

Pasquale Troncone

La legalità penale alla ricerca di nuove fonti di legittimazione

Sommario:

1. La spada spuntita e lo scudo infranto. Cenni sulla sistematica del diritto penale. – 2. L'alterazione della fonte di legittimazione e la lesione implicita dei diritti fondamentali. – 3. Il divario strategico tra l'azione della legge e l'azione della giurisdizione. – 4. La legalità penale in balia della molteplicità delle fonti del nuovo millennio. – 5. La legalità penale tra le diverse sponde del potere politico e dell'autorità giudiziaria. – 6. Conclusioni.

1. La spada spuntita e lo scudo infranto. Cenni sulla sistematica del diritto penale

Discutere oggi di legalità penale vuol dire aprire l'orizzonte su di un campo di ricerca vasto e ancora non definitivamente sondato, in una materia – quella penale – che costituisce la più affidabile spia della stabilità di un ordinamento giuridico che colloca al centro del suo quadro di valori fondanti il principio di libertà del cittadino e, in definitiva, il principio di democrazia. Vuol dire, inoltre, passare in rassegna i presidi di tutela istituzionali e verificarne la stabile solidità e, allo stesso tempo, lo stato di equilibrio tra gli opposti interessi coinvolti o i divergenti fini di cui si rendono portatori anche nuovi centri di potere che mettono in discussione il rapporto virtuoso tra l'ordinamento giuridico e l'arbitrio delle potestà diffuse¹. L'iconografia tradizionale, o altrimenti la retorica disciplinare, rappresenta il diritto penale con l'immagine della spada e dello scudo, volendo in questo modo intendere che la legge penale è allo stesso tempo uno strumento di offesa – di punizione – per riparare la violazione

¹ In realtà il tema del diritto penale, forse, è il più significativo per verificare lo stato dell'assetto variabile del pluralismo degli ordinamenti (si pensi alla dirompente efficacia precettiva delle disposizioni sovranazionali), come sottolineato da G. Acocella, *Etica, diritto, democrazia. La grande trasformazione*, Bologna, 2010, p. 74.

del divieto e al contempo la lesione di un interesse rilevante per la società; e un sistema di contenimento del potere sovrano come difesa dei diritti del cittadino, ma soprattutto – negli ultimi decenni – protezione dei diritti fondamentali dell'uomo contro qualsiasi condotta offensiva².

L'altra immagine che in qualche modo ne fa da pendant è quella della visione ideale della Giustizia, diffusamente illustrata fin dal 1334 in Firenze con una donna che regge con una mano la bilancia mentre con l'altra impugna una spada, anzi un gladio romano – puntuto –³. Solo successivamente, all'inizio del 1500, agli strumenti di equilibrio e di punizione viene aggiunto un altro elemento significativo: la benda sopra gli occhi della Giustizia⁴. È il tempo in cui il diritto penale sostanziale si fonde fino a confondersi con le procedure giudiziarie che, parimenti, devono essere contenute e previamente stabilite in prescrizioni scritte, come accadde per il Trattato della procedura inquisitoriale contenuta nel "Malleus maleficarum", per non sconfinare nell'arbitrio⁵.

La benda sugli occhi della donna rappresenta, in questo nuovo ordine giuridico, costituisce un elemento di grande suggestione figurativa, posta a sottolineare che, non solo la legge è caratterizzata da generalità e astrattezza, ma che le decisioni non "vedono" e non "guardano" il destinatario e – in teoria – non esiste neppure il margine di immunità per l'Autorità del Principe.

In questo modo il terzo requisito iconografico della giustizia ideale interviene a rassicurare definitivamente i cittadini che il giudizio per la violazione, consapevole e colpevole, della legge sarà inesorabile ma senza alcun privilegio di casta o di censo.

In questa nebulosa indistinta convivono, dunque, la legge e la giustizia in una relazione di corrispondenza biunivoca che garantisce l'equilibrio ai due valori fondanti un ordinamento giuridico, cosicché la legge, fonte del diritto, procederà secondo i canoni di giustizia, mentre la giustizia garantirà la validità

² Y. Cartuyvels, *Droits de l'homme, droit pénal et droit communautaire à Luxembourg. Enjeux, difficultés et paradoxes d'un ménage à trois*, a cura di Y. Cartuyvels e altri, *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal*, Bruxelles, 2007, p. 23, ripreso da S. Manacorda, "Dovere di punire"? Gli obblighi di tutela penale nell'era della internazionalizzazione del diritto, in M. Meccarelli, P. Palchetti, C. Sotis (a cura di), *Il lato oscuro dei diritti umani. Esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*, Madrid, 2014.

³ Tematica trattata con tecnica di cesello dal compianto M. Sbriccoli, *La benda della giustizia. Iconografia, diritto e leggi penali dal medioevo all'età moderna*, in AA.VV., *Ordo iuris. Storia e forme dell'esperienza giuridica*, Milano, 2003, p. 69.

⁴ Per la ricognizione storica delle rappresentazioni iconografiche, si veda A. Prosperi, *Giustizia bendata*, in AA.VV., *Penale Giustizia Potere. Per ricordare Mario Sbriccoli*, Macerata, 2007, p. 109, il quale riprende in maniera molto più articolata il tema nell'ampio saggio in *Giustizia bendata. Percorsi storici di un'immagine*, Torino, 2009.

⁵ A. Prosperi, *Tribunali della coscienza. Inquisitori, confessori, missionari*, Torino, 2009. E. Gallo, *Il marchio della strega. Malleus maleficarum, il manuale dell'Inquisizione sulla caccia alle streghe e le sue applicazioni*, Casale Monferrato, 2005. Per una sapiente ricostruzione delle fonti sul tema si veda S. Aleo, *Dei giuristi e dintorni*, Padova, 2014, p. 55.

sostanziale alla legge e la tenuta dei diritti fondamentali del cittadino⁶.

Questi riferimenti figurativi, in realtà, offrono già da soli i caratteri identificativi di un campo disciplinare, quello del diritto criminale, che non ha eguali nel ventaglio dei settori dell'ordinamento giuridico e che ritrova le ragioni e i fondamenti dei suoi vincoli intrinseci nei corollari del principio di legalità penale formale, diversa dunque nei principi e nelle tecniche che regolano gli altri settori legislativi. La *ratio* del distinguo disciplinare è costituita dal fatto che il diritto penale, a differenza delle altre fonti normative, è orientato verso esiti punitivi che si estrinsecano nella limitazione della libertà personale del cittadino, anche in forme significativamente degradanti, e, in taluni periodi storici e, ancora oggi, a diverse latitudini, addirittura lo privano della vita nelle ipotesi più gravi di violazione della legge.

Lo scudo è chiamato, dunque, a un'opera di contenimento operativo rispetto alla spada e solo l'equilibrio stabilito dalla particolare caratteristica della fonte legale favorisce l'auspicato effetto di sventare l'arbitrio del principe e poi del giudice, imponendo un generale bilanciamento a tutto il sistema punitivo, attraverso la previsione di pesi e contrappesi ma soprattutto attraverso la coerenza del settore normativo ai principi di carattere fondamentale che impediscano l'inquinamento delle fonti legali dalle iniziative alterative contingenti con finalità di tipo politico.

Il principio di legalità in materia penale condiziona, dunque, in maniera rigida l'operatività del sistema dei reati e delle pene, imponendo criteri di contenimento della propria efficacia soprattutto nel blindare la fonte di produzione, non un qualsiasi precetto assistito dalla garanzia di una sanzione ma una norma precettiva e prescrittiva di fonte alta, la legge parlamentare, che, in un sistema politico istituzionale fondato sul criterio di democrazia e di rappresentanza, trae unica legittimazione dall'espressione della volontà popolare.

Il sistema di legalità penale ha radici antiche e fondate sul diritto positivo⁷, affinato dalla razionalità concettuale della stagione dell'illuminismo (l'affermarsi della primazia dei diritti umani⁸) che nel corso dei secoli ha raccolto

⁶ Quando la legge ha prevalso sulla giustizia si è posto il problema della "validità del diritto ingiusto" e i guasti nell'ambito del diritto penale, utilizzato come arma di violenza del sistema ordinamentale, sono stati incommensurabili come osserva G. Vassalli, *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei "delitti di Stato" nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista*, Milano, 2001, p. 27. Sul tema ritorna anche G. Amarelli, *Riflessioni a margine del lavoro di Vassalli sulla Formula di Radbruch nel ventennale della caduta del Muro di Berlino*, in «Indipendenza penale», 2010, p. 895.

