

## CONFRONTO DI IDEE

---

**GABRIELE CIVELLO**

### **La legalità come inconveniente: la “dimenticanza della legge” e le sue conseguenze nella teoria del reato.**

L'Autore illustra l'attuale tendenza della giurisprudenza italiana ed europea a considerare la legalità come un “inconveniente”, vale a dire un ostacolo da superare o neutralizzare, in nome di preminenti esigenze di politica criminale; posto che tale deriva “culturale” conduce a conseguenze intrinsecamente inaccettabili, l'Autore propone un nuovo studio su tre fondamentali domande: cos'è la “materia penale”? Cos'è la “legge penale”? Quale è la *ratio* fondamentale della legalità penale?

The author shows the current trend of Italian and European jurisprudence to consider legality as an “inconvenience”, *i.e.* an obstacle to skip or neutralize in the name of prevailing criminal policy purposes; this “cultural” drift leads to intrinsically unacceptable consequences, therefore he author proposes a new study on three fundamental questions: what is “criminal matter”? What is “criminal law”? What is the fundamental *ratio* of criminal legality?

**SOMMARIO:** 1. Considerazioni preliminari. - 2. Che cos'è la “materia penale”? - 3. Che cos'è la “legge penale”? - 4. Quale è la *ratio* fondamentale della legalità?

#### **1. Considerazioni preliminari**

Il titolo del mio breve intervento<sup>1</sup> (*La legalità come inconveniente: la “dimenticanza della legge” e le sue conseguenze nella teoria del reato*) potrebbe apparire in parte provocatorio, giacché qualificare la legalità – cioè proprio uno dei pilastri fondamentali della nostra civiltà giuridica – come un “inconveniente” sembra in qualche modo dissacrante o quantomeno irrispettoso.

In effetti, ciò corrisponde allo spirito della mia relazione odierna, vale a dire il mettere in luce come troppo spesso, per la giurisprudenza italiana e ancor più sovranazionale, il principio di legalità<sup>2</sup>, da irrinunciabile canone di garanzia per il cittadino e per la comunità politica nel suo complesso, si stia tramutan-

---

<sup>1</sup> Si tratta della relazione tenuta al Convegno *Legalità penale e legalità processuale: dissociazioni tra modelli e realtà*, tenutosi presso l'Università Sapienza di Roma il giorno 29 maggio 2017.

<sup>2</sup> Sul principio di legalità non è certo possibile fornire nella presente sede una bibliografia nemmeno lontanamente completa. Pare utile solo segnalare che, da ultimo, in *Studi in onore di Mauro Ronco* (a cura di Ambrosetti), Torino, 2017, sono stati pubblicati numerosi interessanti contributi *in subjecta materia*, fra i quali: AMBROSETTI, *Il rapporto fra legalità e giustizia: l'eterno ritorno della Formula di Radbruch* (18 ss.); CADOPPI, *Giurisprudenza e diritto penale* (33 ss.); LANZI, *Fra il legislatore apparente e il giudice sovrano* (139 ss.); MANES, “Common law-isation del diritto penale”? *Trasformazioni del nullum crimen e sfide prossime future* (151 ss.).

do quasi in un “inconveniente”, ovvero un ostacolo da rimuovere o comunque da neutralizzare.

Copiosi e significativi sono i segnali di tale generalizzata “insofferenza”, primo fra tutti l’emblematico caso della sentenza “Taricco” della Corte di Giustizia dell’Unione Europea<sup>3</sup>, all’esito del quale, come noto, la nostra Corte Costituzionale è stata da ultimo chiamata a decidere se il *dictum* dei giudici europei sia conforme ai canoni generali del nostro sistema penale e, in particolare, al principio di legalità.

Nel rimettere a propria volta la questione alla Corte di Giustizia del Lussemburgo<sup>4</sup>, con l’oramai celebre ordinanza n. 24/2017<sup>5</sup>, la nostra Consulta si è

---

<sup>3</sup> Corte Giust. UE, Gr. Sez., 8 settembre 2015, nella causa C-105/14, Taricco e altri, in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu). In merito a tale importante sentenza, si rinvia a RONCO, CARUSO, *Il principio di legalità*, in RONCO (a cura di), *La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone*, III ed., Bologna, 2016, 30 ss., nonché, sia consentito, CIVELLO, *La sentenza “Taricco” della Corte di Giustizia UE: contraria al Trattato la disciplina italiana in tema di interruzione della prescrizione del reato*, in *questa Rivista*, 2015, n. 3, online. Cfr. anche GIUNCHEDI, *La Consulta, la “regola Taricco” ed il rapporto tra fonti europee*, in *questa Rivista*, 2017, n. 1, online; ID., *La “regola Taricco” e il rapporto tra fonti europee*, in *questa Rivista*, 2017, n. 2, online; NEGRI, *Dallo ‘scandalo’ della vicenda Taricco risorge il principio di legalità processuale*, *ivi*; GAMBARDELLA, *I modelli della legalità penale e la “vicenda Taricco”*, *ivi*; SALCUNI, *Legalità europea e prescrizione del reato*, *questa Rivista*, 2015, n. 3, online; nonché MANACORDA, *La prescrizione delle frodi gravi in materia di IVA: note minime sulla sentenza Taricco*, *ivi*; VIGANÒ, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA? Primato del diritto UE e nullum crimen sine lege in una importante sentenza della Corte di giustizia*, in *Dir. pen. cont.*, 14 settembre 2015; VENEGONI, *La sentenza Taricco: una ulteriore lettura sotto il profilo dei riflessi sulla potestà legislativa dell’Unione in diritto penale nell’area della lotta alle frodi*, *ivi*, 29 ottobre 2015.

