

I. TEORIA GENERALE

IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ *

SOMMARIO: 1. Il principio di legalità. – 1.1. Il principio di legalità nel diritto vigente. – 1.2. Fondamento del principio di legalità. – 1.3. Sviluppo storico del principio di legalità. – 1.4. La crisi attuale del principio di legalità. – 2. Principio di legalità e diritto europeo. – 2.1. Generalità. – 2.2. Il Trattato di Lisbona: gli aspetti penali. – 2.3. Fonti di diritto internazionale. – 2.4. Rapporti tra diritto comunitario e legge penale. – 3. Principio di legalità e riserva di legge statale. – 3.1. Riserva di legge e legge regionale. – 3.2. Riserva di legge *versus* decreti legislativi e decreti legge. – 3.3. Riserva di legge e decreti governativi in tempo di guerra. – 3.4. Riserva di legge statale e atti del potere esecutivo. – 3.5. Riserva di legge statale e provvedimenti concreti del potere esecutivo. – 3.6. Postilla sulle norme penali in bianco. – 3.7. Il rapporto tra legge e atti del potere esecutivo nella giurisprudenza costituzionale. – 3.8. Riserva di legge e consuetudine. – 3.9. Riserva di legge e sentenze della Corte costituzionale. – 4. Principio di legalità e garanzia sostanziale. – 4.1. Il principio di precisione descrittiva e di pregnanza del fatto. – 4.2. Tecniche di formulazione delle norme penali. – 4.3. Adeguatezza e proporzione della pena rispetto al tipo di fatto. – 4.4. Il principio di legalità/tipicità delle pene e le prescrizioni atipiche. – 4.5. Il principio di tassatività come divieto di analogia *in malam partem*: A) il principio di tassatività come vincolo per il giudice; B) il principio di tassatività come vincolo per il legislatore. – 4.6. L'analogia a favore del reo. – 5. Principio di legalità e successione di leggi penali nel tempo: cenni e rinvio. – 6. Il principio «*in dubio pro reo*».

1. Il principio di legalità.

1.1. Il principio di legalità nel diritto vigente.

Per il principio di legalità, contemplato all'art. 25, 2° co., Cost. e all'art. 1 c.p., la norma penale è legittima soltanto quando il suo oggetto sia stabilito da una legge precisa e determinata. Dato il carattere rigido della Costituzione, esso vincola non soltanto il giudice, ma anche il legislatore, il quale non può spogliarsi del potere di produzione normativa in materia penale. Il principio di legalità è affermato, oltre che per il precetto e la pena, anche per le misure di sicurezza, che non possono essere applicate «se non nei casi previsti dalla legge» (art. 25, 3° co., Cost., che ribadisce il contenuto dell'art. 199 c.p.). Il principio implica che le singole regole di condotta, nonché le sanzioni contemplate in caso di loro violazione, siano specificate dalla fonte legislativa, con caratteri di generalità e astrattezza, anteriormente alla realizzazione del fatto. Il precetto e la relativa sanzione

* Il testo è tratto da *Il principio di legalità*, in *Commentario sistematico al codice penale*, vol. I, *La legge penale*, Zanichelli, Bologna, 2010, 1-132 ed aggiornato fino a marzo 2017.

debbono essere conoscibili dai destinatari grazie a una pubblicità adeguata (art. 73, 3° co., Cost.). Inoltre l'espressione linguistica che li prevede deve essere precisa ed esente da intrinseci vizi logici.

Il principio di legalità assume, in relazione agli articolati aspetti di garanzia che ne costituiscono la *ratio*, quattro dimensioni distinte: anzitutto si presenta come riserva di legge, che descrive il monopolio del Parlamento nazionale sulla normazione penale; in secondo luogo, come irretroattività della norma penale più sfavorevole all'autore; in terzo luogo, come precisione e pregnanza del precetto e della sanzione (determinatezza), sotto il duplice profilo della precisa individuazione di tutti gli elementi costitutivi e della corrispondenza tra il fatto tipico e una esperienza di vita concretamente verificabile; in quarto luogo, come tassatività, sotto il duplice profilo del divieto per il giudice di estendere analogicamente il precetto e la sanzione prevista dalla legge e dell'obbligo per il legislatore di evitare clausole che facoltizzino l'analogia¹.

La Carta fondamentale, peraltro, sottopone l'intero ordinamento penale al rigoroso rispetto del principio di legalità allo scopo di garantire i diritti fondamentali, riconosciuti all'art. 2 Cost., nel rispetto del principio di uguaglianza (art. 3, 1° co., Cost.) e dell'inviolabilità della libertà personale, limitabile «nei soli casi e modi previsti dalla legge», in virtù di un «atto motivato dell'autorità giudiziaria» (art. 13, 1° e 2° co., Cost.)².

Il principio di legalità si distende dal diritto sostanziale al processo penale, ove l'osservanza della regola fissata per legge costituisce il cardine del processo, dalla preconstitu-

¹ La delimitazione dei vari aspetti di garanzia inerenti alla legalità è stata oggetto di particolari approfondimenti nella dottrina italiana a partire dalle opere di M. GALLO, *La legge penale. Appunti di diritto penale*, Torino, 1965, 10 ss., ora in edizione rivista e accresciuta, *Appunti di diritto penale*, I, *La legge penale*, Torino, 1999, 35 ss.; F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1965, *passim* e in particolare 277 ss.; M. SINISCALCO, *Giustizia penale e Costituzione*, Torino, 1966, 40 ss.; A. PAGLIARO, *Principio di legalità e indeterminatezza della legge penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969, 694 ss.; ID., *Riserva di legge, elementi normativi e questioni pregiudiziali*, in *Il Tommaso Natale*, 1977 (*Studi Bellavista*), 374 ss. e M. SPASARI, *Diritto penale e Costituzione*, Milano, 1968, 1 ss. Per una visione di insieme dei vari aspetti relativi al principio di legalità cfr. in dottrina le voci enciclopediche di F. BRICOLA, *Rapporti civili*, in *Comm. della Cost. Branca*, sub art. 25, 2° e 3° comma, Bologna-Roma, 1981, 227; ID., voce *Teoria generale*, in *Novissimo Dig.*, XIX, Torino, 1973, 5; G. MARINI, voce *Nullum crimen, nulla poena sine lege (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 1950; F.C. PALAZZO, voce *Legge penale*, in *Dig. pen.*, VII, Torino, 1993, 338; M. TRAPANI, voce *Legge penale*, I, *Fonti*, in *Enc. Giur.*, XVIII, Roma, 1990; G. VASSALLI, voce *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig. pen.*, VIII, 1994, 278; ID., voce *Tipicità (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, 535 ss.; ID., voce *Nullum crimen sine lege*, in *Novissimo Dig.*, App., V, Torino, 1984, 292 ss.; ID., voce *Nullum crimen sine lege*, in *Novissimo Dig.*, XI, Torino, 1965, 493. Nella trattatistica cfr. per tutti M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, 3ª ed., Milano, 2004, 30 ss.; I. CARACCIOLI, *Manuale di diritto penale, p. gen.*, II ed., Padova, 2005, 11 ss.; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale, p. gen.*, 7ª ed., Bologna, 2014, 47 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale, p. gen.*, VI ed., agg., Padova, 2016, 3 ss.; G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale, p. gen.*, V ed., Milano, 2015, 31 ss.; G. MARINI, *Lineamenti del sistema penale*, Torino, 1993, 37 ss.; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, p. gen.*, VIII ed., Milano, 2003, 35 ss.; S. VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano*, I, *Concetto, fonti, validità, interpretazione*, II ed., Padova, 2009, 83 ss.

² Sul rapporto tra individuo e autorità nell'impianto costituzionale cfr. per tutti G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1976, *passim* e, in particolare, 301 ss. Sulla garanzia costituzionale della libertà personale cfr. in particolare ID., sub art. 13, in G. AMATO-A. PACE-F. FINOCCHIARO, *Rapporti civili*, in *Comm. della Cost. Branca*, Bologna-Roma, 1977, 1; M. PISANI, *Libertà personale e processo*, Padova, 1974, *passim*.

zione per legge del giudice naturale (art. 25, 2° co., Cost.) all'attuazione della giurisdizione «mediante il giusto processo regolato dalla legge» (art. 111, 1° co., Cost.), al vincolo per cui i giudici «sono soggetti soltanto alla legge» (art. 101, 2° co.), alla ricorribilità per Cassazione delle sentenze e dei provvedimenti sulla libertà personale «per violazione di legge» (art. 111, 7° co.), alla sottoposizione del Pubblico Ministero alla legge, cui è vincolato nel far valere la pretesa punitiva, senza alcuna discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale (art. 112)³.

Il principio di legalità è statuito all'art. 7 della Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, sottoscritta a Roma nell'ambito del Consiglio d'Europa il 4 novembre 1950. La Convenzione, entrata in vigore il 26 ottobre 1955 (l. 4 agosto 1955, n. 848), prevede, sotto la rubrica: «*Pas de peine sans loi*» ovvero «*No punishment without law*», che nessuno possa essere condannato per un'azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva infrazione secondo il diritto nazionale o internazionale, né che ad alcuno possa essere inflitta una pena più grave di quella vigente al momento del fatto. È ammesso a favore della persona fisica, contro la violazione del principio di legalità, il rimedio giurisdizionale alla Corte europea dei diritti dell'uomo con sede in Strasburgo (artt. 10 ss. Conv.)⁴. L'art. 15 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, adottato a New York il 16 dicembre 1966 dall'Assemblea delle Nazioni Unite, ed entrato in vigore il 15 dicembre 1978 (l. 25 ottobre 1977, n. 881) statuisce anch'esso il principio di legalità, affermando che nessuno può essere punito per azioni od omissioni non costituenti reato secondo il diritto nazionale o internazionale al momento in cui sono state commesse, né con pena più grave di quella prevista al momento del fatto. Il principio di legalità è affermato altresì agli artt. 22, 23 e 24 dello Statuto istitutivo della Corte penale internazionale, adottato dalla Conferenza delle Nazioni Unite il 17 luglio 1998 e ratificato dall'Italia con l. 12 luglio 1999, n. 232⁵. Infine, il Trattato di Lisbona, sottoscritto il 13 dicembre 2007, sostituendo l'art. 6 del Trattato sull'Unione europea, ha espressamente previsto l'adesione dell'Europa alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo⁶ e ha riconosciuto lo stesso valore giuridico

³ Sulla legalità nel processo cfr. per tutti M. CHIAVARIO, voce *Norma (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 439 ss.

