

GIORGIO PINO

LEGALITÀ PENALE E *RULE OF LAW**

Una premessa un po' lunga (ma necessaria)

Il principio di legalità in materia penale è circondato, oggi, da un'aura di paradosso. Per un verso, esso è considerato l'ovvio architrave di un sistema penale che, come quello italiano, si voglia ispirato ai principi della garanzia delle libertà individuali e della separazione dei poteri¹: pertanto, esso campeggia nei testi costituzionali e nei documenti internazionali sui diritti umani, e nei capitoli iniziali (quelli dedicati ai "principi fondamentali" della materia) di tutti i manuali di diritto penale. Per altro verso, invece, il destino del principio di legalità appare segnato. Il profluvio caotico delle leggi, il disordine delle fonti, la presenza di organismi sovranazionali (in particolar modo l'Unione europea) che riescono a determinare in maniera anche alquanto esigente la produzione di norme penali a livello interno, la crisi della democrazia rappresentativa e la virata verso la democrazia maggioritaria, le incrinature nella separazione dei poteri, l'esplosione del diritto giurisprudenziale anche in paesi di *civil law*, il diffuso disincanto verso qualche pretesa di oggettività o di razionalità dell'interpretazione giuridica, sono tutti fenomeni che mettono sotto tensione il principio di legalità in materia penale², e che rischiano di confinarlo nel novero dei relitti ideologici, delle mitologie ormai sfatate, delle pretese irrealizzabili³.

Scopo di questo saggio è provare a riaffermare l'importanza, e la possibilità stessa, del principio di legalità in materia penale. L'assunto di partenza è che, nonostante tutte le circostanze (come quelle sopra esemplificate) che ostacolano il pieno dispiegarsi delle potenzialità garantistiche del principio di legalità penale, la legalità penale sia un valore che non solo *merita* di essere perseguito, ma che è anche *possibile* perseguire. Non è un ideale irrealizzabile. E ciò che può essere realisticamente realizzato dell'ideale della legalità penale è, come cercherò di mostrare, strettamente imparentato con alcuni requisiti solitamente associati all'ideale del *Rule of Law*. Il mio discorso sarà dunque per un verso analitico e ricostruttivo sul concetto di legalità penale, e per altro verso normativo. I due piani di discorso saranno compresenti ma distinti: il lettore li individuerà e distinguerà facilmente.

Inizierò operando una ricostruzione del fondamento e del contenuto del principio di legalità in materia penale, chiarendo il metodo dell'analisi (§ 1.1), analizzando in dettaglio (e in una maniera che credo presenti qualche occasionale profilo di novità rispetto agli approcci standard diffusi nella letteratura penalistica sull'argomento), la questione del fondamento

* Ringrazio Gaetano Carlizzi, Luigi Ferrajoli, Dario Ippolito, Fabrizio Mastromartino, César Morales Martínez, e Simone Spina per i loro commenti e osservazioni su una versione precedente di questo saggio.

¹ F.C. Palazzo, *Riserva di legge e diritto penale moderno*, p. 276: «poche cose sembrano così pacifiche nel mondo del diritto contemporaneo come la relazione tra legalità e pena: un matrimonio felice e indissolubile [...] un patrimonio giuridico ormai acquisito alla cultura stessa del mondo occidentale».

² Ottimi quadri di sintesi sui diversi fattori di crisi della legalità penale si possono leggere in F. Giunta, *Il giudice e la legge penale*; F.C. Palazzo, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*; G. Fiandaca, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*.

³ Particolarmente entusiasta nel certificare l'avvenuto decesso della legalità, in quanto «assillo» della modernità, si mostra P. Grossi, *Sulla odierna 'incertezza' del diritto*, e con riferimento specificamente alla legalità penale, Id., *Tra fatto e diritto*, spec. pp. 1901-1902. Alla posizione di Grossi si richiamano con un certo trasporto, in materia penale, M. Ronco, *Il principio di legalità*, pp. 4-5, nt. 7, 23, e *passim*; M. Vogliotti, *Dove passa il confine?*.

[Digitare il testo]

assiologico (§ 1.2) e delle articolazioni interne del principio di legalità penale (§ 1.3). Ciò al fine di mettere adeguatamente in luce la complessa struttura di questo principio (§ 2).

Quindi metterò in evidenza alcuni requisiti dell'ideale del *Rule of Law*, con particolare riferimento alle concezioni "formali" di questo ideale; requisiti che appaiono particolarmente rilevanti rispetto al problema della legalità penale (§ 3).

Infine, procederò ad un ripensamento e ad una valorizzazione, per così dire, dei profili del principio di legalità in materia penale alla luce delle esigenze del *Rule of Law*, indicando brevemente quali implicazioni ne seguano, specialmente con riferimento al profilo della formulazione delle leggi penali, della loro interpretazione, e del ruolo della giurisprudenza (§§ 4, 4.1, 4.2).

Molte delle cose che dirò potranno suonare elementari, quantomeno ai cultori del diritto penale (anche se in alcuni casi il modo in cui ricostruirò e presenterò alcune tematiche attinenti alla legalità penale sarà diverso dagli approcci standard presenti nella letteratura penalistica). Ritengo comunque necessario correre questo rischio, perché ho l'impressione che nella letteratura specialistica sulla legalità penale si tenda a lasciare in ombra alcuni passaggi cruciali nella spiegazione e nell'articolazione del principio di legalità – forse perché tali passaggi sono considerati del tutto scontati, definitivamente acquisiti alla cultura del penalista occidentale. Invece è tuttora opportuno, se non altro per ragioni di chiarezza teorica e ricostruttiva, esplicitare i diversi passaggi che portano a dare consistenza (o *una certa* consistenza, anziché un'altra) al principio di legalità penale. E comunque, «nella corsa della filosofia vince chi sa correre più lentamente»⁴.

Ammesso comunque (in via di pura ipotesi) che questa mia riflessione riesca a sortire qualche profilo di originalità, questo starà nell'enfatizzare lo stretto collegamento tra il principio di legalità in materia penale e i valori e i requisiti (o alcuni dei valori e dei requisiti) associati all'ideale del *Rule of Law*. Queste idee, a ben vedere, sono già presenti nel dibattito penalistico italiano (e molto diffuse nella letteratura penalistica internazionale), anche se in maniera forse non sufficientemente articolata e visibile. Infatti, nella letteratura penalistica italiana i valori e requisiti associati all'ideale del *Rule of Law*, di solito sinteticamente e sbrigativamente ricondotti all'idea della "certezza", non sono *del tutto* ignorati, ma sono considerati come tutto sommato recessivi, di secondaria importanza, nell'architettura complessiva del principio di legalità in materia penale, mentre maggiore enfasi è tributata al collegamento tra principio di legalità penale e valori democratici, o meglio alla funzione garantistica derivante dalla matrice democratica della legge penale⁵. Questa attenzione selettiva da parte dei giuristi potrebbe forse essere spiegata dal fatto che il principio di legalità in materia è stato positivizzato, nell'ordinamento italiano, principalmente – anche se non esclusivamente – come riserva di legge (art. 1 c.p., e art. 25, comma 2, cost.); e questo, congiuntamente al ruolo eminente della legge in un ordinamento di *civil law* come quello italiano (e magari insieme ad un latente legicentrismo, a lungo persistente nella cultura giudica italiana⁶), potrebbe aver contribuito a focalizzare l'attenzione dei giuristi principalmente sul versante legislativo della legalità penale.

⁴ L. Wittgenstein, *Pensieri diversi*, p. 73. Come osserva Bruno Celano, «parte del compito di chi svolge un'indagine teorica consiste nel mettere in questione le banalità che tutti, o quasi tutti, abitualmente accettano, senza pensarci due volte; spesso, le banalità resistono all'esame, rivelandosi ben fondate; ma, mettendole in questione, il teorico ha svolto un servizio utile: ci ha costretto a riflettere su ciò che comunemente accettiamo come ovvio, senza pensarci due volte, e, in tal modo, a capire che cosa, in effetti, già pensiamo» (B. Celano, *La teoria del diritto di Hans Kelsen*, pp. 142-143).

⁵ Questa impressione è condivisa quantomeno da G. Fiandaca, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, pp. 82-86. V. comunque *infra*, §§ 2 e 4.1.

⁶ In proposito si veda la bella, anche se non più recentissima, analisi di J.H. Merryman, *Lo stile italiano: la dottrina*. Una conferma indiretta di quanto affermato nel testo potrebbe venire dall'insistenza con cui, negli ultimi dieci anni o giù di lì, uno studioso come Giovanni Fiandaca ha cercato di portare l'attenzione del dibattito penalistico sul fenomeno del diritto penale giurisprudenziale: vedi ad es. G. Fiandaca, *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*; Id., *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*.

[Digitare il testo]

Quale che sia la spiegazione sociologica più plausibile della formazione di questo punto di vista dominante, o quantomeno ampiamente diffuso, sul fondamento e sulla portata del principio di legalità penale, in questo lavoro intendo invece elaborare un punto di vista parzialmente diverso, e in particolare intendo verificare in che modo le esigenze del *Rule of Law* retroagiscano sulla legalità penale, che cosa richiedano alla legalità penale, che aspetto assuma una legalità penale improntata alle esigenze del *Rule of Law*.

Come ho già detto, questo ripensamento della legalità penale alla luce del *Rule of Law* è, a mio modo di vedere, non solo assiologicamente ragionevole, ma anche realistico: nel senso banale che esso è realisticamente realizzabile, e anche – nel quadro attuale delle istituzioni politiche e giuridiche italiane – *più* realisticamente realizzabile rispetto a concezioni alternative della legalità penale. Esso è inoltre congruente con una particolare concezione del principio di legalità che appare destinata ad influenzare sempre di più l'ordinamento italiano, a causa del sempre più stretto collegamento di quest'ultimo con il sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la relativa giurisprudenza⁷.

1. Analitica della legalità penale

1.1. Questioni definitorie e metodologiche

Dietro il sintagma “legalità penale”, solitamente identificato con la formula latina (ma di conio ottocentesco) *nullum crimen, nulla poena sine lege*, si nasconde un principio straordinariamente complesso⁸.

Se per un verso il principio di legalità penale veicola banalmente l'idea che sia necessario l'intervento della “legge” per stabilire i reati e le pene ad essi associate, per altro verso – se inteso alla lettera – esso lascia interamente da precisare quali caratteristiche la legge debba avere al fine di disciplinare la materia penale. Può forse trattarsi anche di una legge del tutto vaga e oscura? Anche di una legge-provvedimento? Anche di una legge retroattiva? Anche di una legge che rimette interamente ad un organo diverso dal legislatore il potere di determinazione dei reati e/o delle pene? E via congetturando.

Spia linguistica non trascurabile di questa complessità è peraltro la varietà di aggettivazioni con cui viene solitamente declinata la legalità penale (legalità “formale” vs. legalità

⁷ Alludo evidentemente al meccanismo derivante dalle sentenze nn. 348 e 349 del 2007 della Corte costituzionale, in base al quale sia le norme della Convenzione sia la giurisprudenza della Corte di Strasburgo assumono il ruolo di “norme interposte” nei giudizi di costituzionalità. E riflessioni analoghe si possono fare con riferimento al rapporto tra diritto nazionale e diritto comunitario, per quanto riguarda le competenze dell'Unione europea in materia penale introdotte dal Trattato di Lisbona.

⁸ La formula *nullum crimen, nulla poena sine lege* è attribuita a P.J.A. Feuerbach (1775-1833); in proposito v. però le precisazioni di M.A. Cattaneo, *Anselm Feuerbach filosofo e giurista liberale*, pp. 446 ss., e di L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, p. 428, sul modo lievemente diverso in cui la formula appare nell'opera di Feuerbach.