⁷ Il settore delle leggi penali si proietta più fedelmente di ogni altro nella prospettiva teorica della lezione di H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, con saggio introduttivo di M.G. Losano, Torino, 1966. Sul tema è particolarmente significativo il rinvio a C. Cupelli, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Napoli, 2012.

⁸ N. Bobbio, *La rivoluzione francese e i diritti dell'uomo (1988)*, ora in *L'età dei diritti*, Torino, 1992.

sempre nuovi e importanti stadi di sedimentazione, fino a raggiungere una stabile e scientifica declinazione nei suoi corollari attuali: irretroattività della legge punitiva; determinatezza e tassatività della fattispecie astratta; riserva esclusiva alla legge ordinaria statale di emanare norme penali.

Riserva di legge che viene esplicitamente sancita dal costituente repubblicano del 1948 con l'art. 25 Cost. "Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso" e che concentra nell'unica fonte possibile, la legge ordinaria, l'espressione della volontà popolare che in democrazia trova la sua collocazione nella sede parlamentare.

Questo assetto concettuale e prescrittivo non tollera tuttavia incursioni o manipolazioni, come capita in altri rami del diritto facendo ricorso alla consuetudine integrativa o alle contaminazioni ermeneutiche di tipo sociologico, perché l'intero apparato legislativo in materia penale è subordinato al carattere di coerenza sistematica assicurato dall'assetto di razionalità elaborato dalla dogmatica⁹. Non bisogna mai trascurare il fatto che la connotazione tipica del diritto penale, il suo tratto genetico, è il fattore della violenza esercitata sulla persona cui l'ordinamento giuridico ha sempre riservato una costante attenzione per il suo concreto controllo, attraverso la previsione di una pena previamente stabilita nel suo genere e nella misura come forma di autolimitazione dell'efficacia della norma punitiva.

Il principio di legalità come oggi previsto dall'art. 1 c.p., progettato da Alfredo Rocco nel 1930, conserva, per effetto di una stratificazione normativa, una previsione disciplinare in realtà ereditata dai codici penali preunitari e poi dell'Italia unita (certamente il codice di Giuseppe Zanardelli del 1889, ma anche di quelli del trapasso (1859) e degli Stati preunitari (tra questi, quello delle Due Sicilie), confermando ancora una volta che la legge deve essere chiara ed esplicita; va applicata soltanto dopo la sua entrata in vigore; la fonte è generata dalla procedura parlamentare, anche se il vertice dello Stato è presieduto dalla sovranità regia.

Accanto a questi limiti esiste una disposizione prescrittiva, molto spesso ignorata ma significativa per l'intero sistema, quella contenuta nell'art. 14 delle preleggi al codice civile del 1942, che impedisce alla legge ordinaria ipotesi di applicazioni che vadano al di là del significato letterale del precetto, vietando in questo modo il ricorso al procedimento analogico: «Le leggi penali e quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati».

L'esplicita previsione del divieto di ricorrere a norme che regolano fatti si-

⁹ La dogmatica penale è chiamata a "fare ordine" nelle fonti penali, edificando un vero e proprio sistema attraverso la elaborazione di categorie generali, in grado di offrire all'interprete un razionale strumento di applicazione della norma, si veda S. Canestrari, L. Cornacchia, G. De Simone, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2007, p. 44.

mili, si vedrà più avanti, si presenta come particolarmente significativo, poiché conferma, ancora una volta, che la fonte normativa di rango primario non può subire conculcamenti effettuali da parte della decisione giudiziaria.

Appare dunque chiaro il complesso sistema di equilibri che si è instaurato tra fonti legislative venute alla luce in maniera asincronica, in anni diversi (il codice penale è del 1930, le preleggi sono del 1942) e soprattutto sotto la vigenza di una diversa Carta costituzionale, lo Statuto Albertino del 1848, dove i cittadini erano considerati semplici “regnicoli” e più che riconoscere diritti alle persone era il potere regio a trovare modeste e solo formali limitazioni¹⁰.

Nell’epoca moderna però la materia penale ha ricevuto una nuova sistemazione concettuale in ragione della Carta fondamentale repubblicana del 1948 che, oltre a stabilire il governo delle fonti, ha introdotto un modello disciplinare, quale il principio di offensività costituzionale, destinato a informare di valori forti tutto il tessuto normativo ereditato da altri ordinamenti, riorientando il significato di tutta la materia che stabilisce il catalogo dei delitti e delle pene.

In questo modo legalità penale vuole esprimere l’esigenza di un vincolo alla legge ma anche vincolo ai criteri di produzione normativa e, in definitiva, vincolo nella fase di applicazione affidata al giudice ai criteri di orientamento previamente fissati dal legislatore.

2. L’alterazione della fonte di legittimazione e la lesione implicita dei diritti fondamentali

Il diritto penale italiano non è mai riuscito a stabilire un sistema di regolazione tempestivo e adottato in tempo utile rispetto ai nuovi fenomeni illeciti e alle forme di criminalità in progressiva mutazione e, in questo modo, ha subito dalla sua rinascita istituzionale – la fase unitaria del 1860 – i colpi di una continua e risorgente emergenza legislativa.

La politica criminale, di conseguenza, non è mai stata al passo con i tempi, tanto da garantire un’efficace prevenzione, per cui le iniziative legislative sono sempre apparse come rimedi in deroga di tipo sproporzionatamente repressivo, le soluzioni sanzionatorie unicamente afflittive (quando invece l’art. 27 Cost. imporrebbe una visione riabilitativa della persona umana) e la politica criminale sempre riformulata in chiave di politica giudiziaria¹¹.

¹⁰ Statuto Albertino del 1848, “Dei diritti e dei doveri dei cittadini”: art. 24 «Tutti i regnicoli, qualunque sia il loro titolo o grado, sono eguali dinanzi alla legge».

¹¹ F. Bricola, *Legalità e crisi: l’art. 25 commi 2° e 3° della Costituzione italiana alla fine degli anni ’70*, in «Questione criminale», 1980, p. 179. Ampiamente trattato in tutta l’opera di L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989.

L'ordine pubblico, prima come concetto di sicurezza sociale e poi come specifico bene giuridico chiamato a caratterizzare il valore di riferimento di uno specifico settore di reati della parte speciale del codice penale, ha rappresentato il principale espediente giuridico per intervenire con la forza concentrata nelle mani del potere governativo e amministrativo¹².

Il complessivo assetto reso in questo modo instabile, considerato che le regole processuali assistite da garanzie alte per la loro applicazione hanno bisogno di tempo così come il processo penale giunge ai suoi esiti a distanza di molti anni, ha fatto in modo da stabilizzare la eccezionalità degli interventi normativi, fino al punto che l'ordinamento giuridico italiano ha incorporato e reso di carattere ordinario norme nate sull'onda dell'emergenza e dell'eccezione. Il caso più eclatante è quello che concerne tutta la disciplina legislativa antimafia, e in genere contro la criminalità organizzata declinata nei suoi diversi aspetti, fino al punto che norme eccentriche al sistema, rispetto alla legislazione ordinaria, ne andassero a minare la coerenza una volta rese definitive e, ancor più, andassero a minacciare la stabilità dei principi e dei valori fondamentali di tutela esistenti nel tessuto normativo della Costituzione italiana¹³.

Il caso paradigmatico della criminalità organizzata, fenomeno endemico nella società italiana che da questione penale è divenuta questione sociale e culturale, vede i suoi primordi nella prima legge di emergenza dell'Italia unita, la legge Pica del 15 agosto 1863¹⁴. Quella legge, temporanea, eccezionale, ma sostanzialmente di guerra¹⁵, ebbe la capacità di scardinare il primo progetto di assetto della Nazione e seminò il batterio che avrebbe più tardi portato allo scollamento tra principio di autorità e principio di democrazia, ma ancor più tra legislazione ordinaria e legislazione speciale, sia pure in presenza di un solido nucleo di principi di garanzia della persona¹⁶.