⁴ Cfr. per tutti, A. BERNARDI, sub *art. 7*, in S. BARTOLE et al., *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, 258 ss.; O. DI GIOVINE, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, IV, Napoli, 2011, 2269 ss. In ordine al rango delle norme convenzionali, a seguito della ratifica per l. 4 agosto 1955, n. 848, cfr. per tutti M. CHIAVARIO, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1969, 36 ss., che esprime una opinione orientata a escludere il rango costituzionale delle relative norme, criticando la mancata adozione del procedimento della «costituzionalizzazione», 50.

⁵ Cfr. per tutti M. CATENACCI, «*Legalità*» e «*tipicità*» del reato nello Statuto della Corte penale internazionale, Milano, 2003, secondo cui gli artt. 21, 22 e 24 dello Statuto ripropongono una nozione di tipicità in linea con quella maturata negli Stati sotto la vigenza del *nullum crimen sine lege*, se pur con gli adattamenti necessari ad armonizzarla alla realtà dell'ordinamento internazionale, in particolare 153 ss.; C. ESPOSITO, *Il principio di legalità*, in G. LATTANZI-V. MONETTI (a cura di), *La Corte penale internazionale*, Milano, 2006, 219 ss.

⁶ Sull'adesione dell'Unione Europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo cfr. per tutti: S. CATALANO, *Trattato di Lisbona e adesione alla CEDU: brevi riflessioni sulle problematiche interne e comunitarie*, in P. BILANCIA-M. D'AMICO, *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, 2009, 239 ss.; la Corte di

dei Trattati alla Carta dei diritti fondamentali, originariamente proclamata nel Consiglio europeo di Nizza del 6-7 dicembre 2000 e da ultimo modificata a Strasburgo il 12 dicembre 2007, la quale prevede, all'art. 49, il principio di legalità e di proporzionalità dei reati e delle pene, utilizzando, tuttavia, invece del termine «legge», quello di «diritto», al fine di abbracciare anche i sistemi di diritto comune, che non conoscono il monopolio della legge statale e attribuiscono efficacia giuridica al precedente giudiziario⁷.

1.2. *Fondamento del principio di legalità.*

Nel principio di legalità sono comunemente ravvisate le esigenze di certezza (fondamento giuridico/penalistico), nonché di garanzia del cittadino dagli arbitri del potere esecutivo e del potere giudiziario (fondamento politico/costituzionale ricollegabile alla separazione dei poteri dello Stato).

La legge, pure scrostata da ogni pregiudizio ideologico favorevole e considerata realisticamente con tutte le deficienze e aporie che presenta nella concretezza storica⁸, fornisce

Giustizia dell'Unione Europea ha espresso parere contrario al progetto di accordo sull'adesione dell'Unione Europea alla Convenzione, ritenendolo non compatibile con le disposizioni del diritto dell'Unione (parere n. 2/13 del 18 dicembre 2014), sul quale cfr.: G. TESAURO, *Bocciatura del progetto di accordo sull'adesione dell'Unione europea alla Cedu: nessuna sorpresa, nessun rammarico*, in *Foro it.*, 2015, 2/4, 77 ss.; T. VON DANWITZ, *L'Union européenne et l'adhésion à la Convention européenne des droits de l'Homme*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2015, 317 ss.; C. ZANGHÌ, *La mancata adesione dell'Unione europea alla CEDU nel parere negativo della Corte di giustizia UE*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2015, 33 ss.

⁷ Sulla Carta dei diritti fondamentali, proclamata nel Consiglio europeo di Nizza del 6-7 dicembre 2000 cfr. per tutti A. SPADARO, *La "cultura costituzionale" sottesa alla Carta dei diritti fondamentali dell'UE. Fra modelli di riferimento e innovazioni giuridiche*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2016, 297 ss.; S. MANACORDA, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e CEDU: la nuova topografia delle garanzie penalistiche in Europa?*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Milano, 2011, 2373; A. BERNARDI, *Il principio di legalità dei reati e delle pene nella Carta europea dei diritti: problemi e prospettive*, in AA.VV., *I diritti fondamentali in Europa*, Atti del XV Colloquio biennale, Messina-Taormina 31 maggio-2 giugno 2001, Milano, 2002, 729; A. CADOPPI, *Principio di legalità, Carta europea e law in action*, in *I diritti fondamentali in Europa*, cit., 775; M. D'AMICO, sub art. 49, in R. BIFULCO-M. CARTABIA-A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, 2001, 334. Sui profili nuovi che assume il principio di legalità nell'odierno dibattito internazionale cfr. S. RIONDATO, *La legalità penale versus prevedibilità delle nuove interpretazioni. Novità dal Corpus Juris 2000*, in L. PICOTTI (a cura di), *Il Corpus Juris 2000. Nuova formulazione e prospettive di attuazione*, Padova, 2004, 121 ss.

⁸ Il riconoscimento del valore cruciale nel diritto penale del principio di legalità (su cui cfr. *infra* 1.4) non implica assolutamente l'accettazione del mito della legge come unica fonte del diritto né delle ipotesi dello stato di natura e del patto sociale come basi giustificative della sussistenza della comunità politica, secondo il programma analitico, ipotetico, costruttivo e fondativo della stessa giuridicità elaborato dai teorici moderni della legalità, lungo la linea Hobbes *versus* Rousseau *versus* codificazione integrale del diritto. Questa teorica, pur nelle diverse versioni concettuali e sfaccettature argomentative, pretende di fondare l'intero universo della giuridicità, di cui la legge sarebbe l'unica espressione legittima, sulla convenzione utilitaristica che metterebbe fine all'ipotetico stato di natura. Su questi temi rinvio per tutti a tre testi, che ben delineano le critiche essenziali alla moderna ideologia della legge, cui aderisco integralmente: P. GROSSI, *Epicedio per l'assolutismo giuridico*, in *Quaderni fiorentini*, 1988, fasc. 17, 517 e, in particolare, 523, ove GROSSI ribadisce «(...) due pensieri elementari, tanto elementari da rasentare l'ovvietà, ma troppo spesso rimossi o esorcizzati col silenzio: il primo (...) è che lo Stato c.d. di diritto si coniuga esclusivamente, nell'Europa continentale, col più bieco e soffocante assolutismo giuridico; il secondo è che questo assolutismo giuridico è soltanto un frutto storico, temporale e spazialmente limitato, ignoto al diritto dell'Antico regime prima della chiusura della cerniera codificatoria, ignoto all'area della genuina tradizione giuridica di *common law*»; J.B. VALLET DE GOYTSOLO,

nel campo penale ragioni di garanzia più credibili delle altre fonti. Essa, in primo luogo, come determinazione del Parlamento, tende a esprimere, almeno in situazioni normali, le esigenze maggiormente avvertite dalla comunità sociale cui è rivolta. Il procedimento legislativo si avvale, inoltre, della dialettica tra maggioranza e opposizione, componendo, ove possibile, le opinioni in conflitto. Grazie ai mezzi di informazione, la legge è verificabile nei presupposti criminologici e nelle finalità di politica criminale. In virtù, infine, della pubblicità che contraddistingue l'*iter* parlamentare, tutti, in particolare gli appartenenti al ceto dei giuristi, dall'accademia alla curia al foro, sono in grado di preventivarne le conseguenze e di esprimere critiche alle modalità tecniche con cui è formulata. La legge, in secondo luogo, corrisponde, più adeguatamente delle altre fonti, all'esigenza di obiettività e di certezza contro l'arbitrio giudiziario, manifestando in modo non equivoco una tavola di prescrizioni uguali per tutti e da tutti conoscibili. Né va trascurato che tale fonte è in grado di frapporre, per il suo carattere di astrattezza, una significativa distanza tra il caso concreto e il giudice, sorreggendo quest'ultimo nella responsabilità dell'atto di giudicare e garantendogli in maniera adeguata la libertà di determinarsi, sfuggendo alla coazione derivante dalle circostanze ambientali.

V'è, infine, alla base del principio di legalità, un'esigenza, spesso non espressa, più profonda, per cui il precetto dovrebbe imporsi al destinatario non come comando eteronomo del potere coattivo dello Stato, bensì come espressione di una *ratio* intrinseca di giuridicità, che saldi insieme la determinazione positiva dell'organo di rappresentanza politica con l'istanza razionale che vorrebbe regolati i fondamentali rapporti oggetto della normazione penale (la tutela contro l'ingiusta aggressione alla vita, all'integrità personale, alla libertà, alle sue proiezioni oggettive e ai valori fondamentali dell'uomo e della società) nel rispetto della dignità umana, secondo i principi di colpevolezza, offensività e proporzionalità. In questa luce tanto il fondamento politico/costituzionale quanto quello giuridico/penalistico, in sé e per sé considerati, non focalizzano adeguatamente le aspettative profonde sottese al principio di legalità. La dimensione politico/costituzionale, isolata rispetto al fondamento di razionalità intrinseca della norma punitiva, trascura la possibilità che la stessa fonte legislativa oltrepassi i limiti di una penalità ragionevole e condivisa, formulando incriminazioni che puniscano la semplice disobbedienza alla 'volontà' dell'organo politico, ovvero depenalizzino in modo aberrante contegni intensamente merite-

Metodologia de las leyes, Madrid, 1991, *passim* e soprattutto, sulla teoria delle fonti, 15 ss.; F. GENTILE, *Intelleggenza politica e ragion di Stato*, II ed., Milano, 1984, *passim* e, in particolare 147 ss. Il concetto di legge qui accolto è limitato e restrittivo, vista come prodotto storico imperfetto, indispensabile tuttavia a che gli uomini sottoposti allo stesso governo siano, «per quanto possibile, uguali e amici tra loro» (PLATONE, *La Repubblica*, IX, 13, 590, d). Magistralmente ha spiegato Aristotele il valore della legge generale e astratta (*Retorica*, I, 1, 1354 a, 31): «Soprattutto occorrerebbe che delle leggi ben stabilite determinassero esse stesse tutto quanto è possibile e lasciassero ai giudici il meno possibile; anzitutto perché è più facile trovare uno o pochi che non molti uomini ben pensanti e capaci di legiferare e giudicare; quindi perché le disposizioni legislative sono stabilite dopo un lungo esame, invece i giudizi avvengono all'improvviso, cosicché è difficile che quelli che giudicano stabiliscano bene il giusto e l'utile. Ma, ed è la cosa più importante, perché il giudizio del legislatore non è particolare, ma riguarda il futuro e l'universale, mentre il membro di assemblea e il giudice giudicano ogni volta su casi presenti e determinati. Ad essi sono spesso congiunti l'amicizia, l'odio e l'utilità particolare, cosicché non è più possibile vedere sufficientemente la verità, ma il piacere e il dispiacere personale ottengono il giudizio», in ARISTOTELE, *Opere*, X, Roma-Bari, 1973.

voli di penalizzazione. Per altro verso, la dimensione della certezza, considerata indipendentemente dall'esigenza di contribuire al rispetto dei diritti umani, rischia di giustificare regole pratiche di giudizio volte alla comminazione di una pena sì certa, ma sostanzialmente eliminativa e non rieducativa⁹.

