

2. Il principio di legalità

Massima espressione della sovranità nelle diverse epoche storiche, in perenne conflitto tra funzioni di tutela e di garanzia, il diritto penale trova fondamento e limite nel principio di legalità, espresso attraverso il brocardo «*nullum crimen, nulla poena sine lege*», che postula l'attribuzione al potere legislativo del monopolio della identificazione e della disciplina dei fatti da qualificare come reati e delle sanzioni da applicare¹. La massima, tuttavia, non trae origine dal diritto romano, ma fu enunciata dal tedesco Feuerbach².

Il principio di legalità nasce nel periodo illuministico, come reazione all'assolutismo politico ed allo Stato di polizia, a garanzia del cittadino dagli abusi tanto del potere esecutivo, quanto di quello giudiziario. Il suo sviluppo avviene su una duplice direttiva: costituzionale e di edificazione del sistema penale moderno.

Sotto il primo profilo l'impulso fondamentale è venuto dall'elaborazione della teoria della separazione dei poteri³, per la quale se il fine dello Stato è quello di assicurare la libertà è necessario che i poteri pubblici siano tre e siano tra loro distinti, poiché, se fossero concentrati in capo a un solo soggetto, si aprirebbe la strada all'arbitrio: «quando il potere di legiferare e quello di dare esecuzione alle leggi sono riuniti nella stessa persona o nello stesso organo dello Stato, non esisterebbe libertà, perché si può temere che lo stesso monarca o lo stesso Senato creino leggi tiranniche per tirannicamente eseguirle». La necessità di separare il potere legislativo, sia dal potere esecutivo che da quello giudiziario, è avvertita soprattutto in riferimento alla libertà del cittadino in campo penale: «tutto sarebbe perduto se lo stesso uomo, o lo stesso corpo di maggiorenti, o di nobili, o di popolo, esercitasse questi tre poteri: quello di fare le leggi, quello di eseguire le decisioni pubbliche e quello di giudicare i crimini».

Sotto il secondo profilo l'esigenza di una stretta legalità del reato e delle pene muove dall'osservazione immediata e diretta del sistema penale⁴: «le sole leggi possono decretare le pene su i delitti». Inoltre il monopolio del legislatore deve spaziare dappertutto: non solo nessun reato e nessuna pena possono essere sanciti al di fuori della legge, ma è alla legge che spetta il compito di disciplinare i casi che giustifichino la carcerazione preventiva e gli indizi che possono assumere il valore di prova. La legge è lo strumento più idoneo a disciplinare il diritto penale in quanto è espressione della volontà popolare: «il diritto di punire non può risiedere che presso il legislatore che rappresenta tutta la società unita per contratto sociale».

¹ A rafforzare tale principio soccorre l'indicazione che la legge deve essere «*scripta, stricta, certa et previa*».

² FEURBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts*, III ed, Giessen 1812.

³ MONTESQUIEU, *De l'Esprit de Lois*, 1748.

⁴ BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, 1766.

Il principio di legalità compare nel codice penale del 1930, il quale prevede all'art. 1 che *“Nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite”* ed all'art. 199, che lo estende alle misure di sicurezza: *“Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza che non siano espressamente stabilite dalla legge e fuori dai casi dalla legge stessa preveduti”*. Detto principio è stato recepito dalla Costituzione, il cui art. 25, comma 2 recita che *“Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso”*, mentre il comma 3 stabilisce che *“Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge”*.

A livello internazionale vanno ricordate la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (art. 7, comma 1, legge 4 agosto 1955, n. 848), nonché la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 49).

La consolidata affermazione secondo cui il principio di legalità trova fondamento innanzitutto nell'art. 25, comma 2 Cost. è corretta a patto di osservare che la formula ivi contenuta (*“nessuno può essere punito se non in forza di una legge entrata in vigore prima del fatto commesso”*) appare indirizzata più sul principio di irretroattività, stabilendo che la legge penale può applicarsi solo ai fatti commessi dopo la sua entrata in vigore.

Ai sensi della norma costituzionale si è puniti in forza di una legge che prevede il fatto, ai sensi della norma ordinaria si è puniti per un fatto previsto come reato dalla legge.

La formulazione del codice penale costituisce la tradizionale esplicitazione del principio di legalità, sia formale che sostanziale, assegnando priorità al dato astratto (secondo lo schema norma-fatto-effetto); la formulazione della Costituzione assegna priorità al dato concreto (secondo lo schema fatto-norma-effetto), qualificando il fatto non dal punto di vista legale (come reato), ma da quello reale (come fatto commesso), agganciandolo alla dimensione temporale.

La scelta è chiaramente nel senso di porre al legislatore un vincolo che non è puramente giuridico, ma costituisce il prodotto di un limite esterno, rinveniente dall'appartenenza del reato al mondo fenomenico e, dunque, al dominio scientifico. Il Costituente, pertanto, collega la legalità all'irretroattività per evidenziare la valenza storica del reato, connotandolo non tanto per la sua qualificazione normativa, quanto per ciò in cui consiste, come accadimento prodotto dall'uomo.

La dottrina è unanime nel ritenere implicito nella formulazione testuale il richiamo al principio di determinatezza, o ravvisandone un'indicazione evocativa nella locuzione secondo cui la punizione deve avvenire *“in forza”* di una legge (la quale evidenzerebbe che il fatto tipico deve analiticamente incardinarsi nel precetto normativo⁵), ovvero ascrivendola alla natura assoluta della

⁵ L'argomento è corroborato dal raffronto con le altre disposizioni costituzionali che prevedono una riserva di legge, in particolare con l'art. 23, che utilizza la locuzione *“in base”* alla legge, da cui si evince la diversa intensità del vincolo imposto al legislatore.

riserva di legge (la quale implicherebbe, pena il suo svuotamento, che il legislatore debba definire interamente la disciplina della fattispecie⁶), e per rafforzare tale linea ermeneutica definisce l'enunciato di determinatezza come principio di «stretta legalità».

È più corretto, invece, riferirsi alla struttura della proposizione costituzionale, che autorizza il legislatore a utilizzare la sua potestà di incriminazione sul duplice presupposto che un fatto sia stato commesso e che ciò sia accaduto dopo l'entrata in vigore di una legge che lo preveda: non potrebbe la legge qualificare un fatto concreto se nell'ambito della fattispecie astratta non lo descrivesse puntualmente. Se, come detto, l'art. 25 comma 2 Cost. predica che il legislatore tenga conto del rapporto tra legge e categorie della realtà, ciò implica che gli sia prescritta una tecnica di descrizione del fatto capace di riportare la realtà nella norma, descrivendo accuratamente il fatto tipico.

Dall'esegesi normativa si trae, dunque, il duplice valore del principio di legalità: formale e sostanziale, che non è speculare alla duplice nozione di reato. La proposizione «*legalità formale: reato formale = legalità sostanziale: reato sostanziale*» è falsa. La legalità sostanziale, colorando la legalità formale, riempie la definizione formale di reato: il principio di legalità sostanziale è un elemento della concezione formale-sostanziale del reato.

La legalità unitariamente considerata attiene al rapporto tra legge e fattispecie penale: sotto il profilo formale fissa la legittimazione della norma a prevedere il reato, sotto il profilo sostanziale disciplina il grado di penetrazione della norma nel contenuto del reato. Alla legalità formale si collegano riserva di legge e irretroattività, a quella sostanziale determinatezza, tassatività e tipicità⁷.

2.1 La legalità formale

La legalità formale, vietando di punire un qualsiasi fatto che, al momento della sua commissione, non sia previsto dalla legge come reato e con pene che non siano dalla stessa stabilite, esprime una scelta politico-garantista, in ossequio al più generale principio del *favor libertatis*, e si articola nella riserva di legge e nella irretroattività.