¹² Per una puntuale indagine sul concetto di ordine pubblico si rinvia a A. Cadoppi, P. Veneziani, *Manuale di diritto penale. Parte generale e parte speciale*, Padova, 2007, p. 713. G. Corso, *L'ordine pubblico*, Bologna, 1979, p. 259.

¹³ Sull'incerto crinale tra garantismo ed emergenza, G. Insolera, *L'evoluzione della politica criminale tra garantismo ed emergenze. Dagli anni '60 all'emergenza mafiosa*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2014, p. 1165.

¹⁴ Il Regolamento attuativo stabiliva con l'art. 1 «Gli oziosi, vagabondi, le persone sospette, i camorristi e sospetti manutengoli colpiti a termini dell'art. 5 della legge 15 agosto 1863, dal provvedimento del domicilio coatto, saranno inviati nei luoghi designati dal Ministero dell'Interno», riconoscendo tassativamente la qualità personale di camorrista come una specie «d'autore».

¹⁵ Non può non essere considerato che lo stato di guerra proclamato per far fronte ai crimini ivi previsti erano giudicati dai Tribunale militari di guerra appositamente istituiti. Su tali aspetti si veda L. Violante, *La repressione del dissenso politico nell'Italia liberale: stati d'assedio e giustizia militare*, in «Rivista di storia contemporanea», IV, 1976, p. 481. M. Sbriccoli, *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita* (1990), ora in *Storia del diritto penale e della giustizia*, Tomo I, Milano, 2009, p. 511.

¹⁶ Affermerà sul punto M. Sbriccoli, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860/1990)*, in L. Violante (a cura di), *Storia d'Italia*, «Annali» 14 Legge Diritto Giustizia,

La continuità di questo modello di intervento che esonda dai limiti sanciti dai principi di garanzia si registra in tutta la legislazione penale dell'Italia repubblicana e si caratterizza, al sorgere di fenomeni di ribellismo, di terrorismo e di stragismo mafioso, come un "diritto penale del nemico"¹⁷. La categoria dell'emergenza è diventata una vera e propria categoria giuridica, una vena di ricerca scientifica sia nel diritto penale che nel diritto costituzionale, con l'irrompere sulla scena del diritto della finalità politica di alcune iniziative legislative che, di fatto, finiscono per delegittimare l'assetto della tutela costituzionale relativa ai diritti fondamentali della persona umana¹⁸. Resta centrale al tema, da cui certamente parte la sua disamina, l'affermazione di Carl Schmitt: «Sovrano è chi decide sullo stato di eccezione»¹⁹.

Torino, 1998, p. 487: "Il Regno d'Italia nasce sotto il segno di una mortale emergenza". Ci sia consentito citare P. Troncone, *La legislazione penale dell'emergenza in Italia. Tecniche normative di incriminazione e politica giudiziaria dallo Stato liberale di diritto allo Stato democratico di diritto*, Napoli, 2001. R. Martucci, *Emergenza e tutela dell'ordine pubblico nell'Italia liberale*, Bologna, 1980.

¹⁷ Il concetto di un "diritto penale del nemico" trova la sua radice negli scritti di Carl Schmitt che individua un rapporto dialettico amico/nemico, tema poi ripreso in epoca attuale da G. Jakobs, *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*, in Jakobs, Cancio Melia, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, 2003. Per quanto concerne la rielaborazione in questa chiave del "tipo di autore", si rinvia alle considerazioni di M. Donini, *Il diritto penale di fronte al "nemico"*, in «Cassazione penale», 2006, p. 735 ss.; A. Aponte, *Jakobs, il diritto penale del nemico e il "caso colombiano"*, in *Studi sulla questione criminale*, 2006, p. 31; A. Cavaliere, *Diritto penale "del nemico" e "di lotta": due insostenibili legittimazioni per una differenziazione secondo tipi di autore, nella vigenza dei principi costituzionali*, in A. Gamberini, R. Orlandi (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Bologna, 2006, p. 265. Uno sguardo al diritto penale comparato in chiave di soluzioni normative di emergenza si deve a E.R. Zaffaroni, *Alla ricerca del nemico: da Satana al diritto penale cool*, in E. Dolcini, C.E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. I, Milano, 2006, p. 757. Nel caso specifico del terrorismo internazionale, dopo l'attacco alle "Torri gemelle", un'ampia letteratura ha dato conto della pervasività dei sistemi di controllo personale e di prevenzione stabiliti con le norme internazionali in materia di terrorismo, entrate a far parte del catalogo sanzionatorio di legislazioni sovranazionali e interne, come nel caso dell'art. 271-bis del nostro c.p., sull'ampio tema A.M. Dershowitz, *Terrorismo*, Roma, 2003, p. 203. D.M. Amann, *Le leggi americane contro il terrorismo*, in «Critica del diritto», 2003, p. 27. Mentre nel caso italiano si segnala R. Bartoli, *Lotta al terrorismo internazionale. Tra diritto penale del nemico jus in bello del criminale e annientamento del nemico assoluto*, Torino, 2008. V. Masarone, *Politica criminale e diritto penale nel contrasto al terrorismo internazionale. Tra normativa interna, europea ed internazionale*, Napoli, 2013. F. Viganò, *Terrorismo, guerra e sistema penale*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2006, p. 648. Sulla politica legislativa antimafia, tra gli altri, AA.VV., *Le politiche legislative di contrasto alla criminalità organizzata*, a cura di S. Staiano, Napoli, 2003. Ultimo intervento è quello che estende le misure di prevenzione delle leggi contro la mafia al terrorismo internazionale con il D.L. n. 7 del 18 febbraio 2015.

¹⁸ Il solco in questo orizzonte di ricerca è aperto da S. Moccia, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1995. G. Agamben, *Stato di eccezione. Homo sacer*, II, Torino, 2003. V. Angiolini, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padova, 1986. F. Schiaffo, *Stato d'eccezione, diritti umani e sistema penale: la politica criminale negli "assiomi oscuri" dell'ordinamento costituzionale*, in S. Moccia (a cura di), *Diritti dell'uomo e sistema penale*, vol. I, Napoli, 2000, p. 155. P. Bonetti, *Terrorismo, emergenza, e costituzioni democratiche*, Bologna, 2006.

¹⁹ C. Schmitt, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveranität*, Munchen-

Un chiaro esempio di enfattizzazione progressiva dell'uso della forza, tipica ricaduta dell'alterazione della fonte di legittimazione giuridica, è quello costituito dalla materia di prevenzione di polizia che mano a mano è entrata a far parte delle misure di prevenzione antimafia con chiari connotati punitivi, al pari della pena, con un catalogo proprio di misure tipiche – da quelle personali a quelle patrimoniali – e con una giurisdizione autonoma quella del Tribunale per l'applicazione delle misure di prevenzione²⁰. Ebbene, la successiva giurisdizionalizzazione di questa materia non la sottrae a seri dubbi di ordine costitutivo: un catalogo sanzionatorio che in realtà non è coerente con i propositi rieducativi dell'art. 27, comma 3, Cost. e uno schema processuale chiamato a stabilire la pericolosità sociale del proposto ma non la sua responsabilità penale²¹. Dunque, una pena (perché sostanzialmente è tale) senza il fondamento della responsabilità, destinata tuttavia a produrre effetti negativi sia sulla libertà personale del proposto, in particolare la sua limitazione fino a quando mostra pericolosità sociale; sia sul patrimonio personale e familiare, la cui ricaduta genera afflittività anche per la cerchia delle persone della sua famiglia comunque dipendenti dal suo patrimonio²².

Se poi si considera che negli ultimi anni l'istituto della confisca dei beni è stato esteso anche alla materia tributaria, riconoscendo la possibilità di adottare prima una misura cautelare – il sequestro per equivalente – e poi una misu-

Leipzig, 1922, ora parzialmente contenuto in G. Miglio, P. Schiera (a cura di), *Le categorie del politico*, Bologna, 2001, p. 29.