<sup>4</sup> La questione (in causa C-42/17, M.A.S., M.B.) dovrebbe essere decisa prossimamente, in quanto il giorno 18 luglio 2017, l’Avvocato Generale presso la Corte del Lussemburgo, Yves Bot, ha rassegnato le proprie conclusioni nei seguenti termini:

«1) L’art. 325, paragrafi 1 e 2, TFUE deve essere interpretato nel senso che esso impone al giudice nazionale, che agisce quale giudice di diritto comune dell’Unione, di disapplicare il termine di prescrizione assoluto risultante dal combinato disposto dell’articolo 160, ultimo comma, e dell’articolo 161, secondo comma, del codice penale nell’ipotesi in cui siffatta normativa impedisca di infliggere sanzioni effettive e dissuasive nei casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell’Unione europea, o in cui preveda, per i casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dello Stato membro interessato, termini di prescrizione più lunghi di quelli previsti per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dell’Unione.

2) La nozione di interruzione della prescrizione dev’essere considerata una nozione autonoma del diritto dell’Unione e dev’essere definita nel senso che ogni atto diretto al perseguimento del reato nonché ogni atto che ne costituisce la necessaria prosecuzione interrompe il termine di prescrizione; tale atto fa quindi decorrere un nuovo termine, identico al termine iniziale, mentre il termine di prescrizione già decorso viene cancellato.

3) L’art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea deve essere interpretato nel senso che esso non osta a che le autorità giudiziarie italiane disapplichino, nell’ambito dei procedimenti in corso, il combinato disposto dell’articolo 160, ultimo comma, e dell’articolo 161, secondo comma, del codice penale conformemente all’obbligo stabilito dalla Corte di giustizia nella sentenza dell’8 settembre 2015, Taricco e a.

perlopiù soffermata sui profili di tassatività e determinatezza della disposizione penale, chiedendosi cioè se i principî desumibili dalla sentenza “Taricco” siano stati espressi dai giudici europei in modo chiaro, preciso e tassativo.

Tuttavia, come la Dottrina non ha tardato ad osservare, il caso “Taricco”, prima ancora di sollevare una questione di tassatività e determinatezza della fattispecie, involgeva un ben più radicale problema di legalità e di riserva di legge: il punto non era - e non è - tanto se le regole sancite dai giudici del Lussemburgo siano state scolpite in maniera sufficientemente precisa e determinata, ma, *più a monte*, se la Corte di Giustizia dell’Unione europea sia realmente legittimata ad incidere, con le proprie sentenze, sulla disciplina nazionale in tema di prescrizione del reato.

Ora, come possiamo notare, se la legalità viene intesa in senso *soft o flou* (per usare due parole oggi forse un po’ inflazionate), e cioè come semplice criterio “informativo” di conoscibilità del precetto e di “prevedibilità” delle conseguenti decisioni giudiziarie, a ben vedere una qualsiasi fonte normativa positiva potrebbe astrattamente soddisfare tale requisito: anche un regolamento ministeriale rappresenta, ad esempio, una fonte normativa perfettamente conoscibile e “prevedibile”, a condizione (certo) che esso sia strutturato in modo linguisticamente chiaro e preciso, nonché sia regolarmente portato alla conoscenza dei consociati mediante la pubblicazione in *Gazzetta Ufficiale*; al limite, anche una sentenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo o della Corte di Giustizia U.E., una volta pubblicata e depositata, potrebbe introdurre *pro futuro* nuove fattispecie di reato, in quanto essa, in tale prospettiva, risulterebbe astrattamente conoscibile da tutti i cittadini.

Ma questa, come è evidente, appare una visione assai limitata e, per certi versi, “asfittica” della legalità penale.

---

4) L’art. 53 della Carta dei diritti fondamentali non consente all’autorità giudiziaria di uno Stato membro di opporsi all’esecuzione dell’obbligo stabilito dalla Corte di giustizia nella sentenza dell’8 settembre 2015, Taricco e a. con la motivazione che tale obbligo non rispetterebbe il livello di tutela più elevato dei diritti fondamentali garantito dalla Costituzione di tale Stato.

5) L’art. 4, paragrafo 2, TUE non consente all’autorità giudiziaria di uno Stato membro di opporsi all’esecuzione dell’obbligo stabilito dalla Corte di giustizia nella sentenza dell’8 settembre 2015, Taricco e a. con la motivazione che l’applicazione immediata a un procedimento in corso di un termine di prescrizione più lungo di quello previsto dalla legge in vigore al momento della commissione del reato sarebbe tale da compromettere l’identità nazionale di tale Stato».

<sup>5</sup> Sul punto, ci permettiamo di rinviare a CIVELLO, *La Consulta, adita sul caso “Taricco”, ricorre alla Corte di Giustizia UE: orientamenti e disorientamenti nel c.d. “dialogo fra le corti”*, in questa *Rivista*, 2017, n. 1, online e cartaceo (in corso di pubblicazione); cfr. TAGLIONE, *Brevi considerazioni sull’ordinanza della Corte costituzionale n. 24/2017*, in questa *Rivista*, 2017, n. 1, online; DI FLORIO, *Sul rinvio pregiudiziale alla C.G.U.E. operato dalla Corte costituzionale: un commento “a caldo”*, *ivi*; CUPELLI, *La Corte Costituzionale ancora non decide sul caso Taricco, e rinvia la questione alla Corte di Giustizia*, in *Dir. pen. cont.*, 30 gennaio 2017.