Per semplicità, il mio discorso sarà qui limitato principalmente alla legalità nella previsione *dei reati*, ossia nella determinazione della fattispecie penalmente rilevante (*nullum crimen sine lege*); lascerò relativamente in secondo piano invece l'aspetto della legalità *delle pene*, ossia della legalità nella previsione del trattamento sanzionatorio dei reati (*nulla poena sine lege*). Questo perché, nonostante vi siano esigenze in gran parte identiche dietro la legalità dei reati e la legalità delle pene, nel caso della legalità delle pene vi è una specificità che riguarda l'ulteriore esigenza, costituzionalmente rilevante, di un trattamento sanzionatorio quanto più possibile individualizzato e proporzionato, cioè adeguato al caso concreto e alla personalità del reo; e ciò ovviamente incide sulla dimensione della determinatezza e precisione *ex ante* della pena. In altre parole, se (come vedremo *infra*, § 4.2) il principio di legalità richiede un elevato livello di determinatezza e precisione nella previsione dei reati, lo stesso non vale, o non vale allo stesso modo, nella previsione delle pene. Peraltro, per quanto riguarda l'aspetto della calcolabilità dei comportamenti (in relazione alle loro conseguenze penali) – aspetto, questo, centrale dalla prospettiva del *Rule of Law*, come vedremo – la conoscibilità delle pene può essere un elemento perfino più qualificante rispetto alla conoscibilità dei reati in sé e per sé considerati.

[Digitare il testo]

“sostanziale”⁹, “mera” legalità vs. “stretta” legalità¹⁰, legalità “legislativa” vs. legalità “giudiziale”¹¹, legalità “*in the books*” vs. legalità “*in action*”¹², legalità “pura” vs. legalità “ibrida”¹³, legalità “nazionale”, “statalistica”, “sovranaazionale”, “europea”, “comunitaria”, “convenzionale”¹⁴, per citarne solo alcune), varietà che sta a testimoniare non tanto o non necessariamente uno sterile e bizzarro esercizio di compulsione classificatoria da parte dei giuristi, quanto piuttosto la difficile ricerca di una terminologia che colga quanto più accuratamente possibile le varie sfumature associabili al complesso valore della legalità penale.

Ebbene, la complessità del principio di legalità penale attiene per un verso al suo fondamento (cioè alla domanda: a cosa serve la legalità penale, qual è la sua *ratio*?), e per altro verso alle sue implicazioni (cioè alla domanda: che cosa richiede la legalità penale?). Questi profili sono ovviamente intrecciati, perché da una certa concezione del fondamento della legalità penale seguiranno alcune implicazioni e non altre. D’altro canto, le specifiche implicazioni, o ramificazioni, o articolazioni, del principio di legalità penale sono spesso più “visibili” rispetto al fondamento assiologico del principio stesso, nel senso che le abbiamo sotto gli occhi in vari testi costituzionali o legislativi, mentre sul fondamento assiologico che sta dietro al principio possiamo solo fare congetture; di conseguenza, per individuare il possibile fondamento del principio di legalità penale non si potrà non tenere conto proprio del modo in cui il principio astratto si incarna in articolazioni più determinate (che infatti, nella letteratura sul principio di legalità, vengono talvolta chiamati “sotto-principi”).

Così, abbiamo certe idee o certe ipotesi sul fondamento assiologico del principio di legalità penale (a cosa serve, perché è importante, ecc.), e sappiamo che certi istituti rappresentano certamente delle articolazioni del principio di legalità penale; tuttavia, se accettiamo che la legalità penale abbia un certo fondamento assiologico, allora è possibile, ragionevole, che ne debbano discendere anche altri istituti o sotto-principi che a prima vista non vengono solitamente inclusi nell’ambito della legalità penale, o è possibile che gli istituti o sotto-principi già noti assumano una configurazione particolare. Parimenti, se accettiamo che certi istituti o sotto-principi siano chiaramente espressione della legalità penale, allora può darsi il caso che sia necessario riconfigurare il fondamento assiologico del principio – rispetto a come viene di solito considerato – affinché sia congruente rispetto agli istituti o sotto-principi particolari già noti. Dunque, in una riflessione sulla legalità penale (come ovviamente in una riflessione su altri principi etico-politici), è inevitabile procedere in una maniera lievemente circolare, di modo che il concetto rilevante viene ricostruito, prende progressivamente forma, cercando di tenere in

⁹ Peraltro questa e altre contrapposizioni sono talvolta usate in sensi diversi da parte di autori diversi: ad esempio, F. Mantovani, *Diritto penale*, pp. 3-14, intende per legalità formale l’idea che i reati siano previsti dalla legge, e per legalità sostanziale l’idea che i reati vadano invece individuati in ciò che offende un certo ordine sociale (così anche F.C. Palazzo, *Corso di diritto penale*, pp. 102-104); e questa accezione sostanziale del principio di legalità ha a lungo caratterizzato il diritto penale internazionale (cfr. A. Cassese, *International Criminal Law*, pp. 38-39). Di contro, A. Pagliaro, *Legge penale: a) principi generali*, pp. 339-340, usa la contrapposizione legalità formale/legalità sostanziale nel senso che il rapporto tra reato e sanzioni deve essere non solo formalmente ma anche sostanzialmente preveduto dalla legge (cosa che non accadrebbe, ad esempio, ove l’oscillazione tra la misura minima e la massima della pena fosse troppo ampia).

¹⁰ Per alcuni, “stretta legalità” è sinonimo di tassatività, precisione nella formulazione della fattispecie, e divieto di analogia: cfr. L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, pp. 71, 98, 371, 374 (ma v. anche pp. 71, 372, 376, per una accezione ancora diversa di “stretta legalità”, che incorpora in questa nozione anche i principi di offensività, di materialità, di colpevolezza, di giurisdizionalità, del contraddittorio, ecc.); M. Romano, *Corte costituzionale e riserva di legge*, p. 30. Per altri, è sinonimo di riserva di legge: cfr. G. Marini, *Nullum crimen, nulla poena sine lege*; G. Vassalli, *Nullum crimen, nulla poena sine lege*; T. Padovani, *Diritto penale*, p. 17.

¹¹ G. Fiandaca, *La legalità penale negli equilibri del sistema politico-istituzionale*.

¹² A. Cadoppi, *Il valore del precedente nel diritto penale*, passim.

¹³ M. Vogliotti, *Dove passa il confine?*, cap. 2.

¹⁴ Su questi temi e per questa terminologia, cfr. ad es. F.C. Palazzo, *Riserva di legge e diritto penale moderno*, pp. 282-283; O. Di Giovine, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*; C. Grandi, *Riserva di legge e legalità penale europea*; L. Siracusa, *La trasfigurazione del principio di legalità penale statale nel prisma del diritto europeo*.

equilibrio le ipotesi sul fondamento sostanziale del principio con le implicazioni applicative effettivamente note o che appaiono più ragionevoli¹⁵.

Un analogo movimento circolare (o relazione biunivoca) ispirerà anche un'altra parte di questo saggio, e cioè quella relativa al rapporto tra la legalità penale e l'ideale del *Rule of Law*: per un verso, infatti, la legalità penale è certamente il caso paradigmatico di applicazione dei desiderata del *Rule of Law* (se c'è un campo di elezione per i requisiti del *Rule of Law* questo è proprio il campo penale, è qui che l'esigenza di applicare quei requisiti è massimamente stringente); e per altro verso, i valori sottesi al *Rule of Law* e i requisiti da questo imposti sono in grado di illuminare aspetti non secondari del principio di legalità penale come lo conosciamo nel nostro diritto positivo. O almeno questo è ciò che cercherò di mostrare.

In sintesi, pertanto, l'operazione di reciproca individuazione del fondamento e delle implicazioni della legalità penale non potrà non essere guidata da assunzioni sostanziali e da opzioni valutative, ad esempio riguardo alle origini storiche e alle radici ideologiche dell'istituto, nonché più in generale riguardo al rapporto tra Stato e individuo, alla natura della costituzione e dei principi costituzionali, ai limiti del diritto penale, ecc.¹⁶.

Si noti peraltro che un apporto argomentativo sostanziale di questo tipo alla costruzione del principio di legalità è inevitabile anche laddove, come nel caso dell'ordinamento italiano, il principio appare chiaramente, ancorché sinteticamente, recepito a livello costituzionale. Infatti, a causa della peculiare tecnica di redazione delle disposizioni costituzionali, formulate di solito in maniera estremamente sintetica, evocativa, non sempre "tecnica", non è possibile trovare nel testo costituzionale non dico una precisa regolazione (cosa che peraltro quasi nessuno si aspetterebbe da un testo costituzionale¹⁷), ma nemmeno una chiara formulazione di tutti gli aspetti rilevanti del principio di legalità in materia penale¹⁸. La conseguenza è che i contorni del principio di legalità dovranno essere ricostruiti per l'appunto sulla base di assunzioni sostanziali relative alla funzione, alla *ratio*, di questo istituto, ai suoi rapporti con altri principi e istituti costituzionali, eventualmente anche alla sua storia (le sue origini ideologico-politiche).

E questo è peraltro ciò che effettivamente fanno pressoché tutti gli interpreti che si misurano a vario titolo con il principio di legalità¹⁹. Esempio al riguardo, per chiarezza ed

¹⁵ Si tratta di un metodo speculativo analogo alla ricerca di un "equilibrio riflessivo": cfr. J. Rawls, *A Theory of Justice*, pp. 42-45. Per una applicazione di questo metodo ad un tema affine a quello qui trattato, B. Celano, *Publicity and the Rule of Law*, spec. p. 124.

¹⁶ Sull'idea che l'interpretazione costituzionale richieda il ricorso ad un'argomentazione sostanziale etico-politica, v. B. Celano, *Come deve essere la disciplina costituzionale dei diritti?*; G. Pino, *Diritti e interpretazione*, pp. 139-142.

¹⁷ Una eccezione è rappresentata ad esempio da Luigi Ferrajoli, che auspica una formulazione quanto più possibile precisa e rigorosa dei testi costituzionali: cfr. L. Ferrajoli, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, spec. p. 2815 (nonché già A.C. Jemolo, *Che cos'è la costituzione*, pp. 59-60); per una critica, cfr. G. Pino, *Principi, ponderazione, e la separazione tra diritto e morale*. Più in generale sull'implausibilità di una costituzione formulata principalmente in disposizioni dettagliate, B. Celano, *Come deve essere la disciplina costituzionale dei diritti?*; R. Bin, *Che cos'è la Costituzione?*.

¹⁸ Che il testo costituzionale, e in particolare l'art. 25, non offrano una formulazione completa (e forse nemmeno troppo perspicua) del principio di legalità penale è peraltro affermazione affatto ricorrente: cfr. ad es. F. Bricola, *La discrezionalità nel diritto penale*, pp. 231-233; A. Pagliaro, *Legge penale: a) principi generali*, p. 322; L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, p. 381, 722. Secondo F.C. Palazzo, *Legge penale*, p. 363, l'art. 25 cost. «a stretto rigore enuncia il solo principio di irretroattività».

Capita, peraltro, di imbattersi in modi di esprimersi che assumono come direttamente formulati dal testo costituzionale certi aspetti del principio di legalità che chiaramente non lo sono, come i principi di tassatività e di determinatezza della legge penale: vedi Corte costituzionale n. 96/1981, secondo cui l'art. 25 «impone espressamente al legislatore di formulare norme concettualmente precise sotto il profilo semantico della chiarezza e dell'intelligibilità dei termini impiegati» (corsivo aggiunto); n. 185/1992 («il principio di determinatezza di cui all'art. 25, secondo comma, cost.»).

¹⁹ Per alcuni esempi di argomentazioni di questo tipo (con diversi gradi di elaborazione), F. Bricola, *La discrezionalità nel diritto penale*, spec. pp. 233, 243 ss., 277 ss.; Id., *Art. 25, II e III comma*, pp. 256-257; M. Spasari, *Diritto penale e costituzione*, p. 5; B. Petrocelli, *Appunti sul principio di legalità nel diritto penale*, p. 192; A. Pagliaro, *Principio di legalità e indeterminatezza della legge penale*, p. 292; F. Mantovani, *Diritto penale*, p. 66;

[Digitare il testo]

onestà metodologica, il seguente passo di una sentenza della Corte costituzionale, relativo alla portata della riserva di legge (e all'interpretazione della disposizione costituzionale rilevante) nell'ambito del principio di legalità penale:

«come l'effettivo ambito di comprensione del “generale” principio di legalità in sede penale non è, almeno di regola, desunto, nella sua ampiezza, dalle sole, peraltro non univoche, formule costituzionali che pur lo enunciano bensì, come è ormai generalmente ammesso, dalla *ratio* profonda che le ispira, così la reale comprensione, in ispecie, del principio di riserva di legge penale va principalmente ricavata dal fondamento politico-ideologico, sistematico e teleologico dello stesso principio piuttosto che dalle dichiarazioni costituzionali, necessarie e solenni ma non sempre tecnicamente precise, che lo enunciano; dichiarazioni i cui contenuti e limiti vanno, appunto, ricavati, anche e soprattutto, dai precitati fondamenti e, in particolare, dall'oggettiva, determinante funzione che, nell'intero ramo penale dell'ordinamento statale, la riserva in questione esplica» (Corte costituzionale n. 487/1989).