Nell'esperienza della giurisprudenza costituzionale degli ultimi decenni è riscontrabile lo sforzo di integrare la garanzia politica e l'esigenza di certezza promanante dalla legalità con i principi di colpevolezza e di offensività dell'illecito, secondo una linea di tendenza per cui il principio di legalità diventa condizione positiva per l'attuazione integrale del principio di personalità della responsabilità penale e di colpevolezza dell'autore per il fatto compiuto, ai sensi dell'art. 27, 1° e 3° co., Cost.

Nella sentenza 24 marzo 1988, n. 364, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 5 c.p., per contrasto con gli artt. 2; 3; 25, 2° co.; 27, 1° e 3° co.; 27, 3° co., Cost., la Corte ha messo in luce il legame tra i principi di legalità e colpevolezza sottolineando che le garanzie di cui agli artt. 73, 3° co., e 25, 2° co., Cost., «per loro natura formali», vanno però «svelate nelle loro implicazioni», afferenti all'adempimento, da parte dello Stato, di precisi doveri in ordine alla «formulazione, struttura e contenuti delle norme penali»¹⁰. Onde il principio di «riconoscibilità» dei contenuti delle norme penali rinvia «alla necessità che il diritto penale costituisca davvero la *extrema ratio* di tutela della società, sia costituito da norme non numerose, eccessive rispetto ai fini di tutela, chiaramente formulate, dirette alla tutela di valori almeno di 'rilievo costituzionale' e tali da esser percepite anche in funzione di norme 'extrapenali', di civiltà, effettivamente vigenti nell'ambiente sociale nel quale le norme penali sono destinate ad operare»¹¹.

Nella sentenza 11 luglio 1991, n. 333, in tema di sostanze stupefacenti, la Corte ha precisato in modo approfondito il legame tra il principio di legalità, la discrezionalità le-

⁹ Che il criterio di validità della norma stia nella sua idoneità a regolare il caso concreto secondo criteri di proporzione e uguaglianza, dunque di giustizia è aspirazione troppo radicata e profonda in ogni comunità umana perché sia superficialmente trascurata nella concreta esperienza giuridica. In epoca premoderna, invece, il tema dominante decisivo per apprezzare la validità della legge concerne non la certezza, data per normalmente presente in relazione alla conoscibilità per tutti della legge morale che sta a fondamento della previsione punitiva dei crimini, bensì la sua conformità alla regola di giustizia. Sul punto cfr. nella tradizione del pensiero cattolico S. TOMMASO, *Summa Theologiae*, I-II, q. 93, a.3, ad 2um: «*Lex humana intantum habet rationem, inquantum est secundum rationem rectam; et secundum hoc manifestum est quod a lege aeterna derivatur. Inquantum a ratione recedit, sic dicitur lex iniqua; et sic non habet rationem legis, sed magis violentiae cuiusdam*», e inoltre, *ibidem*, q. 95, a.2: «*Unde omnis lex humani tus posita intantum habet de ratione legis, inquantum a lege naturae derivatur. Si vero in aliquo a lege naturali discordet, iam non erit lex, sed legis corruptio*», e ancora, *ibidem*, q. 60, a.5 «*lex scripta, sicut non dat robur iuri naturali, ita nec potest eius robur minuere vel auferre... Et ideo si scriptura legis contineat aliquid contra ius naturale, iniusta est, nec habet vim obligandi... Et ideo nec tales scripturae leges dicuntur, sed potius legis corruptiones... Et ideo secundum eas non est iudicandum*»; S. AGOSTINO, *De Libero Arbitrio*, I, 5, 11; PL 32, 1227: «*Non videtur esse lex, quae iusta non fuerit*». Il tema della certezza della legge non è comunque estraneo a S. TOMMASO, come risulta nello stesso passaggio della *Summa*, I-II, q. 95, a.1 in precedenza citato: «*Ideo necessarium fuit, in quibuscumque est possibile, legem determinare quid iudicandum sit, et paucissima arbitrio hominum committere*». Sul tema della certezza in S. Tommaso cfr. le opinioni divergenti di M. VILLEY, *Des délits et peines dans la philosophie du droit naturel classique*, in *Archives de Philosophie du Droit*, 1983, 181 ss. e di M.A. CATTANEO, *Pena diritto e dignità umana, saggio sulla filosofia del diritto penale*, Torino, 1998, 240.

¹⁰ Cfr. Corte cost., 24 marzo 1988, n. 364, in *Giur. cost.*, 1988, 1504 ss.

¹¹ Cfr. Corte cost., 24 marzo 1988, n. 364, in *Giur. cost.*, 1988, 1522.

gislativa nella configurazione delle fattispecie criminose e l'esigenza che la legge tenga conto, in una prospettiva di offensività, dell'esperienza sociale e criminologica da cui la normazione penale deve prendere avvio¹².

1.3. Sviluppo storico del principio di legalità.

Il contenuto e il significato del principio di legalità negli ordinamenti contemporanei, secondo le quattro specificazioni descritte in apertura, è il frutto dello sviluppo progressivo, e talora contrastato, ora dell'uno ora dell'altro aspetto costitutivo della legalità.

Presupposto necessario, anche se non sufficiente, della legalità è l'affrancamento delle leggi penali dal diritto consuetudinario o giudiziario, vissuto come luogo dell'incertezza e dell'arbitrio, e il loro formalizzarsi per iscritto. Alla base di tale sviluppo stanno due radici ben distinte: da un canto, emerge l'interesse del sovrano dei moderni Stati nazionali di documentare in modo chiaro e certo la legge penale allo scopo di ottenere obbedienza dai sudditi e di contrastare l'autonomia spesso ostile del potere giudiziario; da un altro canto, affiora l'aspirazione alla garanzia del cittadino contro l'arbitrio nell'applicazione del diritto penale. I due interessi, talora in sintonia, tal'altra in contrapposizione tra loro, hanno rivestito una distinta e significativa importanza per lo svilupparsi e l'imporsi del principio «*nullum crimen, nulla poena sine lege*»¹³.

L'analisi del processo storico impone di fare due precisazioni. In primo luogo va detto che immaginare l'antico diritto penale come interamente lasciato alla incertezza e all'arbitrio sarebbe – per usare l'espressione di Laingui e Lebigre nella loro *Histoire du droit pénal* – oltre che falso anche assurdo¹⁴. La storia scientifica del diritto penale è disciplina relativamente recente. Tuttavia le ricerche avviate, soprattutto dagli storici di lingua francese, hanno evidenziato l'esistenza di una «*legalité coutumière*»¹⁵ fondata principalmente sul valore del precedente giudiziario e sui responsi dei giureconsulti, che fa rassomigliare molto il diritto penale dei paesi continentali al *common law* rimasto in vigore in area anglosassone fino ai giorni nostri. Certamente, la molteplicità e l'intersecarsi delle fonti sconcertano il giurista formatosi nella 'legalità legislativa'. Ma tale pluralismo non è segno di arbitrio e sopraffazione. Ché, anzi, il metodo casistico di previsione dei reati e delle pene e l'attitudine controversistica dei giureconsulti alle *ampliaciones* e alle *limitaciones* della regola contemplata per il caso particolare conducono non di rado a privilegiare l'accusato, in applicazione del principio di diritto comune secondo cui '*in criminalibus*' va scelta l'interpretazione più benigna. Peraltro, se si esaminano con accuratezza i testi dei grandi giureconsulti, il cui magistero penale si è protratto per generazioni con autorevole presa sui giudici, è possibile riscontrare, accanto al principio dell'applicazione restrittiva della legge penale, anche quello della applicabilità da parte del giudice della sola pena espressamente statuita nella fonte vigente. Nel grande trattato *De Praesumptionibus* di

¹² Corte cost., 11 luglio 1991, n. 333, in *Giur. cost.*, 1991, 2646 ss.

¹³ Per una disamina storica cfr. V. KREY, *Keine Strafe ohne Gesetz*, Berlin-New York, 1983, 12; H.L. SCHREIBER, *Gesetz und Richter. Zur geschichtlichen Entwicklung des Satzes nullum crimen, nulla poena sine lege*, Frankfurt am Main, 1976, 110.

¹⁴ A. LAINGUI-A. LEBIGRE, *Histoire du droit pénal*, I, Paris, 1979, 5.

¹⁵ LAINGUI-LEBIGRE, *op. cit.*, 10 ss.

Giacomo Menochio si leggono, per esempio, nella *Praesumptio XLIX* del libro V, dedicata all'applicazione della pena 'in criminalibus', le seguenti massime: «*Poenam non posse indici, nisi expresso iure cautum sit*»¹⁶, nonché: «*Poena mitior praesumitur a lege vel iudice imposita, ex quo in his stricta admodum fieri debet interpretatio*»¹⁷. Nel *Tractatus criminalis* di Tiberio Deciani, pubblicato postumo in prima edizione nel 1590 a Venezia, la legge è considerata causa formale del delitto, poiché è la legge a formularlo nel momento in cui proibisce un comportamento sotto la minaccia della pena: «(...) *cum ante legem, et si esset forte actus illicitus, non tamen formam habebat delicti*»¹⁸.

