tecnica di giudizio?*, in *Quad. cost.*, 2019, fasc. 3, pp. 531 ss.
- GROTTO M., *La successione di sanzioni penali ed amministrative*, in *Giur. comm.*, 2020, fasc. 3, pp. 528-538
- HABERMAS J., *La costellazione postnazionale. Mercato globale, nazioni e democrazia*, trad. it. Ceppa L., Milano, 1999
- HASSEMER W., *Fattispecie e tipo. Indagini sull'ermeneutica penalistica*, trad. it. G. Carlizzi, Napoli, 2007
- INGRASSIA A., *Incostituzionalità delle nuove fattispecie incriminatrici penali-tributarie?*, in *Sist. pen.*, 10.7.2020.
- INGRASSIA A., *La Corte costituzionale riscrive il delitto di omesso versamento delle ritenute per garantire la riserva di legge: le prospettive di un paradosso solo apparente*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2022, fasc. 3, pp. 1300-1307
- INSOLERA P., *Il "vento delle garanzie" soffia oltre l'Atlantico? Nozione di "materia penale" e principio di determinatezza del testo della legge penale*, in *Dir. pen. XXI sec.*, 2019, fasc. 2, pp. 257 ss.
- INSOLERA P., *Oltre le rime costituzionali obbligate: la Corte ridisegna i limiti del sindacato sulla misura delle pene*, in *Giur. comm.*, 2020, fasc. 1, pp. 40 ss.
- IRTI N., *Le categorie giuridiche della globalizzazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, fasc. 5, pp. 625 ss.
- IRTI N., *L'età della decodificazione*, Milano, 1979

- JANNARELLI A., *Dall'età delle regole all'età dei principi ed oltre? Problemi e paradossi del diritto privato pos-moderno*, in *Giust. civ.*, 2014, fasc. 4, pp. 991 ss.
- KELLER A., *Assistendo alla metamorfosi del principio di riserva di legge: la dichiarazione di illegittimità costituzionale del diritto penale vivente*, in *Ind. pen.*, 2020, fasc. 3, pp. 609 ss.
- KMIEC K. D., *The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism"*, in *CaL. L. Rev.*, vol. 92, n. 5/2004
- LANGUI A., *Il diritto penale della Rivoluzione francese e dell'Impero*, in S. VINCIGUERRA (a cura di), *I codici preunitari e il codice Zanardelli*, Padova, 1999, p. 38 ss.
- LASAGNI G., *Public private partnerships nell'antiriciclaggio e antiterrorismo: una nuova forma di outsourcing del processo penale?*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 2021, fasc. 3, pp. 153 ss.
- LATTANZI G., *Tra legge e giudice alla ricerca di un equilibrio per la legalità penale. Appunto per la presidenza della sessione mattutina*, in *Sist. pen.*, 2022, fasc. 12, pp. 1 ss.
- LEIGH GROVE T., *Which textualism?*, in *Harv. L. rev.*, 2020, fasc. 1, pp. 265 ss.
- LEO G., *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in PELLIZZONE I. (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale*, Milano, 2017
- LEO G., *Nuove strade per l'affermazione della legalità costituzionale in materia penale: la Consulta ed il rinvio della decisione sulla fattispecie dell'aiuto al suicidio*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2019, fasc. 1, pp. 241 ss.
- LEONE S., *La Corte costituzionale censura la pena accessoria fissa per il reato di bancarotta fraudolenta. Una decisione a "rime possibili"*, in *Quad. cost.*, 2019, fasc. 1, pp. 183 ss.
- LEVI-FAUR D., *The Global Diffusion of Regulatory Capitalism*, in *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 2005, pp. 12-32
- LYOTARD J. F., *La condizione postmoderna. Rapporto sul sapere*, Milano, 2008
- LIBERALI B., *L'illegittima restrizione della rilevanza penale della condotta di commercio di sostanze dopanti*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2023, fasc. 1, pp. 237-246
- LOLLO A., *La giurisprudenza costituzionale sul sindacato delle "norme penali più favorevoli" ad una svolta. La Corte adotta un paradigma "sostanziale" ed estende (giustamente) il sindacato di costituzionalità ai casi di violazione della legge di delega. (Osservazioni minime a margine di Corte cost. n. 5 del 2014)*, in *Oss. Cost.*, 2014, fasc. 2, pp. 1-17
- LOLLO A., *Sindacato di costituzionalità e norme penali di favore*, Milano, 2017
- LO MONTE E., *Verso la riscoperta del principio di legalità? Le nuove tendenze della giurisprudenza di legittimità dopo i "dettami" della Consulta*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, fasc. 4, pp. 548 ss.
- LÓPEZ NAVÍO A., *Luces y sombras del recurso de amparo constitucional*, in *Nuevos Horizontes del Derecho Constitucional*, 2023, fasc. 3 extra, pp. 26 ss.
- LUCARELLI A., *L'erosione del principio di legalità e gli atti amministrativi sufficientemente tipizzati*, in *Giur. cost.*, 2021, fasc. 5, pp. 2063 ss.
- LUCIANI M., *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 2006, fasc. 2, pp. 1643 ss.
- LUCIANI M., *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Rivista AIC*, 2012, fasc. 3, pp. 1 ss.
- LUCIANI M., *Interpretazione conforme a Costituzione (voce)*, in *Enc. dir.*, Ann. IX, Milano, 2016