²⁰ Sulla loro genesi, si veda I. Mereu, *Cenni storici sulle misure di prevenzione nell'Italia "liberale" (1852-1894)*, in *Le misure di prevenzione*, Milano, 1975, p. 197. M. Pavarini, *Le fattispecie soggettive di pericolosità nelle leggi 27 dicembre 1956, n. 1423 e 31 maggio 1965, n. 575*, in AA.VV., *Le misure di prevenzione*, Milano, 1975, p. 283. L'intera materia ha ricevuto un'organica sistemazione normativa con un testo unico, il d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 "Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli artt. 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136", pubblicato in «Gazzetta Ufficiale» n. 226 del 28 settembre 2011, Suppl. ord., n. 214.

²¹ Particolarmente ampia è la letteratura sul tema delle misure di prevenzione, tra i tanti lavori E. Gallo, voce *Misure di prevenzione*, in «Enciclopedia giuridica Treccani», vol. XX, Milano, 1990, p. 121. G. Fiandaca, *Misure di prevenzione*, in «Digesto discipline penali», vol. VIII, Torino, 1994, p. 121. F. Bricola, *Forme di tutela "ante delictum" e profili costituzionali della prevenzione*, in AA.VV., *Le misure di prevenzione*, Milano, 1975, p. 29. Anche la Corte costituzionale ha ribadito più volte l'autonomia e la legittimità delle misure di prevenzione, riconoscendone legittimità alla luce dei principi costituzionali, in Corte costituzionale con la sent. 23 marzo 1964, n. 23 in *www.cortecostituzionale.it*. Ribadisce che: «[...] le misure di prevenzione, pur implicando restrizione della libertà personale, non sono connesse a responsabilità penali del soggetto [...]».

²² A.M. Maugeri, *La confisca misura di prevenzione ha natura "oggettivamente sanzionatoria" e si applica il principio di irretroattività: una sentenza "storica"?*, nota a Cass., sez. V, 13 novembre 2012, n. 14044/13, in *www.penalecontemporaneo.it*; V. Maiello, *Confisca, CEDU e diritto dell'Unione tra questioni irrisolte ed altre ancora aperte*, in «Diritto penale contemporaneo», Rivista trimestrale, 2012, n. 3-4, p. 15.

ra definitiva – la confisca – per garantire al fisco la riscossione dei tributi evasi, appare chiaro il quadro di una politica criminale sganciata dalle premesse di valore – accertamento della responsabilità penale; rispetto della proprietà privata; incondizionata libertà di impresa – e piegata a esigenza di tipo funzionalistico e di pura contingenza²³.

Non sono però mancati altri casi in cui si è registrata la prepotente sopraffazione delle scelte di natura politica sulle opzioni di una politica criminale costituzionalmente orientata unicamente sui valori e i diritti stabiliti nella Carta fondamentale. In questo caso l'oggetto della questione è il diritto di libertà individuale attraverso una lettura congiunta dell'art. 2 Cost., sui diritti fondamentali della persona; l'art. 13 Cost. sulle forme di limitazione della libertà personale²⁴; l'art. 27 Cost. sulla *ratio* della pena che si fonda sull'accertamento di un fatto di reato colpevole, secondo quanto stabilito dalla sent. n. 364/1988 della Corte costituzionale²⁵. Una chiara conseguenza di tale impostazione repressiva è quella contenuta nella legge 23 dicembre 2002, n. 279 che stabilizzava definitivamente nel nostro sistema penal-penitenziario, la disciplina dell'art. 41-*bis* della legge n. 354/1975 dell'Ordinamento Penitenziario, che impedisce ai detenuti – in custodia cautelare o condannati in via definitiva – per reati di criminalità organizzata ed altri particolarmente allarmanti di accedere alle misure alternative alla detenzione e ai percorsi di trattamento rieducativo²⁶.

Altra vicenda che non trova alcuna legittima giustificazione, se non l'incapacità di predisporre un codice di rito penale che coniughi attentamente garanzie della persona e garanzie del processo, concerne il fatto che nella giustizia penale prevalga l'enfatizzazione di tutta la fase cautelare a scapito della fase del dibattimento e del contraddittorio davanti al giudice terzo. Ormai il pro-

²³ Sul punto due diversi decreti del Tribunale di Chieti del 12 luglio 2012 e del Tribunale di Cremona del 23 gennaio 2013 che per reati fiscali hanno applicato la sorveglianza speciale e il sequestro di prevenzione, in F. Rapino, *La modernizzazione delle misure di prevenzione. Riflessioni a margine dell'applicazione di misure personali e patrimoniali all'«evasore fiscale socialmente pericoloso»*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 26 marzo 2013. La questione è stata definitivamente risolta nel senso dell'applicabilità della misura di prevenzione patrimoniale dalla Corte di cassazione, sent., Sez. Un., 29 maggio 2014, n. 33451, in *www.cassazione.it*.

²⁴ L. Elia, *Libertà personale*, Milano, 1962; C. Esposito, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, 1962; G. Amato, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967.

²⁵ Corte cost., sent. 23 marzo 1988, n. 364, in *www.cortecostituzionale.it*.

²⁶ Tema fortemente controverso che ha superato il vaglio di costituzionalità ma che potrebbe non essere lontana una censura europea, si veda E. Nicosia, *Il c.d. 41-bis è una forma di tortura o trattamento crudele, inumano o degradante?*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2009, p. 1240. L'attenuazione dell'asperità della misura potrebbe essere affidata a una recente proposta di modifica dell'art. 4-*bis*, comma 1-*bis*, della legge 26 luglio 1975, n. 354 e dell'art. 2, comma 1, del d.l. 13 maggio 1991, n. 152, conv. in legge 12 luglio 1991, n. 203: «Revisione delle norme che vietano la concessione di benefici nei confronti di detenuti o internati 'non collaboranti'» è pubblicata in *www.penalecontemporaneo.it*.

cesso penale italiano del 1989, perduta quella originaria declinazione in senso accusatorio con la centralità del momento dibattimentale e della discovery delle prove a favore e contro l'imputato, si è ripiegato al punto da riconoscere come vero fulcro dell'accertamento giudiziale quello della fase della cautela, in cui il P.M., a seguito della segreta raccolta degli elementi a carico, presenta un quadro di accusa al Giudice delle indagini preliminari, chiamato inevitabilmente a connestarlo. Lo *strepitus fori* che ne consegue, con l'adozione della custodia cautelare in carcere o il sequestro dei beni patrimoniali che ne caratterizzano lo svolgersi, possono anche rappresentare l'esercizio della violenza senza alcuna utilità quando tutto poi viene a illiquidire nelle fasi successive dove addirittura potrebbe non trovare alcun fondamento l'originaria ipotesi di accusa.

3. Il divario strategico tra l'azione della legge e l'azione della giurisdizione

La legalità penale di conio costituzionale è spesso chiamata a fare i conti con la sede dell'applicazione giudiziale della legge con cui entra in continua tensione, in particolare quando rispetto al fatto concreto, che non sembra ricevere alcuna copertura legislativa o sembra non espressamente previsto dalla legge come reato, ma appare come un fatto allarmante destinato a dilagare per l'inerzia del legislatore, il giudice avverte su di sé il peso di ampliare il ventaglio delle ipotesi previste dalla fattispecie astratta applicandola a quei casi concreti non espressamente regolati²⁷. Si tratta del ricorso al procedimento analogico, certamente compatibile con i principi di governo degli altri rami dell'ordinamento giuridico dove si manifestano lacune normative, ma in aperto contrasto con la materia penale caratterizzata dal principio di frammentarietà e, dunque, da lacune fisiologiche al sistema punitivo, quelle cioè che riconoscono invece spazi di libertà²⁸.

Il divieto dell'analogia, infatti, non solo è esplicitamente espresso dall'art. 14 delle preleggi al codice civile, di cui è già detto, ma è indirettamente confermato sul piano dei principi generali e della politica criminale dal principio di tassatività e determinatezza che forma corollario del principio di stretta legalità²⁹. La

²⁷ T. Padovani, *Jus non scriptum e crisi della legalità nel diritto penale*, Editoriale scientifica, Napoli, 2014.

²⁸ Il principio di frammentarietà vive della relazione con i principi di sussidiarietà e tassatività, nel senso che il legislatore non può essere chiamato ad apprestare una tutela indiscriminata e onnicomprensiva, difendendo il bene giuridico da ogni possibile aggressione della condotta umana, ma deve limitarsi a punire soltanto specifiche e determinate condotte, lasciando, in questo modo spazi di libertà al cittadino, in S. Canestrari, L. Cornacchia, G. De Simone, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 141.