In secondo luogo va osservato che il processo verso la 'legalità legislativa' ha il suo momento cruciale nell'opera di accentramento della competenza giuridica da parte del potere regio, che si estrinseca soprattutto sul piano procedurale e non del diritto sostanziale, volta a delimitare il potere giudiziario dei parlamenti e a accrescere il potere centrale contro le autonomie territoriali¹⁹. Il processo verso la legalità legislativa, pertanto, corrisponde, almeno nella parte iniziale, al processo verso la concentrazione delle fonti giuridiche nel potere centrale dello Stato, secondo un disegno radicalmente nuovo in cui il potere politico non si limita più a riconoscere il diritto comune preesistente, e al limite a integrarlo con norme procedurali, bensì a esserne il sovrano²⁰.

L'affermazione espressa della riserva di legislazione²¹ risale a Charles Montesquieu, la cui opera testimonia il passaggio, tra continuità e discontinuità, dai principi giuridici dell'antico regime a quelli dell'epoca liberale. Nella sua opera *De l'Esprit des Lois*, apparsa nel

¹⁶ GIACOMO MENOCHIO, *De Praesumptionibus, conjecturis, signis et indicibus, Commentaria, Editio omnium postrema, Tomus II, Coloniae, 1686, Liber V (De Praesumptionibus, conjecturis, signis et indicibus circa delicta maleficiaque versantur)*, Liber V, *Praesumptio XLIX*, 1, 733. Giacomo Menochio nacque a Pavia nel 1532 e ivi morì nel 1607. Insegnò diritto nella cattedra pavese, poi nella nuova Università di Mondovì. Passò brevemente nella cattedra pisana, per ricoprire poi la cattedra primaria dell'Università di Padova (1566-88) e concludere l'insegnamento a Pavia. La prima edizione del *De Praesumptionibus* è del 1595.

¹⁷ *Ibidem*, V, XLIX, 2.

¹⁸ TIBERIO DECIANI, *Tractatus criminalis*, Venetiis, 1590, Tomus I, Liber I, Cap. II, 19.

¹⁹ Le grandi *ordonnances* del Regno di Francia non hanno per oggetto che la procedura e l'*ordonnance criminelle* del 1670, nota come *code criminel* o *code Louis*, contiene quasi esclusivamente norme procedurali o relative all'esecuzione. Cfr. *Code Louis, Ordonnance criminelle, 1670*, in N. PICARDI-A. GIULIANI (a cura di), *Testi e documenti per la storia del processo*, Milano, 1996, con introduzione di Laingui. L'ordinanza criminale del 1670 si iscrive in un processo di codificazione che ha il suo momento iniziale nel *Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. von 1532 (Constitutio Criminalis Carolina – CCC)* per il Sacro Romano Impero, che contiene sia norme procedurali sia un ampio e articolato catalogo di delitti e pene, specificamente previste per essi. Cfr. il testo della 'Carolina' in BUSCHMANN, *Textbuch zur Strafrechtsgeschichte der Neuzeit*, München, 1998, 103 ss.

²⁰ Ha delineato il processo accennato nel testo F. GENTILE, *Politica aut/et statistica. Prolegomeni di una teoria generale dell'ordinamento politico*, Milano, 2003, *passim*, e, in particolare, 177, ove mette in luce la trasformazione del potere in diritto mediante la costruzione dell'ordinamento giuridico da parte dello Stato. Per la dimostrazione dell'incompiutezza del potere politico e della relativa indifferenza di questo verso il diritto nell'ordine medievale fino all'età moderna cfr. soprattutto GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Bari, 1995, *passim* e, in particolare, 41 ss.

²¹ Qualcuno ha voluto vedere un antecedente del principio di legalità nell'art. 39 della *Magna Charta Libertatum* promulgata dal re inglese Giovanni senza Terra del 1215, ove è scritto: «*Nullus liber capiatur vel imprisonetur, aut disseisietur, aut utlagetur, aut exuletur, aut aliquo modo destruetur, nec super eum ibimus, nec super eum mittemus, nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terrae*». Senonché in questa autolimitazione è prevista una garanzia principalmente di tenore processuale, e non di diritto sostanziale.

1748, Montesquieu ravvisa la protezione del cittadino dall'arbitrio del giudice penale nella separazione del potere giudiziario dal potere legislativo, sul postulato della stretta sottoposizione del primo al secondo, poiché i giudici non dovrebbero essere che «(...) *la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur*»²².

A partire dalla seconda metà del XVIII secolo, nella matura stagione illuministica, l'evocazione della legalità diviene dirompente, sia come reazione all'incertezza e alla confusione del sistema delle fonti penali nel periodo del tardo assolutismo, sia come espressione della razionalità umana, di cui si farebbe invariabilmente eco la legge pronunciata dalla «volontà generale», secondo la ben nota proposizione di Jean Jacques Rousseau²³. A una riflessione particolarmente impegnata sul valore di garanzia della legge perviene il circolo degli illuministi milanesi riuniti intorno alla rivista «Il Caffè», da cui è scaturita l'opera classica di Cesare Beccaria *Dei Delitti e delle Pene*, apparsa nel 1764²⁴. Il postulato dell'intera riflessione è ben espresso in un articolo di Pietro Verri, pubblicato su «Il Caffè», dal titolo *Sulla interpretazione delle leggi*. La libertà politica verrebbe annichilita se il giudice diventasse legislatore. Ciò accadrebbe se gli fosse lecito interpretare la legge: «(...) Dunque si proibisca al giudice di interpretare la legge; dunque si riduca ad esser mero esecutore della legge; dunque eseguisca la legge nel puro e stretto significato delle parole, e nella materiale disposizione della lettera»²⁵. Ne *Dei Delitti e delle Pene* Beccaria com-

²² MONTESQUIEU, *Esprit des Lois*, XI, 6^a ed, Paris, 1949, I, 171.

²³ J.J. ROUSSEAU, *Du Contrat social ou Principes du droit politique*, Paris, 1962, *passim* e, in particolare 249 ss., ove egli affronta il tema della «*volonté générale*». Che essa sia *toujours droite* (*ibidem*, 252) discende dal postulato ipotetico dell'origine della sovranità dalla «(...) *aliénation totale de chaque associé avec tous ses droits à toute la communauté: car, premièrement, chacun se donnant tout entier, la condition est égale pour tous; et la condition étant égale pour tous, nul n'a intérêt de la rendre onéreuse aux autres. / De plus, l'aliénation se faisant sans réserve, l'union est aussi parfaite qu'elle peut l'être, et nul associé n'a plus rien à réclamer: car, s'il restait quelques droits aux particuliers, comme il n'y aurait aucun supérieur commun qui pût prononcer contre eux et le public, chacun, étant en quelque point son propre juge, prétendrait bientôt l'être en tous; l'état de nature subsisteroit, et l'association deviendrait nécessairement tyrannique ou vaine. / Enfin chacun se donnant à tous ne se donne à personne; et comme il n'y a pas un associé sur lequel on n'acquière le même droit qu'on lui cède sur soi, on gagne l'équivalent de tout ce qu'on perd, et plus de force pour conserver ce qu'on a*» (*ibidem*, 243, 244). Per queste ragioni, soppressa ogni ragione di ingiustizia, il deliberato del corpo sovrano (*la volonté générale*) non può non essere giusto. Come ciò si accordi con la presenza delle leggi ingiuste, è spiegabile nel sistema di Rousseau in forza del possibile prevalere sulla «*volonté générale*» della somma delle «*volontés particulières*» (*ibidem*, 252). Ma per evitare allora che la «*volonté générale*» soccomba, occorre cancellare tutte le società particolari all'interno dello Stato, poiché l'inquinamento della volontà del singolo deriva dalla sua partecipazione agli interessi particolari, quando il soggetto non si aliena completamente allo Stato: «*Il importe donc, pour avoir bien l'énoncé de la volonté générale, qu'il n'y ait pas de société partielle dans l'État, et que chaque citoyen n'opine que d'après lui (...). Ces précautions sont les seules bonnes pour que la volonté générale soit toujours éclairée, et que le peuple ne se trompe point*» (*ibidem*, 253). Che in tale concezione della legge siano contenuti i germi del totalitarismo è di tutta evidenza. L'impostazione russoviana è distantissima da quella di Montesquieu, per il quale la legge, che è uno dei fattori dell'*esprit générale* di una comunità politica, funziona soltanto come meccanismo di riequilibrio del corpo sociale, che non ne muta il genio, i costumi, la religione, le buone maniere, ma ne rispetta la natura. Si tenga presente al riguardo che il titolo primitivo dell'opera di Montesquieu è *De l'Esprit des loix ou du rapport que les loix doivent avoir avec la constitution de chaque gouvernement, les moeurs, le climat, la religion, le commerce* (...) etc.

²⁴ C. BECCARIA, *Dei Delitti e delle pene*, facsimile dell'edizione originale pubblicata anonima in Livorno nel 1764, a cura di Firpo, Torino, 1964; per le citazioni ho usato l'edizione a cura di Pisapia, Milano, 1964.

²⁵ P. VERRI, *Sulla interpretazione delle leggi* (pubblicato originariamente ne «*Il Caffè*»), in «*Opere varie*», I, Firenze, 1947, 209. Per un approfondito commento cfr. CATTANEO, *op. cit.*, 252.

pendia plasticamente i vari aspetti di garanzia inerenti al principio di legalità: 1. soltanto la legge può determinare le pene; 2. si può punire soltanto per fatti previsti antecedentemente dalla legge; 3. il giudice non può interpretare la legge; 4. la legge penale deve essere chiara e determinata al fine di escludere l'arbitrio del giudice, secondo una scansione logica di principi giuridico/politici che è diventata classica e universalmente riconosciuta²⁶.

Sul piano legislativo fa eco per primo alle riflessioni degli illuministi l'*Allgemeines Gesetz über Verbrechen und derselben Bestrafung* («*Josephina*») emanato dall'imperatore austriaco Giuseppe II nel 1787, il cui § 1 statuisce il principio di legalità²⁷. A tale monumento legislativo segue nel 1794 per gli Stati prussiani l'*Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten*, che prevede il principio di legalità al § 9²⁸.