Di contro, ove si recuperasse una nozione più pregnante e completa di “legalità”, come di qui a breve vorremmo rapidamente tratteggiare, si potrebbe comprendere come i profili della tassatività e della conoscibilità del precetto siano soltanto dei *corollari*, pur indispensabili ma collaterali, poiché essi vengono in rilievo “a valle” di ben più seri interrogativi circa il *soggetto* o *l'organo* che sia legittimato a legiferare in materia penale.

Un'altra sede pretoria in cui il principio di legalità è stato interpretato dalla giurisprudenza in modo quasi “minimalista” e riduttivo è la sentenza “Pennacchini”, con cui la Terza Sezione Penale della Corte di Cassazione ha applicato in Italia per la prima volta il *dictum* “Taricco”<sup>6</sup>.

In questo caso, la Corte Suprema ha persino sostenuto – fortunatamente in modo ancora isolato – che la prescrizione del reato non sarebbe un istituto facente parte integrante della materia penale e, dunque, essa non sarebbe soggetta al disposto dell'art. 25 Cost. Sostiene infatti il supremo consesso che, quand'anche dovessimo applicare retroattivamente la sentenza europea a fatti commessi in epoca antecedente alla sua emanazione, non violeremmo comunque il principio di legalità, poiché gli imputati verrebbero nondimeno puniti in relazione a reati che la legge, in vigore al tempo del fatto, *già* incriminava (“reati previsti dalle norme *allora già in vigore*”), e verrebbero sanzionati con pene *già previste* all'epoca del fatto (così si legge testualmente al § 17 della sentenza Pennacchini).

È evidente come un tale orientamento interpretativo sia idoneo a produrre conseguenze teoriche potenzialmente deleterie, in quanto capaci di disarticolare i più elementari canoni di garanzia posti a fondamento della materia penale.

Si sostiene, a tal riguardo, che le garanzie della penalità, prime fra tutti la riserva di legge e l'irretroattività, “coprano” solamente gli elementi essenziali della fattispecie incriminatrice, nonché il tipo e il *quantum* di sanzione; ogni altro istituto che, come la prescrizione, non incida *immediatamente* sul perimetro della fattispecie né sulla pena astrattamente applicabile, sarebbe un mero “contorno”, quasi uno “sfondo teatrale” che non godrebbe delle garanzie tipiche della legalità.

Se queste sono le principali direttrici di sviluppo odierne in tema di legalità, dalle quali derivano poi, sul piano prasseologico, orientamenti applicativi ben poco rassicuranti per il penalista contemporaneo, a questo punto pare dove-

---

<sup>6</sup> In merito a tale sentenza, ci permettiamo rinviare, fra tutti, a CIVELLO, *La prima attuazione della sentenza “Taricco” della C.G.U.E.: il principio di legalità nell'epoca del “minimalismo penale”*, in questa *Rivista*, 2016, n. 1, online; nonché BIN, *La prima sentenza “post Taricco” della Cassazione*, *ivi*.

roso porre nuovamente all'“ordine del giorno” un triplice interrogativo, che dovrà essere oggetto di future ricerche e che non potrò certo oggi sviscerare con il mio modesto contributo:

i) cosa sia la “*materia penale*”, vale a dire quali siano gli istituti “coperti” e investiti dalle garanzie tipiche della legalità (riserva di legge, irretroattività, tassatività e divieto di analogia);

ii) cosa sia la “*legge*” cui fa riferimento il concetto di “legalità penale”, e cioè quale sia la fonte normativa idonea a soddisfare i requisiti della legalità e della riserva di legge;

iii) quale sia la *ratio* fondamentale della legalità penale e, dunque, per quale motivo la materia penale sia soggetta a un tale rigoroso requisito che, viceversa, non vige in altri settori del sapere giuridico come, ad esempio, il diritto civile.

Con particolare riferimento a quest'ultimo interrogativo, pare utile segnalare che non si tratta di una questione di carattere esclusivamente filosofico o teorico-generale: infatti, a seconda di quale *ratio* noi rinveniamo a fondamento della legalità penale, quest'ultima finirà per risultare più o meno “malleabile” e per coprire o non coprire determinate aree dell'esperienza giuridica, come cercheremo di mostrare di qui a breve.

## 2. Cos'è la “materia penale”?

La prima domanda che ci siamo posti, vale a dire cosa sia la “materia penale” e quale sia il suo effettivo perimetro, sembra oggi acquisire paradossalmente un'importanza maggiore rispetto alla domanda su cosa sia quella “*legge*” cui fa riferimento la *legalità* penale; nei più recenti approdi interpretativi, infatti, il c.d. *dialogo fra le Corti* si è perlopiù prodigato nel manipolare non tanto il concetto di “legge” - di per sé rigido e poco malleabile -, quanto quello di “materia penale”, senza dubbio più duttile e flessibile.

Nella maggior parte dei casi, invero, il vincolo di legalità viene oggi tenuto fermo (nella forma) dalla giurisprudenza, essendo poi “aggirato” o neutralizzato nella sua sostanza: in tal modo, si conserva apparentemente stabile la nozione di “legge” ma, al contempo, si sottraggono all'“ombrello” della legalità alcuni concetti come, ad esempio, la prescrizione del reato o la confisca.

Accade così che, dopo avere espunto dalla *matière pénale* tali istituti, tanto agevole quanto pericoloso risulti traslare i medesimi all'interno di *altri* rami del sapere giuridico come, ad esempio, il diritto processuale o il diritto della pubblica sicurezza e della prevenzione, dotati di eterogenei e - in parte - meno rigorosi statuti normativi.