²⁹ F. Palazzo, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979. Particolarmente interessante è l'indagine sui rapporti tra legge scritta e prassi svolta da F. Palazzo, *Orientamenti*

norma ordinaria dunque non consente in alcun modo aperture a forme di adattamento del precetto normativo a fatti concreti che non sono strettamente coincidenti con i suoi requisiti di tipicità, in questo modo la tassatività impone allo stesso tempo che il giudice si astenga dal fare ricorso a operazioni di sussunzione anomala sotto la previsione astratta.

Il meccanismo applicativo della legge penale sancito dalla legislazione ordinaria trova un preciso referente di copertura costituzionale nella disposizione del comma 2 dell'art. 101 Cost., laddove viene stabilito che: "I giudici sono soggetti soltanto alla legge". Per il sistema italiano la norma ha un ben determinato orizzonte di tipo politico istituzionale, nel prevedere che il giudice non può affidarsi a fonti che non siano di rango legislativo, quindi senza alcun vincolo ai precedenti giurisprudenziali e la cui applicazione derivi invece dal rigoroso rispetto del principio di legalità e dei suoi corollari³⁰. A ben vedere neppure applicazioni che appaiano favorevoli al cittadino possono essere tenute in considerazione dal giudice, come nel caso della retroattività favorevole delle decisioni giudiziarie a seguito di mutamento legislativo o del cambio di interpretazione, poiché sia le norme codicistiche che l'art. 25 Cost. non risultano aperte a soluzioni di questo genere, forse auspicabili ma allo stato non consentite³¹.

Tuttavia negli ultimi anni si assiste al sempre maggiore spazio occupato dal c.d. "diritto vivente" che consente di fare ricorso ai criteri dell'ermeneutica per regolare casi concreti come reati che a rigore non lo sarebbero. In altri termini, il vuoto lasciato dalla politica criminale, per inerzia o per determinata volontà, viene colmato sulla base di precedenti giurisprudenziali significativi che, di caso concreto in caso concreto, per semplice accumulazione additiva e adattativa, configurano l'ipotesi governata dalla fattispecie astratta³².

Si tratta di una nuova dimensione del principio di determinatezza reso elastico dalle numerose decisioni conformi dei giudici che, stratificatesi, conferi-

dottrinali ed effettività giurisprudenziale del principio di determinatezza, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1991, p. 327. S. Moccia, *La "promessa non mantenuta". Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001.

³⁰ Sui rapporti tra legge e giudice, soprattutto per lo spaccato istituzionale che ne consegue, si veda G. Verde, *Il difficile rapporto tra giudice e legge*, Napoli, 2013.

³¹ La questione di costituzionalità, infatti, è rigettata con la decisione la Corte cost., sent. 8 ottobre 2012, n. 230, in *www.cortecostituzionale.it*; 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 «Rivista trimestrale di diritto penale contemporaneo», n. 3-4, 2012, p. 164 ss.

³² A. Pizzorusso, *I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi*, in «Quaderni costituzionali», 1982, p. 527. L. Mengoni, *Diritto vivente*, in «Digesto disciplina privata, diritto civile», VI, Torino, 1990, p. 445. G. Zagrebelsky, *La dottrina del diritto vivente*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1986, p. 1148. A. Pugiotto, *Sindacato di costituzionalità e "diritto vivente". Genesi, uso, implicazioni*, Milano, 1994.

scono al caso la qualificazione di diritto vivente e che in realtà trasformano un limite della legislazione penale in un intervento abilitativo, trascurando però il fatto che la fonte legale si arricchisce di una disciplina non prevista da una norma ordinaria e anche fuori dalla *voluntas legis*³³. In realtà si tratta di un deciso *vulnus* al principio di determinatezza e come principale implicazione svolge l'effetto di mettere in crisi il principio di colpevolezza su cui si fonda il giudizio di responsabilità penale per il fatto concreto commesso³⁴.

La valorizzazione costituzionale del diritto vivente spinge spesso il giudice delle leggi a procedere verso una valutazione negativa sul sospetto di legittimità costituzionale, allorché fornisce un'interpretazione costituzionalmente orientata del contenuto normativo della disposizione, prescrivendo al giudice ordinario di attenersi a quella nuova conformazione quando sarà chiamato a giudicare fatti rientranti in quell'alveo. L'operazione ermeneutica è certamente utile alla conservazione delle fonti e alla regolazione di fatti che resterebbero privi di copertura legislativa, ma si tratta pur sempre di un'evidente forzatura dei margini di prevedibilità applicativa di quella norma.

Un caso emblematico negli ultimi tempi è emerso con la problematica applicazione del delitto di disastro doloso innominato previsto all'art. 434, comma 2, c.p.³⁵ a fatti che riguardano danni irreversibili cagionati all'ambiente naturale, cui è seguita una importante sentenza della Consulta destinata a suscitare più dubbi che certezze e che apre un solco sempre più profondo tra principio di legalità e giurisprudenza creativa³⁶.

La norma sicuramente pecca dell'assenza di un preciso, chiaro ed esplicito precetto per ammissione della stessa Corte costituzionale che invoca un intervento del legislatore per colmare un vuoto di tutela che non è più tollerabile per il largo uso che il giudice penale fa della norma: «Ferma restando la conclusione raggiunta, è tuttavia auspicabile che talune delle fattispecie attualmente ricondotte, con soluzioni interpretative non sempre scevre da profili problematici, al paradigma punitivo del disastro innominato – e tra esse, segnatamente, l'ipotesi del cosiddetto disastro ambientale, che viene in discus-

³³ G. Vassalli, *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in «Digesto discipline penali», vol. VIII, Torino, 1994, p. 307.

³⁴ Indagine particolarmente mirata, frutto di un'elaborata e ricca disamina di fonti anche non giuridiche, è svolta sulla complessa tematica da O. Di Giovine, *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006.

³⁵ L'art. 434 c.p. «*Crollo di costruzioni o altri disastri dolosi*» stabilisce: «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 è punito, se dal fatto deriva pericolo per la pubblica incolumità, con la reclusione da uno a cinque anni. La pena è della reclusione da tre a dodici anni se il crollo o il disastro avviene».

³⁶ Corte cost., sent. 30 luglio 2008, n. 327, in *www.cortecostituzionale.it*. F. Giunta, *I contorni del "disastro innominato" e l'ombra del "disastro ambientale" alla luce del principio di determinatezza*, nota a Corte cost., sent. 1° agosto 2008, n. 327, in «Giurisprudenza costituzionale», 2008, p. 3539.

sione nei giudizi *a quibus* – formino oggetto di autonoma considerazione da parte del legislatore penale, anche nell’ottica dell’accresciuta attenzione alla tutela ambientale ed a quella dell’integrità fisica e della salute, nella cornice di più specifiche figure criminose».

Dunque, una vera e propria applicazione di emergenza a fatti non regolati, seppure molto gravi, e tuttavia privi della previsione in una legge ordinaria che con puntuale evidenza mette in luce la violazione del principio dell’art. 101 Cost., dal momento che il “diritto vivente” del giudice ordinario si è sostituito alla fonte legale³⁷.

Il giudice, in definitiva, è e resta la fonte della sola interpretazione della norma penale rispetto al caso concreto, non della prescrizione normativa, e in questo ruolo può svolgere in realtà una “funzione creatrice”, di solo adattamento del precetto astratto, secondo un diritto “in action” e non statico, che finirebbe per essere, in molte ipotesi, del tutto inapplicato³⁸.

4. La legalità penale in balia della molteplicità delle fonti del nuovo millennio

Negli ultimi anni la legalità penale, già attaccata da interventi integrativi di tipo creativo da parte della giurisdizione e resa incoerente da una massa di leggi che ne hanno compromesso il profilo di omogeneità rispetto ai principi fondamentali, sta pagando un pesante prezzo alla sua integrità per effetto di numerosi fenomeni distorsivi, in parte su iniziative dello stesso ordinamento italiano, in parte per effetto dell’ingresso nel sistema normativo italiano di fonti sovranazionali prive di carattere di democraticità popolare.