- LUCIANI M., *L'attivismo, la deferenza e la giustizia del caso singolo*, in *Quest. giust.*, 2020, fasc. 4, pp. 37 ss.
- LUCIFREDDI P. G., *Note sulla rilevanza costituzionale del principio 'nulla poena sine lege'*, in *Giur. cost.*, 1962
- LUPO N., *Emendamenti, maxi-emendamenti e questione di fiducia nelle legislature del maggioritario*, in GIANFRANCESCO E., LUPO N. (a cura di), *Le regole del diritto parlamentare nella dialettica tra maggioranza e opposizione*, Roma, 2007, pp. 41 ss
- LUPO N., *Il ruolo normativo del Governo*, in FABBRINI S., LIPPOLIS V., SALERNO G. M. (a cura di), *Il Filangieri. Quaderno 2010. Governare le democrazie. Esecutivi, leader e sfide*, Napoli, 2011
- LUPO N., *Il diritto parlamentare tra regolamenti e precedenti: qualche spunto alla luce della disposizione finale della riforma "organica" del regolamento del Senato*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2018, fasc. 2, pp. 2-9
- LUPO N., *I maxi-emendamenti e la Corte costituzionale (dopo l'ordinanza n. 17 del 2019)*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2019, fasc. 1, pp. 7 ss.
- LUPO N., *Considerazioni conclusive. Sulla (complessiva) crescita del ruolo normativo del Governo e sulle difficoltà della funzione legislativa*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2019, fasc. 2, p. 6 ss
- LUPO N., *La proroga "innominata" delle deleghe legislative in scadenza. A proposito dell'art. 1, comma 3, della legge n. 27 del 2020 (di conversione del decreto-legge n. 18 del 2020)*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2020, fasc. speciale, pp. 605 ss.
- MADAU L., *Fai domani quello che potresti fare oggi. Un raffronto tra l'ordinanza n. 132 del 2020 e la sentenza n. 150 del 2021*, in *Nomos*, 2021, fasc. 3, pp. 1 ss.
- MAGGIO P., *La prevedibilità "col vestito di carta": le Sezioni unite escludono la portata generale della sentenza Contrada contro Italia n. 3*, in *Cass. pen.*, 2020, fasc. 6, pp. 2277 ss.
- MAIELLO V., *Dommatica e politica criminale nelle interpretazioni in tema di riserva di legge: a proposito di un'ipotesi di depenalizzazione «giurisprudenziale»*, in *Arch. pen.*, 1988, fasc. 2, pp. 1 ss.
- MAIELLO V., *La legalità della legge e il diritto dei giudici: scossoni, assestamenti e sviluppi*, in *Sist. pen.*, 2020, fasc. 3, pp. 129 ss.
- MAIELLO V., *Legalità della legge e divieto di analogia sfavorevole nella turbativa delle procedure selettive*, in *Giur. it.*, 2022, fasc. 11, pp. 2487 ss.
- MAIELLO V., *Legalità della legge e dintorni: tra Consulta, Cassazione e auspici riformistici*, in *Sist. pen.*, 2022, fasc. 12, pp. 121 ss.
- MANACORDA S., *Oltre il falso in bilancio: i controversi effetti in malam partem del diritto comunitario sul diritto penale interno*, in *Dir. un. eur.*, 2006, fasc. 2, pp. 253 ss.
- MANACORDA S., *Diritto penale europeo (voce)*, in *Enc. dir. Trec.*, 2014
- MANES V., *L'eterointegrazione della fattispecie penale mediante fonti subordinate, tra riserva "politica" e specificazione tecnica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2010, fasc. 1, pp. 84 ss.
- MANES V., *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012
- MANES V., *Il principio di proporzionalità. Scelte sanzionatorie e sindacato di legittimità*, in *Il Libro dell'anno del Diritto. Treccani*, Roma, 2012

- MANES V., *Prometeo alla Consulta: una lettura dei limiti costituzionali all'equiparazione tra "diritto giurisprudenziale" e "legge"*, in *Giur. cost.*, 2012, fasc. 5, pp. 3474 ss.
- MANES V., ROMANO L., *L'illegittimità costituzionale della legge "Fini-Giovanardi": gli orizzonti attuali della democrazia penale*, in *www.penalecontemporaneo.it.*, 23.3.2014
- MANES V., *Metodi e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, in A. Bernardi (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea: profili e limiti di un vincolo problematico*, Atti del Convegno inaugurale del Dottorato di ricerca "Diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali" del Dipartimento di giurisprudenza dell'Università di Ferrara, Rovigo, 15-16 maggio 2014, Napoli, 2015
- MANES V., *Dove va il controllo di costituzionalità in materia penale?*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2015, fasc. 1, pp. 154 ss.
- MANES V., *Proporzionalità senza geometrie*, in *Giur. cost.*, 2016, fasc. 6, pp. 2105 ss.
- MANES V., *"Common law-isation del diritto penale"? Trasformazioni del nullum crimen e sfide prossime future*, in *Cass. pen.*, 2017, fasc. 3, pp. 955 ss.
- MANES V., *Profili e confini dell'illecito para-penale*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2017, fasc. 3, pp. 988 ss.
- MANES V., *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica"*, in *Cass. pen.*, 2018, fasc. 6, p. 2226
- MANES V., *Diritto penale no-limits: garanzie e diritti fondamentali come presidio per la giurisdizione*, in *Quest. giust.*, 2019, fasc. 1, pp. 86 ss.
- MANES V., NAPOLEONI V., *La legge penale illegittima. Metodo itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino, 2019
- MANES V., MAZZACUVA F., *Irretroattività e libertà personale: l'art. 25, secondo comma, Cost., rompe gli argini dell'esecuzione penale*, in *Dir. pen. cont. Riv. Trim.*, 2020, fasc. 1, pp. 24
- MANES V., CAIANIELLO M., *Introduzione al diritto penale europeo. Fonti, metodi, istituti, casi*, Torino, 2020
- MANES V., *Giustizia mediatica. Gli effetti perversi sui diritti fondamentali e sul giusto processo*, Bologna, 2021.
- MANES V., *Sui vincoli costituzionali dell'interpretazione in materia penale (a margine della recente giurisprudenza della Consulta)*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2021, fasc. 4, p. 1233 ss.
- MANETTI M., *Le modifiche tacite al disegno costituzionale del procedimento legislativo*, in *Quad. cost.*, n. 3/2021, p. 540
- MANNA A., *Corso di diritto penale. Parte generale*, Padova, 2012
- MANNA A., *L'analogia nel diritto penale*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA (a cura di), *Trattato di diritto penale, Parte generale*, vol. I, *Il diritto penale e la legge penale*, Torino, 2012, p. 220 ss.
- MANNA A., *La sentenza Contrada e i suoi effetti sull'ordinamento italiano: doppio vulnus alla legalità penale?*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 4.10.2016
- MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, Milano, 2017
- MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, I, 1908;
- MARCELLI R., *Usura bancaria ad un ventennio dalla legge: un impietoso bilancio*, in *Banca borsa*, 2017, fasc. 4S, pp. 211 ss.