⁶ A rigore è un argomento privo di efficacia dimostrativa, atteso che la riserva di legge assoluta vieta ad altre fonti di disciplinare la materia penale, ma non impone al legislatore di prevedere in termini puntuali la fattispecie. Completo non è determinato: a soddisfare la riserva di legge sarebbe sufficiente una norma che descrive interamente il fatto punito, a prescindere dal livello di determinatezza della descrizione. Tanto meno dalla riserva di legge assoluta si può far discendere l'obbligo per il legislatore di descrivere la fattispecie in termini corrispondenti agli accadimenti reali. Infine non è un modo di ragionare inconfutabile quello di accreditare un'interpretazione, sol perché l'altra appare foriera di conseguenze negative (nel senso che, se la norma costituzionale non esprimesse il principio di legalità sostanziale, sarebbe vulnerata l'assolutezza della riserva di legge).

⁷ Parte della dottrina (MARINI, *Enciclopedia del diritto*, voce *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, XXVIII, 1978) formula una diversa classificazione, distinguendo la riserva di legge dal principio di legalità, al quale ultimo sono ricondotti determinatezza, tassatività e tipicità (cd. stretta legalità). La classificazione tendenzialmente coincide con quella da noi adottata, ma è meno rigorosa (perché tradisce sia il dato normativo, sia quello concettuale) e precisa (perde il connotato unitario della legalità). Inoltre – il che è più grave – non riconosce le implicazioni scientifiche sottese alla *summa divisio* formale/sostanziale.

L'istituto della riserva di legge disciplina il concorso tra le fonti nella disciplina di una data materia, ponendo una regola in ordine all'esercizio della funzione legislativa; l'irretroattività non ha riguardo al rapporto tra la legge e le altre fonti, ma prende in considerazione la legge da cui discende la punibilità, dotandola dell'attributo – che è innanzi tutto un limite – della non retroattività.

La riserva di legge ha un duplice significato: vieta alle fonti subordinate alla legge di disciplinare gli oggetti ad essa riservati (aspetto negativo); impone al legislatore di disciplinare in modo completo quei medesimi oggetti (aspetto positivo)⁸.

Consistendo nella creazione di un vincolo a carico del legislatore, la riserva di legge è connaturata agli ordinamenti, come quello italiano, dotati di una costituzione rigida.

Le spiegazioni tradizionali sul fondamento della riserva assoluta di legge in materia penale sono insufficienti, perché di tipo politico.

Illuminante, invece, è la simmetria esistente tra la legge scientifica, quale legge di natura scoperta dalla comunità scientifica, e la legge giuridica, quale atto normativo posta da una comunità politica. Il nesso tra legge scientifica e legge giuridica si coglie mettendo a confronto il rispettivo procedimento di formazione, che per entrambi si svolge nelle stesse cinque fasi: osservazione della realtà, formulazione di un'ipotesi, sperimentazione, convalida dell'ipotesi, formalizzazione.

Il principio della riserva di legge investe il tema delle fonti del diritto penale, sotto un duplice profilo: individuazione dell'atto normativo cui è riservata la disciplina della materia, riparto di competenza tra fonte primaria ed altre fonti. Su questi temi, pertanto, si rinvia all'apposita sede.

Il principio di irretroattività della legge incriminatrice costituisce il «completamento logico»⁹ della riserva di legge: al vincolo nomologico della riserva di legge (*nullum crimen sine lege*) si aggiunge quello temporale del divieto di retroazione: *nullum crimen sine praevia lege poenali*.

La *ratio* storicamente riconosciuta del principio risiede nell'esigenza di garantire al singolo la libertà di scelta¹⁰: ognuno ha il diritto di non essere punito per fatti che, al momento della loro commissione, non erano penalmente sanzionati, o lo erano con pene più miti. Più che al dogma mitologico della certezza del diritto o a quello di «attualità» della legge (*tempus regit actum*), che

⁸ Completezza, come detto, che non coincide né con la precisione, né, soprattutto, con la determinatezza empirica della norma.

⁹ MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 78.

¹⁰ La prima esplicita formulazione normativa si trova, non a caso, nell'art. 8 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 (*Nul ne peut être puni, qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée*). Da allora ha costituito una costante degli ordinamenti di civil law, mentre è rimasto estraneo agli ordinamenti di *common law*, dove però il vincolo del giudice alle decisioni precedenti può determinare un effetto pratico simile. Nel nostro ordinamento una deroga al principio di irretroattività si ebbe con decreto legislativo luogotenenziale 27 luglio 1944, n. 159, il quale prevedeva la punizione di «delitti fascisti» e di collaborazionismo con i tedeschi.

pure esprimono forti influenze, il principio di irretroattività trova fondamento, dunque, sul piano politico del *favor libertatis*, quale garanzia della libertà personale del cittadino nei confronti degli abusi del potere legislativo.

Pur senza negare tale fondamento, anzi ricongiungendosi ad esso, in una più moderna visione l'essenza del principio si coglie nella sottoposizione dell'ordinamento penale alle leggi scientifiche, le quali – almeno nella fisica classica – spiegano la realtà in base a meccanismi di successione causale ordinati secondo uno schema temporale lineare.

Sfornito di copertura costituzionale è invece lo speculare principio di retroattività della legge penale più favorevole, contenuto nell'art. 2, commi 2 e 4 del codice penale. Esso trova un fondamento indiretto nell'art. 3, comma 1 Cost., che impone di trattare in modo uguale situazioni uguali, ma in modo diverso situazioni diverse; sicché rientra nella discrezionalità del legislatore modularne l'applicazione, sacrificandolo in favore di interessi di analogo rilievo, purché le deroghe siano sorrette da giustificazioni oggettivamente ragionevoli¹¹.

2.3 La legalità sostanziale

Il principio di legalità sostanziale ha, come anticipato, tre articolazioni: determinatezza, tassatività e tipicità. Determinatezza e tassatività sono vincoli nella costruzione della fattispecie, ma il primo riguarda il modo di costruzione della norma e il secondo l'effetto della norma determinata; la tipicità, invece, è un vincolo nella qualificazione della fattispecie come illecito penale.

Determinatezza e tassatività sono spesso utilizzati come sinonimi, mentre la dottrina è più attenta a distinguerli, individuando un rapporto di continenza¹²: la determinatezza è una qualità della fattispecie redatta in termini precisi e concordanti, che indica l'idoneità della legge ad essere conosciuta in sé stessa e nel significato che esprime; la tassatività è un concetto più ristretto, riconducibile al divieto di limitazione della libertà personale fuori dei "casi e dei modi" previsti dalla legge (art. 13 Cost.) e al divieto di analogia. Questa distinzione, di per sé corretta, non evidenzia però il dato ontologico di ciascun principio.

La determinatezza attiene al rapporto tra il precetto e il fatto. È una regola per la costruzione dei presupposti dell'incriminazione, cioè un principio tecnico di descrizione del reato, e postula che la norma penale rappresenti il fatto tipico in modo preciso e concretamente verificabile, al fine di rendere chiara ed accertabile la situazione che viene punita¹³.

La tassatività riguarda, invece, il rapporto tra il precetto e la sanzione. È una regola per la costruzione degli effetti dell'incriminazione, cioè un principio tecnico di imputazione della pena, e

¹¹ Cfr. Corte cost., n. 394 del 2006.

¹² PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979.

¹³ «Ciò che nessun giudice può provare, infatti, neppure il legislatore può assumere come oggetto dei suoi divieti».

postula che la norma penale sia a fattispecie esclusiva, al fine di realizzare una perfetta corrispondenza tra situazione punita ed effetti penali. Nel principio di tassatività trova fondamento il divieto di analogia in *malam partem* (art. 14 delle Preleggi), nonché il divieto di impiegare esemplificazioni e clausole di chiusura nella redazione delle norme incriminatrici. Tuttavia la Corte costituzionale ha ritenuto ammissibili esemplificazioni, dichiarando conformi a Costituzione norme che impiegano espressioni quali «mestieri analoghi» e «attività similari»¹⁴.