Per la Francia provvede a statuire il principio di legalità l'art. 8 della Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo con la seguente formulazione: «*La loi ne doit établir, que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée*»²⁹. Il primo codice penale francese, risalente al 25 settembre-26 ottobre 1791, cerca di tradurre in norme le idee di Beccaria relative alla rigorosa previsione da parte della legge delle sanzioni penali. Non solo stabilisce il divieto di grazia e di commutazione delle pene, ma instaura, contro l'arbitrio giudiziario dell'*ancien droit* penale, sistemi di pene fisse stabilite con estrema precisione, che il giudice deve applicare meccanicamente, senza alcuna considerazione per la personalità del delinquente³⁰.

Il regime del Terrore, pur formalmente imperniato sulla sovranità della legge, travolge e rinnega ogni aspetto di effettiva garanzia del cittadino contro l'arbitrio tanto del potere legislativo, quanto dell'esecutivo e del giudiziario, solidali tra loro nell'attuazione di una repressione penale che si esplica in forme terroristiche. Vanno ricordate al riguardo soprattutto *La loi des suspects* del 17 settembre 1793, che contempla l'arresto, tra l'altro, di

²⁶ BECCARIA, *Dei delitti*, cit., per la legalità delle pene, 15; per il divieto di interpretazione, 17 ss.; per la precisione e la certezza, 21 ss.

²⁷ Cfr. il testo integrale della «*Josephina*» in BUSCHMANN, *Textbuch*, cit., 224 ss. Il principio di legalità statuito al § 1 suona così: «*[Begriff des Verbrechens] Nicht jede gesetzwidrige Handlung ist ein Kriminalverbrechen, oder sogenanntes Halsverbrechen, und sind als Kriminalverbrechen nur diejenigen gesetzwidrigen Handlungen anzusehen, und zu behandeln, welche durch gegenwärtiges Strafgesetz als solche erklärt werden*». Nel *Proemium* Giuseppe II esprime bene l'ideologia dell'assolutismo illuminato di concentrare nella legge il potere di punire sia per rimarcare la sovranità dello Stato sia per impedire l'arbitrio dei giudici. Il testo completo può essere letto in BUSCHMANN, *Textbuch*, cit., 225.

²⁸ Cfr. il testo integrale in BUSCHMANN, *Textbuch*, cit., 272 ss. Il § 9 suona così: «*Handlungen und Unterlassungen, welche nicht in den Gesetzen verboten sind, können als eigentliche Verbrechen nicht angesehen werden, wenn gleich Einem oder dem Andern daraus ein wirklicher Nachtheil entstanden seyn sollte*».

²⁹ Per il testo cfr. L. DEGUIT-H. MONNIER, *Les Constitutions et les principales lois politiques de la France depuis 1789. Textes*, III ed., Paris, 1915, 2.

³⁰ Sul Codice francese del 1791 cfr. A. LAINGUI, *Il diritto penale della Rivoluzione francese e dell'Impero*, in S. VINCIGUERRA (Studi coordinati da), *I Codici preunitari e il Codice Zanardelli*, Padova, 1993, 38 ss.; P. PONCELA, *Le premier code: la codification pénale révolutionnaire*, in M.A. CATTANEO (a cura di), *Diritto e Stato nella filosofia della Rivoluzione francese*, Milano, 1992, 57 ss. Sul sistema delle pene arbitrarie nell'*ancien droit* francese cfr. pure LAINGUI, *Lois, juges et docteurs dans l'ancien droit pénal. Cahiers de philosophie politique et juridique*, Caen, 1988, 73 ss. Per una visione di insieme in ordine al rapporto tra legalità e certezza nella rivoluzione francese cfr. CATTANEO, *Separazione di poteri e certezza del diritto nella rivoluzione francese*, in ID. (a cura di), *Diritto e Stato*, cit., 7 ss.

tutti coloro che, per la loro condotta, per le loro relazioni o i loro propositi e scritti, si siano mostrati «(...) *partisans de la tyrannie, du fédéralisme, ou ennemis de la liberté*» (art. 2 legge citata) e il decreto 10 marzo 1793, relativo alla composizione e alla organizzazione del Tribunale criminale straordinario, che prevede l'abolizione del principio di irretroattività della legge penale, statuendo all'art. III del Titolo II la pena della deportazione per tutti coloro che si siano resi colpevoli di crimini o delitti «(...) *qui n'auraient pas été prévues par le code pénal et les lois postérieures, ou dont la punition ne serait pas déterminée par les lois, et dont l'incivisme et la résidence sur le territoire de la République auraient été un sujet de trouble public et d'agitation*»³¹.

Conclusosi il periodo del parossismo rivoluzionario, il principio di legalità fu riproposto in Francia dal *Code Pénal* napoleonico del 1810³² e, nell'area linguistica tedesca, dal codice penale per il Regno di Baviera del 1813, nonché, ormai a metà del XIX secolo, dal Codice penale prussiano del 1851, esteso poi nel 1871 a tutto l'Impero tedesco³³.

A Paul Johann Anselm Feuerbach, uno dei fondatori della moderna scienza del diritto penale, cui si deve il Codice bavarese del 1813, si fa normalmente risalire l'aforisma latino «*nullum crimen sine lege*», che costituisce il compendio semplificato delle tre distinte formule, effettivamente rinvenibili nella sua opera: «*nulla poena sine lege*», «*nulla poena sine crimine*», «*nullum crimen sine poena legali*»³⁴. Il fondamento del principio sta in

³¹ Cfr. il testo della l. 17 settembre 1793 e del decreto 10 marzo 1793 in J.F. FAYARD, *La Justice révolutionnaire. Chronique de la Terreur*, Paris, 1987, 287 ss. Sul significato terroristico del diritto penale nella fase del dominio giacobino, cfr. le puntuali osservazioni di EB. SCHMIDT, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, II ed., Göttingen, 1951, 249, secondo cui gli avvenimenti rivoluzionari del periodo terroristico «(...) führten zu einem kläglichen Rückschlag und machten die Strafrechtspflege zu einer Kriegsmaschine der politischen Parteien» (con citazione di Berner). L'utilizzo della legalità per la persecuzione terroristica nel periodo acuto della rivoluzione è straordinario. Valga a titolo paradigmatico il processo contro Danton (13-16 *germinal an II*/2-5 aprile 1794). Poiché all'udienza del 4 aprile Danton, lamentatosi che non fossero citati i testimoni indicati a difesa, si appellò al popolo intero per il sopruso compiuto, l'Accusatore pubblico Fouquier-Tinville si rivolse al Comitato di salute pubblica perché fosse indicata la regola di condotta da seguire nel processo, segnalando l'opportunità che fosse emanato un decreto. La Convenzione nazionale decretò allora immediatamente che «(...) *le président emploiera tous les moyens que la loi lui donne pour faire respecter son autorité et celle du tribunal révolutionnaire, et pour réprimer toute tentative de la part des accusés pour troubler la tranquillité publique et entraver la marche de la justice, décrète que tout prévenu de conspiration qui résistera ou insultera à la justice nationale sera mis hors des débats et jugé sur-le champ.*» All'udienza del 5 aprile il Presidente dette lettura del decreto della Convenzione del giorno precedente e dichiarò che «*attendu que les accusés s'étaient mal comportés la veille envers le tribunal, ils étaient mis hors de débats*». Il processo seguì il suo corso con la sentenza di condanna. Per le notizie al riguardo cfr. *Le procès de Danton, in Actes du Tribunal révolutionnaire*, Paris, 1986, 440, 442.

³² L'art. 4 del Codice napoleonico suona: «*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*».

³³ Cfr. il testo del codice bavarese in BUSCHMANN, *Textbuch*, cit., 447 ss. L'art. 1 così suona: «*[Begriff der strafbaren Handlung] Wer eine unerlaubte Handlung oder Unterlassung verschuldet, für welche ein Gesetz ein gewisses Uebel gedrohet hat, ist diesem gesetzlichen Uebel als seiner Strafe unterworfen. Und so wenig erlittene Strafe die Entschädigung aufhebt oder schmälert, so wenig tilgt oder mindert geleisteter Ersatz die verdiente Strafe*». Cfr. il testo del codice prussiano in BUSCHMANN, *Textbuch*, cit., 538 ss. Il § 1 contempla il principio di legalità del precetto penale sotto la rubrica *[Begriff und Arten strafbarer Handlungen]*. Il § 2, sotto la rubrica *[Nulla poena sine lege]* statuisce: «*Kein Verbrechen, kein Vergehen und keine Uebertretung kann mit einer Strafe belegt werden, die nicht gesetzlich bestimmt war, bevor die Handlung begangen wurde*».

³⁴ In Feuerbach non si trova l'espressione precisa «*nullum crimen sine lege*». Nella *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, Erfurt, I, 148, Feuerbach usa le formule «*nullum crimen sine poena legali*» e «*nulla poena legalis sine crimine*»; nel *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen*

Feuerbach non soltanto nella tutela del cittadino dall'arbitrio giudiziario (fondamento politico) ma anche – se non soprattutto – nell'esigenza che la legge eserciti pienamente la sua funzione di intimidazione psicologica (fondamento penalistico)³⁵. Nell'area linguistica tedesca si contrappone alla concezione di Feuerbach, nella seconda metà dell'800, il grande criminalista Karl Binding, che svolge una radicale contestazione del principio di legalità e del divieto di analogia. Tale critica va inserita all'interno della sua concezione del diritto e della norma penale, opposta a quella di Feuerbach, per cui la norma penale regola il rapporto tra lo Stato e l'autore del reato, mentre i precetti che costituiscono il presupposto della legge penale non sarebbero parti costitutive di questa, bensì norme autonome di diritto pubblico³⁶. La norma penale, secondo Binding, si limita a porre la sanzione della violazione dei doveri giuridici fondamentali previsti nell'intero ordinamento. Per Binding, infatti, né la legge penale è idonea a fornire la direttiva di azione per il destinatario, né la conoscenza della legge penale è il presupposto indispensabile del delitto, di cui è, invece, premessa essenziale la conoscenza della norma o, meglio, del dovere giuridico che si fonda su di essa³⁷. Contro Feuerbach, dunque, il principio di legalità non possiede per Binding alcun significato sul piano penalistico. Per quanto riguarda, poi, il divieto di analogia, la critica di Binding si avvale del rilievo che l'analogia è il metodo giuridico attraverso cui l'interprete fa emergere il diritto latente in qualsiasi campo dell'ordinamento, ivi compreso il diritto costituzionale, la cui lettera dovrebbe pesare di più della legge penale³⁸. Onde l'esclusione dell'analogia per il solo diritto penale costituirebbe una stridente contraddizione. Che poi, per Binding, il divieto valga per proteggere l'accusato contro l'arbitrio del giudice, è veramente assurdo. Il rischio di lasciare impuniti gravi delitti per attenersi alla lettera della legge imporrebbe non soltanto di consentire l'analogia, bensì anche di esigerla come dovere da parte del giudice. Quest'ultimo, infatti, non è uno strumento cieco, ma il vivente rappresentante della legge, che interviene laddove il legislatore non può intervenire³⁹.