Ebbene, per tornare al titolo del nostro breve intervento, proprio lungo tale direttrice “culturale” e prasseologica la legalità diventa oggi, sempre più, un *inconveniente* da eludere, cioè un principio di civiltà cui, nelle forme, nessuno si dichiara disposto a rinunciare, ma che viene in gran parte svuotato nella propria essenziale portata, semplicemente dichiarando che un determinato istituto *esuli* dalla materia penale e, dunque, non soggiaccia al vincolo di legalità.

A fronte di tale prima deriva, pare necessario porre nuovamente in primo piano una definizione “integrale” della *matière pénale*, definizione che sia immune da queste discutibili amputazioni cui essa va incontro nel “dialogo fra Corti”.

Per tali motivi, va oggi ribadito con forza concettuale e vigore argomentativo che la nostra materia penale è destinata, per sua stessa natura, a ricomprendere *non solo* – come abbiamo visto in alcune recenti e discutibili sentenze – il fatto tipico e la sanzione, *ma anche* tutto quel corredo di norme le quali regolano e disciplinano il reato come entità giuridica, la sua imputazione alla persona, nonché la sua punibilità: la materia penale ricomprende, dunque, tutti e tre i rami storici della criminalistica, vale a dire la *teoria del reo* (ad esempio, la colpevolezza e l'imputabilità che non attengono al fatto di reato), la *teoria del reato* in ogni sua sfaccettatura oggettiva e soggettiva, e la *teoria della pena*, senza esclusione alcuna. Per ricorrere ad un espediente retorico, potremmo dire che la materia penale, *e dunque il principio di legalità*, “copre” tutti quegli argomenti e quegli istituti che, nelle nostre aule universitarie, vengono insegnati sotto la tradizionale insegna del Diritto penale, parte generale e parte speciale.

Per effetto di ciò, godono invero delle garanzie della penalità anche quei concetti che, pur non essendo *immediatamente* richiamati dalla fattispecie incriminatrice di parte speciale, concorrono a disciplinarne l'integrazione, la modificazione o l'estinzione: si pensi, *exempli gratia*, alle norme sull'imputabilità, alle forme di manifestazione del reato (tentativo, concorso di persone, etc.), agli elementi accidentali del reato (aggravanti, attenuanti e loro bilanciamento), alle forme di imputazione soggettiva del fatto illecito (dolo, colpa, preterintenzione), alle condizioni obiettive di punibilità, ai criteri di commisurazione discrezionale della pena, nonché a tutti quegli istituti che, in qualche modo, incidano sulla punibilità del reato nell'*an*, nel *quantum* e nel *quomodo*.

Per formulare un esempio specifico, la sospensione condizionale della pena, pur non essendo un “frammento” del fatto tipico e pur non incidendo sulla pena edittale, fa parte – *e a pieno diritto!* – della materia penale; pertanto, sulla sospensione condizionale della pena potrà legiferare solo il Parlamento

(o, entro certi limiti, il Governo con i decreti delegati: v. *infra*), e dovrà farlo in modo tassativo e non retroattivo.

Ed ancora: veniamo al tema della prescrizione del reato, che è probabilmente il fronte giuridico – insieme alla confisca – in cui la legalità penale viene oggi sottoposta alle più gravi torsioni e distorsioni, venendo vista sempre più come un “inconveniente” da aggirare per presunte preminenti ragioni di politica criminale (come la lotta alla criminalità organizzata e l’aggressione ai patrimoni di fonte sospetta). Se la prescrizione viene intesa, come è, quale causa di estinzione del *reato*, non v’è ragione perché essa sia estromessa dai confini della materia penale: già solo dal punto di vista meramente logico-giuridico, infatti, l’estinzione di quell’entità chiamata “reato” deve seguire i medesimi percorsi giuridici che regolano la nascita e l’istituzione del reato medesimo. Per usare un’icastica metafora, *la “morte” del reato non è altro che l’altra faccia della “vita”, del “venire in vita” del reato*: e così come l’incriminazione di un fatto delittuoso transita necessariamente attraverso la legge (penale), parimenti la stessa legge è chiamata a disciplinarne anche la perenzione e la sua eclissi dal quadrante dell’ordinamento giuridico.

Ma anche a volere relegare la prescrizione a un “semplice” problema di pena e di punibilità – non si comprende come, visto che, secondo il nostro Codice, la prescrizione ex art. 157 c.p. estingue il *reato* e non già la pena – tale istituto dovrà comunque ricondursi a pieno titolo all’interno della materia penale e delle sue garanzie fondamentali. L’art. 25 Cost., infatti, e in maniera ancor più chiara il nostro art. 1 c.p., sottopone al vincolo di legalità non solo il reato, *ma anche la pena*; tant’è che l’art. 199 c.p. prevede una deroga al principio di irretroattività – *ma non già una deroga al principio di legalità!* – per le *sole* misure di sicurezza. Quindi, anche a voler seguire tale percorso argomentativo, si dovrebbe comunque giungere a collocare la prescrizione del reato, *pleno jure*, all’interno della materia penale.

Altro problema assai annoso, come si accennava, è quello della confisca, che può assumere, secondo i casi, la forma di misura di sicurezza, misura di prevenzione – criticatissima, e non a torto –, o addirittura di vera e propria pena di natura patrimoniale (pensiamo, ad es., alla confisca per equivalente): di questo tema non potremo qui occuparci, ma è evidente che il “gioco” di collocare la confisca all’interno di uno di questi tre “contenitori concettuali” (pena, misura di sicurezza, misura di prevenzione) rappresenta uno scivoloso crinale in cui la legalità può essere trasformata, per l’appunto, in un “inconveniente” da rimuovere.