La tipicità riguarda il rapporto tra precetto, fatto e sanzione. La tipicità si salda alla determinatezza, atteso che la sussunzione del fatto storico nella fattispecie legale richiede che questa sia chiaramente definita, ed alla tassatività, poiché il numero chiuso dei reati è garantito nella misura in cui le fattispecie incriminatrici sono tassative.

Passando ad inquadrare i tre principi nell'inferenza sulla responsabilità penale:

Determinatezza

PREMESSA MINORE	PREMESSA MAGGIORE	CONCLUSIONE
Fatto	Norma	Effetto

Il principio di determinatezza disciplina il rapporto tra fatto e norma, cioè la struttura del precetto.

Tassatività

PREMESSA MINORE	PREMESSA MAGGIORE	CONCLUSIONE
Fatto	Norma	Effetto

Il principio di tassatività disciplina il rapporto tra norma ed effetto, cioè il nesso tra precetto e sanzione.

Tipicità

PREMESSA MINORE	PREMESSA MAGGIORE	CONCLUSIONE
Fatto	Norma	Effetto

Il principio di tipicità disciplina l'intera sequenza fatto-norma-effetto, che nelle coppie fatto-norma e norma-effetto è disciplinata dai principi di determinatezza e tassatività.

Il principio di tipicità interessa in primo luogo la fattispecie astratta, cioè il fatto previsto dalla norma o, se si preferisce, la figura legale del fatto.

¹⁴ Corte Cost. n. 27 del 1961 e 120 del 1963.

La tipizzazione di un illecito si articola di solito su due piani: azione ed evento. Il disvalore d'azione e quello di evento insieme connotano il disvalore integrale del fatto, e il principio di tipicità non può che abbracciare entrambi.

Il reato è anzitutto «illecito di lesione», ragion per cui il principio di tipicità si collega al principio di offensività, il quale predica la descrizione del fatto in termini di lesività: se nell'ordinamento penale vige il principio di tipicità, la lesività non può che essere interna al fatto tipico. Ciò pone il problema dell'eventuale scarto tra il grado di offesa astrattamente fissato dal legislatore e quello concretamente verificatosi.

Ma il reato è anche «illecito di modalità di lesione», essendo anzi questo uno dei tratti distintivi dall'illecito civile, ragion per cui il principio di tipicità si collega a quello di frammentarietà, postulando una previsione astratta che illumini tutti gli aspetti del fatto non affluenti all'evento (presupposti, qualifiche del soggetto attivo, modalità della condotta, oggetto materiale, etc.).

Il regno della tipicità è la parte speciale del diritto penale, dove ogni singola ipotesi di reato viene costruita in modo da evidenziare le forme di aggressione penalmente rilevanti. La tipicità normativa riecheggia la tipicità sociale: l'«immagine» di un fatto è nitida agli occhi di chi la guarda nella misura in cui costui la riconosca nella propria realtà. Il legislatore ha l'onere di studiare questa realtà e costruire la fattispecie a sua somiglianza, onde consentire l'identificazione della (e nella) norma da parte dei consociati. In tal senso ben può dirsi che il significato di «fattispecie» come «figura del fatto» è biunivoco: da un lato designa la descrizione normativa di un fatto, dunque il formale predominio della legge; dall'altro indica che la legge deve effettuare una descrizione conforme alla fenomenologia del fatto, dunque il sostanziale predominio della realtà.

Dal punto di vista logico il principio di determinatezza è prioritario, poiché da esso dipende la natura deduttiva dell'inferenza sulla responsabilità penale: la determinatezza della norma (premessa maggiore) conferisce certezza al passaggio dalla premessa minore (il fatto) alla conclusione (la sanzione). Tanto soddisfa due fondamentali istanze: circoscrivere il ruolo creativo dell'interprete, evitando che sia il giudice a individuare, in luogo del legislatore, i confini tra il lecito e l'illecito (art. 101, comma 2 Cost.); presidiare la libertà del cittadino (art. 13 Cost.), il quale deve poter conoscere in ogni momento cosa gli è vietato alla stregua di leggi precise e chiare, contenenti direttive intellegibili di comportamento.

Il principio di determinatezza opera a due livelli: legislativo e giurisdizionale.

In primo luogo è un obbligo per il legislatore, la cui violazione implica l'illegittimità costituzionale della norma incriminatrice. In secondo luogo costituisce un criterio dell'interpretazione giudiziale, orientando l'esegesi testuale e portando a privilegiare interpretazioni dichiarative (*dixit quam voluit*) della disposizione di legge.

Il principio di determinatezza ha due corollari: la precisione la determinatezza in senso empirico.

La precisione attiene alla rappresentazione linguistica del fatto punito. In materia penale il linguaggio richiede una particolare accuratezza, per le seguenti ragioni:

- la discrezionalità del giudice è legata all'interpretazione del testo, poiché il linguaggio normativo non ha un codice di decifrazione matematico, e spetta al legislatore utilizzare i termini più idonei e dettagliati rispetto al significato perseguito e metterli in relazione tra di loro, evitando o riducendo le ambiguità;
- la libertà di autodeterminazione del singolo e la protezione dei suoi diritti sono direttamente proporzionali alla chiarezza e specificità degli obblighi di comportamento, sicché spetta al legislatore di assicurarli attraverso una puntuale descrizione del fatto incriminato;
- la colpevolezza per il fatto di reato è subordinata alla comprensione del precetto penale, cioè all'accorciamento della distanza che corre tra disposizione e norma;
- la funzione di orientamento e di prevenzione della sanzione penale può efficacemente realizzarsi solo quando il destinatario riconosca i presupposti per l'erogazione della pena fissati dalla norma, il che implica la puntuale descrizione del fatto incriminato;
- l'esercizio del diritto di difesa dell'imputato da un lato, e il corretto svolgimento dell'attività di accertamento e repressione dei reati da parte dello Stato dall'altro, esigono che i soggetti privati e pubblici coinvolti nell'applicazione della norma penale siano a conoscenza del suo esatto significato.

Il principio di precisione implica la fissazione di parametri che guidino il legislatore nella descrizione lessicale e sintattica del fatto tipico. Per verificare il rispetto di tali parametri si deve considerare la tecnica legislativa impiegata, che dipende da due variabili: il contenuto e la struttura della fattispecie penale.

Sotto il primo profilo viene in rilievo la distinzione tra contenuto analitico e contenuto sintetico. Le formule analitiche possono realizzarsi attraverso il metodo casistico o il metodo definitorio. Le formule sintetiche si realizzano tramite operazioni di astrazione del reale, che si avvalgono di termini simbolici, evocativi di fatti e situazioni nei loro contorni essenziali.

In Italia, come negli altri ordinamenti occidentali, prevalgono le formulazioni sintetiche, che possono avvalersi tanto di elementi descrittivi, quanto di elementi normativi.

La distinzione è stata elaborata in Germania nei primi anni del 1900¹⁵, nell'ambito degli studi sul *Tatbestand*, al fine di distinguere sotto il profilo intrinseco le componenti dell'illecito penale. Secondo tale ricostruzione gli elementi descrittivi sono concetti empirici, definiti da leggi

¹⁵ MAYER, *Lehburch Allg. Teil*, 1915.

scientifiche, che l'interprete coglie attraverso un giudizio interno alla norma penale¹⁶; gli elementi normativi sono concetti valutativi, che fanno riferimento a un complesso di regole – non scientifiche – codificato al di fuori del sistema penale¹⁷.

L'opzione tra elementi descrittivi e normativi è motivata da ragioni di carattere funzionale, poiché è solo dal tipo di fatto incriminato che può desumersi lo strumento linguistico più adatto ad assicurare la determinatezza della fattispecie.

Gli elementi descrittivi sono impiegati nella formulazione di reati naturalistici, o per la descrizione di aspetti secondari nei reati tecnici. Essi possono coesistere anche con elementi di matrice culturale, che orientano il disvalore di un fatto materialmente neutro (es. atti osceni).