Rechts, XIV ed., Giessen, 1847, § 20, 41, usa le seguenti formule: «*Nulla poena sine lege*», «*Nulla poena sine crimine*» e «*Nullum crimen sine poena legali*».

³⁵ Sul pensiero penalistico di Feuerbach cfr. CATTANEO, *Anselm Feuerbach filosofo e giurista liberale*, Milano, 1970, *passim* e soprattutto 446 ss. Sul principio di determinatezza cfr. BOHNERT, *P.J.A. Feuerbach und der Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrecht*, Heidelberg, 1982. Quanto alla doppia radice (rispettivamente politica e penalistica) del principio in Feuerbach, Karl Binding ha sottolineato soprattutto la radice penalistica (poiché la spinta al reato dovrebbe essere superata con la contropinta della pena, questa contropinta deve essere esercitata grazie a una chiara minaccia del male della pena che superi la soddisfazione per il fatto) (BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, I, Leipzig, 1885, 20); Schreiber, invece, criticando Binding, ha ricondotto principalmente la radice del principio in Feuerbach all'aspetto politico (SCHREIBER, *Gesetz und Richter*, cit., 255). Inclinata a dare ragione a Schreiber CATTANEO, *Pena diritto*, cit., 255. Ritengo, invece, che colga nel segno Binding. Invero nell'intera *Revision* di Feuerbach è forte l'avversione all'arbitrio del giudice, ma non tanto in funzione garantistica del reo, quanto soprattutto perché tale arbitrio va a scapito della applicazione assolutamente incontrovertibile della pena prevista dalla legge. Sul punto cfr. il mio *Il problema della pena. Alcuni profili relativi allo sviluppo della riflessione sulla pena*, Torino, 1996, 61, con citazione di un importante passo contenuto nell'introduzione alla *Revision*, ove nella sottoposizione del giudice alla legge è vista soprattutto la sottoposizione del reo all'autorità dello Stato.

³⁶ K. BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, I, Leipzig, 1890, 19 ss.

³⁷ BINDING, *Handbuch*, cit., 27.

³⁸ *Ibidem*, «(...) *Obgleich der Buchstabe der Verfassung mehr wiegt als der des Strafgesetzes*».

³⁹ BINDING, *Handbuch*, cit., 27, «*Denn der Richter ist nicht blindes Werkzeug, sondern leben dige Vertreter*».

La posizione di Binding è isolata nel secondo Ottocento e nei primi decenni del Novecento. Franz von Listz, fondatore della ‘moderna scuola’ del diritto penale, tutta tesa a destituire il fondamento retributivo e a postulare lo scopo specialpreventivo della pena⁴⁰, paventa il rischio che la nuova direzione del diritto penale implichi l’abbandono del principio «*nullum crimen, nulla poena sine lege*». Rispondendo nel 1893 agli «oppositori deterministici della pena secondo l’idea dello scopo», che vorrebbero mettere in disparte il codice penale con tutti i commentari che ne interpretano le norme, ricorda che l’apparato normativo codicistico ha per scopo la limitazione del potere di punire dello Stato grazie all’individuazione dei presupposti della punibilità e del contenuto delle pene nell’interesse della libertà individuale. In questa guisa, per quanto paradossale possa sembrare, il codice penale è per v. Listz la «*Magna Charta*» del delinquente⁴¹.

Nell’area linguistica italiana il principio di legalità riceve pieno e non contrastato accoglimento sin dalle legislazioni preunitarie⁴². Nel Regno delle Due Sicilie, il codice penale del 1819 prevede all’art. 60 il principio che «niun reato può essere punito con pene che non erano pronunziate dalla legge prima che fosse commesso», e soggiunge che, nel caso di successione di legge, «sarà sempre applicata la più mite»⁴³. I codici penali per gli Stati sardi del 1839 edel 1859 contengono pure il principio di legalità del reato e delle pene, il divieto di retroattività *in peius* e la retroattività della pena più mite⁴⁴. Lo stesso è

des Gesetzgebers für Aufgaben, welche diesem im einzelnen Falle unlösbar sind, und Bestrafung per analogiam ist ihm natürlich nur da gestattet, wo feststeht, dass der Angeklagte schuldhaft delinquent hat».

⁴⁰ Cfr. v. F. LISZT, *Der Zweckgedanke im Strafrecht (Marburger Universitätsprogramm 1882)*, in *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, I, Berlin, 1905; trad. it. A.A. CALVI (a cura di), *La teoria dello scopo nel diritto penale*, Milano, 1962.

⁴¹ Cfr. v. LISZT, *Die deterministischen Gegner der Zweckstrafe (1893)*, in *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, II, Berlin, 1905, 60: «*So paradox es klingt: das Strafgesetzbuch ist die magna charta des Verbrechens. Es verbrieft ihm das Recht, nur unter den gesetzlichen Voraussetzungen und nur innerhalb der gesetzlichen Grenzen gestraft zu werden*».

⁴² Per un quadro storico dello sviluppo del diritto penale italiano, con precipuo riguardo al tema della legalità, cfr., anche per ulteriori rimandi bibliografici, A. CADOPPI, *I principi del diritto penale nella prospettiva interna. Storia del diritto penale*, in CADOPPI-CANESTRARI-MANNA-PAPA, *Trattato di diritto penale. Parte generale*, I, *Il diritto e la legge penale*, 2012, 7-49.

⁴³ Per una visione di insieme cfr. A.M. STILE, *Il codice penale del 1819 per lo Regno delle due Sicilie*, in VINCIGUERRA (Studi coordinati da), *I codici preunitari*, cit., 183; in particolare, sul tema della legalità, 191, nonché VINCIGUERRA, *Una tecnica giuridica raffinata al servizio dell’assolutismo regio: le «Leggi penali» delle due Sicilie*, in ID. et al. (a cura di), *Codice per lo Regno delle due Sicilie (1819)*, II, *Leggi penali*, Padova, 1996, VII. Il Regno napoletano venne illustrato nel ’700 da due importanti figure dell’illuminismo giuridico (Gaetano Filangieri e Francesco Mario Pagano), che offrirono approfondimenti sul tema della legislazione e del giure penale. Di FILANGIERI ebbe grande fama la *Scienza della Legislazione* (1780 ss.), Roma, 1984; di F.M. PAGANO cfr. *Considerazioni sul processo criminale. Principii del codice penale. Teoria delle prove (logica dei probabili)*, ora raccolte insieme in unico volume, Milano, 1998.

⁴⁴ I codici sardo-piemontesi del 1839 e del 1859 sono tributari di quello francese del 1810, di cui riproducono alla lettera molte disposizioni, nonché l’impianto generale e i principi ispiratori. Il principio di legalità, contenuto nelle «Disposizioni preliminari» suona che: «Nessun reato può punirsi con pene che non erano pronunciate dalla legge prima che fosse commesso» (art. 3 Disp. prel. codice 1859). Su entrambi i codici cfr. VINCIGUERRA, *I codici penali sardo-piemontesi del 1839 e del 1859*, in ID. (Studi coordinati da), *I codici preunitari*, cit., 350 ss. Va ricordato che il codice del 1859 fu il Codice dell’Italia unificata fino all’entrata in vigore del codice Zanardelli avvenuta il 1° gennaio 1890, con l’eccezione della Toscana, dove restò in vigore il codice del 1853 con alcune modificazioni, e della provincia napoletana e siciliana dove il codice sardo fu vigente con modificazioni introdotte nel 1861.

a dirsi per il codice penale toscano del 1853, il cui art. 1 statuisce che «Sono punibili le sole azioni positive, o negative, con le quali è stata violata una Legge Penale antecedentemente promulgata»⁴⁵. Il codice civile del 1865 statuisce, con norma pressoché identica all'attuale art. 14 delle Preleggi che «non si estendono oltre i casi e i tempi in esse espressi» «le leggi penali e quelle che restringono il libero esercizio dei diritti o fanno eccezione alle regole generali o ad altre leggi» (art. 4 Disposizioni sulla pubblicazione, interpretazione e applicazione delle leggi in generale). Il codice penale per il Regno d'Italia del 1889 contempla il principio di legalità all'art. 1, con formulazione pressoché identica a quella del vigente codice del 1930, ove l'avverbio «espressamente», per indicare la condizione indispensabile perché un fatto sia punibile, fu inserito fin dalle prime sedute della Commissione preparatoria allo scopo specifico di escludere «ogni possibile argomentazione o cavillo» volti ad ammettere l'analogia⁴⁶. L'art. 2 del codice Zanardelli regola anche la successione di leggi nel tempo con criteri identici a quelli dell'attuale codice Rocco, che ripete con precisione i vari aspetti di garanzia previsti dal codice Zanardelli.

Nella dottrina italiana dei secoli XIX e XX non si riscontrano eccezioni significative all'accoglimento del principio di legalità come cardine del diritto penale e all'esclusione dell'applicazione analogica della legge penale. Ciò vale sia per gli Autori classici sia per gli Autori di orientamento positivisticò, sia per quelli di formazione liberale sia per quelli che più da vicino sostengono lo Stato autoritario fascista⁴⁷. L'unica delimitazione della portata del principio di legalità, sotto il solo profilo della irretroattività, affiora nel Progetto Ferri del 1921. Il primo capoverso dell'art. 1 di tale Progetto stabilisce, infatti, che il principio più favorevole all'imputato non vale per i delinquenti abituali. Nello schema preliminare

⁴⁵ Cfr. l'art. 1 in *Il Codice penale toscano*, Pistoia, 1855.