Come pocanzi si diceva, l’unico modo per fronteggiare tali derive interpretative e applicative sembra oggi il ribadire con forza che la legalità “copre” non

solo il fatto tipico e il *quantum* di sanzione, ma ogni altro istituto che concorra, in maniera diretta o indiretta, a scolpire i regimi normativi di costituzione, modificazione ed estinzione dell'illecito penale.

La *ratio*, infatti, pare la medesima: la ragione politica fondamentale che ha portato gli ordinamenti giuridici continentali a scolpire e tutelare il principio di legalità penale vale *sia* per gli elementi essenziali del reato e della pena, *sia* per tutta la normativa di corredo che regola e governa la nascita, l'evoluzione e la estinzione di un reato.

Oltre a ciò, v'è poi un altro "fronte aperto" che riguarda, oggi, la modulazione e rimodulazione del "perimetro" della materia penale e del principio di legalità.

L'art. 7 C.E.D.U. e l'art. 49 della Carta di Nizza, infatti, contengono un secondo comma che il nostro art. 25 Cost. non contempla affatto, e che così statuisce: "*Il presente articolo non ostacolerà il giudizio e la condanna di una persona colpevole di una azione o di una omissione che, al momento in cui è stata commessa, costituiva un crimine secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili*".

Ad una prima lettura, mentre il nostro ordinamento reputa il principio di legalità come un valore inderogabile e intransigibile, sembra invece che le fonti convenzionali europee ammettano una possibile deroga allo stesso, seppure apparentemente eccezionale, consentendo che un determinato comportamento, pur non costituendo reato secondo la legge statale vigente al momento del fatto, integri *aliunde* "un crimine secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili".

Il dato che desta immediata perplessità - e le presenti considerazioni mi sono state sollecitate da un prezioso scambio di idee generosamente concessomi dal prof. Marcello Gallo - è non solo che la fonte europea ammetta casi in cui il principio di legalità risulta in qualche modo "sospeso" o neutralizzato - cosa che già di per sé pare profondamente criticabile, poiché rappresenta quasi un "tarlo" capace di svuotare, *dal di dentro*, la stessa legalità penale -, ma che tale sospensione non ricorra per i soli c.d. "delitti contro l'umanità" (come ad es. il genocidio) ma, più genericamente, per le condotte che siano contrarie ai "principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili".

Ciò pare costituire un'ulteriore "falla" della legalità penale, ove in futuro la giurisprudenza volesse nuovamente fare ricorso - come già avvenuto negli storici processi per i crimini contro l'umanità - a tale "valvola residuale", al fine di sottrarre alle garanzie della legalità penale nuove forme di illecito, repute come contrarie ai "principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili".

E allora, per dipingere uno scenario per nulla irrealistico e, anzi, futuribile, anche la nuova disposizione incriminatrice in tema di tortura - recentemente introdotta agli artt. 613-*bis*, 613-*ter* c.p. - potrebbe, per assurdo, retroagire a fatti pregressi, in quanto... le nazioni civili ormai da svariati decenni ricusano l'uso della tortura! Ma anche la norma sulle mutilazioni genitali femminili (art. 583-*bis* c.p.) potrebbe, a questo punto, retroagire, poiché le nazioni civili - e la C.E.D.U. ha cura di sceverare le nazioni civili da quelle "incivili" - da tempo condannano fermamente e a voce unanime tali pratiche.

Come è evidente, pertanto, la clausola dell'art. 7, co. 2, C.E.D.U. è potenzialmente foriera di conseguenze interpretative e applicative relevantissime, e si pone in qualche modo sulla scia della "legalità come inconveniente", e cioè come vincolo al quale l'ordinamento stesso intenda porre, per primo, rilevanti deroghe ed eccezioni.

### 3. Cos'è la "legge penale"?

Una volta individuato il perimetro della "materia penale", si tratta ora di interrogarsi circa la nozione di "legge penale", chiedendosi *quale sia* la fonte normativa che soddisfi il requisito della riserva di legge; qui, invero, la questione si fa ancor più intricata, già solo comparando la legalità siccome scolpita dalla nostra Costituzione e la c.d. "legalità europea".

Il nostro art. 25 Cost., infatti, stabilisce che "*Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso*".

L'art. 7 C.E.D.U., invece, con formulazione del tutto simile all'art. 49 della Carta di Nizza del 2000, stabilisce: "*Nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale*".

Dalla semplice comparazione letterale fra le due disposizioni emerge subito un dato di particolare rilevanza: mentre la nostra Costituzione richiede, ai fini della responsabilità penale, che il fatto sia previsto come tale in forza di una legge anteriore al fatto, le fonti europee sembrano, sul punto, più "lasche" e permissive, poiché per esse è sufficiente che il reato sia istituito e incriminato in forza del "*diritto interno o internazionale*".

Chiaramente la nozione di "legge" è ben più ristretta e limitata rispetto a quella di "diritto"; inoltre, mentre per "legge" deve intendersi ovviamente quella *italiana*, l'art. 7 della C.E.D.U. apre il novero delle fonti penali anche al diritto internazionale, che come sappiamo ha a sua volta, tra le proprie fonti, anche la consuetudine. Proprio a tal riguardo, nella nozione di "diritto interno o internazionale" potrebbero anche rientrare le sentenze delle corti, le quali in

tal modo, stando all'art. 7 della C.E.D.U., vanterebbero il crisma della legalità penale.