- MARCHETTI G., *Riflessioni su alcuni aspetti problematici della delegazione legislativa. In particolare: la "sistemazione" normativa tramite delega, il ruolo del Parlamento nell'adozione dei decreti delegati e il ricorso ai decreti integrativi e correttivi*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2019 fasc. 2, pp. 1-20.
- MARINUCCI G., *Beccaria penalista, nostro contemporaneo*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2014;
- MARINUCCI G., DOLCINI E., *Manuale di diritto penale*, Milano, 2018
- MARTIELLO G., «Vincolo testuale» ed interpretazione nel diritto penale. Necessità di una riconciliazione, in *disCrimen*, 4.7.2023
- MARTINI G., *Potere sanzionatorio della p.a. e diritti dell'uomo. I vincoli CEDU all'amministrazione repressiva*, Napoli, 2018
- MARTUFI A., *Eterointegrazione penale e norme europee. Il caso della legislazione penale alimentare*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2012, p. 710 ss.
- MASERA L., *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, 2018
- MASSA M., *La terza incostituzionalità «prospettata» e la questione dell'ergastolo ostativo*, in *Nomos*, 2021, fasc. 2, pp. 1 ss.
- MASSA PINTO I., *Il "monocameralismo di fatto" e la questione della perdurante validità della Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, 2022, fasc. 3, pp. 88-111
- MASSARO A., *Dalle criticità del diritto penale nazionale a quelle del "diritto penale europeo": chi è causa del suo mal pianga sé stesso? La saga Taricco e dintorni*, in *Arch. pen.*, 2017, fasc. 3
- MASSARO A., *Legalità penale e diritto europeo. C'è qualcosa di nuovo oggi nel sole, anzi di antico*, in *Sist. pen.*, 2022, fasc. 12, pp. 99 ss.
- MAUGERI A., *Appunti di diritto penale europeo*, Torino, 2020
- MAZZA O., *Il principio di legalità nel nuovo diritto liquido*, in *Giur. cost.*, 2012, fasc. 5, pp. 3464 ss.
- MAZZACUVA F., *Le pene nascoste*, Torino, 2017
- MAZZACUVA F., *La Consulta quale arbitro dei controlimiti*, in *Dir. pen. cont. Riv. Trim.*, 2018, fasc. 4, pp. 16 ss.
- MAZZACUVA F., *La revoca della sanzione amministrativa "illegale": prosegue l'erosione del giudicato ad opera del principio di retroattività della lex mitior*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, fasc. 12, pp. 1613 ss.
- MAZZACUVA N., *A proposito della "interpretazione creativa" in materia penale: nuova "garanzia" o rinnovata violazione dei principi fondamentali?*, in DOLCINI E., PALIERO C. E., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006
- MAZZACUVA N., AMATI E., *Diritto penale dell'economia*, Padova, 2023
- MAZZAROLLI L. A., *La sent. n. 198/2021 della Corte costituzionale e la pratica dell'uso del d.p.c.m. in epoca Covid-19: non si tratta di un'assoluzione. Anzi*, in *ambientediritto.it*, pp. 324-342.
- MEDICO F., *Il filo di Arianna dell'incostituzionalità prospettata e il parametro dimenticato (nota alla sentenza n. 150 del 2021)*, in *Giur. cost.*, 2021, fasc. 4, pp. 1589 ss.
- MENTASTI G., *L'attuale disciplina delle REMS al vaglio della Corte costituzionale: tra riserve di legge non rispettate e liste d'attesa serve ancora un intervento del legislatore. Note a margine della 'pronuncia-monito' della Corte costituzionale n. 22/2022*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, fasc. 3, pp. 1188 ss.

- MERLANO C., *Quando il Presidente scrive. I messaggi "di accompagnamento" del Capo dello Stato e le loro ricadute sugli equilibri istituzionali*, in *Oss. Cost.*, 2021, fasc. 2, pp. 26 ss.
- MERLINO A., *Montesquieu e la scienza giuridica italiana*, in *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL)*, Research Paper No. 2017-13.
- MERUSI V. F., PASSARO M., *Le autorità indipendenti*, Bologna, 2003
- MICHELETTI D., *Jus contra lex. Un campionario dell'incontenibile avversione del giudice penale per la legalità*, in *Criminalia*, 2016
- MOBILIO G., *Il procedimento legislativo della XXVII Legislatura: spunti ricostruttivi e distanze dal modello costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2018, fasc. 2, p. 26 ss.
- MOCCIA S., *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e influssi liberali*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1995, fasc. 2, pp. 343-374
- MODUGNO F., *Principi generali dell'ordinamento* (voce), in *End. Giur.*, vol. XXIV, 1991
- MORRONE A., *Sovranità*, in *Rivista AIC*, 2017, fasc. 2, pp. 1 ss.
- MORRONE A., *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2019, fasc. 2, pp. 251 ss
- MORRONE A., *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Corte costituzionale*, in *www.federalismi.it*, 2021, fasc. 12, pp. 170 ss.
- MORRONE A., *Finale di partita. Cosa davvero vuole la Corte costituzionale con l'ord. n. 97 del 2021 sull'ergastolo ostativo*, in *Giucost*, 2021, fasc. 2, pp. 388 ss.
- MORRONE A., *Interpretazione nomopoietica. Nota a sent. n. 68 del 2021*, in *Giur. it.*, 2021, fasc. 2, pp. 877 ss.
- MORRONE A. (a cura di), *La corte costituzionale. Antologia di classici della letteratura italiana*, Torino, 2021
- MORRONE A., *La Corte costituzionale come giudice dell'esperienza giuridica*, in *Quad. cost.*, 2021, fasc. 1, p. 117
- MOSTACCI E., *Tra kosmos e spoliticizzazione. Il diritto dei privati nelle relazioni commerciali*, in *DPCE*, 2021, Numero speciale *I sistemi normativi post-vestfaliani tra decisioni politiche, integrazioni giurisprudenziali e fonti di produzione non formalizzate. Una ricostruzione in chiave comparata*, pp. 628 ss.
- NAGLIERI G., *Il ricorso diretto di costituzionalità nell'era della crisi della politica. "Verfassungsbeschwerde" e "recurso de amparo" tra percorsi di innovazione e apertura alla società*, in *www.federalismi.it*, 17.5.2023
- NAPOLEONI V., *Mutamento di giurisprudenza in bonam partem e revoca del giudicato di condanna: altolà della Consulta a prospettive avanguardistiche di (supposto) adeguamento ai dicta della Corte di Strasburgo*, in *Dir. pen. cont. Riv. Trim.*, 2012, fasc. 3-4, pp. 164 ss.
- NEPPI MODENA G., *L'utile sociale nella concezione penalistica di Cesare Beccaria*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1989, p. 499 ss.
- NEPPI MODONA G., *Principio di legalità e giustizia penale nel periodo fascista*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. XXXVI, *Principio di legalità e diritto penale*, 2007
- NICOLINI U., *Il principio di legalità nelle democrazie italiane: legislazione e dottrina politico-giuridica nell'età comunale*, Padova-Milano, 1955