A causa della laconicità testuale del dato normativo, e del necessario ricorso a più o meno complesse argomentazioni teleologiche, ideologiche e sistematiche nella sua interpretazione, risultano poi controvertibili e controverse, e comunque fortemente dipendenti da assunzioni etico-politiche di sfondo, varie questioni più specifiche relative al principio di legalità penale e non chiaramente decise dal testo costituzionale (che ai fini del mio argomento non è necessario approfondire) quali: la rilevanza costituzionale del (sotto-)principio di determinatezza della fattispecie penale e del divieto di analogia in *malam partem*; l'ammissibilità dell'analogia in *bonam partem*; il carattere relativo, oppure assoluto, oppure “tendenzialmente assoluto”, della riserva di legge in materia penale; la questione se la riserva di legge escluda la possibilità che norme penali siano introdotte da atti aventi forza di legge; ecc.

1.2. Il fondamento assiologico della legalità penale

Come abbiamo visto nel paragrafo precedente, il nucleo pressoché tautologico del principio di legalità in materia penale consiste nell'idea che sia necessario l'intervento della “legge” per stabilire i reati e le pene ad essi associate. Ma abbiamo anche visto che questo, di per sé, dice ancora poco sul contenuto e anche sul valore etico-politico della legalità penale. Dunque la domanda ora è: perché si richiede l'intervento *della legge* in materia penale, o meglio che cosa ci si aspetta – quali benefici, quali vantaggi – da una disciplina *legislativa* della materia penale?

La risposta va evidentemente ricercata, in prima battuta, nella natura della materia che si intende assoggettare alla legge, e cioè l'esercizio del potere penale: una delle attribuzioni dello Stato potenzialmente più devastanti per i soggetti su cui viene rivolta. Il potere penale, da questo punto di vista, è considerato come una sorta di male necessario: occorre farvi ricorso per assicurare la tenuta della società e la difesa di beni considerati di rilevante importanza, ma il suo esercizio si può prestare ad abusi di vario genere: può essere utilizzato in maniera strumentale e pretestuosa (ad esempio contro avversari politici), può essere esercitato in maniera sproporzionata, o eccessiva, o imprevedibile, e così via. Il principio di legalità in materia penale risponde allora all'esigenza fondamentale che l'esercizio del potere penale sia assoggettato ad alcuni requisiti, volti appunto a garantire i cittadini rispetto a possibili abusi o forme di esercizio arbitrario dello strumento penale stesso. Da questo punto di vista, la legalità penale è intesa come un presidio dei cittadini contro indebite restrizioni della loro libertà (indebite perché persecutorie, discriminatorie ecc.), conseguenti all'esercizio del potere penale²⁰.

M. Siniscalco, *Irretroattività delle leggi in materia penale*, spec. pp. 81-98; G. Vassalli, *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, spec. pp. 306-308 e *passim*; L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, p. 722; M. Gallo, *Appunti di diritto penale*, pp. 46-48.

²⁰ Il principio di legalità penale, in altre parole, esemplifica chiaramente la duplice funzione del diritto penale: di tutela dell'ordine sociale, e di garanzia dell'imputato (e anche del reo). Sul volto bifronte del diritto penale v. L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, pp. 325-332; W. Hassemer, *Diritto giusto attraverso un linguaggio corretto?*, p. 177-178.

[Digitare il testo]

Inoltre, il principio di legalità penale intende assicurare ai cittadini la prevedibilità dell'esercizio del potere penale, affinché essi possano conoscere in anticipo ciò che è loro richiesto e cosa consegua dalla trasgressione dei precetti penali; sulla base di questa conoscenza previa, i cittadini saranno in condizione di sviluppare autonome scelte di azione, e sarà minimizzato il rischio che essi vengano "sorpresi" da una sanzione penale per un comportamento la cui illiceità penale non avevano potuto ragionevolmente rappresentarsi. Anche da questo punto di vista la legalità penale è presidio della libertà dei cittadini, o comunque dei destinatari delle norme giuridiche, ma in un senso diverso da quello visto nel capoverso precedente. Qui, infatti, a venire in considerazione è la libertà come *autonomia*: il principio di legalità, da questo punto di vista, intende assicurare ai cittadini la possibilità di adottare e sviluppare scelte e piani di vita, consentendo loro di tenere in conto nelle loro autonome deliberazioni l'esistenza di una cornice di divieti e obblighi sanzionati penalmente²¹.

In estrema sintesi, dunque, la legalità penale è una tecnica (o un insieme di tecniche) finalizzata alla *limitazione dell'arbitrio* nella gestione dello strumento penale: ciò, sia nel caso che l'uso arbitrario sia causato dalla mala fede, per così dire, di chi ha il potere di esercitare lo strumento penale (l'esecutivo, il giudiziario, lo stesso legislatore) e potrebbe usarlo per scopi discriminatori, o persecutori, o comunque in maniera non equa, non imparziale; sia nel caso che l'uso arbitrario dello strumento penale sia determinato da fattori per così dire "oggettivi", che rendono di fatto imprevedibili i modi in cui le sanzioni penali saranno applicate ai casi concreti²².

D'accordo. Ma detto questo resta ancora da chiarire il punto cruciale: e cioè la ragione o le ragioni per cui ci si aspetta che sia *proprio la legge* lo strumento idoneo a quello scopo di limitazione dell'arbitrio, e che sia lo strumento più idoneo di altri possibili per assicurare quegli obiettivi di garanzia della libertà.

Iniziamo dunque con il passare in rassegna le caratteristiche dello strumento "legge" che conferiscono una plausibilità quantomeno *prima facie* all'idea che la legge possa essere uno strumento idoneo a limitare i possibili abusi e arbitri nell'esercizio del potere penale. Da questo punto di vista, gli aspetti o "prestazioni" rilevanti della legge sono riconducibili a due categorie, a seconda che attengano *I*) alla legge *come atto* (cioè come specifica fonte del diritto), oppure *II*) alla legge in quanto *esito di un particolare procedimento*.

I) Per quanto riguarda la legalità penale vista nella prospettiva della legge *come atto*, la legge è la fonte del diritto che:

a) *tipicamente*, formula norme generali e astratte; beninteso, l'aver carattere generale e astratto non è una caratteristica definitoria e indefettibile della "legge"²³; tuttavia, è significativo

²¹ Scontato, al riguardo, il riferimento a Corte costituzionale n. 364/1988: il principio costituzionale di legalità in materia penale, inteso come riserva di legge statale, «trattandosi dell'applicazione delle più gravi sanzioni giuridiche, [...] intende particolarmente garantire i soggetti attraverso la *praevia lex scripta*. I principi di tassatività e d'irretroattività delle norme penali incriminatrici, nell'aggiungere altri contenuti al sistema delle fonti delle norme penali, evidenziano che il legislatore costituzionale intende garantire i cittadini, attraverso la "possibilità" di conoscenza delle stesse norme, la sicurezza giuridica delle consentite, libere scelte d'azione».

²² Per una posizione di questo tipo si veda in generale J. Rawls, *A Theory of Justice*, pp. 211-212. Nella letteratura penalistica l'idea di un fondamento assiologico composito del principio di legalità penale, lungo le linee indicate nel testo, si ritrova, in differenti gradi di elaborazione, in B. Petrocchi, *Appunti sul principio di legalità nel diritto penale*, p. 187; G. Marini, *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, p. 952; F. Bricola, *Art. 25, II e III comma*, pp. 231-234; M. Boscarelli, *Nullum crimen sine lege*, p. 1; F. Mantovani, *Diritto penale*, p. 10; F.C. Palazzo, *Legalità*, pp. 3375-3376; Id., *Corso di diritto penale*, pp. 96-99; M. Ronco, *Il principio di legalità*, pp. 4-6; T. Padovani, *Diritto penale*, pp. 16-17; D. Pulitanò, *Diritto penale*, pp. 115-116. Talvolta, invece, la legalità penale è considerata funzionale alla neutralizzazione *solo del primo tipo* di rischio di arbitrarità indicato nel testo (cioè gli usi arbitrari del diritto penale per motivazioni in senso lato politiche): M. Siniscalco, *Giustizia penale e Costituzione*, pp. 31-32; G. Vassalli, *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, p. 285; G. Contento, *Corso di diritto penale*, p. 34.

²³ Cfr. R. Guastini, *Le fonti del diritto*, pp. 92-95, per la distinzione tra legge "in senso formale" e "in senso materiale", dove solo in questa seconda accezione la legge include le caratteristiche della generalità e astrattezza.

[Digitare il testo]

come la produzione di leggi prive di questa caratteristica – leggi-provvedimento, leggine... – sia solitamente considerata come una distorsione dello strumento legislativo: la legge generale e astratta è il caso centrale, paradigmatico, di “legge”;

b) è soggetta ad un meccanismo ufficiale di pubblicazione, e dunque si presume accessibile e conoscibile da parte dei destinatari²⁴;

c) è relativamente stabile nel tempo (stabilità che viene poi ulteriormente esaltata – insieme ad una ancora maggiore accessibilità del testo normativo – in quella specifica forma di legislazione che è il codice);

d) è soggetta al controllo di legittimità costituzionale, il che dovrebbe garantire che eventuali abusi dello strumento legislativo a fronte dei principi costituzionali rilevanti potranno essere fatti valere davanti ad una apposita istituzione di garanzia²⁵.

II) Per quanto riguarda la legalità penale vista nella prospettiva della legge *in quanto esito di un particolare procedimento*, si nota comunemente che:

e) la legge è prodotta dal Parlamento quale organo rappresentativo dell'intero “popolo” (diversamente dall'esecutivo, che ha normalmente una colorazione politica più specifica e “di parte”), e pertanto è la fonte maggiormente dotata di ampia legittimazione democratica²⁶;

f) inoltre, è probabile che – proprio in quanto proveniente dall'organo maggiormente rappresentativo – la legge sia prodotta in considerazione dell'interesse generale, e che dunque si ricorra allo strumento penale solo per tutelare beni la cui importanza è avvertita in maniera sufficientemente condivisa all'interno del contesto sociale di riferimento²⁷;

g) (in stretta correlazione a quanto appena visto) la procedura di formazione della legge prevede la possibilità di una dialettica tra maggioranza e minoranza parlamentare, e quindi la possibilità da parte delle opposizioni di condizionare le scelte legislative in materia penale in modo che tali scelte risultino maggiormente ponderate, inclusive, condivise, o quantomeno la possibilità di denunciare pubblicamente, dentro e fuori dal Parlamento, eventuali abusi del ricorso allo strumento penale da parte della maggioranza²⁸. Si potrebbe dire che mentre nel punto

²⁴ F. Bricola, *La discrezionalità nel diritto penale*, pp. 250-251. In proposito v. R. Guastini, *Le fonti del diritto*, cap. X.

²⁵ M. Trapani, *Legge penale*, p. 4; F. C. Palazzo, *Legge penale*, p. 344; A. Bernardi, *Le «qualità» della norma penale tra fonti nazionali e fonti europee*, pp. 339-345. Paradossalmente, peraltro, proprio i principi costituzionali attinenti alla legalità penale appaiono clamorosamente *underenforced* a livello di giustizia costituzionale: cfr. *infra*, ntt. 60-62 e testo corrispondente.