Sembra, dunque, che il nostro art. 25 Cost. contempra una nozione di legalità e di riserva di legge *più rigorosa* e, per così dire, più “garantistica” rispetto alla fonte convenzionale europea: in tale prospettiva, va ribadito, la riserva di legge “italiana” è anzitutto un freno all’incursione, nella materia penale, di fonti non legislative come le sentenze dei giudici o la consuetudine.

Ma all’interno del *genus* “legge in senso lato”, la legalità penale del nostro Paese enuclea un’area ancora più ristretta, poiché esige che la materia penale venga disciplinata dalle fonti *statali* di rango *primario* e sovra-primario, con esclusione delle fonti di carattere sub-primario come, ad esempio, i regolamenti, o comunque delle fonti non statali come quelle regionali o comunitarie.

La ragione di ciò è evidente: solo la legge del Parlamento è espressione della volontà politica di un organo istituzionalmente legittimato, cioè l’assemblea popolare elettiva; inoltre, l’iter di approvazione di una legge parlamentare dà garanzie di trasparenza e pubblicità che altre fonti, invece, non sono in grado di assicurare. Facciamo qui riferimento non soltanto ai regolamenti, ovviamente estranei al perimetro della legalità penale, ma anche – sebbene sul punto esista un dibattito non ancora sanato<sup>7</sup> – ai decreti legislativi e ai decreti legge.

Quanto ai decreti legislativi, è pur vero che gli stessi possono essere emanati dal Governo solo a fronte di specifica legge di delegazione, “con determinazione di principi e criteri direttivi e soltanto per tempo limitato e per oggetti

---

<sup>7</sup> La dottrina maggioritaria ammette che i decreti legislativi e i decreti-legge, emanati dal Governo ai sensi degli artt. 76 e 77 Cost., possano essere fonte di diritto penale, in quanto hanno espressamente «valore di legge ordinaria». Così tra tutti M. GALLO, *Diritto penale italiano*, Torino, 2014, I, 49 ss.; PAGLIARO, *Principi di diritto penale, p. gen.*, VIII ed., Milano, 2003, 41 s.; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, III ed., Milano, 2004, I, 34; in senso difforme, CARBONI, *L'inosservanza dei provvedimenti dell'autorità*, Milano, 1970, 250 ss.; BRICOLA, voce «Teoria generale del reato», in *Novissimo digesto italiano*, 1974, 40; VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano*, I, *Concetto, fonti, validità, interpretazione*, II ed., Padova, 2009, I, 128 ss.; MARINUCCI e DOLCINI, *Manuale di diritto penale, p. gen.*, IV ed., Milano, 2014, 33 ss.; DOLCINI, *Principi costituzionali e diritto penale alle soglie del nuovo millennio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 12 ss., che negano il carattere di fonte penale sia al decreto legislativo sia al decreto-legge. Nello stesso senso, contro la possibilità che la riforma del codice penale sia compiuta con lo strumento della delega parlamentare al Governo, cfr. MARINUCCI e DOLCINI, *Note sul metodo della codificazione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 385, in specie 416; di recente, autorevolmente, CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge in diritto penale*, Napoli, 2012, *passim*; ID., *Il problema della legalità penale. Segnali in controtendenza sulla crisi della riserva di legge*, in *Giur. cost.*, 2015, 181 ss.; ID., *La legalità delegata. Spunti su riserva di legge e delega legislativa nelle tendenze attuali del diritto penale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, a cura di Dolcini, Paliero, Milano, 2006, 693 ss.

definiti” (art. 76 Cost.); nondimeno, non è chi non veda come, specie nella prassi costituzionale degli ultimi decenni, le leggi-delega in materia penale abbiano assegnato all’organo esecutivo dello Stato poteri decisionali eccessivamente ampi e indeterminati.

A ciò si aggiunga che la legislazione delegata pare addirsi, più che altro, a quelle materie in cui la minuziosità e “capillarità” della disciplina renda eccessivamente complesso, o persino impossibile, il ricorso alla legiferazione assembleare, specie qualora l’oggetto della legge involga conoscenze o competenze altamente specialistiche; viceversa, la disciplina penale pare nascere, per propria stessa natura, come intrinsecamente semplice, frammentaria e “sintetica”, non addicendole un tipo di normazione eccessivamente capillare e analitica.

Infine, come correttamente osservato da recente autorevole Dottrina – da ultimo il Cupelli nelle opere già citate in nota –, il ricorso ai decreti legislativi nella materia penale sembra andare incontro ad una paradossale aporia: ove la legge delega si ponga in termini di stretta coerenza con l’art. 76 Cost. e, dunque, devolva al Governo “criteri guida” puntuali e stringenti, a questo punto il margine di discrezionalità in capo al legislatore delegato si assottiglierà a tal punto da rendere pressoché inutile, se non controproducente, il ricorso al decreto legislativo; viceversa, come già si diceva, ove la legge delega si presenti generica e vaga, il margine di “manovra” in capo al Governo diverrà talmente ampio da tradire il portato garantistico della riserva di legge ex art. 25 Cost.

Quanto ai decreti-legge, è stato da più parti osservato come sussista – salvo rarissime eccezioni – una ontologica incompatibilità fra le ragioni di *straordinaria necessità e urgenza* di cui all’art. 77 Cost. e i caratteri strutturali della materia penale, quest’ultima richiedendo di essere disciplinata mediante determinazioni politiche ben meditate e ponderate, stanti le gravissime conseguenze che la sanzione penale determina a carico della libertà, dell’onore e del patrimonio dei cittadini. Inoltre, il fatto che il decreto-legge, pur dove non venga convertito dal Parlamento, sia comunque idoneo a determinare effetti irreversibili all’interno dell’ordinamento pare, di per sé, un ulteriore argomento che sconsiglia l’uso di tale strumento normativo nella disciplina del reato<sup>8</sup>.