- NOTARO D., *Un passo deciso (e atteso) sulla via dell'affermazione delle garanzie costituzionali nella fase dell'esecuzione della pena*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, fasc. 7, pp. 985 ss.
- NOTARO D., *I delitti di doping al crocevia fra riserva di codice, riserva di legge e sindacato di norme penali di favore. Una questione di metodo*, in *Leg. pen.*, 2022, fasc. 4, pp. 215 ss.
- OST F., *Dalla piramide alla rete: un nuovo paradigma per la scienza giuridica*, in VOGLIOTTI M. (a cura di), *Il tramonto della modernità giuridica*, Torino, 2008
- ORLANDI M. A., *Le democrazie illiberali. Ungheria e Polonia a confronto*, in *DPCE*, 2019, fasc. 1, pp. 167 ss.
- PADOVANI T., *La sopravvivenza del Codice Rocco nell'età della decodificazione*, in *La questione criminale*, 1981, fasc. 1, pp. 89 ss.
- PADOVANI T., *Diritto penale*, Milano, 2012
- PAGELLA C., *La Cassazione sulla riconducibilità dei file al concetto di "cosa mobile" oggetto di appropriazione indebita: un caso di analogia in malam partem?*, in *www.sistemapenale.it*, 4.3.2021
- PAGLIARO A., *Legge penale. Principi generali* (voce), in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, p. 1042
- PALADIN L., *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996
- PALAZZO F., *Legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, VII, 1993
- PALAZZO F., *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1998, fasc. 2, pp. 355 ss.
- PALAZZO F., *Sistema delle fonti e legalità penale*, in G. INSOLERA (a cura di), *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, Modena, 2004;
- PALAZZO F., *Sistema delle fonti e legalità penale*, in *Cass. pen.*, 2005, fasc. 1, pp. 279 ss.
- PALAZZO F., *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regola iuris*, in VASSALLI G. (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli-Roma, 2006
- PALAZZO F., *Legalità penale: considerazioni a margine di un principio «fondamentale»*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. XXVII, *Principio di legalità e diritto penale*, 2007
- PALAZZO F., PAPA M., *Lezioni di diritto penale comparato*, Torino, 2013
- PALAZZO F., *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, fasc. 9, pp. 1061 ss.
- PALAZZO F., *Principio di legalità e giustizia penale*, in KOSTORIS, *Percorsi giuridici della postmodernità*, Bologna, 2016
- PALAZZO F., *Il principio di legalità tra Costituzione e suggestioni sovranazionali*, in *Leg. pen.*, 29.1.2016
- PALAZZO F., VIGANÒ F., *Diritto penale. Una conversazione*, Bologna, 2018
- PALAZZO F., *Un "nuovo corso" della Corte costituzionale?*, in *Cass. pen.*, 2019, fasc. 7, pp. 2398
- PALAZZO F., *La sentenza Cappato può dirsi storica?*, in *Pol. dir.*, 2020, fasc. 1, pp. 3 ss.
- PALAZZO F., *Costituzione e divieto di analogia*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, fasc. 9, pp. 1218 ss.
- PALAZZO F., *Le contraddizioni del diritto penale postmoderno (in ricordo di Mireille Delmas-Marty)*, in *Studi senesi*, 2022, fasc. 1, pp. 265 ss.

- PALAZZO F., *Legalità penale vs. creatività giudiziale*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2022, fasc. 3, pp. 975 ss.
- PALAZZO F., *La scienza della legislazione penale nella modernità giuridica*, in *Cass. pen.*, 2023, fasc. 2, pp. 395 ss.
- PALAZZO N., *Corte costituzionale legislatore*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2023, fasc. 1, pp. 189 ss.
- PALIERO C. E., *Minima non curat praetor. Ipertropia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagattellari*, Milano, 1985
- PALIERO C. E., TRAVI A., *Sanzioni amministrative* (voce), in *Enc. dir.*, Torino, 1989, vol. XXXVI
- PALIERO C. E., *L'autunno del patriarca. Rinascimento o trasmutazione del diritto penale dei codici?*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1994, fasc. 4, pp. 1220 ss.
- PALIERO C. E., *Il diritto liquido. Pensieri post-delmansiani sulla dialettica delle fonti penali*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2014, fasc. 3, p. 1099 ss
- PALIERO C. E., *La "riserva di codice" messa alla prova: tra deontica idealista vs deontica realista*, in *Criminalia*, 2019
- PASSAGLIA P., *Sull'inopportunità di introdurre il ricorso diretto individuale*, in TARCHI R. (a cura di), *Patrimonio costituzionale europeo e tutela dei diritti fondamentali. Il ricorso diretto di costituzionalità*, Torino, 2012
- PECORARO-ALBANI A., *Riserva di legge. Regolamento. Norma penale in bianco*, in *Scritti giuridici in onore di Alfredo De Marsico*, vol. II, Milano, 1960
- PEDULLÀ C., *Il sindacato giurisprudenziale sulla (s)proporzione tra applicazione da parte del giudice comune ed incostituzionalità dichiarata dal giudice costituzionale*, in *Cass. pen.*, 2022, fasc. 9, pp. 3226 ss.
- PELLISSERO M., *Prospettive della legalità penale*, in *Sist. pen.*, 2022, fasc. 12, pp. 149 ss.
- PELLIZZONE I., *Norme penali in bianco e riserva di legge*, in E. D'ORLANDO, L. MONTANARI (a cura di), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale. Atti del seminario svoltosi a Udine il 7 novembre 2008*, Torino, 2009
- PELLIZZONE I., *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale. Problemi e prospettive*, Milano, 2015
- PELLIZZONE I., *Garanzie costituzionali e convenzionali della materia penale: osmosi o autonomia?*, in *Dir. pen. cont. Riv. Trim.*, 2017, fasc. 4
- PELLIZZONE I., *Aspetti critici della "manifesta incostituzionalità" quale fondamento del rinvio di una legge. Spunti di riflessione a margine del primo rinvio del Presidente Mattarella*, in *Rivista AIC*, 2018, fasc. 3;
- PENASA S., *La funzione normativa tra Parlamento e Governo: verso una fisiologica integrazione nel prisma della disciplina di ambiti scientificamente connotati*, in *Ist. fed.*, 2021, fasc. 4, pp. 931 ss.
- PENCO E., *Soglie di punibilità ed esigenze di sistema*, Torino, 2023
- PESCE F., *L'analisi economica del diritto penale dalla teoria alla pratica: il livello di efficienza delle opzioni normative in tema di tossicodipendenza e criminalità correlata*, Napoli, 2019
- PETROCELLI B., *Per un indirizzo italiano della scienza del diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1941
- PETROCELLI B., *Norma penale e regolamento*, in *Scritti giuridici in onore di Alfredo De Marsico*, vol. II, Milano, 1960