²⁶ Questo argomento contrattualistico-democratico risale quantomeno a C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, spec. capp. III e IV; vedi poi G. Delitala, *Cesare Beccaria e il problema penale*, p. 968; M. Boscarelli, *Nullum crimen sine lege*, p. 1; F.C. Palazzo, *Legalità*, p. 3375; G. Marinucci, E. Dolcini, *Corso di diritto penale*, p. 31; D. Pulitanò, *Diritto penale*, p. 115; L. Ferrajoli, *Principia iuris*, vol. 2, p. 370; G. Fiandaca, *Legalità penale e democrazia*; C.F. Grosso, *Il fascino discreto della conservazione*, pp. 125-126, 136; nonché Corte costituzionale n. 487/1989: «il monopolio della competenza penale [spetta] al soggetto-Parlamento, l'organo [...] che vede riunito, attraverso i suoi rappresentanti, tutto il popolo sovrano» (v. anche nn. 394/2006 e 230/2012).

²⁷ M. Spasari, *Diritto penale e costituzione*, p. 7; G. Contento, *Corso di diritto penale*, p. 34; G. Marinucci, E. Dolcini, *Corso di diritto penale*, p. 24; G. Fiandaca, *Legalità penale e democrazia*, p. 1251. Cfr. Corte costituzionale n. 487/1989: «la criminalizzazione comporta, anzitutto, una scelta tra tutti i beni e valori emergenti nell'intera società: e tale scelta non può esser realizzata dai consigli regionali (ciascuno per proprio conto) per la mancanza d'una visione generale dei bisogni ed esigenze dell'intera società» (v. anche nn. 21/1957, 90/1962).

²⁸ La stragrande maggioranza dei penalisti mette l'accento, in particolare, su questo specifico aspetto del procedimento legislativo: G. Delitala, *Cesare Beccaria e il problema penale*, pp. 968-969; M. Gallo, *Appunti di diritto penale*, pp. 48, 63; F. Bricola, *La discrezionalità nel diritto penale*, pp. 245-246; Id., *Art. 25, II e III comma*, pp. 230-231; M. Siniscalco, *Giustizia penale e costituzione*, p. 42; F. Mantovani, *Diritto penale*, p. 45; M. Boscarelli, *Nullum crimen sine lege*, p. 1; F.C. Palazzo, *Legge penale*, p. 344; Id., *Riserva di legge e diritto penale moderno*, p. 277; M. Ronco, *Il principio di legalità*, p. 5; G. Marinucci, E. Dolcini, *Corso di diritto penale*, p. 24; G. Contento, *Corso di diritto penale*, p. 34; F. Giunta *Il giudice e la legge penale*, p. 81; A. Gamberini, *Riserva di legge*, p. 130; D. Pulitanò, *Diritto penale*, p. 115; G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale*, p. 51; G. Fiandaca, *Legalità penale e democrazia*, p. 1251; Id., *Aspetti problematici del rapporto tra diritto penale e democrazia*, c. 1. Secondo Corte costituzionale n. 230/2012, il Parlamento «esprime [...] le sue determinazioni all'esito di un

[Digitare il testo]

e) il carattere democratico della legge è “in input” ed è presente quasi per definizione, perché la legge proviene dall’organo democraticamente eletto (salvo verificare, passando dal piano delle definizioni a quello della realtà, quanto i cittadini sentano effettivamente la legittimazione democratica e il carattere rappresentativo del Parlamento²⁹), nei punti f) e g) la democraticità è “in output” ed è solo eventuale, perché dipende da quanto effettivamente le specifiche scelte di criminalizzazione corrispondano all’interesse pubblico e siano ampiamente condivise in Parlamento e nella società;

h) i lavori parlamentari sono tendenzialmente pubblici, cosa che permette un controllo dell’opinione pubblica sulle scelte di criminalizzazione già nel momento del loro farsi³⁰.

Le garanzie derivanti dal principio di legalità viste fin qui sono di tipo prettamente formale e procedurale, in quanto attengono *alla forma* e *alle fonti* dei precetti penali (cioè al modo di produzione e al loro regime giuridico). Ciò differenzia i vincoli derivanti dal principio di legalità da altri tipi di vincoli che le costituzioni (e in generale la civiltà giuridica) contemporanee pongono sul contenuto delle norme penali, quali i principi di offensività, di materialità, di proporzionalità, di personalità della responsabilità penale, ecc. Tuttavia, è stato anche sostenuto che in realtà il principio di legalità penale non avrebbe una qualificazione *esclusivamente* formale: infatti, secondo questo modo di vedere, il principio di legalità sarebbe in grado di incidere anche sul *contenuto* complessivo della legislazione penale, specialmente nella direzione della riduzione delle fattispecie di reato, e del mantenimento del diritto penale in una opportuna dimensione di *extrema ratio*³¹. Inoltre, sempre dal punto di vista delle ricadute sostanziali-contenutistiche del principio di legalità penale, si è anche ipotizzato che alcune condizioni ottimali relative al procedimento democratico sarebbero in grado di determinare (ove tali condizioni effettivamente ricorressero, beninteso) una *buona* legislazione penale³².

Qualunque cosa si voglia pensare delle supposte ricadute “sostanziali” o contenutistiche del principio di legalità penale (che in realtà vengono oramai evocate con una certa malinconia, come un auspicio così gravemente frustrato da essere considerato ormai definitivamente irrealizzabile), è certo che sono comunque gli aspetti formali e procedurali ad essere generalmente considerati come quelli più qualificanti della legalità penale. Ebbene, il principio di legalità risponde a questa funzione “formale” di contenimento di possibili arbitrii nella gestione del potere penale grazie ai due ordini di caratteristiche dello strumento “legge” visti sopra (caratteristiche, per l’appunto, formali o procedurali): caratteristiche attinenti all’atto in sé

procedimento – quello legislativo – che implica un preventivo confronto dialettico tra tutte le forze politiche, incluse quelle di minoranza, e, sia pure indirettamente, con la pubblica opinione».

A questo si può forse associare anche l’osservazione di Luigi Ferrajoli, secondo cui il principio di legalità evidenzia il carattere interamente convenzionale, artificiale e contingente delle figure del reato, contribuendo ad «evitare la trappola ideologica della sovrapposizione al dis-valore giuridico di un aprioristico dis-valore morale, o naturale»: cfr. L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, p. 370. Si noti però che questa funzione “demistificante” del principio di legalità può entrare in tensione con l’effetto di legittimazione che dovrebbe ricadere sulle leggi penali in virtù della loro provenienza democratica (*supra*, lett. e).

²⁹ E peraltro, come ha chiarito la Corte costituzionale nella sentenza n. 1/2014, un sistema elettorale può ben essere congegnato in maniera tale da rendere gravemente non rappresentativa l’assemblea parlamentare che ne risulta.

³⁰ Sul punto insistono pressoché tutti gli autori citati alla nota 28. Più in generale, sul valore etico-politico associato al carattere pubblico non solo della *legge* (intesa come atto) ma anche dello stesso *procedimento legislativo*, cfr. J. Waldron, *Legislating with Integrity*, pp. 379-383; Id., *Principles of Legislation*, pp. 22-23; Id., *Legislation and the Rule of Law*, p. 99; B. Celano, *Publicity and the Rule of Law*, pp. 136-137.

³¹ Cfr. F. Bricola, *Art. 25, II e III comma*, pp. 237-238; in senso analogo anche M. Gallo, *Appunti di diritto penale*, p. 68; G. Fiandaca, *La legalità penale negli equilibri del sistema politico-istituzionale*, p. 4; Id., *Legalità penale e democrazia*, p. 1251; A. Gamberini, *Riserva di legge*, p. 131; e Corte costituzionale nn. 364/1988, 487/1989, 282/1990 (tutte, non a caso, redatte da Renato Dell’Andro).

³² F.C. Palazzo, *Ancora sulla legalità in materia penale*, spec. pp. 59-60, 63; Corte costituzionale n. 487/1989: «La Costituzione ha, certamente, “superato” l’eccessiva, illuministica fiducia nella legge [...] Ma è proprio la Costituzione a “credere” ancora nella legge statale: e ciò perché ritiene che soltanto attraverso quest’ultima possano avverarsi “giuste”, opportune, limitate scelte criminalizzatrici».

[Digitare il testo]

(alla sua forma tipica, al suo regime giuridico), e caratteristiche attinenti al procedimento che porta all'adozione di quell'atto.

Entrambi gli ordini di caratteristiche della legge appena visti (le caratteristiche attinenti all'atto legislativo, e le caratteristiche attinenti al suo procedimento di formazione) dispiegano dunque potenzialità garantistiche, in chiave di limitazione di possibili abusi nella gestione dello strumento penale. In particolare, le caratteristiche sub *a*), *f*) e *g*), intendono limitare la possibilità che lo strumento penale sia usato in chiave discriminatoria (e, al limite, persecutoria)³³. Le caratteristiche sub *a*) e *b*) predispongono alcune delle precondizioni per l'uso imparziale dello strumento penale. Le caratteristiche sub *b*) e *c*), intendono mettere i destinatari delle norme penali nella condizione potenziale di conoscerle in anticipo, e di regolare le loro condotte di conseguenza, e dunque rappresentano delle forme di garanzia della libertà e dell'autodeterminazione individuale, e in fin dei conti della dignità stessa dei destinatari delle norme penali in quanto (considerati come) soggetti autonomi e razionali³⁴. Le caratteristiche sub *b*), *d*), *g*), *h*), infine, intendono assicurare varie possibilità di controllo – a seconda dei casi *in itinere* oppure *a posteriori* – sull'uso (e gli abusi) dello strumento penale da parte della maggioranza politica.

In sintesi dunque, la legge è lo strumento individuato per assicurare che il potere penale non sia esercitato in maniera arbitraria (nel duplice senso più volte precisato). La legge può plausibilmente assicurare questo effetto garantistico in virtù di alcune caratteristiche delle procedure che la producono, e in virtù di alcune caratteristiche dell'atto stesso; queste caratteristiche determinano una triplice aspettativa (ovvero un dispiegarsi della finalità garantistica di partenza in tre direzioni): una aspettativa di parità di trattamento dei destinatari dei precetti penali, una aspettativa di conoscibilità dei precetti penali da parte dei destinatari, e una aspettativa di controllo politico, istituzionale e dell'opinione pubblica sulle scelte di criminalizzazione.

1.3. *Le articolazioni interne della legalità penale*

Abbiamo visto le ragioni che conferiscono una plausibilità *prima facie* alla scelta di individuare nella legge lo strumento di garanzia contro i possibili usi arbitrari dello strumento penale. Occorre adesso considerare cosa segue *nei confronti della legge stessa*, affinché essa possa realizzare nel modo migliore possibile l'auspicata funzione di garanzia in materia penale – ovvero, per riprendere quanto detto alla fine del paragrafo precedente, affinché le tre diverse aspettative garantistiche riposte nella legge come specifica tecnica di normazione in materia penale si traducano quanto più possibile in realtà.

Detto altrimenti, le caratteristiche della legge passate in rassegna nel paragrafo precedente possono fondare una presunzione, o una aspettativa, in favore della astratta capacità della legge di funzionare come strumento di garanzia in relazione all'esercizio del potere penale. Affinché questa presunzione o queste aspettative dispieghino realmente i loro effetti, occorre che la legge penale assuma certe ulteriori caratteristiche, ad esempio con riguardo alla sua procedura di formazione, al modo della sua formulazione, alla sua interpretazione e applicazione. A questo proposito, nella letteratura penalistica vengono di solito individuati alcuni profili, o sotto-

³³ Sui possibili usi discriminatori del diritto penale, v. G. Fiandaca, *Uguaglianza e diritto penale*. Nel diritto penale italiano, i casi più ricorrenti di trattamento discriminatorio hanno riguardato in realtà leggi penali "di favore", leggi cioè che ritagliano ingiustificatamente aree di esenzione da responsabilità penale o di punibilità attenuata per particolari (categorie di) soggetti (sull'incostituzionalità di simili leggi, Corte costituzionale n. 148/1983); fino ad arrivare alla ben nota vicenda delle leggi "ad personam" (su cui E. Dolcini, *Leggi penali 'ad personam', riserva di legge e principio costituzionale di eguaglianza*).