In ordine decrescente di precisione, si distinguono:

1. elementi quantitativi numerici: “tre o più persone” (art. 416 c.p.);
2. elementi qualitativi forti: “morte di un uomo” (art. 575 c.p.), “malattia nel corpo o nella mente” (art. 582 c.p.);
3. elementi qualitativi deboli: “atti sessuali” (art. 609-bis c.p.), “rissa” (588 c.p.);
4. elementi quantitativi non numerici: “molto”, “poco”, “rilevante”.

Gli elementi normativi sono impiegati per la formulazione di singole componenti dei reati naturalistici, ovvero dell'intero fatto tipico o di una sua quota significativa nei reati tecnici. Il ricorso a elementi normativi è altresì necessario per la configurazione di reati culturali, in cui il disvalore della fattispecie è incentrato su dati elastici, di natura etico-sociale.

In ordine decrescente di precisione, si distinguono:

1. elementi normativi di fonte giuridica: è l'ipotesi dei delitti contro la pubblicazione amministrazione (es. art. 323 c.p.) e dei delitti contro il patrimonio (es. art. 644 c.p.);
2. elementi normativi di fonte tecnica non giuridica: è l'ipotesi dei reati colposi (es. art. 449 c.p.), nonché di molti reati previsti da leggi complementari;
3. elementi normativi di fonte etico e/o sociale: è l'ipotesi dei delitti contro la morale pubblica (es. art. 527 c.p.) e delle contravvenzioni concernenti la polizia dei costumi (es. art. 726 c.p.).

¹⁶ Nell'uso dottrinale perché un elemento sia considerato descrittivo non è sufficiente che riposi su leggi scientifiche, occorrendo anche che sia di comune esperienza, così che l'interprete possa individuarne il significato immediatamente. Tuttavia si tratta di una visione che va aggiornata: muovendo dall'assunto che il processo di integrazione della legge scientifica con la norma penale sia immanente alla natura ed alla funzione dell'ordinamento penale, ogni qualvolta il legislatore impiega elementi desunti dalle scienze naturali la fattispecie ha carattere descrittivo. Inoltre gli elementi di comune esperienza richiedono pur sempre di essere incasellati in categorie generali, in grado di attribuirgli un significato. Il problema, piuttosto, sorge allorché il significato scientifico vada adattato allo scopo della norma penale.

¹⁷ La dottrina italiana distingue i giudizi di valore in oggettivi e soggettivi: sono oggettivi quelli che si richiamano ad un criterio di valutazione, o valore, già esistente nell'ambito di un determinato sistema di valori. Si possono, invece, definire soggettivi quei giudizi di valore la cui formulazione il legislatore rimanda al giudice.

Gli elementi di fonte etico e/o sociale destano dubbi in ordine alla compatibilità con il principio di determinatezza, appartenendo alla classe degli elementi elastici, in cui l'identificazione del significato dipende da una scelta culturale, rimessa alla discrezionalità del giudice¹⁸.

La giurisprudenza costituzionale ha assunto una posizione favorevole all'ammissibilità di siffatti concetti, affermando che l'inclusione nella formula descrittiva dell'illecito penale di espressioni sommarie, di vocaboli polisemi, ovvero di concetti elastici, non comporta una lesione del parametro di determinatezza qualora la descrizione complessiva del fatto incriminato consenta comunque al giudice – avuto riguardo alle finalità perseguite dall'incriminazione ed al più ampio contesto ordinamentale in cui essa si colloca – di stabilire il significato del singolo elemento, mediante un'operazione interpretativa non esorbitante dall'ordinario compito a lui affidato: quando cioè quella descrizione consenta di esprimere un giudizio di corrispondenza della fattispecie concreta alla fattispecie astratta, sorretto da un fondamento ermeneutico controllabile, e, correlativamente, permetta al destinatario della norma di avere una percezione sufficientemente chiara ed immediata del relativo valore precettivo¹⁹.

Anche gli elementi normativi elastici possono, dunque, garantire una sufficiente precisione alla fattispecie penale, se l'interpretazione sistematica e teleologica consente di colmare quel *deficit* di univocità nel significato che tali termini implicano.

Emblematica degli orientamenti giurisprudenziali è la questione relativa all'interpretazione del delitto di atti osceni.

La Corte costituzionale, investita della questione, ha affermato che «gli artt. 527, 528 e 529 cod. pen., che puniscono gli atti, le pubblicazioni e gli spettacoli osceni, qualificandoli come quelli che, secondo il comune sentimento, offendono il pudore, non contrastano con il principio di legalità, garantito dall'art. 25, 2° comma, della Costituzione. Detto principio viene rispettato dal legislatore, non solo con la tassativa descrizione delle fattispecie penali, ma, quando appare necessario, come nel caso di tutela di beni immateriali, altresì con il ricorso a nozioni proprie dell'intelligenza comune, che egualmente consentono di individuare con certezza il precetto e di giudicare se una determinata condotta lo abbia o meno violato. [...] Quando la legge penale prevede la tutela di beni immateriali (con il decoro, l'onore, la reputazione, il prestigio, la decenza ed altri) il ricorso a nozioni proprie del linguaggio e dell'intelligenza comuni, è inevitabile. [...]. Per quanto attiene, in particolare, alla difesa del pudore, il rinvio alla morale, al buon costume, e nominativamente al

¹⁸ FIANDACA-MUSCO, *Diritto Penale, Parte generale*, III ed., 1995: «Se si tratta invece di elementi normativi extragiuridici, cioè rinvianti a norme sociali e di costume [...], il parametro di riferimento diventa inevitabilmente incerto e sorgono forti dubbi circa il limite discrezionale tra rispetto di un sufficiente livello di determinatezza e carattere indefinito dell'elemento del fatto di reato».

¹⁹ Corte cost. n. 327 del 2008; n. 5 del 2004; n. 34 del 1995; n. 31 del 1995; n. 122 del 1993; n. 247 del 1989.

comune sentimento (art. 529 cod. pen.) è legittimo, trattandosi di concetti diffusi e generalmente compresi, sebbene non suscettibili di una categorica definizione»²⁰.

La Corte di cassazione ha contribuito a rendere determinata la fattispecie, preoccupandosi già in tempi remoti di chiarire la nozione di atti osceni, ancorandola sia alla percezione sensoriale, sia alla valutazione morale e sociale, da condursi in base alla figura dell'agente modello, rappresentativo della sensibilità media del popolo italiano attorno alle manifestazioni ed ai fatti di indole sessuale nell'attuale momento storico²¹.

Così impostata la questione tende, appunto, a degradare dal profilo dell'indeterminatezza della fattispecie penale a quella della sua interpretazione, esposta ad oscillazioni fisiologiche e inevitabili, essendo il precetto calibrato su valori storicamente mutevoli, inadatti ad essere cristallizzati in forme delimitate.

A siffatta trama di argomentazioni è agevole replicare che l'alternativa, più aderente al quadro costituzionale ed al ruolo privilegiato che nel sistema penale devono avere le leggi scientifiche, è quella di restringere la portata applicativa della fattispecie, individuando in base alle scienze morali le situazioni tipo in cui nel momento storico di riferimento un determinato atto può considerarsi osceno²².

Il secondo profilo del principio di precisione attiene alla struttura della fattispecie penale, che può essere a forma libera (o aperta) ovvero a forma vincolata (o chiusa).

Dall'analisi dei singoli reati previsti nel codice penale e nella legislazione complementare emerge, infatti, come l'illecito penale possa essere formulato in termini ampi, incentrato sulla produzione dell'evento, oppure in termini ristretti, mercé la previsione delle modalità della condotta.

Nell'ambito delle fattispecie a forma libera l'esempio più efficace è il reato di omicidio volontario (art. 575 c.p.), che punisce "*chiunque cagiona la morte di un uomo*", incriminando

²⁰ Corte cost. n. 191 del 1970.