⁴⁶ Cfr. verbale della seduta del 18 dicembre 1866, durante la quale il prof. Giampaolo Tolomei propose di aggiungere alla parola «disposizione di legge» la voce «espressa» e la Commissione, pur sottolineando che la frase «disposizione di legge» chiarisse già che la legge dovesse essere espressa, tuttavia, per escludere «ogni possibile argomentazione o cavillo» a favore dell'analogia, delibera di aggiungere la voce «espressa». Cfr. *Il progetto del codice penale per il Regno d'Italia coi lavori preparatori per la sua compilazione raccolti ed ordinati sui documenti ufficiali*, Firenze, 1870, 137.

⁴⁷ Tra i classici cfr. per tutti E. PESSINA, *Elementi di diritto penale*, I, 1882, 89 ss.; in particolare sul divieto di analogia, 91 ss.; per la conclusione circa il fatto che nell'interpretazione della legge penale occorre attenersi all'interpretazione più benigna (*in dubiis benignius interpretandum*), 94; per la posizione di Francesco Carrara cfr. L. LACCHÉ, *La penalistica costituzionale e il 'liberalismo giuridico'. Problemi e immagini della legalità nella riflessione di Francesco Carrara*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2007, 36, 1247; tra i positivisti cfr. per tutti E. FLORIAN, *Trattato di diritto penale, p. gen.*, I, Milano, 1926, 178; F. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, I, Milano, 1952, 307 s. per il quale il principio di legalità «(...) non solo è ammissibile anche nella dottrina della Scuola Positiva, ma in questa assume una importanza veramente grande, anzi eccezionale... la difettosità psichica, causa del reato, non consiste già nell'aver degli impulsi criminosi (che ogni uomo, normale ed in condizioni normali può avere), bensì consiste nell'averli con una intensità tale da non poter essere contenuti dai poteri di resistenza neppure colla minaccia della pena. È evidente perciò la necessità dell'esistenza della minaccia penale al momento della risoluzione criminale, perché senza di essa la psiche non si rivela difettosa, non esiste cioè colpevolezza (in senso psicologico)». È interessante notare sul punto la diretta discendenza feuerbachiana del pensiero di Grispigni. Anche Maggiore, Autore che nel periodo fascista prende maggiormente le distanze dal liberalismo, riconosce ancora il principio di legalità e rifiuta l'analogia in *malam partem* nel trattato del 1937 (*Principi di diritto penale, p. gen.*, I, Bologna, 1937, 104, ammettendo soltanto l'analogia *in bonam partem*, *ivi*, 132), inclinando al superamento del principio di legalità soltanto nello scritto del 1939, *Diritto penale totalitario nello Stato totalitario*, Padova, 1939, 19 ss., estratto da *Riv. it. dir. pen.*, 1939, n. 2-3.

del Progetto era stato addirittura previsto che fosse dichiarata sempre retroattiva la legge penale, tranne che per il solo caso di nuovo delitto, «(...) perché essa risponde alle necessità sociali del momento di sua promulgazione e queste quindi dovrebbero prevalere; anche perché di 'diritti acquisiti' da parte dell'imputato per la legge precedente più mite non è esatto parlare in tema di diritto pubblico»⁴⁸. Tuttavia, nel passaggio dallo schema preliminare al progetto definitivo è restata la regola della retroattività della legge penale più favorevole all'imputato, con la sola eccezione per i delinquenti abituali, allo scopo di ovviare al rischio che «(...) tale forma di retroattività potrebbe prestarsi a rappresaglie in tema di diritti politici e sarebbe eccessiva per i delinquenti occasionali e meno pericolosi»⁴⁹.

I regimi totalitari del XX secolo accantonano il principio di legalità. La rivoluzione socialista sovietica lo rinnega sin da subito, poiché l'art. 5 del decreto 1 sul Tribunale del 5 novembre 1917 attribuisce ai giudici il potere di giudicare in base alla «coscienza giuridica rivoluzionaria», nel quadro di una completa svalutazione della legalità, vista come esclusivo portato della società borghese⁵⁰. Il codice penale sovietico del 1926 all'art. 16 ammette l'analogia nel diritto penale⁵¹. Per quanto riguarda il nazionalsocialismo, la legge 28 giugno 1935 sostituisce il motto «*Nullum crimen sine lege*» con quello opposto «*Kein Verbrechen ohne Strafe*», segnando il primo passo per la demolizione dello Stato di diritto (*Abbau des Rechtsstaats*) e la trasformazione della giustizia penale in persecuzione amministrativa⁵².

Nel periodo successivo alla tragica seconda guerra mondiale tutti gli Stati europei di diritto e, in particolare, la Germania e l'Italia, con rigorose formulazioni a livello costituzionale, hanno ribadito il valore cruciale del principio di legalità per la garanzia di tutti i destinatari della norma penale⁵³. Il principio di legalità ha infine trovato riconoscimento

⁴⁸ Cfr. *Progetto preliminare di codice penale italiano per i delitti*, Libro I, Milano, 1921, *Relazione del Presidente Enrico Ferri*, 16.

⁴⁹ Cfr. il *Progetto preliminare*, cit. alla precedente nota 46.

⁵⁰ Cfr. CATTANEO, *Stato di diritto e Stato totalitario*, Ferrara, 1981, 198, con citazione del filosofo marxista György Lukács in uno scritto del luglio 1920, che riconduce il problema della legalità a un problema tatico (*Legalità e illegalità*, in *Stato e coscienza di classe*, trad. it., Milano, 1967, 327).

⁵¹ Il codice sovietico del 1926 dispone (art. 16): «Se un fatto socialmente pericoloso non è nettamente preveduto nel presente codice, il fondamento ed i limiti della responsabilità incorsa in proposito sono determinati conformemente agli articoli del codice che prevedono delitti la cui natura vi si accosta maggiormente»; sul tema cfr. pure lo scritto di J.J. ANOSSOV, *L'analogia nel diritto penale*, in *Giust. pen.*, 1934, 180-181 e 188; anche il Consiglio centrale («*Zentralrat*») del Governo comunista della Baviera emana nel 1919 un provvedimento che, accanto all'esclusione dell'appello contro le sentenze e alla loro esecuzione immediata, proclama che: «*Jeder Vorstoos gegen revolutionäre Grundsätze wird bestraft. Die Art der Strafe steht im freiem Ermessen des Richters*». Sul punto cfr. per tutti CATTANEO, *Pena diritto*, cit., 256, nonché ID., *Stato di diritto e Stato totalitario*, cit., 193 ss.

⁵² Così EB.SCHMIDT, *Einführung in die Geschichte*, cit., 426. L'antico § 2 del Codice penale tedesco che conteneva il «*Nullum crimen, nulla poena sine lege*», ribadito dall'art. 116 della Costituzione del 1919, fu sostituito dalla l. 28 giugno 1935 nel seguente testo: «*Bestraft wird, wer eine Tat begeht, die das Gesetz für strafbar erklärt oder die nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes und nach gesundem Volksempfinden Bestrafung verdient. Findet auf die Tat kein bestimmtes Strafgesetz unmittelbar Anwendung, so wird die Tat nach dem Gesetz bestraft, dessen Grundgedanke auf sie am besten zutrifft*». Per il superamento dell'analogia nel periodo nazista cfr. in particolare W. NAUCKE, *Die Aufhebung des Analogieverbots 1935*, in *NS-Recht in historischer Perspektive*, München, 1981, 71 ss.

⁵³ Va menzionato l'art. 103 Abs. 2 del *Grundgesetz*, che stabilisce: «*Eine Tat kann nur bestraft werden,*

nei principali Trattati e Dichiarazioni dei diritti umani adottati a livello europeo e internazionale.

Negli ordinamenti di *common law*, in particolare nel diritto penale inglese, fatica a farsi strada il principio di legalità nei termini e con la portata che esso presenta nei diritti continentali. Ciò non significa che l'arbitrio tanto del potere esecutivo quanto dell'ordine giudiziario non sia ragionevolmente contenuto anche dal vincolo della decisione al diritto consuetudinario e al precedente giudiziario. Va detto, tuttavia, che non sussistono nei paesi di *common law* le stesse ragioni stringenti che impongono nel nostro ordinamento il mantenimento del primato stretto della legge scritta, in particolare non affiorano con caratteristiche simili alle nostre la policentricità interpretativa in sede giudiziaria, ben arginata in Inghilterra dal legame al precedente, la conflittualità estrema tra i poteri dello Stato, la diffusa sfiducia verso la magistratura e la correlativa politicizzazione di una parte di essa e, *last but not least*, la presenza di una sfrenata e tracotante criminalità, che ha bisogno di essere contenuta con leggi sicure e determinate⁵⁴.

1.4. La crisi attuale del principio di legalità.

Al riconoscimento unanime, fino a pochi anni addietro, del principio di legalità fa riscontro negli ultimi tempi il diffondersi di dubbi in ordine alla sua validità concettuale e alla sua utilità pratica nell'attuale contesto storico/politico⁵⁵.

wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde», formulazione a cui si adegua perfettamente il § 1 dello *Strafgesetzbuch* tedesco.

⁵⁴ Sul tema, VINCIGUERRA, *Diritto penale inglese comparato. I principi*, II ed., Padova, 2002, 71 ss., in particolare 99 ss. Sulla valorizzazione del precedente giudiziario come garanzia di certezza, cfr. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, 1999, *passim*, e, in particolare, 71 ss., ristampa con premessa di aggiornamento, Torino, 2007; ID., *Common law e principio di legalità*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2007, 36, 1161 ss.; sul rapporto tra interpretazione e precedente cfr. G. COCCO, *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, Padova, 2005.