- PICCIRILLI G., *È incostituzionale la (plurima) abrogazione del divieto di associazioni di carattere militare. La Corte costituzionale opportunamente presidia il corretto equilibrio tra riserva di legge in materia penale e legislazione delegata*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2014, fasc. 1, pp. 1-16
- PICCIRILLI G., *La "riserva di legge". Evoluzioni costituzionali, influenze sovrastatali*, Torino, 2019
- PIERGALLINI C., *Ius sibi imponere: controllo penale mediante autonormazione?*, in AA.VV., *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, Atti del convegno Napoli, 7-8 novembre 2014, Napoli, 2016
- PIFFERI M., *Difendere i confini, superare le frontiere. Le "zone grigie" della legalità penale tra Otto e Novecento*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. XXXVI, *Principio di legalità e diritto penale*, 2007
- PINARDI P., *L'horror vacui nel controllo di costituzionalità su misure di carattere sanzionatorio (note a margine di Corte costituzionale, sentenza n. 185 del 2021)*, in *Nomos*, 2021, fasc. 3, pp. 1 ss.
- PINI O., *Norma penale e Corte costituzionale. Processi normativi e itinerari interpretativi tra legislatore e giudice delle leggi*, Milano, 2021
- PINO G., *L'insostenibile leggerezza della legalità penale*, in *Criminalia*, 2014
- PINO G., *Legalità penale e rule of law*, in G. PINO e V. VILLA, *Rule of law: l'ideale della legalità*, Bologna, 2016
- PINO G., *La certezza del diritto e lo Stato costituzionale*, in *Dir. pub.*, 2018, fasc. 2, pp. 517 ss.
- PITRUZZELLA G., *L'interpretazione conforme e i limiti alla discrezionalità del giudice nell'interpretazione della legge*, in *www.federalismi.it*, 2021, fasc. 3, pp. 161 ss.
- PIZZORUSSO A., *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, Torino, 2008.
- PIZZORUSSO A., *L'ampliamento dei poteri normativi dell'esecutivo nei principali ordinamenti occidentali: a cinquant'anni dal saggio di Enzo Cheli*, in CARETTI P., GRISOLIA M. C. (a cura di), *Lo Stato costituzionale: la dimensione nazionale e la prospettiva internazionale. Scritti in onore di Enzo Cheli*, Bologna, 2010, pp. 105 ss.
- POLLICINO O., *I codici di condotta tra self-regulation e hard law: esiste davvero una terza via per la regolazione digitale? Il caso della strategia europea contro la disinformazione online*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2022, fasc. 4, pp. 1051 ss.
- PORTONERA G., *Antonin Scalia*, Torino, 2022
- PRANDI S., *Pene fisse e proporzionalità nel quadro dei rapporti tra diritto amministrativo punitivo e diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2022, fasc. 3, pp. 333 ss.
- PRANDINI R., *La "costituzione" del diritto nell'epoca della globalizzazione. Struttura della società-mondo e cultura del diritto nell'opera di Gunther Teubner*, postfazione a TEUBNER G., *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione*, trad. it. R. Prandini, Roma, 2005
- PRISCO S., *Il caso Cappato tra Corte costituzionale, Parlamento e dibattito pubblico*, in *Biolaaw Journal*, 2018, fasc. 3, pp. 1 ss.
- PRODI P., *Una storia della giustizia*, Bologna, 2000
- PUGIOTTO A., *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2019, fasc. 2, pp. 785 ss.
- PUGIOTTO A., *Da tecnica a tattica decisoria. L'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo differita la seconda volta*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2022, fasc. 2, pp. 761 ss..

- PULITANÒ D., *Libertà di manifestazione del pensiero, delitti contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico (art. 21 Cost.)*, in VASSALLI G. (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, pp. 239 ss.
- PULITANÒ D., *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, fasc. 1, p. 53
- PULITANÒ D., *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in *Dir. pen. cont. Riv. Trim.*, 2015, fasc. 2, pp. 46 ss.
- PULITANÒ D., *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *Dir. pen. cont. Riv. Trim.*, 2017, fasc. 2, p. 53
- PULITANÒ D., *Tempeste sul penale. Spazzacorrotti e altro*, in *Sist. pen.*, 2019, fasc. 3, pp. 235 ss.
- PULITANÒ D., *Penale party. L'avvio della nuova legislatura*, in *Giur. pen.*, 2022, fasc. 11, pp. 1 ss.
- RASI A., *Fare norme con principi. Principi generali e prevedibilità nel diritto internazionale penale*, Bologna 2021
- RECCHIA N., *Ruolo e legittimazione delle Corti dei diritti in materia penale*, in *Dir. pen. cont. Riv. Trim.*, 2018, fasc. 4, p. 7 ss.
- RECCHIA N., *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Torino, 2020
- RECCHIA N., *Principio di proporzione e sanzioni amministrative. Ancora un importante intervento della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2021, fasc. 5, pp. 1942
- RECCHIA N., *L'ennesima stagione del "ne bis in idem" nel costituzionalismo multilivello: la riaffermazione del suo "ubi consistam" processuale contro ogni riduzionismo sostanziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, fasc. 4, pp. 1676-1706.
- RECCHIA N., *La proporzione sanzionatoria nella triangolazione tra giudici comuni, Corte costituzionale e Corte di giustizia*, in *Quad. cost.*, 2022, fasc. 4, pp. 887 ss.
- RECCHIA N., *Pregevoli approdi e persistenti criticità nella sentenza delle Sezioni Unite sul sexting*, in *Giur. it.*, 2022, fasc. 6, pp. 1470 ss.
- REPETTO G., *Il controllo di costituzionalità delle leggi: giurisdizione e politica nel prisma del Bundesverfassungsgericht*, in REPETTO G., SAITTO F. (a cura di), *Temi e problemi della giustizia costituzionale in Germania. Una prospettiva comparativa alla luce del caso italiano*, Napoli, 2020
- RESCIGNO U., *Sovranità del popolo e fonti del diritto nel pensiero di Carlo Esposito, Vezio Crisafulli, Livio Paladin*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it
- RISICATO L., *Argini e derive della tassatività. Una riflessione a margine della sentenza n. 98/2021*, in *disCrimen*, 16.7.2021
- ROCCO AR., *Il problema e il metodo della scienza penale*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1910
- RODRIG D., *La globalizzazione intelligente*, Roma-Bari, 2015
- ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale, I*, Milano, 2004
- ROMANO M., *Teoria del reato, punibilità, soglie espresse di offensività (e cause di esclusione del tipo)*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006
- ROMANO M., *Corte costituzionale e riserva di legge*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006
- ROMANO M., *Complessità delle fonti e sistema penale. Leggi regionali, ordinamento comunitario, Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 2008, fasc. 2, pp. 538 ss.