Per tali ragioni, al di là della legge ordinaria, la materia penale non dovrebbe in alcun modo essere intaccata o manipolata da altre fonti normative, e tantomeno da “fonti giurisprudenziali”, le quali risultano intrinsecamente prive

---

<sup>8</sup> Cfr., fra tutti, RONCO, CARUSO, *Il principio di legalità*, cit., § 3.2.

non solo della necessaria legittimazione istituzionale, ma anche di quei requisiti di generalità e astrattezza che solo le fonti legali possono soddisfare.

Quanto sin qui detto sulla riserva di legge penale potrebbe apparire ovvio e scontato, ma credo debba essere oggi ribadito con forza, poiché nel dialogo fra Corti sta sempre più affiorando il messaggio “culturale” per il quale anche le sentenze dei giudici – *a condizione, beninteso, che siano chiare, precise e determinate!* – possano incidere sul contenuto della disciplina penale; e il caso “Taricco” ne è l’emblema.

Anche l’ordinanza con cui la nostra Consulta ha rimesso gli atti ai giudici del Lussemburgo sembra prestare il fianco a tale critica, in quanto – come già dicevamo – essa pare limitare la legalità a un problema di conoscibilità del precetto e di tassatività del medesimo, così mettendo tra parentesi il ben più radicale e *previo* problema della riserva di legge.

#### 4. Quale è la *ratio* fondamentale della legalità?

Oggi si ritiene comunemente che la legalità sia, anzitutto, una garanzia per il cittadino e per l’imputato; ma non è sempre stato così.

A seguito della rivoluzione francese e del rovesciamento violento degli antichi regimi, i teorizzatori della legalità penale, primo fra tutti Paul Johann Anselm von Feuerbach (1775-1833), concepivano il vincolo di legalità non tanto come una garanzia per i cittadini, quanto come antidoto per neutralizzare le incertezze e frammentazioni normative che caratterizzavano i previgenti sistemi politici<sup>9</sup>.

A tal proposito, ad un ordinamento c.d. “multilivello” o reticolare, caratterizzato dall’intrecciarsi di più fonti, spirituali e temporali, positive e consuetudinarie, centrali e periferiche, gli illuministi francesi e tedeschi preferirono un sistema univoco e mono-livello, in cui la potestà punitiva spettasse solo ed esclusivamente al potere centrale: ma ciò nacque, giova ripeterlo, non tanto come garanzia per il cittadino, quanto quale conferma o riconferma della supremazia dello Stato. Disse, sul punto, il Feuerbach nella sua *Revision*: “La legge comanda la pena contro colui che osa violarla: e *la legge è sacra, fintanto che è legge*. Il giudice è suo servitore, e soltanto e intanto è degno di questo nome, fin quando la segue strettamente”<sup>10</sup>.

Pare evidente che, così intesa – ma, sul punto, il nostro Beccaria non fu del tutto allineato all’approccio feuerbachiano e la scuola italiana non cadde pres-

<sup>9</sup> RONCO, *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell’ordinamento vigente*, Torino, 1979, 97 ss.

<sup>10</sup> P.J.A. von FEUERBACH, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, Einleitung, Erster Theil*, Erfurt, 1799, XXV-XXVI.

soché mai in questa forma di estremismo ideologico -, la legalità penale rappresenta una sorta di “idolatria della legge”, e per l’effetto risulta ampiamente permeabile a istanze o ragioni di “potere” astrattamente suscettibili di essere manipolate per motivi che trascendono ampiamente le garanzie del cittadino<sup>11</sup>.

Ad esempio, la tassatività e il divieto di retroattività, primi corollari della legalità, non derivano in modo univoco e imprescindibile da una tale concezione della legalità stessa: se il *nullum crimen* fosse inteso solo come la riconferma della supremazia dello Stato rispetto ai cittadini e ai corpi intermedi, finalizzata come tale a impedire che fonti “non pubbliche” o comunque “non centralizzate” istituiscano forme non statuali di responsabilità penale, a questo punto lo Stato potrebbe comunque astrattamente introdurre precetti penali anche generici e indeterminati, e persino retroattivi; l’introduzione di tali precetti, infatti, contrasterebbe solo con le ragioni di *garanzia* della legalità, mentre non si porrebbe in termini di insanabile contrasto logico rispetto alla legalità come “centralizzazione” del presidio penale.

Di contro, negli attuali ordinamenti di matrice “personalista” (frutto, specie in Italia e in Germania, della ben nota reazione alle esperienze politiche autoritarie della prima metà del ’900), a differenza che negli ordinamenti pensati dall’illuminista Feuerbach, la legalità nasce *prima di tutto* come garanzia del cittadino rispetto agli arbitrii del potere esecutivo e dell’ordine giudiziario e, ancor più a monte, come strumento di stabilità e certezza del diritto e dell’ordinamento giuridico nel suo complesso.