³⁴ Il collegamento tra conoscibilità della legge penale, libertà e dignità umana è colto esattamente (e pressoché isolatamente nella letteratura penalistica) da F.C. Palazzo, *Ancora sulla legalità in materia penale*, p. 62; Id., *Legge penale*, p. 344; Id., *Corso di diritto penale*, p. 96.

principi, del principio di legalità penale, che integrano e articolano la portata del principio di legalità in materia penale.

α) *riserva di legge*. Se il principio di legalità inteso in generale, cioè non limitatamente alla materia penale, esige la *supremazia* della legge sulle altre fonti del diritto (e la sottoposizione di queste ultime alla prima), il principio di legalità in materia penale esige invece il *monopolio* del legislatore sulle scelte di criminalizzazione, e cioè la competenza esclusiva del legislatore a stabilire la rilevanza penale di certe condotte, e le sanzioni penali ad esse associate³⁵;

β) *generalità e astrattezza* della legge penale³⁶. Il principio di legalità richiede che le fattispecie delle disposizioni penali siano formulate utilizzando concetti generali o universali in senso logico (cioè senza far ricorso a nomi propri o descrizioni definite); e richiede inoltre che le disposizioni penali non facciano ricorso a fattispecie definite in maniera così specifica (anche senza far ricorso a nomi propri o descrizioni definite) da far ragionevolmente ritenere di essere state concepite prendendo di mira soggetti determinati – per discriminarli, o per privilegiarli;

γ) *irretroattività* della legge penale, e della sua applicazione. Se lo scopo ultimo dell'intervento della legge in materia penale è garantire l'individuo contro abusi e arbitrarietà nell'uso dello strumento penale, è evidente che una delle principali forme di arbitrarietà consisterebbe proprio nell'applicare una sanzione penale a comportamenti che, quando sono stati compiuti, non avevano alcuna rilevanza penale (o le cui conseguenze penali sono state aggravate successivamente al momento in cui sono stati compiuti). Il carattere arbitrario associato alle norme penali retroattive (o applicate retroattivamente) è, in effetti, duplice: per un verso, fa fortemente presumere un uso persecutorio dello strumento penale verso i soggetti che hanno tenuto i comportamenti oggetto di sanzione penale (comportamenti che erano leciti nel momento in cui erano stati tenuti), di modo che la norma penale viene usata sostanzialmente come una trappola; per altro verso, la norma penale retroattiva non dà alcuna possibilità ai suoi "destinatari" di autodeterminarsi riguardo alla condotta da tenere (i destinatari della norma retroattiva sono in realtà destinatari solo di una sanzione, non di un precetto)³⁷;

δ) *determinatezza* della fattispecie incriminatrice. Questo requisito opera sia sulla *formulazione linguistica* del precetto, relativamente alla sua intellegibilità in base alle competenze linguistiche ordinariamente possedute dai destinatari delle norme penali, e alla sua capacità di denotare comportamenti precisamente individuabili³⁸; sia sulla sua agevole *conoscibilità*, o *accessibilità*, o *identificabilità*, da parte dei destinatari: ad esempio, una disposizione penale la cui fattispecie sia costruita tramite molteplici rinvii ad altre disposizioni,

³⁵ È però controversa l'effettiva estensione di questo monopolio del legislatore: v. *supra*, alla fine del § 1.1.

³⁶ G. Marini, *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, pp. 955, 956; F. Bricola, *Art. 25, II e III comma*, p. 234; C. Luzzati, *La vaghezza delle norme*, pp. 370-371; F.C. Palazzo, *Sistema delle fonti e legalità penale*, p. 103 («legge vuol dire norma generale e astratta»); Id. *Corso di diritto penale*, p. 103; M. Ronco, *Il principio di legalità*, p. 1; D. Pulitanò, *Diritto penale*, p. 117; Id., *Principio di legalità ed interpretazione della legge penale*, p. 27; E. Dolcini, *Leggi penali 'ad personam', riserva di legge e principio costituzionale di eguaglianza*, p. 66 («connotati fondamentali e irrinunciabili della legge sono la generalità e l'astrattezza»); G. Fiandaca, *Uguaglianza e diritto penale*, p. 116.

³⁷ «L'irretroattività della norma penale sfavorevole rappresenta uno strumento di garanzia del cittadino contro persecuzioni arbitrarie, espressivo dell'esigenza di 'calcolabilità' delle conseguenze giuridico-penali della propria condotta, quale condizione necessaria per la libera autodeterminazione individuale: esigenza con la quale contrasta un successivo mutamento peggiorativo "a sorpresa" del trattamento penale della fattispecie» (Corte costituzionale n. 230/2012).

³⁸ La distinzione tra l'intellegibilità astratta del precetto e la sua riferibilità a comportamenti empiricamente individuabili (corrispondente alla distinzione che si fa in filosofia del linguaggio tra "senso" e "riferimento") è alla base della sentenza della Corte costituzionale n. 96/1981 (incostituzionalità del reato di plagio), una delle pochissime sentenze di accoglimento per violazione del principio di determinatezza: secondo la Corte, «nella dizione dell'art. 25 Cost., che impone espressamente al legislatore di formulare norme concettualmente precise sotto il profilo semantico della chiarezza e dell'intellegibilità dei termini impiegati, deve logicamente ritenersi anche implicito l'onere di formulare ipotesi che esprimano fattispecie corrispondenti alla realtà». Su questo punto insistono particolarmente G. Marinucci, E. Dolcini, *Corso di diritto penale*, pp. 163-165 (che riservano la nozione "determinatezza" a questo specifico aspetto delle norme penali, distinguendolo dalla "precisione"); e L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, pp. 71, 98, 371, 374 (la "stretta legalità"; cfr. *supra*, nt. 10).

le quali magari rinviano ad altre disposizioni ancora ecc., può ben essere chiarissima riguardo all'individuazione del suo significato lessicale (che corrisponde esattamente al fatto di operare un rinvio), ma può essere del tutto oscura quanto all'individuazione effettiva del contenuto del precetto penale³⁹. La determinatezza delle disposizioni penali è direttamente funzionale a mettere il destinatario del precetto penale nelle condizioni di conoscere le *probabili* conseguenze delle sue condotte e anche delle condotte degli altri destinatari delle norme penali⁴⁰, e dunque di determinarsi autonomamente sulla linea di condotta che intende seguire⁴¹. Ma non solo: la determinatezza nella formulazione dei precetti penali è una preconditione dell'applicazione imparziale dei precetti stessi da parte degli organi giudiziari, in quanto una disposizione determinata e precisa si presta più facilmente ad essere interpretata ed applicata in maniera costante e uniforme, mentre una disposizione indeterminata, imprecisa, oscura, si presta più facilmente ad essere interpretata ed applicata in modi diversi⁴²; ed è altresì preconditione della controllabilità delle decisioni applicative di questi ultimi da parte della cultura giuridica e dell'opinione pubblica⁴³.

ε) *tassatività e divieto di analogia*. Il principio di legalità penale esclude la possibilità del ricorso all'analogia sia perché la produzione di una norma implicita a mezzo di analogia viola la riserva di legge, almeno a prima vista (sul punto v. *infra*, § 2); sia perché essendo il ragionamento analogico incerto (richiede di far ricorso a congetture potenzialmente controverse sulla *ratio legis*, sulla somiglianza rilevante tra la fattispecie disciplinata e quella non disciplinata dalla legge) la sua ammissibilità metterebbe i destinatari dei precetti penali in una condizione di incertezza sul comportamento da tenere; sia, infine, perché l'analogia dà luogo all'applicazione retroattiva della norma individuata in via analogica (quantomeno in occasione della prima applicazione della norma individuata per analogia; non invece se una norma ricavata in via analogica viene costantemente applicata nel tempo dagli organi giudiziari). Il divieto di analogia è talvolta definito come un principio di "tassatività" nell'interpretazione delle disposizioni penali; non approfondirò qui questo punto, assai rilevante e controverso, che riguarda la distinzione (e la distinguibilità) tra analogia e interpretazione estensiva: in questo saggio mi limiterò ad assumere, senza argomentare ulteriormente, che si tratti sostanzialmente della stessa cosa, o tutt'al più che la distinzione sia una questione di sfumature.

Vedremo più avanti (§ 4.2) come, in una reinterpretazione del principio di legalità penale alla luce dell'ideale del *Rule of Law*, questo elenco vada ad assumere una fisionomia lievemente diversa. Intanto, si può osservare che nell'elenco da me ricostruito il principio di legalità penale si articola in cinque diversi aspetti, o profili, o sotto-principi, mentre nella letteratura penalistica di aspetti ne vengono solitamente individuati, a seconda dei casi, tre oppure quattro⁴⁴. Questo dipende da due circostanze. Per un verso, il carattere generale e astratto della legge, pur presente nella letteratura penalistica, assai di rado viene espressamente incluso nell'elenco dei sotto-

³⁹ Al riguardo, si veda l'analisi di R. Guastini, *Conoscere il diritto*.

⁴⁰ Probabili: perché per formulare una previsione adeguata circa le conseguenze giuridiche di una condotta occorre conoscere, oltre alla formulazione testuale della disposizione, anche l'interpretazione che ne viene data dagli organi dell'applicazione (come vedremo subito), e la probabilità empirica di un loro intervento sanzionatorio.

⁴¹ Per il collegamento tra determinatezza dei precetti penali e autonomia personale, v. ad es. S. Moccia, *La 'promessa non mantenuta'*, p. 16; J.J. Moreso, *Principio de legalidad y causas de justificación*; F.C. Palazzo, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, p. 1307; Corte costituzionale n. 185/1992.

⁴² V. Ferreres Comella, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia* pp. 50-56; S. Moccia, *La 'promessa non mantenuta'*, pp. 19-20; L. Prieto Sanchís, *Garantismo y derecho penal*, p. 105.

⁴³ Corte costituzionale n. 96/1981: la legge penale deve «determinare la fattispecie criminosa con connotati precisi in modo che l'interprete, nel ricondurre un'ipotesi concreta alla norma di legge, possa esprimere un giudizio di corrispondenza sorretto da fondamento controllabile».

⁴⁴ V. d'altronde K. Gallant, *The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law*, pp. 11-12, che ne arriva a contare otto.

principi della legalità penale⁴⁵. Per altro verso, è del tutto frequente che nella letteratura penalistica vengano fusi sotto una medesima intestazione l'aspetto della determinatezza della fattispecie (*supra*, δ), e l'aspetto della tassatività e del divieto di analogia in materia penale (*supra*, ε)⁴⁶. Ma è del tutto evidente che determinatezza e divieto di analogia rappresentino due requisiti affatto diversi, e da non confondere tra loro: l'uno attiene alla formulazione delle *disposizioni* penali, e ricade dunque nella responsabilità del legislatore, l'altro attiene all'attività interpretativa e all'applicazione delle *norme*, e ricade nella responsabilità degli interpreti (in primo luogo dei giudici)⁴⁷.

I diversi sotto-principi del principio di legalità penale sono distinti da un punto di vista logico o concettuale⁴⁸: così, ad esempio, la determinatezza, o il carattere generale e astratto delle norme, sono requisiti che non dicono nulla sul tipo di fonte alla quale vengono riferite (legislativa, regolamentare, giurisprudenziale, perfino consuetudinaria); e per converso la riserva di legge di per sé non dice nulla né sulla determinatezza né sull'irretroattività dei precetti penali introdotti dalla legge. Tuttavia, i sotto-principi sono strettamente interconnessi dal punto di vista della loro comune convergenza verso l'obiettivo della minimizzazione dei rischi di decisioni arbitrarie in materia penale⁴⁹. La pienezza dell'effetto garantista del principio di legalità si dispiega quando tutti gli aspetti sono, in qualche misura, soddisfatti.