- ROMBOLI R., *L'“obbligo” per il giudice di applicare nel processo a quo la norma dichiarata incostituzionale ab origine: natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti*, in *www.forumcostituzionale.it*, 6.4.2015, pp. 1 ss.
- ROMBOLI R., *Corte costituzionale e opinione pubblica. Genesi, forme e finalità*, in *Quad. cost.*, 2023, fasc. 1, p. 45 ss
- RONCO M., *Precomprensione ermeneutica del tipo legale e divieto di analogia*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006
- RONCO M., *Scritti patavini*, Torino, 2017
- RONCO M., *Il principio di legalità*, in COCCO G., AMBROSETTI E. M. (a cura di), *Trattato breve di diritto penale, Parte generale*, vol. 1 *La legge penale*, Padova, 2019
- ROTOLO S., *Il nuovo Comitato per la legislazione al Senato e gli altri soggetti della buona scrittura delle leggi: tra criticità di sistema ed esigenze di riforma*, in *www.federalismi.it*, 2023, fasc. 6, pp. 143 ss.
- RUGA RIVA C., *Diritto penale e leggi regionali in un'importante sentenza della Corte costituzionale*, in *www.penalecontemporaneo.it.*, 21.3.2014
- RUGA RIVA C., CORNELLI R., SQUAZZONI A., RONDINI P., BISCOTTI B., *La sicurezza urbana e i suoi custodi (il Sindaco, il Questore e il Prefetto)*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 2017, fasc. 4, pp. 224 ss.
- RUGA RIVA C., *Riserva di codice o di legge organica: significato, questioni di legittimità costituzionale e impatto sul sistema penale*, in *Dir. pen. con. Riv. Trim.*, 2019, fasc. 1, p. 206 ss.
- RUGA RIVA C., *La violazione delle ordinanze regionali e sindacali in materia di coronavirus: profili penali*, in *Sist. pen.*, 2020, fasc. 3, pp. 231 ss.
- RUGA RIVA C., *La festa è finita. Prime osservazioni sulla fattispecie che incrimina i “rave party” (e molto altro)*, in *www.sistemapenale.it*, 3.11.2022
- RUGGERI A., *Il parlamentare e il suo riconoscimento quale “potere dello Stato” solo...virtuale o in astratto (nota minima a Corte cost. n. 17 del 2019)*, in *Consulta on-line*, 2019, fasc. 1, pp. 71-75
- RULLO L., *La politica a Corte. L'espansione della Corte costituzionale nell'arena politica*, Napoli, 2022
- RUOTOLO M., *Corte costituzionale e legislatore*, in *DeS*, 2020, fasc. 1, pp. 53 ss.
- RUOTOLO M., *I controlli esterni sul giusto procedimento legislativo. Presidente della Repubblica e Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2021, fasc. 3, p. 590
- RUOTOLO M., *Le tecniche decisorie della Corte costituzionale, a settant'anni dalla legge n. 87 del 1953*, in *www.gruppodipisa.it*, 27.5.2023
- RUSSO A. M., *Sistema delle fonti e pluralismo territoriale tra (in) crisi ed (in) emergenza negli Stati composti*, in *DPCE Online*, 2021, Numero speciale, pp. 131 ss.
- SAITTO F., *Il ricorso individuale diretto: assetti del sistema di giustizia costituzionale e rapporti tra giurisdizioni in Germania*, in REPETTO G., SAIITTO F. (a cura di), *Temi e problemi della giustizia costituzionale in Germania. Una prospettiva comparativa alla luce del caso italiano*, Napoli, 2020
- SALERNO A. R., *Il giudizio sulla proporzionalità della pena tra modello triadico e modello diadico*, in *Giur. cost.*, 2022, fasc. 2, pp. 793 ss.

- SALZANO L., *Le falle del sistema sanzionatorio del settore biologico: tra mancato adeguamento alla normativa unionale, illegittimità normativa e violazione del principio di tassatività-determinatezza. Un caso emblematico*, in *Riv. dir. agr.*, 2022, fasc. 3, pp. 578 ss.
- SANTANGELO A., *Precedente e prevedibilità: profili di deontologia ermeneutica nell'era del diritto penale giurisprudenziale*, Torino, 2022
- SANTANGELO A., *Una soluzione "di favore" per l'insider di se stesso: la rule of lenity quale criterio di risoluzione dei casi difficili*, in *Dir. pen. proc.*, 2022, fasc. 10, pp. 1343 ss.
- SBORO B., *Il «diritto vivente» nel giudizio incidentale. Indagine sulla più recente giurisprudenza costituzionale (2017-2022)*, in *Quad. cost.*, 2023, fasc. 2, pp. 386 ss.
- SBRICCOLI M., *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, in *Storia d'Italia. Annali 14. Legge Diritto Giustizia*, Torino, 1998
- SBRICCOLI M., *Lex delictum facit. Tiberio Deciani e la criminalistica italiana nella fase cinquecentesca del penale egemonico*, in M. CAVINA (a cura di), *Tiberio Deciani 1509.1582. Alle origini del pensiero giuridico moderno*, Udine, 2004;
- SBRICCOLI M., *Il penale dei codici e la dialettica dei diritti*, in *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti inediti (1972-2007)*, Milano, 2009;
- SBORDONE F., *Contratti internazionali e lex mercatoria*, Napoli, 2008
- SCHIAVONE A., *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, 2005
- SCHMITT C., *Legalità e legittimità (1932)*, in ID., *Le categorie del politico* a cura di MIGLIO e SCHIERA, Bologna, 1972
- SCOLETTA M., *La sentenza n. 5/2014 della Corte costituzionale: una nuova importante restrizione delle "zone franche" dal sindacato di legittimità nella materia penale*, in *Dir. pen. cont. Riv. Trim.*, 2014, fasc. 2, pp. 242 ss.
- SCOLETTA M., *Retroattività favorevole e sanzioni amministrative punitive: la svolta, finalmente, della Corte costituzionale*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2.4.2019
- SCOLETTA M., *Verso la giustiziabilità della violazione del divieto di analogia a sfavore del reo*, in *Oss. Cost.*, 2021, fasc. 5, pp. 196 ss.
- SCOLETTA M., *Sulla sindacabilità dell'interpretazione imprevedibile e dell'applicazione analogica della legge penale*, in ACQUAROLI R., FRONZA E., GAMBERINI A. (a cura di), *La giustizia penale tra ragione e prevaricazione. Dialogando con Gaetano Insolera*, Roma, 2021
- SCOLETTA M., *La confisca di denaro quale prezzo o profitto del reato è sempre "diretta" (ancorché il denaro abbia origine lecita). Esiste un limite azionabile alla interpretazione giudiziaria della legge penale? La confisca di denaro quale prezzo o profitto del reato è sempre "diretta" (ancorché il denaro abbia origine lecita)*, in *www.sistemapenale.it*, 23.11.2021.
- SCOTT C., *Regulatory Theory. Foundation and application*, Australia, 2017
- SEMINARA S., *Codice penale, riserva di codice e riforma dei delitti contro la persona*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2020, fasc. 2, pp. 438-439
- SENDEN L., *Soft law in European Community Law*, Londra, 2004
- SGUBBI F., *Diritto penale comunitario (voce)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IV, Torino, 1990, pp. 90 ss.
- SGUBBI F., *Il diritto penale incerto ed efficace*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2001, fasc. 4, pp. 1193 ss.
- SGUBBI F., *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa. Venti tesi*, Bologna 2019