Il tema è assolutamente classico ed era stato perfettamente espresso dalla stessa filosofia aristotelico-tomistica: il bene comune e il bene del singolo non sono due entità contrapposte, che si fronteggino con ostilità e che debbano essere *manu militari* conciliate, come pensò la scienza politica moderna da Marsilio da Padova, a Machiavelli a Kelsen. Bene comune e bene del cittadino sono due facce della stessa medaglia, così che se l’una è conculcata, anche l’altra ne risulta sfregiata: se si perseguono solo le finalità del soggetto “collettivo”, si tradisce la natura stessa della comunità, la quale sorge - per l’appunto - per il perfezionamento dell’uomo, anche e anzitutto *uti singulus*; se si esasperano, di converso, le ragioni dell’individuo come monade *ab-soluta*, si creano i prodromi per la disgregazione della comunità politica e, dunque, paradossalmente per lo smantellamento di quelle pre-condizioni che erano risultate necessarie al mantenimento dell’individuo stesso.

---

<sup>11</sup> RONCO, *Il principio di tipicità*, cit., 104 ss.

È per tale motivo che sento di condividere *in toto* quanto espresso dal mio Maestro, Mauro Ronco, in un recente scritto sulla legalità: «ravvisai [le ragioni della legalità] non tanto nella garanzia offerta al cittadino dalla divisione dei poteri dello Stato, quanto soprattutto nell'istanza di razionalità e di uguaglianza che fanno di un provvedimento legislativo una «vera» legge e non un semplice comando presidiato dalla forza»<sup>12</sup>.

In altri termini, la legalità penale non è solo la riconferma della sovranità della *res publica* rispetto alle istanze disgregatrici latenti al corpo sociale, ma è, ancor prima, quel “luogo giuridico” in cui il comando del sovrano si solleva dal piano della forza materiale - o, per usare un'espressione più forte, dal piano della violenza fisica - e si eleva ai ranghi della razionalità e della parità proporzionale tra i cittadini.

È in tale ottica che emerge l'intuizione folgorante di Tiberio Deciani, umanista e giurista del 1500, il quale, ben due secoli prima di Feuerbach e dell'Illuminismo - e dunque, per inciso, in pieno *Ancien Régime* - aveva già precisato che la legge, e solo la legge, è la causa formale del reato, cioè la sua essenza, ciò che fa sì che un fatto sia reato e non sia “altro” dal reato («*.../ cum ante legem et si esset forte actus illicitus non tamen formam habebat delicti*»<sup>13</sup>).

Senza la legge e le garanzie della legalità, i comportamenti umani non possono essere sanzionati con la pena, poiché *solo la legge dà loro forma*, conferisce loro la forma del delitto.

E allora, come non ricordare le importanti clausole costituzionali che regolano l'attività giurisdizionale, e cioè il principio per cui il giudice è *soggetto* soltanto *alla legge* (art. 101, co. 2, Cost.) e pronunzia le proprie sentenze non in nome proprio, bensì *in nome del popolo sovrano* (art. 101, co. 1, Cost.): si tratta di formule normative in qualche modo altisonanti, talvolta oggetto di interpretazioni distorte e retoriche - specie da parte di chi ritiene che il richiamo alla Costituzione rappresenti *ex se* la chiave per la soluzione dei più intricati problemi del diritto -, ma che hanno un fondamento razionale irrefutabile.

La legge *istituisce* i reati (art. 25 Cost.) e, dopo di ciò, sempre e solo la legge deve guidare l'amministrazione della giustizia penale, affinché la pena irrogata al colpevole non sia motivo di scandalo - lo scandalo dell'uomo che “mette

<sup>12</sup> RONCO, *Introduzione*, in KOSTORIS (a cura di), *Percorsi giuridici della postmodernità*, Padova, 2017.

<sup>13</sup> DECIANI, *Tractatus criminalis*, Venetiis, 1590, *Tomus I, Liber I, Cap. II*, 19. Come noto, la causa formale, per la filosofia aristotelico-tomistica, è quel “fattore” che, ad esempio, fa sì che un blocco di marmo grezzo *sia* una statua: senza la forma, la materia (il marmo) rimane allo stato bruto e non presenta in sé l'essenza della *res* compiuta (la statua).

mano” sul corpo o sulla proprietà di altro uomo -, ma assuma e concentri in sé tutta la benigna positività che contraddistingue, più in generale, l’ordinamento giuridico come strumento pratico per la conservazione e il perfezionamento della comunità politica.

Da tale punto di vista, per concludere, la legalità penale non è un problema specialistico e settoriale, destinato ad un’autoreferenziale indagine da parte dei soli penalisti, ma è quel “luogo” in cui convergono le più cruciali questioni dell’esperienza giuridica, tra le quali la *ratio* fondativa dell’ordinamento (*perché esiste l’ordinamento giuridico, piuttosto che il disordine o l’anarchia?*) e la *ratio* giustificativa dell’ordinamento medesimo (*cosa è “legge”?* *Chi è legittimato a imporre un comando agli uomini?* *Quali criteri e quali limiti contraddistinguono l’attività di chi crea il diritto?*).

Proprio questi interrogativi, seppur espressi con parole diverse, erano ben presenti alla mente del Carrara, il quale così definì il delitto, vale a dire «la infrazione della legge dello Stato promulgata per proteggere la sicurezza dei cittadini, risultante da un atto esterno dell’uomo, positivo o negativo, moralmente imputabile»<sup>14</sup>. Il delitto, dunque, è anzitutto “infrazione della legge dello Stato” e, sul punto, l’insigne criminalista toscano soggiunse con estrema saggezza: «*La nostra definizione guarda nel delitto la sua ultima condizione, cioè il divieto della legge della città. [...] Senza la legge che vieti, sarà sempre ingiusto ravvisare un delitto civile in un’azione, per quanto prava e nociva, e per quanto meritevole [secondo] l’ordine naturale giuridico di essere elevata a delitto*».

---

<sup>14</sup> CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale - Parte generale*, V ed., Lucca, 1877, § 21, 48.