Tra i sotto-principi del principio di legalità penale, inoltre, alcuni hanno una dimensione più spiccatamente storico-contingente, cioè strettamente dipendente dal contesto giuspolitico di riferimento (tipicamente: la riserva di legge per gli ordinamenti a diritto legislativo); altri aspetti, invece, come la determinatezza, l'irretroattività e il divieto di analogia, sembrano in qualche modo "connaturati" all'esigenza di garanzia contro gli abusi del potere punitivo, e come tali presenti in pressoché tutti gli ordinamenti in cui tale esigenza sia avvertita, cioè quelli di tipo liberal-democratico, a prescindere dalla specifica conformazione del sistema delle fonti del diritto vigente in quell'ordinamento⁵⁰. A *fortiori*, alcuni aspetti del principio di legalità penale sembrano perfino connaturati al funzionamento "fisiologico" del diritto penale stesso come specifica tecnica di controllo sociale: si tratta infatti dell'esigenza (talvolta definita "logica", "funzionale", o "general-preventiva") che i cittadini abbiano conoscenza del precetto al quale viene chiesto loro di obbedire⁵¹, il che – specialmente dopo la sentenza n. 364/1988 della Corte costituzionale – è considerato a sua volta funzionale all'accertamento della "colpevolezza" dell'agente.

⁴⁵ Questa omissione si riscontra – con pochissime eccezioni – anche negli autori che riconoscono esplicitamente l'importanza della generalità e astrattezza della legge per il principio di legalità penale (*supra*, nt. 36).

⁴⁶ Cfr. ad es. F. Mantovani, *Diritto penale*, p. 42; F. Bricola, *Art. 25, II e III comma*, p. 231; M. Siniscalco, *Irretroattività delle leggi in materia penale*, pp. 81 ss.; T. Padovani, *Diritto penale*, p. 17; F.C. Palazzo, *Legalità*, p. 3376; Id., *Corso di diritto penale*, pp. 108-110; B. Petrocelli, *Appunti sul principio di legalità nel diritto penale*; C. Cupelli, *La legalità delegata*, p. 55. Distinguono invece determinatezza e divieto di analogia (in modo da articolare il principio di legalità penale in quattro sotto-principi), G. Vassalli, *Analogia in diritto penale*, p. 162; Id., *Nullum crime, nulla poena sine lege*, p. 307; G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale*, p. 50; M. Ronco, *Il principio di legalità*, p. 2; D. Pulitanò, *Diritto penale*, p. 117.

⁴⁷ Per un'esposizione introduttiva della distinzione disposizione/norma, v. G. Pino, *Teoria analitica del diritto I*, cap. I. Si tratta peraltro di una distinzione non ignorata nella letteratura penalistica: cfr. ad es. M. Donini, *Disposizione e norma nell'ermeneutica penale contemporanea*.

⁴⁸ F. Mantovani, *Diritto penale*, pp. 66, 84, parla del ruolo di «completamento logico» che ciascun sotto-principio svolge rispetto agli altri, ma si riferisce evidentemente ad una funzione di rafforzamento pragmatico e funzionale (nel senso che sarà precisato tra poco nel testo), non ad un legame strettamente logico.

⁴⁹ G. Vassalli, *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, pp. 307-308.

⁵⁰ F. Bricola, *La discrezionalità nel diritto penale*, pp. 254-255; F.C. Palazzo, *Ancora sulla legalità in materia penale*, pp. 62-63 e *passim*; Id., *Corso di diritto penale*, pp. 96-99; C. Grandi, *Riserva di legge e legalità penale europea*, pp. 7 ss.

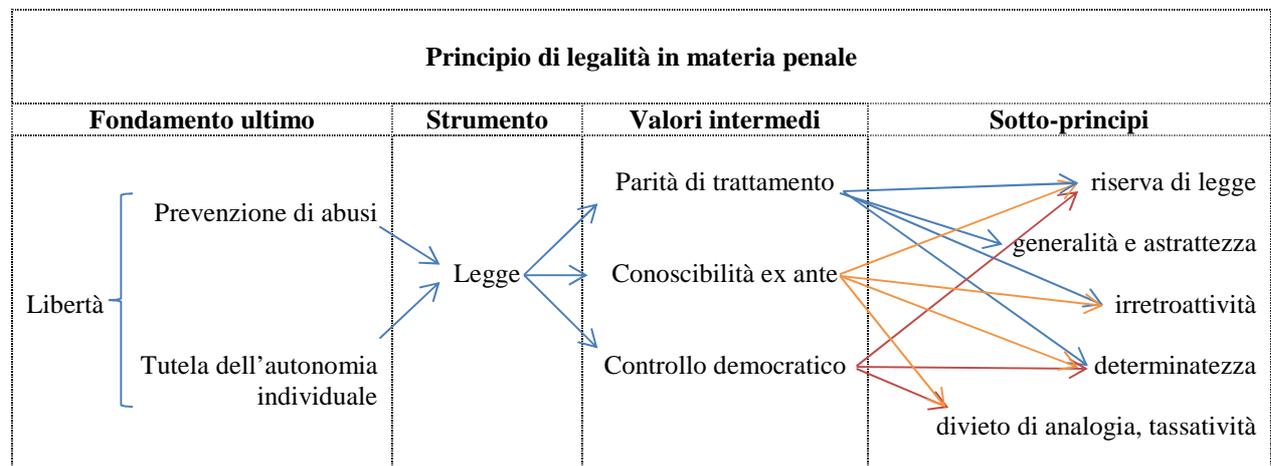
⁵¹ Cfr. P. Nuvolone, *Il principio di legalità e il principio di difesa sociale*, p. 239; Id., *Discrezionalità del giudice e certezza del diritto*, p. 585; B. Petrocelli, *Appunti sul principio di legalità nel diritto penale*, p. 188; F. Bricola, *La discrezionalità nel diritto penale*, p. 293; F.C. Palazzo, *Legalità*, p. 3373; D. Pulitanò, *Diritto penale*, p. 116.

2. La struttura complessa del principio di legalità penale

Dunque. Il principio di legalità in materia penale assolve ad una duplice funzione di garanzia dei cittadini rispetto all'esercizio del potere penale: per un verso, tende ad istituire una garanzia nei confronti di possibili abusi dello strumento penale stesso da parte dei vari soggetti che in vario modo lo amministrano (o potrebbero volerlo amministrare): il potere esecutivo, il potere giudiziario, e lo stesso potere legislativo; per altro verso, tende ad assicurare ai cittadini uno spazio di autonome scelte rispetto a ciò che lo stato richiede loro: conoscendo adeguatamente e in anticipo ciò che è loro richiesto dallo stato, sotto forma di precetti penali, i cittadini sono messi nella condizione di poter prendere autonome scelte su come comportarsi (la "calcolabilità" delle azioni, di cui parla talvolta la Corte costituzionale⁵²).

Lo scopo ultimo perseguito dal principio di legalità è la tutela della libertà dei cittadini, nei due sensi chiariti più volte: tutela contro privazioni arbitrarie e persecutorie della libertà dei cittadini, e assicurazione ai cittadini della possibilità di adottare e sviluppare autonome scelte e piani di vita. La duplice funzione di garanzia dei cittadini perseguita dal principio di legalità si svolge per un verso richiedendo che la definizione delle fattispecie penali sia affidata ad un particolare organo (rappresentativo, e che incorpora la potenzialità di una dialettica tra maggioranza e opposizione, e un indiretto coinvolgimento dell'opinione pubblica), nel presupposto che affidare a tale organo le scelte di criminalizzazione minimizzi il rischio di usi persecutori e discriminatori dello strumento penale – la riserva di legge, con i suoi corollari; e per altro verso cercando di creare un ambiente sociale e istituzionale in cui le condotte assoggettate a sanzione penale siano chiaramente conoscibili *ex ante* – la determinatezza, la tassatività, il divieto di analogia, l'irretroattività.

Il quadro che ne risulta può dunque essere riassuntivamente formulato in uno schema di questo tipo.



Questo quadro evidenzia come i vari sotto-principi del principio di legalità penale abbiano giustificazioni intermedie diverse (di volta in volta: la prevedibilità, la parità di trattamento, il controllo democratico, e loro combinazioni), che trovano tuttavia un fondamento assiologico unitario nella duplice *ratio* di garanzia contro gli abusi dello strumento penale e di tutela dell'autonomia individuale. Questo aspetto complesso e stratificato del principio di legalità in effetti si perde in molte trattazioni correnti nella letteratura penalistica⁵³, ogniqualvolta non viene individuata adeguatamente la molteplicità di valori intermedi che a loro volta sorreggono i

⁵² V. *supra*, nt. 37.

⁵³ Una notevole eccezione è F. Bricola, *Art. 25, II e III comma*, p. 234; v. anche F.C. Palazzo, *Corso di diritto penale*, pp. 96-99.

diversi sotto-principi o istituti in cui si articola la legalità penale; talvolta, peraltro, non viene adeguatamente individuato nemmeno il *duplice* fondamento ultimo della legalità penale.

Non sto dicendo che la molteplicità delle giustificazioni intermedie delle varie articolazioni interne sia *del tutto* ignorata nel dibattito penalistico sulla legalità penale – in verità, anche gli approcci che più mettono l'accento sul versante garantistico promanante dalle caratteristiche “democratiche” del procedimento legislativo di solito ammettono che la *ratio* precipua quantomeno del sotto-principio di irretroattività è necessariamente diversa (e cioè una *ratio* in termini di prevedibilità, minimizzazione degli usi persecutori...). Spesso inoltre si afferma che le giustificazioni in termini di valori democratici e di separazione dei poteri *concorrono*, insieme alle considerazioni in termini di autonomia personale, a giustificare specialmente i sotto-principi di determinatezza e tassatività delle fattispecie penali⁵⁴, o anche per l'appunto l'irretroattività, il che è esattamente ciò che emerge dallo schema sopra riprodotto.

Il problema è piuttosto che – forse a causa di quella deformazione di prospettiva cui si accennava in apertura di questo lavoro, indotta dall'attenzione preponderante dedicata dai giuristi italiani al profilo della riserva di legge nell'ambito della legalità penale⁵⁵ – tutti i sotto-principi o profili specifici della legalità penale vengono spesso interpretati come “serventi” e accessori rispetto alla riserva di legge, come suoi “prolungamenti”⁵⁶. E di conseguenza tutti i sotto-principi vengono in ultima analisi ricondotti alla medesima *ratio* di minimizzazione del rischio di arbitrii nell'esercizio del potere penale, lasciando in secondo piano – e talvolta elidendo del tutto – il profilo della tutela dell'autonomia individuale⁵⁷.

Così, ad esempio, il divieto di analogia e l'esigenza di determinatezza vengono talvolta ricondotti ad una *ratio* di rispetto della volontà democraticamente espressa dal Parlamento, e della separazione dei poteri. Questo, di per sé, non è sbagliato: non è del tutto implausibile, quantomeno *prima facie*, affermare che in linea generale la funzione politica della riserva di legge (e cioè dell'attribuzione esclusiva al Parlamento del potere di adottare le scelte di criminalizzazione) sarebbe frustrata in presenza di disposizioni legislative eccessivamente indeterminate, o in presenza del potere dei giudici di creare nuove fattispecie di reato per via di un ragionamento analogico. Tuttavia, a voler sviluppare coerentemente l'assunto che il rispetto della volontà del Parlamento (delle sue scelte in materia penale) sia l'unica *ratio* – o perfino quella prevalente – dei sotto-principi di determinatezza e di divieto di analogia, si raggiungono facilmente conclusioni che finiscono per frustrare altri importanti valori protetti dal principio di legalità in materia penale, come la conoscibilità dei precetti penali e la prevedibilità delle conseguenze giuridiche dei comportamenti, e in fin dei conti, in una vera e propria eterogenesi dei fini, la stessa separazione dei poteri. Vediamo perché.

In primo luogo, ove la giustificazione del principio di determinatezza e del divieto di analogia venisse formulata esclusivamente o prevalentemente nei termini del rispetto della

⁵⁴ Ad esempio, Corte costituzionale n. 327/2008 afferma che «i due obiettivi fondamentali sottesi al principio di determinatezza» consistono «per un verso, nell'evitare che, in contrasto con il principio della divisione dei poteri e con la riserva assoluta di legge in materia penale, il giudice assuma un ruolo creativo, individuando, in luogo del legislatore, i confini tra il lecito e l'illecito; e, per un altro verso, nel garantire la libera autodeterminazione individuale, permettendo al destinatario della norma penale di apprezzare a priori le conseguenze giuridico-penali della propria condotta». In termini analoghi G. Fiandaca, G. Di Chiara, *Una introduzione al sistema penale*, pp. 71-73; F.C. Palazzo, *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regola iuris*, pp. 52-53; v. anche A. Ashworth, J. Horder, *Principles of Criminal Law*, p. 69.