⁵⁵ Sulla crisi della legalità nel diritto sostanziale cfr. E. LUPO, *Cassazione e legalità penale (Convegno Parma, 9-10 ottobre 2015). Relazione introduttiva*, in *Cass. pen.*, 2016, 438; F.C. PALAZZO, *Legalità tra law in the books e law in action*, in *Dir. pen. cont.*, 2016; C. CUPELLI, *Il problema della legalità penale. Segnali in controtendenza sulla crisi della riserva di legge*, in *Giur. cost.*, 2015, 181 ss.; ID., *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge in materia penale*, Napoli, 2012; PALAZZO, *La sentenza "Contrada" e i cortocircuiti della legalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 1061 ss.; D. PULITANÒ, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 29 ss.; R. RAMPIONI, *Principio di certezza e cd. diritto vivente*, in *Giust. pen.*, 2015, 513; C. SOTIS, *Le regole dell'incoerenza. Pluralismo normativo e crisi post-moderna del diritto penale*, Roma, 2013; A. BERNARDI, *Sui rapporti tra diritto penale e soft law*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011, 536; O. DI GIOVINE, *Diritti insaziabili e giurisprudenza nel sistema penale*, *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011, 1474; T. PADOVANI, *Jus non scriptum e crisi della legalità penale*, Napoli, 2014; C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2010; DOLCINI, *Leggi penali ad personam, riserva di legge e principio costituzionale di eguaglianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 50 ss.; G. FIANDACA, *La legalità penale negli equilibri del sistema politico-istituzionale*, in *Foro it.*, 2000, V, 137, ora in ID., *Il diritto penale tra legge e giudice*, Padova, 2002, 3 ss.; F.C. PALAZZO, *Introduzione ai principi del diritto penale*, Torino, 1999, 230 ss. Per considerazioni cruciali sull'offuscamento della legalità processuale nell'attuale esperienza giudiziaria cfr. M. NOBILI, *Principio di legalità, processo, diritto sostanziale*, in ID., *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998, 204; T. PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale*, in *Indice pen.*, 1999, 527 ss.; E. AMODIO, *Crisi della legalità processuale, filosofia della rassegnazione e autorevolezza dei giuristi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 432 ss., che sviluppa considerazioni critiche sull'attuale idoneità del principio di legalità a esprimere la complessità

Può così oggi parlarsi della crisi della legalità in materia penale, causata da una molteplicità di fattori, di cui in questa sede interessa sottolineare quelli che appaiono di maggiore e più rilevante spessore. Per un verso la legalità è in crisi in virtù delle acquisizioni sempre più cogenti provenienti dalla ermeneutica giuridica, che hanno falsificato il criterio metodologico, su cui si reggeva il dogma della legalità e della sottoposizione rigida del giudice alla legge, ipotizzante un rapporto univoco di dipendenza del risultato dell'interpretazione dal testo di legge⁵⁶. Per un altro verso la legalità è in crisi in relazione al progressivo decadimento dello Stato nazionale e alla disgregazione (e falsificazione) del concetto di sovranità (strettamente legato al concetto di legalità nelle sue origini e movenze storiche)⁵⁷. Infine la legalità è in crisi per il prepotente affacciarsi degli organismi sovra-

della società contemporanea, concludendo tuttavia che compito degli studiosi è recuperare il prestigio che avevano i maestri della tradizione liberale italiana «per difendere cocciutamente la legalità» (*ibidem*, 439); P. COSTA, *Il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2007, 36, 1 ss.; PALAZZO, *Legalità penale. Considerazioni su trasformazione e complessità di un principio «fondamentale»*, *ibidem*, 1279 ss.; A. BERNARDI et al., *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare*, Milano, 2008; A.A. SAMMARCO, *La maschera della legge: metamorfosi del principio di legalità. Giusto processo o ingiusto processo?*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2014, 8 ss.; E. MUSCO, *A proposito ... di legalità penale*, in *Arch. pen.*, 2014, 825 ss. Cfr. altresì: AA.VV., *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, Napoli, 2016; AA.VV., *Tavola rotonda. Le due legalità: quale convivenza nel diritto penale?*, in *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, 2013, 205 ss.; AA.VV., *Il punto su ... La legge del giudice penale. A proposito di fonti e interpretazione*, in *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, 2012, 261 ss.; AA.VV., *Verso un equivalente funzionale della riserva di legge?*, in *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, 2011, 77 ss. Per un'efficace catalogazione della cause di crisi della legalità, descritta attraverso la distinzione tra cause endogene ed esogene, cfr., anche per ulteriori richiami bibliografici, C. CUPELLI, *La legalità delegata*, cit., 130 ss., 171 ss.; ID., *Il problema della legalità penale. Segnali in controtendenza sulla crisi della riserva di legge*, in *Giur. cost.*, fasc. 1, 2015, 181-206; nonché C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2010, 24 ss.

⁵⁶ Per il punto di partenza filosofico dell'ermeneutica giuridica cfr. H.G. GADAMER, *Wahrheit und Methode*, Tübingen, 1960; trad. it. *Verità e metodo*, Milano, 1983. Per un approccio all'ermeneutica giuridica nella dottrina di lingua italiana, cfr. G. ZACCARIA, *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, Milano, 1984, 7 ss.; F. VIOLA e G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Bari, 2001, *passim*, e, in particolare, 105 ss.; B. PASTORE, *Giudizio, prova e ragion pratica. Un approccio ermeneutico*, Milano, 1996, *passim*. Per la tematica ermeneutica in Autori che hanno per oggetto principale di considerazione l'esperienza penalistica cfr. per tutti W. HASSEMER, *Die Hermeneutik im Werk Arthur Kaufmann*, in *Dimensionen der Hermeneutik. Arthur Kaufmann zum 60. Geburtstag*, Heidelberg, 1984, 1 ss.; ID., *Tatbestand und Typus, Untersuchungen. zur Strafrechtlichen Hermeneutik*, Köln, 1967, 11 ss. e, nella dottrina italiana, G. FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 353 ss.

⁵⁷ Non è possibile in questa sede soffermarsi su questi vastissimi temi non strettamente afferenti al diritto penale. Valga soltanto aggiungere al testo che il sistema giuridico che si sta profilando all'inizio del nuovo millennio, con riferimento soprattutto a due profili di grande rilievo, rispettivamente la tutela dei diritti umani e il governo dell'economia, non consente più di ritenere valido il paradigma euristico della sovranità degli Stati e della gerarchia tradizionale delle fonti. Né è possibile allo stato intravedere la sostituzione del vecchio con un nuovo sovrano. Piuttosto è dato constatare attualmente, senza con ciò potersi prevedere i possibili sviluppi futuri, l'affermarsi di una situazione nella quale l'ordinamento giuridico appare irriducibile a un semplice atto di volontà sovrana. Per la metamorfosi del concetto di sovranità, per cui lo Stato assume le vesti di un attore in cerca di un nuovo ruolo cfr. F. OST e M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, 2002, *passim* e, in specie, 125 ss., sull'erosione della legge, in particolare, 78 ss., sulle sanzioni che assumono frontiere incerte, 221 ss. Per acute considerazioni sulla crisi della sovranità nell'attuale momento storico cfr. U. PAGALLO, *Testi e contesti nell'ordinamento giuridico*, Padova, 2001, *passim*.

nazionali e internazionali sul terreno delle fonti, rivendicanti una competenza almeno indiretta di carattere penale.

Ai tre ordini di fattori indicati, che hanno carattere strutturale, si sposano sinergicamente nell'accentuare la crisi della legalità tre ulteriori dinamismi, provocati dall'autocoscienza e dalla prassi posta in essere dai ceti dominanti all'interno dell'ordine giudiziario, nonché dal potere legislativo e dalla comunità degli studiosi di diritto penale.

In primo luogo, con riferimento alla giurisprudenza, può con fondamento sostenersi, sulla scorta dell'autorevole opinione di Hans Joachim Hirsch⁵⁸, che la giurisprudenza agisce spesso in base a una autocomprensione eccessivamente dilatata del proprio compito, che la inclina alla critica pregiudiziale della legge (sia sul piano preapplicativo, in sede di commento *extra curiam*, sia sul piano giudiziario) e alla continua tendenza a correggere interpretativamente i supposti errori della legge, colmando le lacune, vere o presunte, del prodotto legislativo. Atteggiamento che non risiede soltanto nello scopo di adattare la legge alla 'giusta decisione del caso concreto', bensì spesso anche in quello di sovrapporre all'orientamento politico del legislatore una visione alternativa, ritenuta più ragionevole e corretta, circa le esigenze di regolazione della vita giuridica. A questo riguardo va detto che affiora in modo sempre più radicale in capo al corpo dei giudici l'autocoscienza in ordine alla propria indipendenza rispetto agli altri apparati dello Stato, non soltanto, ovviamente, al potere esecutivo, ma anche al potere legislativo, intesa come indipendenza rispetto all'intenzione del legislatore e alla lettera della legge. Ove è evidente che un atteggiamento del genere finisce di provocare frizione con il divieto di analogia, perché l'indipendenza dall'intento del legislatore e dalla lettera della legge si manifesta, anzitutto, con la rivendicazione in capo al giudice di tutto lo spazio ermeneutico logicamente e giuridicamente ammissibile secondo le più moderne teoriche dell'interpretazione. Tutto ciò inclina a far prevalere la 'giustizia del caso concreto' sulla sicurezza giuridica, come bene è stato rilevato da Volker Krey nel Congresso dei Professori tedeschi di diritto penale tenutosi a Trier nel 1989, ove evocò la formula del «crepuscolo della legge penale»⁵⁹.

In secondo luogo, con riferimento alla legislazione, non può non sottolinearsi il fenomeno relativo allo scemare generalizzato della fiducia nella legge, ricollegabile alla perdita di autorevolezza del legislatore, incapace di provvedere in modo organico alla soluzione dei temi cruciali del diritto penale, ma pronto a inseguire confusamente con nuove leggi problemi e aspetti marginali del diritto penale, spesso legati a situazioni ed esigenze promananti da ristretti gruppi di interesse. Ciò provoca al contempo un eccesso e un difetto di legislazione e favorisce l'intervento della giurisprudenza, volto sia a disapplicare le leggi particolari sia a introdurre ortopedie correttive e integratrici che colmino le lacune sui temi generali.

In terzo luogo occorre denunciare la responsabilità di una parte della letteratura scien-

⁵⁸ H.J. HIRSCH, *Zum Spannungsverhältnis von Theorie und Praxis im Strafrecht*, in *Festschrift für Tröndle*, Berlin, 1989, ora in G. KOHLMANN (a cura di), *Strafrechtliche Probleme*, Berlin, *Schriften aus drei Jahrzehnten*, Berlin, 1999, 112.

⁵⁹ Cfr. V. KREY, *Gesetzestreue und Strafrecht*, in *ZStW*, 1989, 838 ss., in particolare 872, ove ripete l'espressione da lui usata in precedenza in *Zur Problematik richterlicher Rechtsfortbildung contra legem*, in *Juristen Zeitung*, 1978, 428: «Götterdämmerung des Gesetzes». Sul Congresso dei Professori tedeschi e sulla crisi della legalità nel diritto penale sostanziale cfr. DOLCINI, *Leggi penali*, cit., 50 ss.