Lo scivolamento verso iniziative legislative improprie, interne al sistema delle leggi penali italiane, è stato già registrato, ad esempio, con una legge nazionale ma a efficacia territoriale limitata, che ha introdotto il delitto di “Abbandono di rifiuti ingombranti”, valido solo per il territorio della Regione Campania, addirittura entrato in vigore con una fonte governativa, sia pure ordinaria, il d.l. n. 172/2008³⁹.

³⁷ Si ritiene, e a ragione, che l’applicazione a fatti concreti di una norma che non detta esplicitamente il precetto sia un’operazione di interpretazione analogica in *malam partem*, così M. Donini, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *www.penale contemporaneo.it*, 2013. La conferma è offerta da Cass. Sez. I, sent. n. 7941 del 19 novembre 2014 che ha dichiarato prescritti i reati nel caso detto “Eternit”.

³⁸ A. Cadoppi, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in azione della legalità*, Torino, 1999; Id., *Giudice penale e giudice civile di fronte al precedente*, *Scritti in memoria e in onore di Luigi Domenico Cerqua*, in «Indipendenza penale», 2014, p. 23. Per un ampio orizzonte internazionale sul tema del potere di innovazione giurisprudenziale, è utile R.H. Bork, *Il giudice sovrano*, Macerata, 2004.

³⁹ Si tratta del d.l. 6 novembre 2008, n. 172, pubblicato in «Gazzetta Ufficiale», 3 gennaio

Questa norma penale pur essendo ad efficacia temporanea, quindi in linea con i requisiti sanciti dalle preleggi ma anche in linea con il principio di libertà personale costituzionale, sembra lesivo soprattutto del principio di eguaglianza, allo stesso modo in cui una Regione, ai sensi dell'art. 117 Cost., non può emanare norme in materia penale perché riservate esclusivamente allo Stato. Ed invece con una legge parlamentare si è messo in moto lo stesso meccanismo limitato a un preciso territorio regionale, ma tollerato semplicemente perché adottato con norma ordinaria statale⁴⁰. Anche questa legge è passata indenne al vaglio della Corte costituzionale che ne ha riconosciuto la legittimità, proprio in forza dello stato di emergenza rifiuti in cui versava la Regione Campania⁴¹. Ma in realtà esistono tre fenomeni ben delineabili che minacciano di minare alla base l'integrità del principio di legalità penale e che attengono esclusivamente alla lesione del corollario della riserva di legge.

Il primo caso appartiene alla produzione di norme di rango sub-primario interna all'ordinamento giuridico italiano e si caratterizza come espediente di autonormazione che, tuttavia, per effetto di rinvii di tipo recettizio finiscono per diventare elementi costitutivi di un precetto penale. Il caso paradigmatico è quello delle discipline regolamentari e dei pareri delle Autorità garanti istituite in Italia, come il caso del Garante per il trattamento dei dati previsto dal d.lgs. n. 196/2003. In questo caso le norme penali che sono previste a partire dall'art. 167 Codice del trattamento stabiliscono dei rinvii a norme precedenti appartenenti allo stesso testo che, successivamente, rinviano in parte alle decisioni o alle disposizioni prescrittive del Garante per la privacy. Il ricorso al tipo di norma detta "penale in bianco" appare utile a garantire il progressivo aggiornamento della fonte legale senza la necessità di ricorrere all'entrata in vigore di nuove fonti ordinarie, come nel caso delle tabelle allegate al d.p.r. n. 309/1990, legge sugli stupefacenti, ove si aggiorna la tabella con nuove sostanze ma non si modifica il dettato normativo⁴². L'intervento di eterointegrazione in questo caso avviene invece soprattutto attraverso la presenza di elementi normativi del fatto punibile cioè quei requisiti che ampliano la base applicativa della norma per ef-

2009 "Misure straordinarie per fronteggiare l'emergenza nel settore dello smaltimento dei rifiuti nella regione Campania e ulteriori disposizioni di protezione civile".

⁴⁰ Sulla questione delle fonti penali regionali si veda F. Bricola, *Principio di legalità e potestà normativa penale delle Regioni*, in «Scuola positiva», 1963, p. 630.

⁴¹ Corte cost., sent. 24 febbraio 2010, n. 83, in www.cortecostituzionale.it, in cui si legge che: «I due rilievi che precedono sono sufficienti ad escludere che sia stato violato il principio di uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge, poiché la previsione di un trattamento penale più severo per coloro i quali si rendano responsabili di illeciti che contribuiscono a creare o mantenere una situazione di emergenza ambientale, con grave pericolo per la salute delle popolazioni dei territori interessati, non è manifestamente irragionevole e costituisce una risposta che il legislatore ha ritenuto di dover dare alla diffusione di comportamenti da reprimere con rigore».

⁴² A. Pecoraro Albani, *Riserva di legge – Regolamento – Norma penale in bianco*, in G. Leone (a cura di), *Scritti giuridici in onore di Alfredo De Marsico*, vol. II, Milano 1960, p. 306.

fetto di discipline che vengono direttamente richiamate da quel precetto, dunque preesistenti e certe. Diversamente accade con il ricorso a fonti regolamentari nuove e future che finiscono per indebolire il carattere di certezza e prevedibilità della norma punitiva e rischiano di risolversi nella violazione, sia pure implicita, del principio di riserva di legge in materia penale, dal momento che il precetto della norma punitiva conterrà elementi di tipicità diversi a seconda del diverso contenuto che, di volta in volta, la norma rinviata provvederà a stabilire.

Un secondo caso attiene agli interventi di eterointegrazioni provenienti da norme sovranazionali, in particolare di fonte europea che in origine avevano la veste delle Direttive europee, talvolta come impulsi rivolti al legislatore italiano, altre volte veri e propri obblighi di normazione, con le direttive “precise”, secondo quanto prescritto dall’art. 288 TFUE che ne prevede la successiva recezione.

Con l’avvento dell’integrazione europea anche il sistema delle fonti del diritto subisce significative modifiche che aprono la strada a una nuova fonte quella del diritto penale comunitario, con principi di carattere generale più stringenti ma che intervengono in maniera diretta nel sistema delle fonti italiane, superando la riserva della volontà parlamentare e la stessa Costituzione che, come si è detto, all’art. 25 esige che la fonte sia la legge statale⁴³. Un segnale di ferma determinazione a superare la legge interna e affermare il primato del diritto comunitario, secondo le esigenze di armonizzazione e omogeneità delle scelte, viene dalla sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee del 9 marzo 1978 che stabilisce la diretta disapplicazione da parte del giudice interno se la norma nazionale si pone in contrasto con la norma comunitaria, riconoscendo in questo modo il primato della fonte europea. Caso emblematico quello in materia di immigrazione clandestina dell’art. 14, commi 5-ter e quater, d.lgs. n. 286/1998, in relazione al quale la Corte di giustizia dell’Unione europea ne ha imposto ai giudici italiani la disapplicazione sulla base di una direttiva di cui era scaduto il termine di attuazione⁴⁴.

L’opera di integrazione comunque spinge in avanti il quadro dei principi generali fino al punto da ipotizzare veri e propri obblighi di tutela penale cui gli Stati membri non potranno sottrarsi, con la previsione del precetto e addirittura la specie e la misura della pena⁴⁵.

⁴³ A. Bernardi, *L’europizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino, 2004. Il vero problema da affrontare è in che modo considerare una norma penale che, disapplicata, perde la sua portata punitiva in ragione di una “sterilizzazione” degli effetti proveniente da un ambiente normativo diverso da quello del nostro ambito costituzionale, in G. Mazzini, *Prevalenza del diritto comunitario e non obbligatorietà della legge penale: un rapporto interessante, ma non sostenibile*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2002, p. 368.

⁴⁴ F. Viganò, *Disapplicazione dell’art. 14 comma 5 ter e quater: sette repliche ad altrettante obiezioni*, in www.penalecontemporaneo.it, 17 febbraio 2011.

⁴⁵ F. Viganò, *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, in «Diritto penale e processo», 2005, p. 1433.