⁵⁵ Talvolta peraltro si arriva anche ad *identificare* principio di legalità e riserva di legge: A. Pagliaro, *Legge penale: a) principi generali*, p. 321 («l'espressione 'principio di legalità' o [...] quella equivalente 'riserva di legge'»); in termini analoghi Id., *Principio di legalità e indeterminazione della legge penale*, p. 292.

⁵⁶ Cfr. ad es. Corte costituzionale n. 96/1981, punto 16: «il principio di tassatività della fattispecie contenuto nella riserva assoluta di legge in materia penale» (corsivo aggiunto). V. in tal senso anche L. Carlassare, *Legge (riserva di)*, p. 7.

⁵⁷ Cfr. ad es. G. Delitala, *Cesare Beccaria e il problema penale*, p. 969; M. Siniscalco, *Giustizia penale e Costituzione*, pp. 54-56; G. Marinucci, E. Dolcini, *Corso di diritto penale*, pp. 119-120; A. Gamberini, *Riserva di legge*, p. 130; M. Zanotti, *Principio di determinatezza e tassatività*, pp. 154-155; T. Padovani, *Diritto penale*, pp. 26-27.

volontà democratica espressa dal Parlamento, e della sottoposizione del giudice ad essa, si potrebbe finire con l'affermare – paradossalmente – proprio l'ammissibilità del ricorso all'analogia: il ragionamento per analogia, infatti, tramite il richiamo alla *eadem ratio*, suppone che l'interprete applichi una norma (implicita) che, anche se non è stata espressamente formulata, in effetti è stata *voluta* dal Parlamento, o che sarebbe stata voluta se il Parlamento avesse avuto presente il caso non disciplinato⁵⁸. Più in generale, la giustificazione "democratica" del principio di determinatezza presuppone la tesi che il Parlamento *abbia detto esattamente ciò che ha voluto*. E, ogni qualvolta si possa ragionevolmente ipotizzare una divergenza tra il testo normativo e la "reale" volontà politica del Parlamento, l'ideale del rispetto della volontà del Parlamento richiederà di far ricorso alle tecniche interpretative idonee a "riallineare" il precetto penale alla "reale" volontà del Parlamento, inclusa eventualmente l'interpretazione estensiva e la stessa analogia. Il frequentissimo ricorso all'interpretazione estensiva, o ad analogie mascherate, da parte della giurisprudenza penale è verosimilmente sostenuto da un ragionamento di questo tipo⁵⁹. Siccome però tra i penalisti è patrimonio comune, o quasi, che anche una analogia "facile" ricada comunque nel divieto imposto dal principio di legalità penale, e che l'interpretazione estensiva in diritto penale sia quantomeno sospetta, allora si deve necessariamente arrivare alla conclusione che la giustificazione sostanziale del divieto di analogia (o comunque la sua giustificazione *preminente*) debba essere cercata altrove: e cioè, appunto, nei valori della certezza/prevedibilità, e non nella fedeltà o nel rispetto dovuto alla decisione assunta dall'organo democratico-rappresentativo.

Un secondo effetto indesiderabile dell'attenzione preponderante dedicata al versante democratico-rappresentativo della garanzia approntata dal principio di legalità penale può consistere in una sorta di tendenza alla "conservazione dell'esistente": vale a dire la tendenza a salvare quanto più possibile un testo legislativo, ancorché carente sotto i profili della determinatezza e conoscibilità da parte dei destinatari dei precetti penali ivi contenuti, per timore di sconfinare nell'area politicamente sensibile delle scelte di criminalizzazione. Questo è ciò che effettivamente accade nella (pressoché inesistente) giurisprudenza costituzionale sulla legalità penale in generale, e sul principio di determinatezza della legge penale in particolare: come è noto, su quest'ultimo profilo la Corte è pervenuta a dichiarazioni di incostituzionalità in non più di quattro o cinque occasioni (mi riferisco alle sentenze di accoglimento secche, distinte dalle decisioni di tipo "interpretativo")⁶⁰. E più o meno altrettante sono le occasioni in cui la Corte ha

⁵⁸ M. Boscarelli, *Nullum crimen sine lege*, pp. 4-5, ad esempio, sottolineando la natura "interpretativa" del ragionamento analogico, e l'importanza che per tale ragionamento ha l'appello alla *ratio* legislativa, conclude che il divieto di analogia in materia penale (comunque inibito dall'art. 14 preleggi) non si può considerare ricompreso nel principio di legalità di cui all'art. 25 cost.; G. Contento, *Corso di diritto penale*, p. 75, afferma che la "supplenza" giudiziaria rispetto all'inerzia del legislatore sia inevitabile e anche benefica, ma a condizione che «si realizzi nella continuità delle linee di direttiva politica espresse dal legislativo ed in coerenza con le sue scelte di programmazione» (corsivo nell'originale).

⁵⁹ Per alcuni esempi, G. Contento, *Corso di diritto penale*, pp. 78-86; G. Fiandaca, *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, pp. 19-46. Questa tendenza della giurisprudenza penale si può spiegare, in altre parole, con il tentativo di rimediare in via interpretativa a situazioni di sotto-inclusività, cioè situazioni in cui la generalizzazione incorporata nella fattispecie della norma non è abbastanza ampia rispetto allo scopo della norma stessa, di modo che la norma non risulterà applicabile a casi che a ben vedere sono rilevanti alla luce dello scopo della norma; per questa nozione, F. Schauer, *Le regole del gioco*, pp. 66-70, 166-169; per una applicazione di questo schema di analisi alla giurisprudenza penale, A. Tesaro, *Il bilanciamento degli interessi tra legislatore penale e Corte costituzionale: spunti per un'analisi meta-giurisprudenziale*; Id., *Corte costituzionale, automatismi legislativi e bilanciamento in concreto: "giocando con le regole" a proposito di una recente sentenza in tema di perdita della potestà genitoriale e delitto di alterazione di stato*.

⁶⁰ Le sentenze di accoglimento per violazione del principio di determinatezza sono le nn. 177/1980 (che riguarda più propriamente la materia delle misure di sicurezza), 96/1981, 35/1991 (che corregge l'indeterminatezza della disposizione originaria con una additiva), 185/1992 (la disposizione originaria risulta non intellegibile a causa di un errore materiale del legislatore, che la Corte procede direttamente a correggere), 34/1995. Qualche altra volta, l'indeterminatezza della fattispecie penale è venuta in considerazione non di per sé, ma in quanto lesiva di ulteriori principi costituzionali (come la libertà di manifestazione del pensiero: n. 108/1974). F.C. Palazzo, *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regula iuris*, p. 61,

sanzionato qualche profilo di violazione della riserva di legge⁶¹ (si ricordi che il mio discorso è intenzionalmente limitato al profilo della *fattispecie* penale, non anche a quello degli aspetti sanzionatori). Oltretutto la Corte costituzionale, specie in alcuni orientamenti meno recenti, ha fondato questo atteggiamento piuttosto permissivo nei confronti del legislatore penale su una curiosa inversione nel rapporto tra fatti e norme, una vera e propria fallacia “realistica”: in varie occasioni infatti la Corte si è rifiutata di dichiarare l’incostituzionalità di disposizioni penali che contengono espressioni indeterminate, in ragione della curiosa considerazione che di simili disposizioni è pieno l’ordinamento: proprio il fatto che il legislatore le usa, e massicciamente, le farebbe diventare costituzionalmente tollerabili⁶².

In modo speculare all’ipotesi appena vista, infine, ma pur sempre coerentemente con gli stessi assunti di partenza, la tendenza alla conservazione dell’esistente può anche portare paradossalmente a ritenere tollerabili, o del tutto da incoraggiare, vari interventi manipolativi o correttivi sulle disposizioni penali da parte della Corte costituzionale. Anche a questo proposito, infatti, si può notare all’opera – in una ulteriore eterogenesi dei fini – una sorta di atteggiamento conservativo e di obliqua deferenza verso il legislatore, che in questo caso si traduce nel tentativo da parte della Corte di incidere sul tessuto legislativo nella maniera meno invasiva possibile (cioè con una modifica anziché con una ablazione)⁶³.

3. *L’ideale del Rule of Law*

La ricostruzione del fondamento e della portata del principio di legalità penale che ho proposto nei paragrafi precedenti suggerisce un naturale accostamento tra questo principio e alcuni dei requisiti solitamente associati all’ideale del *Rule of Law*. Mi riferisco in particolare alle versioni del *Rule of Law*, talvolta definite “formali”⁶⁴, che mettono l’accento su alcune caratteristiche appunto formali e procedurali che il diritto dovrebbe possedere affinché l’azione umana sia guidata da regole⁶⁵. Ciò sul presupposto che assoggettare l’azione umana a regole

osserva che la “dottrina” della Corte costituzionale in materia di determinatezza della legge penale emerge più nettamente dalle numerosissime sentenze di rigetto (e dalle ordinanze di inammissibilità), che non da quelle di accoglimento.

⁶¹ A fronte di una tendenza generale affatto permissiva della Corte nei confronti del ricorso alla delegazione legislativa in materia penale e della possibilità che il precetto penale stabilito a livello legislativo sia integrato da fonti sub-legislative, si riscontrano – a mia conoscenza – rispettivamente una sola dichiarazione di incostituzionalità per eccesso di delega (n. 250/1991), e una sola per il caso di norma penale “in bianco” (n. 282/1990). Secondo R. Balduzzi, F. Sorrentino, *Riserva di legge*, pp. 1216-1217, la Corte costituzionale ha così trasformato in riserva relativa quella che letteralmente si presenta come una riserva assoluta; parla di «relativizzazione della riserva di legge» da parte della Corte costituzionale anche F.C. Palazzo, *Riserva di legge e diritto penale moderno*, pp. 279-280. Maggior rigore mostra la Corte nel sanzionare le leggi regionali che sconfinano nella materia penale (v. ad es. Corte costituzionale nn. 90/1962; 79/1977, e soprattutto l’importante sentenza n. 487/1989).

⁶² Questa “inversione di metodo” è puntualmente stigmatizzata da G. Marinucci, E. Dolcini, *Corso di diritto penale*, p. 144.

⁶³ Cfr. D. Pulitanò, *Appunti su democrazia penale, scienza giuridica, poteri del giudice*, p. 137, secondo il quale le sentenze interpretative e manipolative della Corte costituzionale non rappresentano delle invasioni della sfera politica riservata al legislatore, e anzi determinano l’impatto meno traumatico possibile rispetto al tessuto legislativo esistente.

⁶⁴ P. Craig, *Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law*; R. Summers, *A Formal Theory of the Rule of Law*.

⁶⁵ Una definizione del *Rule of Law* in questi termini si può trovare in L. Fuller, *The Morality of Law*, cap. II (che parla di “inner morality of law”, o “internal morality of law”); H.L.A. Hart, *Problems of the Philosophy of Law*, pp. 114-116 (“principles of legality”); J. Rawls, *A Theory of Justice*, pp. 206-213; J. Raz, *The Rule of Law and Its Virtue*; J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, pp. 270-276; M. Kramer, *Objectivity and the Rule of Law*, cap. 2; B. Tamanaha, *A Concise Guide to the Rule of Law*; B. Celano, *Normative Legal Positivism, Neutrality, and the Rule of Law*, § 3. Ci sono alcune, talvolta importanti, divergenze nelle posizioni filosofico-giuridiche di questi autori, che comunque non sono rilevanti ai fini del mio argomento. La mia ricostruzione complessiva del *Rule of Law* è influenzata particolarmente dalle posizioni di Raz, Kramer e Celano.

produca dei benefici, specialmente in termini di rispetto della dignità e dell'autonomia dei destinatari delle regole stesse.