- SICCARDI C., *Organi tecnici e produzione normativa*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2022, fasc. 2, pp. 823 ss.
- SICCARDI C., *La sentenza n. 63 del 2022: un'occasione per riflettere sulla proporzionalità della pena e sul ruolo degli "amici curiae"*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2022, fasc. 1, pp. 486 ss.
- SILVESTRI G., *Corte costituzionale, sovranità popolare e "tirannia della maggioranza"*, in *Quest. giust.*, 2019, fasc. 1, pp. 22 ss.
- SILVESTRI G., *Del rendere giustizia costituzionale*, in *Quest. giust.*, 2020, fasc. 4, pp. 24 ss.
- SIRACUSA L., *La tutela penale dell'ambiente. Bene giuridico e tecniche di incriminazione*, Milano, 2007, pp. 127-138.
- SIRACUSA L., *La competenza comunitaria in ambito penale al primo banco di prova: la direttiva europea sulla tutela penale dell'ambiente*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2008, fasc. 4, pp. 863 ss.
- SOLIDORO L., *Interferenze tra il diritto penale sostanziale e il diritto penale processuale nell'epoca giuridica romana*, in DE FRANCESCO G., MARZADURI E. (a cura di), *Il reato lungo gli impervisentieri del processo*, Torino, 2016
- SOMMA A., *Introduzione al diritto comparato*, Roma-Bari, 2014
- SOMMA A., *Verso il postdiritto? Fine della storia e spolticizzazione dell'ordine economico*, in *Pol. dir.*, 2018, fasc. 1, pp. 79 ss.
- SOMMA A., *Global Legal History, Legal Systemology, and the Genealogy of Law*, in *66 Am. J. Comp. L.*, 2019, pp. 754 ss
- SORRENTINO F., *Lezioni sulla riserva di legge. I. Introduzione e commento*, Roma, 1980
- SOTIS C., *Le competenze penali dell'Unione previste nel Trattato di Lisbona: una lettura d'insieme*, in C. E. PALIERO, F. VIGANÒ (a cura di), *Europa e diritto penale*, Milano, 2013
- SPADARO A., *Sull'intrinseca "politicalità" delle decisioni "giudiziarie" dei tribunali costituzionali contemporanei*, in *www.federalismi.it*, 2017, fasc. 5, pp. 1 ss.
- SPADARO A., *I limiti "strutturali" del sindacato di costituzionalità: le principali cause di inammissibilità della q.l.c.*, in *Rivista AIC*, 2019, fasc. 4, pp. 145 ss.
- SPADARO A., *Involuzione – o evoluzione – del rapporto tra Corte costituzionale e legislatore (notazioni ricostruttive)*, in *Rivista AIC*, 2023, fasc. 2, pp. 112 ss.
- SPERTI A., *La Corte costituzionale ritorna sul controllo sui vizi formali del decreto-legge. Riflessioni a margine della sent. n. 8 del 2022*, in *Nomos*, fasc. 1, p. 1 ss.
- STILE A. M., *Il codice penale del 1819 per lo Regno delle due Sicilie*, in VINCIGUERRA (a cura di), *I codici preunitari*, cit., p. 191
- STORTONI L., *Angoscia tecnologica ed esorcismo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, fasc. 1, pp. 71 ss.
- TAVERRITI S. B., *Autonormazione e prospettive autopoietiche della gestione della penalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, pp. 1941 ss.
- TAVERRITI S. B., *Che cosa genera il sonno del Leviatano? Modelli e movimenti dell'autonormazione nelle pieghe dell'ordinamento penale statale*, in *disCrimen*, 15.6.2022
- TEGA D., *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, 2020
- TEGA D., *Le traiettorie delle rime obbligate. Da creatività eccessiva, felix culpa, a gabbia troppo costrittiva*, in *Sist. pen.*, 2021, fasc. 2, pp. 5 ss.

- TELESCA M., *Il contributo del binomio talk show/pubblicità alla deriva "panpopulistica" del diritto penale*, in *MediaLaws*, 2022, fasc. 1, pp. 212 ss
- TEUBNER G., *Substantive and Reflexive Elements in Modern Law*, in *Law & Society Review*, 1983, v. 17, n. 2, pp. 239 ss.
- TEUBNER G., *Breaking frames: la globalizzazione economica e l'emergere della lex mercatoria*, in ID. *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione*, cit., pp. 13 ss.
- TOMASI L., *Nuove prospettive per il sindacato costituzionale sulla proporzionalità del trattamento sanzionatorio*, in *www.sistemapenale.it.*, 4.10.2021
- TORDINI CAGLI S., *Il giudice legislatore e la legalità apparente: il disastro ambientale*, in V. TORRE (a cura di), *Il principio di legalità tra legislatore e giudice*, Pisa, 2020
- TORRE V., *La "privatizzazione" delle fonti di diritto penale: un'analisi comparata dei modelli di responsabilità penale nell'esercizio dell'attività di impresa*, Bologna, 2013
- TOSCANO G., *Suggerimenti del Lebensmittelstrafrecht in vista di una riforma degli illeciti agroalimentari*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, fasc. 4, p. 1856 ss.
- TRABUCCO D., *Il «virus» nel sistema delle fonti: decreti-legge e DPCM al tempo del Covid-19. Tra principio di legalità formale e principio di legalità sostanziale*, in *Nomos*, 2020, fasc. 2, pp. 1 ss.
- VASSALLI G., *L'inevitabilità dell'ignoranza della legge penale come causa generale di esclusione della colpevolezza*, in *Giur. cost.*, 1988, fasc. 2
- VASSALLI G., *Nullum crimen, nulla poena sine lege (voce)*, in *Dig. disc. pen.*, VIII, Torino, 1994
- VASSALLI G., *Giurisprudenza costituzionale e diritto sostanziale. Una rassegna*, in A. PACE (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale*, Milano, 2006
- VENTURI F., *Tanto tuonò che piovve: il disastro innominato "ambientale" come reato eventualmente permanente. Analisi critica della giurisprudenza di legittimità in materia di inquinamento storico e progressivo*, in *Leg. pen.*, 2021, fasc. 4, p. 1 ss.
- VENTURI F., *Per una balistica regolatoria dell'autonormazione in materia penale. Analisi descrittiva e prescrittiva del sistema di responsabilità ex crimine degli enti nell'orizzonte del post-regulatory State*, in *disCrimen*, 17.10.2022
- VETTORI N., *Diritti fondamentali dell'incolpato e tutela giurisdizionale nei confronti delle sanzioni di Consob e di Banca d'Italia*, in *Riv. reg. merc.*, 2022, fasc. 2, pp. 568 ss.
- VIGANÒ F., *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge penale più favorevole: un nuovo tassello nella complicata trama dei rapporti tra Corte costituzionale e Corte EDU*, in M. D'AMICO, B. RANDAZZO (a cura di), *Ai confini del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, 2011
- VIGANÒ F., *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale*, in AA.VV., *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, Atti del convegno Napoli, 7-8 novembre 2014, Napoli, 2016
- VIGANÒ F., *Sugli effetti intertemporali della dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma che abroga una precedente incriminazione*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, fasc. 10, pp. 298 ss.
- VIGANÒ, *Legalità nazionale e legalità europea in materia penale. I difficili equilibri della Corte di Giustizia nella sentenza M.A.S.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, fasc. 4, pp. 1302 ss.
- VIGANÒ F., *Il nullum crimen contesto: legalità 'costituzionale' vs. 'legalità convenzionale'?*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 5.4.2017