Il terzo caso è quello dell'immediata efficacia delle decisioni della Corte EDU in materia penale secondo le previsioni degli artt. 6 e 7 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo⁴⁶. La Convenzione venne sottoscritta a Roma il 4 novembre 1950 ratificata e resa esecutiva con la legge n. 848/1955⁴⁷, cui si aggiunge il primo Protocollo, firmato a Parigi il 20 marzo 1952. La Convenzione istituisce un giudice speciale a tutela dei principi nella stessa contenuta, la Corte di Strasburgo (definita Corte EDU o CEDU), chiamata a decidere in materia penale sulla conformità delle legislazioni nazionali alle norme convenzionali in materia penale, sostanziale e processuale. Soltanto nel 1973 però l'Italia si assoggettò alla giurisdizione della Corte di Strasburgo, accettando la clausola in ordine alla giurisdizione obbligatoria della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, oltre che a quella relativa al diritto di ricorso individuale presso la Corte.

Il vero punto di svolta su questo versante si registra con due note decisioni della Corte costituzionale – definite “sentenze gemelle” – n. 348 e n. 349 entrambe del 2007⁴⁸ che impongono una decisa rivisitazione dei vincoli in materia di fonti penali tenendo conto del fatto che la limitazione alla sovranità della produzione normativa in materia penale passa attraverso la previsione dell'art. 117, comma 1, Cost.⁴⁹. Sul piano della legalità penale l'effetto dirimpante che ne consegue è dato dal fatto che le decisioni della Corte EDU, come criterio integrativo del parametro costituzionale e sia pure indirettamente, pongono in evidenza che il monopolio legislativo non appartiene più in maniera esclusiva al Parlamento italiano. Questo assunto, tuttavia, mette in rilievo, in realtà, un

⁴⁶ V. Manes, *La lunga marcia della Convenzione europea ed i “nuovi” vincoli per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno*, Introduzione a V. Manes, V. Zagrebelsky (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011. F. Viganò, *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2007, p. 42. A. Pace, *La garanzia dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano: il ruolo del legislatore e dei giudici “comuni”*, in *Nuove dimensioni nei diritti di libertà*, Padova, 1990, p. 124, secondo cui «Quanto più i valori costituzionali penetrano nella cultura individuale dei giudici, tanto più la tutela dei diritti costituzionali diventa diffusa a qualsiasi livello della giurisdizione». V. Onida, *La Corte e i diritti. Tutela dei diritti fondamentali e accesso alla giustizia costituzionale*, in L. Carlassare (a cura di), *Il diritto costituzionale a duecento anni dall'istituzione della prima cattedra in Europa*, Padova, 1998, p. 187, in cui si sostiene una “sorta di duplice funzione nomofilattica” della Corte costituzionale e della Corte di cassazione.

⁴⁷ Si tratta della legge 4 agosto 1955, n. 848 “Ratifica ed esecuzione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali firmata a Roma il 4 novembre 1950 e del Protocollo addizionale alla Convenzione stessa, firmato a Parigi il 20 marzo 1952”.

⁴⁸ Corte cost., sent. 22 ottobre 2007, n. 348, in www.cortecostituzionale.it e Corte cost., sent. 22 ottobre 2007, n. 349, in www.cortecostituzionale.it.

⁴⁹ Come testimonia del resto il volume AA.VV., *All'incrocio tra Costituzione e Cedu. Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo*, a cura di R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi, Torino, 2007, ed in particolare la relazione introduttiva di M. Cartabia, *La Cedu e l'ordinamento italiano: rapporti tra fonti, rapporti tra giurisdizioni*.

vero e proprio deficit di democrazia, dal momento che la prescrizione da osservare proviene da un organo giurisdizionale, appunto la Corte EDU, che non solo non ha alcuna legittimità popolare, e ottiene i suoi poteri per semplice “attribuzione” da parte dei Governi degli Stati membri⁵⁰.

Si aggiunga inoltre che, mentre la giurisdizione del giudice penale è chiamata alla verifica di sussunzione della fattispecie concreta sotto la previsione della norma astratta, la Corte EDU è chiamata unicamente a stabilire se vi sia stata o meno lesione dei diritti delle persone coinvolte nel processo che la Convenzione europea tutela e se quei diritti siano stati rispettati dalla decisione impugnata o siano stati violati, prescindendo dal caso concreto, dal contenuto di penalità della norma e, dunque, dall’effettivo giudizio di disvalore del fatto⁵¹.

La Corte costituzionale nelle due menzionate sentenze ribadisce innanzitutto che la Convenzione EDU non può essere assimilata al diritto comunitario, perché non crea un ordinamento giuridico sovranazionale e di conseguenza è da considerarsi diritto internazionale pattizio, capace sì di vincolare lo Stato, ma non produttivo di effetti diretti nell’ordinamento interno tali da legittimare i giudici nazionali a disapplicare le norme interne in contrasto con essa⁵². Alla Corte costituzionale spetta vigilare *in primis* che le norme della Convenzione EDU garantiscano una tutela dei diritti fondamentali almeno pari al livello garantito dalla Costituzione italiana. In secondo luogo la Corte afferma che la Convenzione EDU è una norma di rango “sub-costituzionale”, di rango cioè subordinato alla Costituzione ma sovraordinato alla legge.

L’efficacia delle decisioni della Corte di Strasburgo, infine, si articola su diversi tre livelli: efficacia di cosa giudicata (restituito *in integrum*); efficacia di sistema nei confronti dello stesso Paese destinatario della decisione, che ha l’obbligo di integrare il quadro normativo interno con la regola enunciata dalla Corte EDU, allo scopo di impedire il ripetersi di ulteriori violazioni; principio di “cosa interpretata” con efficacia *erga omnes*.

⁵⁰ F. Palazzo, *Corso di diritto penale. Parte generale*, 4^a ed., Torino, 2011, p. 127.

⁵¹ D. Tega, *La Cedu nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in «Quaderni costituzionali», n. 2, 2007.

⁵² Criticamente sull’uso contraddittorio della differenza tra ordinamento giuridico sovranazionale e realtà giuridica funzionale ed istituzionale si veda A. Ruggeri, *La Cedu alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale-astratta e prospettiva assiologico-sostanziale d’inquadramento sistematico* (a prima lettura di Corte cost. nn. 348 e 349/2007), in *www.forum costituzionale.it*.

5. La legalità penale tra le diverse sponde del potere politico e dell' autorità giudiziaria

Negli ultimi anni non sono mancati episodi che hanno evidenziato una nuova e diversa forma di lesione del principio di legalità penale formale che passa attraverso la divaricazione tra le iniziative del potere politico, in particolare del Governo e dei suoi presidi amministrativi, e i poteri di indagine della magistratura su cui incombe l'obbligo costituzionale dell'esercizio dell'azione penale (art. 112 Cost.).

La materia che si è resa strumento di alterazione della fonte di legittimazione è ancora una volta tutta quella riconducibile al concetto di ordine pubblico, attraverso la quale lo Stato aggira l'autorità della legge e giunge a riconoscere rilevanza penale a fatti che i vincoli della legalità penale comunque impedirebbero⁵³.

Un primo caso attiene all'adozione legislativa del c.d. "pacchetto sicurezza" cui il legislatore italiano ha fatto frequente ricorso nell'ultimo decennio, un testo composto da una molteplicità di norme eterogenee, sia in materia di diritto penale sostanziale che processuale, con lo scopo di arginare fenomeni di microcriminalità e di immigrazione clandestina. La Corte costituzionale non ha esitato a intervenire soprattutto ripristinando la legalità penale dalla violazione della riserva di legge quando determinati poteri in materia di normazione sono stati illegittimamente conferiti ai Sindaci per fare fronte al fenomeno della criminalità urbana⁵⁴. Il Sindaco attraverso norme penali in bianco, soprattutto con l'art. 650 c.p. "Inosservanza dei provvedimenti dell'Autorità", aveva la possibilità di emanare un regolamento o un'ordinanza amministrativa che finiva per assumere il rango di norma ordinaria penale entrando a farne parte nella descrizione del precetto.

Il vero scontro tra il potere politico e il potere giudiziario si è però registrato in occasione del processo definito "trattativa Stato mafia" aperto a Palermo per verificare se negli anni novanta del secolo scorso la mafia, in particolare la c.d. ala stragista, sia riuscita a ottenere una generalizzata revoca della disciplina dell'art. 41-*bis* O.P. – di cui sopra si è detto – a vantaggio dei capi di "cosa

⁵³ A. Baratta, *Vecchie e nuove strategie nella legittimazione del diritto penale*, in «Dei delitti e delle pene», 2, 1985, p. 247.