²¹ Cass. sez. III, n. 1809 del 1977: «nella nozione di osceno la legge assume ad oggetto di tutela un fenomeno biologico umano qual è il pudore, che si esprime in una reazione, emotiva, immediata ed irreflessa, di disagio, turbamento e repulsione in ordine a organi del corpo o comportamenti sessuali che, per ancestrale istintività, continuità pedagogica, stratificazione di costumi ed esigenze morali, tendono a svolgersi nell'intimità o nel riserbo. Poiché tale reazione emotiva è variabile di tono, in relazione alle varie componenti della comunità e alle esigenze morali e alla evoluzione del costume, la legge ha commisurato la tutela del pudore al sentimento di esso diffuso nella comunità stessa, con ciò adombrando anche il momento valutativo del fenomeno, poiché il sentimento, diversamente dal senso, coinvolge anche una valutazione positiva, sul piano morale ed etico, dell'atteggiamento psicologico di verecondia penalmente protetto. Nel porre, infine l'attributo "comune" la formula normativa ha poi inteso da un lato escludere il metro individuale o minoritario del pudore, che potrebbe peccare di eccesso o di difetto, dall'altro accordare rilievo a criteri di identificazione del medesimo che ne colgano la estensione e la intensità nella coscienza sociale in ragione della sua larga diffusione e della sua normale presenza nei soggetti la cui personalità è in via di formazione o si sia già formata».

²² Nulla impedisce, infatti, al legislatore di adeguare periodicamente la fattispecie alle mutate coordinate sociali, sicché non è la sua inattività a poter giustificare oscillazioni ermeneutiche. Il giudice deve ricercare il significato obiettivo del concetto nelle scienze morali (letteratura, arti figurative, musica, cinema, filosofia, morale laica, morale cattolica).

qualsiasi condotta dolosa idonea a provocare la morte di una persona, in ragione della valenza primaria del bene protetto. Le fattispecie a forma vincolata sono più frequentemente poste a presidio di valori non inerenti la persona e di natura ideale, piuttosto che materiale (pubblica amministrazione, fede pubblica), oppure di interessi meno significativi (patrimonio).

La fattispecie a forma libera si presenta meno precisa rispetto a quella vincolata, poiché la condotta non è dettagliata. Ciò, di per sé, non è in conflitto con il principio di determinatezza, che in siffatte ipotesi viene ad essere soddisfatto mercé una corretta ricostruzione del rapporto di causalità.

Se però alla genericità della condotta si accompagna una scarsa precisione dell'evento, la fattispecie si presenta poco determinata. Si pensi al delitto di favoreggiamento della prostituzione, che incrimina qualunque condotta di ausilio della prostituzione (art. 3, n. 8 della legge 75/1958: "*chiunque in qualsiasi modo favorisca o sfrutti la prostituzione altrui*"), o al disastro innominato, che punisce "*chiunque, fuori dei casi preveduti dagli articoli precedenti, commette un fatto diretto a cagionare il crollo di una costruzione o di una parte di essa ovvero un altro disastro [...], se dal fatto deriva pericolo per la pubblica incolumità*" (art. 434 c.p.). La Corte costituzionale, tuttavia, ha respinto la questione di incostituzionalità, con una motivazione assai utile per comprendere come operi il principio di precisione nelle fattispecie a forma libera²³.

²³ Corte cost. n. 328 del 2008.

Il concetto di "disastro", su cui gravita – nella cornice di una fattispecie a forma libera o causalmente orientata – la descrizione del fatto contemplato dall'art. 434 c.p. e da cui dipende la determinatezza del reato, pur presentandosi di per sé scarsamente definito, può essere sufficientemente precisato alla luce delle finalità dell'incriminazione e della sua collocazione nel sistema dei delitti contro la pubblica incolumità. L'art. 434 c.p., nella parte in cui punisce il disastro innominato, assolve ad una funzione di chiusura del predetto sistema, mirando a colmare eventuali lacune nella tutela della pubblica incolumità, anche in correlazione all'incessante progresso tecnologico, che fa continuamente affiorare nuove fonti di rischio e, con esse, ulteriori e non preventivabili modalità di aggressione del bene protetto. La tecnica legislativa adottata, per cui all'elencazione di una serie di casi specifici (ivi compreso quello previsto dallo stesso art. 434 c.p. di crollo di edifici) segue un concetto di genere qualificato dall'aggettivo "altro", milita in favore di una ricerca sistematica del suo significato, da farsi alla luce dalle specie preliminarmente enumerate, in quanto appartenenti allo stesso genere.

I criteri ora indicati convergono nel senso che "altro disastro" è un accadimento sì diverso, ma comunque omogeneo, sul piano delle caratteristiche strutturali, rispetto ai disastri contemplati negli altri articoli compresi nel capo relativo ai «delitti di comune pericolo mediante violenza». Dal complesso delle norme che incriminano i disastri tipici (inondazione, frana, valanga, disastro aviatorio, disastro ferroviario, ecc.) è possibile ricavare dei tratti distintivi comuni che illuminano e circoscrivono la valenza del concetto di genere "disastro". Tale operazione consente di individuare due profili che ne qualificano la nozione: in primo luogo, sul piano dimensionale, si deve essere al cospetto di un evento distruttivo di proporzioni straordinarie, anche se non necessariamente immani, atto a produrre effetti dannosi gravi, complessi ed estesi; in secondo luogo, sul piano della proiezione offensiva, l'evento deve provocare un pericolo per la vita o per l'integrità fisica di un numero indeterminato di persone; senza che peraltro sia richiesta anche l'effettiva verifica della morte o delle lesioni di uno o più soggetti.

Il diritto vivente accredita la nozione appena delineata. Fermo restando che l'esistenza di interpretazioni giurisprudenziali costanti non vale, di per sé, a colmare l'eventuale originaria carenza di precisione del precetto penale, la stessa vale a confermare la possibilità di identificare, sulla scorta di un ordinario percorso ermeneutico, la più puntuale valenza di un'espressione normativa in sé ambigua, generica o polisensa.

Anche la locuzione "pericolo per la pubblica incolumità", nella quale si compendia il momento dell'offesa all'interesse protetto, risulta sufficientemente definita, dovendosi intendere «nel suo preciso significato filologico, ossia come un bene, che riguarda la vita e l'integrità fisica delle persone» (da ritenere naturalmente comprensiva anche della salute). Il pericolo per la pubblica incolumità viene cioè a designare la messa a repentaglio di un numero non preventivamente

Il principio di determinatezza è un vincolo perché l'ordinamento penale rispecchi la realtà, conseguendone l'obbligo per il legislatore non solo di utilizzare termini precisi, ma anche idonei a rappresentare fatti suscettibili di accadimento. Sotto questa angolazione non rileva più la tecnica di descrizione del fatto, quanto il fatto descritto, che deve essere chiaramente individuabile *in rerum natura*: è il cd. principio di determinatezza in senso empirico o di effettività.

Mentre ai fini del rispetto del principio di precisione il ricorso a leggi scientifiche è opportuno, ma non necessario e, talvolta, impossibile, ai fini del rispetto del principio di determinatezza in senso empirico l'impiego di leggi scientifiche è indispensabile, nel senso che il fatto tipico, definito attraverso leggi di natura, leggi giuridiche, leggi sociali, deve essere scrutinabile come realtà sensibile, cioè empiricamente riscontrabile.

Da quanto premesso risulta, pertanto, che la compiuta descrizione di una fattispecie penale non è sufficiente ai fini della legittimità costituzionale di una norma che, data la sua struttura e la sua formulazione astratta, non consenta una razionale applicazione concreta.

La questione della determinatezza in senso empirico è stata magistralmente affrontata dalla Corte costituzionale nella sentenza sul plagio²⁴.

L'art. 603 c.p. stabiliva che "*chiunque sottopone una persona al proprio potere, in modo da ridurla in totale stato di soggezione, è punito con la reclusione da cinque a quindici anni*". La norma è stata dichiarata incostituzionale per violazione del principio di tassatività o determinatezza²⁵.