- VIGANÒ F., *Indipendenza delle Corti e judicial review della legislazione*, in PITRUZZELLA G., POLICINO O., BASSINI M. (a cura di), *Corti europee e democrazia. Rule of law, indipendenza e accountability*, Milano, 2019
- VIGANÒ F., *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, 2021
- VIGANÒ F., *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, in CENTONZE F., MANACORDA S. (a cura di), *Il fatto illecito nel diritto amministrativo e nel diritto penale: la garanzia della prevedibilità*, Milano, 2021
- VIGANÒ F., *Il diritto giurisprudenziale nella prospettiva della Corte costituzionale*, in *www.sistema-penale.it*, 19.1.2021
- VIGANÒ F., *La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell'Unione europea: sull'effetto diretto dell'art. 49, paragrafo 3, della Carta alla luce di una recentissima sentenza della Corte di giustizia*, in *www.sistemapenale.it*, 26.4.2022
- VIPIANA P., *La recente adozione di due decreti-legge "salvo intese"*, in *Quad. cost.*, 2019, fasc. 4, pp. 894 ss.
- VINCIGUERRA S., *Diritto penale inglese comparato. I principi*, Padova, 2002
- VIOLANTE L., *La produzione del penale tra governo e parlamento maggioritario*, in *Criminalia*, 2016
- VOSA, *Sulla "riserva di legge" nel diritto regionale*, in *Giur. cost.*, 2021, fasc. 1, pp. 62 ss.
- VITTORI M., *I decreti-legge e i d.p.c.m. dell'emergenza sanitaria tra riserva di legge, tipizzazione del contenuto dei provvedimenti e bilanciamento dei diritti (riflessioni non ancora desuete a margine di Corte costituzionale sent. n. 198/2021)*, in *Consulta Online*, 2022, fasc. 3, pp. 1345 ss.
- VOGLIOTTI M., *Legalità (voce)*, in *Enc. dir. Annali*, VI, Milano, 2013, pp. 371 ss.
- VOGLIOTTI M., *Il risveglio della coscienza ermeneutica nella penalistica contemporanea*, in *Riv. fil. dir.*, 2015, fasc. 1, pp. 89 ss
- VOGLIOTTI M., *La nuova legalità penale e il ruolo della giurisdizione. Spunti per un confronto*, in *www.sistemapenale.it*, 5.3.2020
- ZACCARIA G., *Nuove fonti, nuove categorie per il «post-diritto»*, in KOSTORIS R. E. (a cura di), *Percorsi giuridici della postmodernità*, Bologna, 2016
- ZACCARIA G., *Postdiritto. Nuove fonti, nuove categorie*, Bologna 2022
- ZAGREBELSKY G., *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Torino, 1984
- ZAGREBELSKY G., *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008
- ZAMMARTINO F., *Il modello molteplice. La potestà normativa delle Autorità amministrative indipendenti*, Torino, 2020
- ZAMPETTI G., *La "pronuncia doppia" nell'unico giudizio: i tempi della Corte e la discrezionalità del legislatore*, in *Giur. cost.*, 2021, fasc. 4, pp. 1580 ss.
- ZANON N., *Su alcuni problemi attuali della riserva di legge in materia penale*, in *Criminalia*, 2012
- ZANON N., *Matière pénale e principio di legalità nella giurisprudenza costituzionale*, in PELLIZZONE I. (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale*, Milano, 2017
- ZANON N., *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in *www.federalismi.it*, 2021, fasc. 3, pp. 86 ss.
- ZIRULIA S., *La Corte costituzionale sul favoreggiamento dell'immigrazione irregolare: illegittima l'aggravante che parifica il trattamento sanzionatorio dei trafficanti a quello di coloro che prestano un aiuto per finalità solidaristiche*, in *www.sistemapenale.it*, 23.3.2022

ABSTRACT

Il principio di riserva di legge si colloca sul versante storico della legalità penale, nel duplice senso che esso appartiene al nucleo primigenio dei fondamenti del diritto penale moderno ed esprime un criterio di ripartizione della competenza normativa in materia di reati e pene che riflette il sistema politico-istituzionale in cui si colloca, essendo così suscettibile di declinazioni che variano al variare dell'ordinamento statale considerato. Questa caratteristica lo distingue dagli altri corollari che compongono il principio di legalità, come quello di irretroattività sfavorevole e di retroattività della *lex mitior*, e gli sviluppi recenti dell'elaborazione delle garanzie penalistiche sembrano emarginarlo ad un ruolo di secondo piano, quasi si trattasse di un «fossile giuridico».

Scopo del lavoro è sondare la persistente attualità del principio, esaminandolo nello specchio della crisi della fonte legislativa, riposizionata in un contesto sempre più plurale e multilivello, e della centralità del momento giurisdizionale, governato dai giudici comuni e dalle Corti costituzionali e sovranazionali.

La concreta dinamica della produzione del diritto penale, riduce sempre di più la fondatezza della tradizionale giustificazione democratico-parlamentare del principio, valorizzandone in modo maggiore la dimensione costituzionale-sostanziale, che trova nel sindacato di legittimità costituzionale il vero strumento di tutela dei principi fondamentali che regolano questa materia.

In quest'ottica sono analizzati i più recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale sul tema, dai quali emerge il ruolo della Corte costituzionale quale custode della riserva di legge, impegnata nel vigilare sul rispetto del limite posto dalla separazione dei poteri, tanto da parte del potere esecutivo, richiamato al rispetto delle regole previste nell'adozione di atti aventi forza di legge, quanto da quello giudiziario, nei cui confronti si leva il monito all'osservanza del divieto di analogia, logico completamento della riserva di legge.

Le traiettorie innovative del sindacato di costituzionalità sulle scelte del legislatore in materia penale segnano, infine, il campo di tensione di maggiore evidenza nella configurazione attuale della riserva di legge. L'impegno crescente della Corte nell'evitare il formarsi di «zone franche» sottratte al suo controllo in un settore sensibile alla violazione dei diritti fondamentali pone il delicato problema del bilanciamento della dimensione democratica della legalità penale con la sua essenziale forza garantista.