⁵⁴ Si veda Corte cost., sent. 4 aprile 2011, n. 115 che ha abrogato l'art. 54, comma 4, del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, come sostituito dall'art. 6 del d.l. 23 maggio 2008, n. 92 (Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica), in www.cortecostituzionale.it. Dice la Corte a tale proposito: «La possibilità per il sindaco di adottare provvedimenti efficaci a tempo indeterminato sull'intero territorio comunale conferirebbe alle «nuove» ordinanze una marcata valenza normativa, indipendentemente dalla formale persistenza dell'obbligo di motivazione, che la legge del resto esclude per gli atti normativi e quelli a contenuto generale (è citato il comma 2 dell'art. 3 della legge n. 241/1990)».

nostra” all’epoca in carcere, offrendo in contropartita di desistere dal progettato programma stragista.

L’ipotesi di accusa è quella del delitto previsto all’art. 338 c.p. “Violenza o minaccia a un corpo politico dello Stato” e vede come imputati, oltre ai capi-mafia dell’epoca, esponenti politici delle Istituzioni e vertici militari⁵⁵. Al di là degli aspetti giuridici controversi per il ricorso a una fattispecie incriminatrice bilaterale (che vede su opposte sponde, da una parte come vittima il corpo politico minacciato e dall’altro come autore i soggetti che minacciano, mentre in questo caso il reato diventa unilaterale tutti autori) nelle pieghe delle indagini condotte dalla Procura della Repubblica di Palermo si affaccia un sistema di interlocuzione con i poteri criminali che è tipico del “doppio Stato”⁵⁶. Nel corso delle indagini preliminari è emerso, infatti, che funzionari dei servizi segreti, su direttive operative del Governo, e autorità militari hanno tenuto all’oscuro l’autorità giudiziaria dei frequenti contatti avuti con i vertici della mafia detenuti nelle carceri italiane, facendo ricorso a norme che effettivamente esistono nel sistema penale, in particolare quello penitenziario, che consentono lo svolgimento di colloqui investigativi, ma che miravano a finalità completamente diverse, quelle di favorire la collaborazione processuale e la dissociazione di soggetti appartenenti alla criminalità organizzata. Disposizioni normative, dunque, che abilitano l’azione dell’esecutivo per scopi e funzioni diverse da quelle per cui sono state effettivamente utilizzate, al fine di eludere i poteri di controllo dell’autorità giudiziaria e, in definitiva, i limiti della legalità penale.

6. Conclusioni

La disamina dei numerosi fattori di criticità evidenziati nel sistema penale e la difficile tenuta della legalità che passa per la rigida forca caudina che stringe legge e giustizia, seppure in questa limitata trattazione, mette in luce il senso di un disorientamento che attraversa tutto il versante applicativo della norma

⁵⁵ Una critica serrata e puntualmente motivata mossa all’intero impianto processuale ma soprattutto alla contaminazione politica del terreno giuridico che sostiene l’astratta previsione dell’art. 338 c.p., è sostenuta da G. Fiandaca, S. Lupo, *La mafia non ha vinto. Il labirinto della trattativa*, Roma-Bari, 2014; e prima ancora G. Fiandaca, *La trattativa Stato-mafia tra processo politico e processo penale*, in «Criminalia», 2012, p. 63; mentre sulla strategia investigativa A. Ingroia, *Io so*, intervista a cura di G. Lo Bianco, S. Rizza, Milano, 2012, Roma-Bari, 2014. Per gli aspetti di merito è utile il rinvio a P. Morosini, *Il decreto di rinvio a giudizio del GIP di Palermo nel processo per la presunta trattativa tra Stato e mafia*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 13 marzo 2013. Per ulteriori informazioni sulla storia e i contorni della “trattativa” si rinvia a M. Torrealta, G. Mottola, *Processo allo Stato*, Milano, 2012.

⁵⁶ Ci sia consentito a questo proposito, soprattutto per la latitudine storico-giuridica del tema, citare P. Troncone, *Controllo penale e teoria del doppio Stato*, Napoli, 2006.

penale, in ragione di una delegittimazione dell'esclusività della fonte in materia punitiva.

Se poi, e non si può non farlo, si aggiunge a tutto quanto esposto la pessima stesura delle disposizioni legislative, prive di puntualità e ricche di incongruenze stilistiche che si traducono in equivoci elementi di tipicità del fatto, ci si rende conto che i giudizi di legittimità di molte norme potrebbero essere limitati se solo il legislatore ponesse maggiore attenzione ai suoi compiti⁵⁷. Peraltro, la solidità del sistema delle fonti è sotto attacco da spinte centrifughe e centripete che favoriscono sviluppi inattesi, ma che stratificano centri di imputazione diversi, spostando il baricentro della legittimazione penale verso altri centri di produzione normativa.

Oggi colpisce, ad esempio, la forma espressiva, ricca di implicazioni giuridiche ma allo stesso tempo essenziale ed esaustiva, con cui sono motivate le sentenze della Corte EDU che nelle semplici, brevi e chiare esposizioni concettuali risolvono questioni alla radice, senza troppi orpelli retorici ed esornativi. Evidenti esempi in questo senso sono le importanti decisioni adottate in materia: di confisca dell'opera edilizia oggetto di lottizzazione abusiva⁵⁸; di applicazione della pena dell'ergastolo⁵⁹; di intangibilità del giudicato⁶⁰; tutte questioni cruciali per il sistema penale italiano.

Si giunge, tuttavia, alla constatazione che la spada della legge è ormai senza punta offensiva e che lo scudo non offre più le auspiccate garanzie di difesa, perché da un lato i fenomeni di autonormazione, dall'altro quelli di eterointegrazione hanno delegittimato il principio cardine della riserva di legge ordinaria derivante dalla procedura parlamentare, a favore di un sistema di fonti eterogenee, dove un ampio spazio viene riservato anche a fonti giurisprudenziali prive del carattere di legittimità democratica.

La ricerca di nuove fonti di legittimazione nasce da una riflessione oggettiva, secondo cui la partecipazione a pieno titolo a organismi sovranazionali e l'adesione a Trattati e Convenzioni europee impongono omogeneità legislativa e uniformità applicativa all'interno dei paesi membri dell'Unione europea. Uniformità che si radica anche riorientando i valori costituzionali del 1948 e ridimensionando il legislatore italiano, ma soprattutto riconoscendo nuovo vi-

⁵⁷ Questione centrale al tema della legalità, come sostenuto da V. Italia, *Il disordine delle leggi e l'interpretazione*, Milano, 2010.

⁵⁸ CEDU, sent. 30 ottobre 2013, ricorso n. 17475/2009, *Varvara c. Italia*.

⁵⁹ CEDU, Grande Camera, sent. 17 settembre 2009, ricorso *Scoppola c. Italia*.

⁶⁰ Si veda Corte cost., sent. 4 aprile 2011, n. 113, in www.cortecostituzionale.it, che ha dichiarato «l'illegittimità costituzionale dell'art. 630 c.p.p., nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46, par. 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo».

gore al settore della giurisdizione che inevitabilmente raccoglierà la parte più significativa di una nuova legalità penale. In questo modo si può prevedere che cesseranno anche i fenomeni di aggiramento ed elusione della legalità facendo uso di strumenti di emergenza che, da tempo immemore, hanno caratterizzato la materia delle fonti penali.

La legalità penale può ritrovare le ragioni della sua legittimazione soltanto se si ritorna alla radice della sua autentica vocazione: «L'utilizzazione del potere punitivo diviene diritto penale solo quando ad essa vengano poste delle regole che ne segnino i limiti e ne disciplinino le modalità applicative. Senza regole l'esercizio del potere punitivo è unicamente espressione di forza, più o meno mascherata da forme giuridiche, come è accaduto, di regola, nei rapporti tra stato e individuo, prima della rivoluzione illuministica»⁶¹.

⁶¹ S. Moccia, *Lo statuto della Corte penale internazionale: i profili della legalità*, Napoli, 1995, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., 2006, p. 487.