Un primo dato di tensione con il suddetto principio è immediatamente percepibile, ed attiene all'uso dei termini di "potere" e "soggezione", non chiaramente definiti, nella misura in cui non vengano assunti nel loro significato giuridico²⁶.

Un secondo profilo emerge proprio considerando che, una volta esclusa la loro accezione giuridica, si configurano come elementi elastici connotativi di una realtà tipicamente umana, la cui identificazione sfugge al dominio delle categorie scientifiche, evocando un fenomeno interno alla psiche, di cui non vengono indicate le manifestazioni esteriori, che non risulta esattamente conoscibile, che in buona parte è governato da opzioni culturali²⁷.

individuabile di persone, in correlazione alla capacità diffusiva propria degli effetti dannosi dell'evento qualificabile come disastro.

²⁴ Corte cost. n. 96 del 1981.

²⁵ La Corte utilizza indifferentemente i due termini e così si farà nel testo riferendo il suo pensiero.

²⁶ Potere e soggezione sono, infatti, concetti di teoria generale del diritto ed, in particolare, delle posizioni giuridiche soggettive. Storicamente è tramontata la loro interpretazione in senso giuridico nell'ambito del delitto di plagio.

²⁷ I fenomeni psichici possono essere studiati nella loro dimensione neurologica, ma hanno componenti ulteriori, che si sottraggono alla medicina ed ai suoi referenti di scienza naturale (biologia, chimica). I termini della relazione disegnata dall'art. 603 c.p. non possono, dunque, che essere identificati tramite riferimento a regole sociali. Ma – è questo il punto decisivo – il delitto di plagio sembra proprio far riferimento ad un fatto suscettibile di immediato inquadramento naturalistico, calibrata su un rapporto "di forza" tra singoli, piuttosto che ad una situazione di emarginazione dal contesto sociale.

La Corte, dopo aver individuato la natura psichica del reato, sottolinea come la fattispecie si presenta irrealistica o, interpretata estensivamente, confusa con fenomeni ordinari nelle relazioni umane: «L'accertamento se l'attività psichica possa essere qualificata come persuasione o suggestione con gli eventuali effetti giuridici a questa connessi, nel caso del plagio non potrà che essere del tutto incerto e affidato all'arbitrio del giudice. Infatti in applicazione dell'art. 603 qualunque normale rapporto sia amoroso, sia di professione religiosa, sia di partecipazione a movimenti ideologici, sia di altra natura, se sorretto da un'aderenza cieca e totale di un soggetto ad un altro soggetto e sia considerato socialmente deviante, potrebbe essere perseguito penalmente come plagio. La formulazione letterale dell'art. 603 prevede pertanto un'ipotesi non verificabile nella sua effettuazione e nel suo risultato non essendo né individuabili né accertabili le attività che potrebbero concretamente esplicarsi per ridurre una persona in totale stato di soggezione, né come sarebbe oggettivamente qualificabile questo stato, la cui totalità, legislativamente dichiarata, non è mai stata giudizialmente accertata. Presupponendo la natura psichica dell'azione plagiante è chiaro che questa, per raggiungere l'effetto di porre la vittima in stato di totale soggezione, dovrebbe essere esercitata da persona che possiede una vigoria psichica capace di compiere un siffatto risultato. Non esistono però elementi o modalità per potere accertare queste particolari ed eccezionali qualità né è possibile ricorrere ad accertamenti di cui all'art. 314 c.p.p. non essendo ammesse nel nostro ordinamento perizie sulle qualità psichiche indipendenti da cause patologiche».

La conclusione della Corte è illuminante: «L'esame dettagliato delle varie e contrastanti interpretazioni date all'art. 603 c.p. nella dottrina e nella giurisprudenza mostra chiaramente l'imprecisione e l'indeterminatezza della norma, l'impossibilità di attribuire ad essa un contenuto oggettivo, coerente e razionale e pertanto l'assoluta arbitrarietà della sua concreta applicazione. Giustamente essa è stata paragonata ad una mina vagante nel nostro ordinamento, potendo essere applicata a qualsiasi fatto che implichi dipendenza psichica di un essere umano da un altro essere umano e mancando qualsiasi sicuro parametro per accertarne l'intensità. L'art. 603 c.p., in quanto contrasta con il principio di tassatività della fattispecie contenuto nella riserva assoluta di legge in materia penale, consacrato nell'art. 25 Cost., deve pertanto ritenersi costituzionalmente illegittimo».

2.3 La crisi del principio di legalità

Nonostante la portata granitica dei riferimenti costituzionali, la rigidità del principio è stata messa in discussione dall'atteggiamento creativo della giurisprudenza, che si è attribuita – specie di recente e persino esplicitamente – un ruolo paranormativo, teso a fornire un'interpretazione

consolidata in forza del diritto vivente, che integrerebbe il precetto ai fini del soddisfacimento della legalità sostanziale, intesa in via alternativa e non complementare alla legalità formale.

L'idea che il diritto vivente possa contribuire a soddisfare il dovere del legislatore di introdurre una norma concreta e determinata è di per sé fallace, perché, al principio generale di cui all'art. 101, comma 2, l'art. 25, comma 2 Cost. aggiunge un principio specifico in materia penale, di stretta legalità, il quale vieta un'interpretazione volta a integrare il precetto formale contenuto nella legge.

Essa, tuttavia, si avvale dell'art. 7, comma 1, della Cedu: “*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. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso*”.

La genericità dell'espressione trova una giustificazione di tipo teleologico nel perimetro applicativo della Cedu, sottoscritta sia da Stati di tradizione giuridica continentale di *civil law*, sia da Stati di tradizione giuridica anglosassone di *common law*, nei quali ultimi l'individuazione e la descrizione delle fattispecie penali non è istituzionalmente rimessa al solo potere legislativo, concorrendovi il formante giurisprudenziale attraverso il sistema dei *cases*²⁸. Nei sistemi di *common law*, infatti, il termine *law*, utilizzato nel testo inglese della Convenzione, non è traducibile nel senso continentale di legge, ma in quello più generico di diritto (oggettivo), comprensivo delle fonti scritte diverse dalla legge²⁹, delle fonti non scritte, nonché del *judge-made law*. Coerentemente, la Corte Edu ha sempre riconosciuto che «la nozione di “diritto” (*droit, law*) utilizzata dall'art. 7 C.E.D.U. [...] ricomprende(re) tanto il diritto scritto quanto quello non scritto»³⁰ e che la medesima «comprende il diritto di origine sia legislativa che giurisprudenziale ed implica delle condizioni qualitative, tra cui quella dell'accessibilità e della prevedibilità»³¹.

Ne consegue che il principio di legalità espresso dalla Cedu è privo della dimensione storica propria dei sistemi di *civil law*, nei quali è immancabilmente collegato al corollario della riserva di legge, mentre è concepito secondo una prospettiva storica, imperniata sui principi di irretroattività della fonte e della sua accessibilità e determinatezza, ritenuti «corollari speculari al diritto fondamentale dell'individuo alla previa conoscibilità dei comportamenti assoggettati a pena»³².

Le esigenze garantiste espresse dal principio della riserva di legge non sono state tuttavia totalmente pretermesse nella fonte convenzionale, come interpretata dalla giurisprudenza della

²⁸ M. CHIAVARIO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1969, p. 87 s.

²⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, 17 febbraio 2004, *Maestri contro Italia*, secondo la quale anche le delibere del CSM dotate del carattere delle generalità soddisfano il principio di legalità.

³⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, 22 novembre 1995, *S.W. e C.R. contro Regno Unito*.

³¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, 17 settembre 2009, *Scoppola contro Italia*, par. 99; 15 novembre 1996, *Cantoni c. Francia*, par. 29. Cass. civ., S. U., 11 luglio 2011, n. 15144.

³² C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2010, p. 84.

Corte Europea, che ha via via enucleato un concetto «materiale» di legalità, attento ai profili sostanziali piuttosto che a quelli formali, idoneo a soddisfare *standard* di garanzia che, secondo alcuni, sarebbero più elevati rispetto a quelli previsti dall'art. 25, comma 2, Cost. e che, in ogni caso, ad essi si aggiungono, ma non li sostituiscono³³. Al fondo, la valorizzazione del circolo ermeneutico tra la regola e i casi, teorizzato dalla filosofia ermeneutica, in forza del quale i contenuti delle regole prodotte dalle fonti scritte sono determinati in gran parte dalle loro applicazioni giudiziali.

Il concetto è stato espresso con particolare chiarezza proprio dalla Corte Edu, secondo cui, anche a causa del carattere generale delle leggi, «per quanto chiaro possa essere il testo di una disposizione di legge, ivi compresa una disposizione di diritto penale, esiste inevitabilmente un elemento di interpretazione giudiziaria. Bisognerà sempre chiarire i punti oscuri e adattarsi ai cambiamenti di situazione. Inoltre, la certezza, benché fortemente auspicabile, è spesso accompagnata da un'eccessiva rigidità; il diritto deve invece sapersi adattare ai cambiamenti di situazione. La funzione decisionale affidata alle giurisdizioni serve precisamente a dissipare i dubbi che potrebbero sussistere per quanto riguarda l'interpretazione delle norme (Kafkaris, già cit., § 141). Del resto è solidamente stabilito nella tradizione giuridica degli Stati parte alla Convenzione che la giurisprudenza, in quanto fonte di diritto, contribuisce necessariamente all'evoluzione progressiva del diritto penale (Kruslin c. Francia, 24 aprile 1990, § 29, serie A n. 176 A). Non si può interpretare l'articolo 7 della Convenzione nel senso che esso vieta la graduale chiarificazione delle norme in materia di responsabilità penale mediante l'interpretazione giudiziaria da una causa all'altra, a condizione che il risultato sia coerente con la sostanza del reato e ragionevolmente prevedibile (Streletz, Kessler e Krenz c. Germania [GC], n. 34044/96, 35532/97 e 44801/98, § 50, CEDU 2001 II)³⁴.

Le Sezioni Unite penali³⁵, richiamandosi all'indirizzo europeo, hanno relativizzato la portata nell'ordinamento interno del principio di legalità, prospettandone una visione allargata, secondo cui la norma è data dal connubio tra il prodotto dell'attività formale del legislatore (la disposizione) e l'attività concretizzatrice della giurisprudenza³⁶.

³³ Cfr. V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in V. MANES – V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, p. 107, secondo cui la diversa latitudine del principio di legalità espresso dalla Cedu non darebbe per questo luogo a un conflitto insanabile con i principi costituzionali in materia penale. C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2010, p. 84.

³⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, 17 settembre 2009, *Scoppola contro Italia*, par. 100 e 101.

³⁵ Cass. pen., sez. un., 13 maggio 2010, n. 18288.

³⁶ «L'art. 7 CEDU, pur enunciando formalmente il solo principio di irretroattività, è stato interpretato dalla giurisprudenza e dalla dottrina nel senso che esso delinea, nell'ambito del sistema europeo di tutela dei diritti dell'uomo, i due fondamentali principi penalistici *nullum crimen sine lege* e *nulla poena sine lege*. Il principio di legalità permea di sé l'intero impianto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, molteplici essendo le disposizioni di questa che richiamano il concetto di legalità o la nozione di legge. Tale nozione è la stessa in ogni

Con la conseguenza che rientrerebbe nella regola della retroattività della *lex mitior* anche l'ipotesi di un mutamento nell'interpretazione delle norme più favorevole per l'individuo: «il mutamento di giurisprudenza intervenuto con decisione delle Sezioni Unite, integrando un nuovo elemento di diritto, rende ammissibile la riproposizione, in sede esecutiva, della richiesta di applicazione dell'indulto in precedenza rigettata».

Questa conclusione è stata respinta dalla Corte costituzionale³⁷, la quale, investita della questione di legittimità costituzionale dell'art. 673 c.p.p., nella parte in cui non prevede l'ipotesi di revoca della sentenza di condanna in caso di mutamento giurisprudenziale intervenuto con decisione delle Sezioni Unite, in base al quale il fatto giudicato non è previsto dalla legge penale come reato, per violazione, tra gli altri, del combinato disposto degli artt. 117, comma 1, Cost., e 7, comma 1, Cedu, ha riconosciuto che il principio convenzionale di legalità penale non è pienamente idoneo a soddisfare le esigenze sottese alla riserva di legge.

Il principio della riserva di legge «demanda il potere di normazione in materia penale – in quanto incidente sui diritti fondamentali dell'individuo, e segnatamente sulla libertà personale – all'istituzione che costituisce la massima espressione della rappresentanza politica: vale a dire al Parlamento, eletto a suffragio universale dall'intera collettività nazionale» e «preclude una meccanica trasposizione nell'ordinamento interno della postulata equiparazione tra legge scritta e diritto di produzione giurisprudenziale».

previsione convenzionale, perché “essa rinvia al principio di legalità, che è un fondamento di ogni società democratica e patrimonio comune degli Stati membri del Consiglio d'Europa”. La Corte europea ha saputo “distillare dalla disposizione dell'art. 7 il condensato dei più importanti principi espressivi della civiltà giuridica europea”, conciliando, all'interno di una realistica visione del principio di legalità, aspetti peculiari di ordinamenti giuridici diversi. [...]

Riassuntivamente deve, quindi, affermarsi che, secondo l'orientamento della Corte di Strasburgo, il processo di conoscenza di una norma presuppone, per così dire, “una relazione di tipo concorrenziale” tra potere legislativo e potere giudiziario, nel senso che il reale significato della norma, in un determinato contesto socio-culturale, non emerge unicamente dalla mera analisi del dato positivo, ma da un più complesso unicum, che coniughi tale dato con l'atteggiarsi della relativa prassi applicativa. Il giudice riveste un ruolo fondamentale nella precisazione dell'esatta portata della norma, che, nella sua dinamica operativa, vive attraverso l'interpretazione che ne viene data. La struttura necessariamente generica della norma è integrata e riempita di contenuti dall'attività “concretizzatrice” della giurisprudenza.

In definitiva, il sistema convenzionale, por dando grande risalto al principio di legalità, “non ne assolutizza l'ambito valoriale, con la conseguente prevalenza del dato formale su quello propriamente giurisprudenziale”, ma, nella prospettiva di salvaguardare la specificità delle tradizioni costituzionali all'interno di un sistema di diritto comune tendenziale, ritiene complementari i due dati, che si integrano tra loro, con la conseguenza che gli elementi qualitativi dell'accessibilità e della prevedibilità di cui parla la Corte si riferiscono non tanto all'astratta previsione legale quanto alla norma “vivente”, risultante dall'applicazione e dall'interpretazione dei giudici. La posizione della Corte europea sulla portata e sui margini di legittimità del c.d. “diritto vivente” non sembra, d'altra parte, discostarsi molto da quanto in proposito affermato dalla Corte Costituzionale.

[...]

Il diritto vivente postula, quindi, la mediazione accertativa della giurisprudenza, nel senso che deve riconoscersi ai giudici un margine di discrezionalità, che comporta una componente limitatamente “creativa” della interpretazione, la quale, senza varcare la “linea di rottura” col dato positivo ed evadere da questo, assume un ruolo centrale nella precisazione del contenuto e della latitudine applicativa della norma e assolve sostanzialmente una funzione integrativa della medesima».

³⁷ Corte cost., n. 230 del 2012.

La Corte costituzionale, dunque, conclude che al fenomeno della successione di leggi non è assimilabile la successione tra (diverse) interpretazioni giurisprudenziali, posto che a una tale equiparazione si oppone sia la considerazione attinente al difetto di vincolatività di un semplice orientamento giurisprudenziale (ancorché avallato da una pronuncia delle sezioni Unite), sia, e prima ancora – oltre al principio di riserva di legge in materia penale – il principio di separazione dei poteri, specificamente riflesso nel precetto che vuole il giudice soggetto (soltanto) alla legge.

L'enunciato, pur non centrale nella motivazione, è piuttosto chiaro nell'imporre un argine alle tendenze giurisprudenziali sopra richiamate. Esso appare coerente, inoltre, con il disposto costituzionale, che assoggetta il giudice alla legge, con ciò impedendo un'assimilazione tra diritto legale e giurisprudenziale, in forza del principio logico di identità, che impone di distinguere la legge dalla decisione del giudice che la applica, mentre la giurisprudenza normativa, che esiste in ordinamenti diverso dal nostro, si traduce in un'interpretazione svalutativa della regola costituzionale. Detto in altre parole, se, da un lato, nessuno può essere punito se non in forza di una legge, e se, dall'altro, il giudice è soggetto alla legge, la conclusione è che il giudice può punire solo se la legge glielo consente e impone; viceversa, assimilare il diritto giurisprudenziale alla legge equivale a dire che il giudice è soggetto a sé stesso, o ad altri giudici. Ne consegue che, in base alla teoria dei controlimiti, la Cedu, come interpretata dalla Corte Europea, non è in grado di porsi sotto tale profilo come parametro costituzionale interposto ai sensi dell'art. 117, comma 1, Cost. e, neppure, di generare un obbligo di interpretazione conforme delle norme da parte dei giudici italiani³⁸.

Il conflitto tra le posizioni dei giudici europei e la nostra tradizione giuridica è destinato ad esplodere allorquando la concezione "materiale" della legalità, fondata sul diritto vivente, conduce a esiti apparentemente più garantistici di quella formale, fondata sul testo di legge.

È il caso dell'annoso dibattito sull'ammissibilità del concorso esterno nel reato associativo di stampo mafioso

Nella lettura fornita dalla Corte europea nel noto caso Contrada³⁹ «il reato di concorso esterno in associazione mafiosa è stato il risultato di una evoluzione giurisprudenziale iniziata verso la fine degli anni Ottanta del secolo scorso e consolidatasi nel 1994 con la sentenza Demitry. Perciò, all'epoca in cui sono stati commessi i fatti ascritti al ricorrente Contrada (1979-1988), il reato in questione non era sufficientemente chiaro e prevedibile per quest'ultimo. Il ricorrente non poteva dunque conoscere nella fattispecie la pena in cui incorreva per la responsabilità penale derivante

³⁸ Cfr. V. NAPOLEONI, *Mutamento di giurisprudenza in bonam partem e revoca del giudicato di condanna: altolà della Consulta a prospettive avanguardistiche di (supposto) adeguamento ai dicta della Corte di Strasburgo*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 3-4 del 2012, p. 173.

³⁹ G. MARINO, *La presunta violazione da parte dell'Italia del principio di legalità ex art. 7 CEDU: un discutibile approccio ermeneutico o un problema reale?*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 3 luglio 2015.

dagli atti da lui compiuti. Ne consegue che questi elementi sono sufficienti per concludere che vi è stata violazione dell'articolo 7 della Convenzione con conseguente obbligo dello Stato italiano di risarcire il danno morale subito dal ricorrente»⁴⁰.

Riconosciuta l'origine giurisprudenziale della figura criminosa, la Corte ha evidenziato come, nelle pronunce sottoposte alla sua attenzione dalle stesse parti, tale reato sia comparso per la prima volta nella sentenza Cillari (Cass. pen., 14 luglio 1987, n. 8092) e sia poi stato oggetto di interpretazioni divergenti, fino alla pronuncia delle Sezioni Unite Demitry (Cass., sez. un., 5 ottobre 1994, n. 16), che l'ha riconosciuto. La Corte non ha considerato rilevante che al concorso esterno si fosse già fatto riferimento fin dagli anni sessanta in talune pronunce in materia di associazione finalizzata alla cospirazione politica e poi in materia di terrorismo, per la differenza di questi reati con l'associazione mafiosa.

Non è sfuggito alla dottrina il paradosso insito nel ragionamento della Corte europea: ravvisare la violazione del principio di legalità sulla premessa che il reato sia di creazione giurisprudenziale ma non soddisfi il requisito della prevedibilità, per assenza – all'epoca della condanna – di un consolidamento giurisprudenziale, non della categoria del concorso esterno in generale, ma dell'ipotesi dell'associazione di stampo mafioso.

Vero è, invece, che il concorso esterno in associazione mafiosa è il prodotto del combinato disposto degli artt. 110 e 416-bis c.p., e che la sua ammissibilità nell'ordinamento italiano – ex art. 25, comma 2 Cost. – non può dipendere dalla forza dei precedenti giurisprudenziali.

A leggere attentamente le decisioni della suprema Corte penale negli ultimi anni si nota, però, che l'erosione del principio di legalità più spesso è stata realizzata non in via diretta, ma piegando ad obiettivi di asserita giustizia sostanziale i comuni criteri dell'interpretazione.

Il mezzo più semplice è l'interpretazione adeguatrice, che talvolta assurge a interpretazione anticipatrice⁴¹.

Il più utilizzato è l'interpretazione estensiva, impiegata dalla giurisprudenza, allo scopo – dichiarato o meno – di comprendere nel perimetro dell'incriminazione comportamenti che “meritano” la sanzione penale.

⁴⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, 14 aprile 2015, *Contrada contro Italia*.

⁴¹ Cass. sez. III, n. 4377 del 2011: «I principi fissati dalla sentenza della Corte costituzionale n. 265 del 2010, con la quale è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo il comma 3 dell'articolo 275 del Cpp nella parte in cui, nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti di cui agli articoli 600-bis, comma 1, 609-bis e 609-quater del Cp, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari, non fa salva, altresì, l'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure, sono in toto applicabili anche all'ipotesi di reato di cui all'articolo 609-octies del Cp, che presenta caratteristiche essenziali non difformi da quelle che la Corte costituzionale ha individuato per i reati sessuali sottoposti al suo giudizio in relazione alla disciplina ex articolo 275, comma 3 del codice di procedura penale»

Al di là delle tendenze repressive e alla torsione moralistica della legge penale, che talvolta fanno parte della *forma mentis* della magistratura, esistono ragioni strutturali della crisi del principio di legalità, legate ai profondi cambiamenti che hanno interessato l'ordinamento negli ultimi anni e che si muovono su due direttrici.

Dal lato della realtà, occorre considerare distintamente i settori governati da leggi scientifiche e dalle leggi sociali:

- il c.d. rischio tecnologico, legato alle scoperte scientifiche ed alla loro trasformazione in tecnica, che ha notevolmente ampliato il raggio d'azione dell'uomo (ICT, digitale terrestre, alta velocità, energie rinnovabili, medicina rigenerativa, biotecnologie, ecc.), ponendo il problema della prevenzione e del controllo del rischio, con ricadute su istituti centrali nel sistema penale, quali il reato di pericolo, l'omissione, la causalità, la colpa, la precauzione, il concorso di persone;
- la globalizzazione, economica e culturale, che amplia le dimensioni – spazio e persona – dell'incriminazione e determina, insieme ai comuni fenomeni di trasformazione sociale, il sorgere di nuove forme di criminalità.

Dal lato della norma giuridica, oltre all'influenza sempre più penetrante delle fonti internazionali, ha acquistato notevole importanza l'esigenza di implementazione dei principi costituzionali di matrice sostanziale, quali necessità e offensività, che disegnano un nuovo confine – nell'*an* e nel *quantum* – dell'intervento penale.

Sono tutti fenomeni che creano un'esigenza di regolazione a cui il legislatore non sempre è in grado di rispondere, così aprendo le porte alla supplenza dei giudici.

È altresì vero che, non meno di mancati interventi legislativi, interventi legislativi imperfetti consentono alla giurisprudenza interpretazioni creative, cui fanno da baluardo proprio i principi costituzionali, perché è nello scollamento tra norma giuridica e realtà, che quei principi sono diretti a evitare, che si aprono gli spazi per l'invasione del diritto giurisprudenziale.