I requisiti formali o procedurali solitamente individuati da queste concezioni del *Rule of Law* sono i seguenti: che le norme giuridiche siano tendenzialmente generali e astratte, e che le norme individuali si presentino come applicazioni delle norme generali e astratte; che le norme siano pubblicamente accessibili, e chiare nella loro formulazione; che le norme non siano retroattive, e siano relativamente stabili nel tempo; che siano coerenti tra loro e che la loro osservanza da parte dei loro destinatari non sia impossibile; che la loro applicazione da parte degli organi a ciò deputati sia uniforme⁶⁶.

Il rispetto di questi requisiti formali e procedurali è normalmente considerato una questione di grado, e di conseguenza è pacifico che un ordinamento possa conformarsi al *Rule of Law* in misura maggiore o minore: sia perché *ciascuno* di quei requisiti può essere realizzato in misura maggiore o minore; sia perché è possibile che un ordinamento realizzi *alcuni* di quei requisiti e non altri (o che realizzi in misura maggiore alcuni di quei requisiti e in misura minore altri); sia infine perché è possibile che uno stesso ordinamento realizzi in misura maggiore i requisiti del *Rule of Law* in alcuni settori e in misura minore in altri. Inoltre, il rispetto dei requisiti del *Rule of Law* è normalmente considerato moralmente desiderabile, come vedremo meglio tra poco, ma raramente è ritenuto come l'unico, e nemmeno come il preminente, criterio di valutazione morale di un ordinamento giuridico: è del tutto possibile che in determinati casi, o in determinati settori dell'ordinamento, esigenze di giustizia sostanziale o in generale altri valori morali o altri principi giuridici e politici giustifichino un allentamento dei requisiti del *Rule of Law*⁶⁷.

La duplice caratteristica della natura graduale e del valore morale solo relativo delle caratteristiche del *Rule of Law* suggerisce anche alcune osservazioni di carattere filosofico-giuridico più generale. Innanzitutto si noti che *in una certa misura*, i requisiti del *Rule of Law* sono requisiti definitivi *del diritto stesso*: un insieme di direttive di condotta che non soddisfano in un certo grado, non precisamente specificabile, i requisiti del *Rule of Law* non può nemmeno arrivare ad essere definito come diritto; o al contrario, un ordinamento giuridico in cui viene meno, oltre una certa soglia non precisamente specificabile, il rispetto dei requisiti del *Rule of Law*, cessa di essere un ordinamento giuridico⁶⁸. Inoltre, un ordinamento giuridico conforme ai requisiti del *rule of law* non è necessariamente dotato di un particolare valore morale: è vero che i requisiti del *Rule of Law* assicurano un grado quantomeno minimale di autonomia personale (come vedremo tra poco) a coloro che sono soggetti all'ordinamento, ma questo è di per sé compatibile con varie forme, anche gravi, di ingiustizia: un ordinamento basato sulla segregazione e discriminazione razziale può essere del tutto rispettoso dei requisiti del *Rule of Law*⁶⁹. Ma se i requisiti del *Rule of Law* di fatto si realizzano nell'ambito di un ordinamento ispirato a valori liberal-democratici, *allora* tali requisiti favoriscono una maggior realizzazione e garanzia di importanti valori etico-politici, come l'autonomia e la dignità personale⁷⁰.

⁶⁶ A questi elementi del *Rule of Law*, che attengono in vario modo alle norme e alla "logica" della loro applicazione, vengono talvolta associati ulteriori requisiti di carattere culturale e istituzionale ("principles of natural justice"), che riguardano l'indipendenza degli organi dell'applicazione, il loro atteggiamento imparziale nella decisione dei casi concreti, il diritto ad un contraddittorio pubblico ed equo, l'esistenza di istanze di revisione delle decisioni giudiziarie, l'accessibilità delle corti di giustizia da parte di cittadini, e cose simili. Si veda ad es. H.L.A. Hart, *Problems of the Philosophy of Law*, pp. 115-116; J. Raz, *The Rule of Law and Its Virtue*, pp. 216-217; B. Tamanaha, *A Concise Guide to the Rule of Law*, pp. 10-12; J. Waldron, *Il Rule of Law e l'importanza della procedura*, § 2; B. Celano, *Normative Legal Positivism, Neutrality, and the Rule of Law*, § 3. Pur se importanti anche in relazione alla realizzazione complessiva dell'ideale delle legalità penale, questi ulteriori aspetti non sono direttamente collegati al tema di questo saggio e quindi non ne farò ulteriore menzione.

⁶⁷ L'esempio più ovvio, nel campo di cui ci stiamo occupando in questo saggio, è la pacifica ammissibilità di norme penali retroattive se più favorevoli al reo.

⁶⁸ M. Kramer, *Objectivity and the Rule of Law*, pp. 103-142; J. Waldron, *The Concept and the Rule of Law*, pp. 24-26.

⁶⁹ B. Celano, *Normative Legal Positivism, Neutrality, and the Rule of Law*.

⁷⁰ Per una ricostruzione lungo le linee indicate nel testo, si veda M. Kramer, *Objectivity and the Rule of Law*, pp. 103-142.

[Digitare il testo]

Ebbene, oltre al loro contributo al fine della possibilità di definire un ordinamento normativo come ordinamento *giuridico*, qual è il valore etico-politico specificamente associato alle caratteristiche formali e procedurali del *Rule of Law*? La risposta standard – presente con varie sfumature nella letteratura filosofico-giuridica – è che tali caratteristiche assicurano un grado quantomeno minimale di rispetto per la dignità dei destinatari delle norme giuridiche⁷¹. Infatti, l'esistenza di un insieme di norme generali, pubbliche, chiare, relativamente stabili, uniformemente applicate, ecc., presuppone una certa raffigurazione dei destinatari delle norme stesse: come soggetti che sono *a)* in grado di capire il precetto giuridico a loro rivolto, e di raffigurarsi le conseguenze dell'osservanza o della violazione del precetto stesso; *b)* in grado di determinarsi razionalmente o comunque autonomamente sul modo di azione che ritengono preferibile tutto considerato (cioè considerando sia il beneficio sia il sacrificio derivante dall'osservanza del precetto, sia infine il possibile svantaggio derivante dall'inosservanza del precetto stesso); *c)* in grado di formarsi dei piani di vita, prendere delle scelte, ecc., sulla base delle possibilità disponibili nell'ambiente complessivo all'interno del quale i soggetti prendono le loro decisioni e sviluppano i loro piani di vita. Da questo punto di vista, dunque, i precetti giuridici conformi alle esigenze del *Rule of Law* funzionano come elementi "oggettivi" di questo ambiente, al pari – *mutatis mutandis* – delle caratteristiche naturali, delle risorse economiche, ecc.⁷².

Dunque i requisiti formali del *Rule of Law* presuppongono una certa concezione del destinatario delle norme giuridiche, come soggetto autonomo e razionale, e sono finalizzati a predisporre un ambiente in cui il destinatario delle norme possa formarsi delle ragionevoli aspettative sulle conseguenze giuridiche delle proprie azioni – e possa anche controllare e criticare l'esercizio del potere pubblico nella misura in cui quest'ultimo deluda arbitrariamente quelle aspettative. Non solo: i requisiti del *Rule of Law*, ove rispettati in misura adeguata, producono nel destinatario delle norme un effetto di stabilizzazione delle aspettative anche relativamente alle condotte *degli altri cittadini*: assumendo l'esistenza di un quadro di regole chiare, pubblicamente accessibili, uniformemente applicate ecc., i cittadini sono posti nella condizione di poter prevedere la reazione dell'ordinamento anche alle eventuali trasgressioni da parte degli altri cittadini, e di poter prevedere che gli altri cittadini si comporteranno in certi modi perché a loro volta assumono le stesse regole; di conseguenza i cittadini, nella formazione delle loro scelte e piani di vita, hanno la possibilità di tenere in considerazione anche questo fattore, cioè il prevedibile comportamento altrui in quanto soggetto a certe norme giuridiche, e la prevedibile reazione dell'ordinamento al comportamento altrui in quanto trasgressivo di quelle norme giuridiche⁷³.

In conclusione, dunque, il rispetto dei requisiti formali e procedurali del *Rule of Law*, oltre a fornire una soglia di definibilità di un ordinamento come ordinamento giuridico, porta con sé una forma di rispetto per la dignità dei destinatari delle norme giuridiche, in quanto soggetti autonomi e razionali. La dignità dei destinatari delle norme giuridiche, in quanto soggetti autonomi e razionali, non è rispettata quando – pur realizzandosi i requisiti del *Rule of Law* nella

⁷¹ Cfr. ad es. J. Raz, *The Rule of Law and its Virtue*, p. 221; J. Waldron, *How Law Protects Dignity*, spec. § 5; B. Celano, *Publicity and the Rule of Law*, spec. pp. 137, 140-141.

⁷² Le norme pubblicamente promulgate e comunemente conosciute dai membri della società si presentano come «settled and calculable features of the social landscape»: J. Waldron, *The Concept and the Rule of Law*, p. 26. Cfr. anche F.A. Hayek, *The Constitution of Liberty*, p. 221: «Like the laws of nature, the laws of the state provide fixed features in the environment in which [the individual] has to move».

⁷³ H.L.A. Hart, *Problems of the Philosophy of Law*, p. 115; B. Tamanaha, *A Concise Guide to the Rule of Law*, p. 7, che distingue a questo proposito tra la certezza "verticale" (nei rapporti tra i cittadini e lo stato) e la certezza "orizzontale" (nei rapporti tra i cittadini); B. Celano, *Publicity and the Rule of Law*. Così, ad esempio, nella mia scelta se aderire o meno ad un certo contratto, entreranno sia i costi e i benefici economici che mi attendo dal contratto in questione, sia la mia conoscenza delle possibili conseguenze di un mio inadempimento delle prestazioni contrattuali, sia la mia aspettativa che la controparte adempia le sue prestazioni contrattuali, e questa aspettativa si formerà anche sulla base della mia conoscenza del quadro legale di riferimento (e sulla mia rappresentazione della conoscenza che ne ha la controparte).

[Digitare il testo]

(imprecisabile) misura idonea al fine di poter affermare di essere in presenza di un ordinamento giuridico – le norme dell’ordinamento, e la loro applicazione, sono tali da mettere i destinatari in una condizione di incertezza o addirittura di ignoranza su ciò che è loro richiesto dal diritto, sulle conseguenze delle loro azioni, e quando le aspettative che essi si sono ragionevolmente formati su ciò che è loro richiesto dal diritto vengono frustrate da cambiamenti troppo frequenti, o perfino retroattivi, del quadro normativo, o da interpretazioni cervellotiche da parte degli organi dell’applicazione. La *pari dignità* dei destinatari delle norme giuridiche, inoltre, viene violata quando le norme non sono applicate in maniera uniforme ai vari casi che ricadono nel loro ambito di applicazione: in tal modo, infatti, si determina sia una disparità di trattamento tra i destinatari delle norme (che è *prima facie* ingiusta⁷⁴), sia un fattore di incertezza e di imprevedibilità nel panorama all’interno del quale i destinatari delle norme giuridiche formano le loro scelte di azione e piani di vita.

Ovviamente, la violazione dei requisiti formali e procedurali del *Rule of Law* non rappresenta l’unico modo in cui un ordinamento giuridico può mostrare rispetto, o all’inverso calpestare, la dignità umana⁷⁵: sanzioni sproporzionate, ad esempio, o somministrate in modi brutali, o in luoghi malsani per l’integrità fisica e psichica del condannato, rappresentano certamente dei modi in cui la dignità umana può essere violata da parte di un ordinamento giuridico pur rispettoso, in ipotesi, dei requisiti formali e procedurali del *Rule of Law*.

4. Per una reinterpretazione della legalità penale

Nei paragrafi precedenti ho individuato una possibile, e credo plausibile, ricostruzione del fondamento assiologico del principio di legalità in materia penale, che rimanda ad una duplice e concorrente giustificazione: la limitazione dell’arbitrio e degli abusi nell’uso dello strumento penale, e l’esigenza che il diritto penale sia rispettoso della dignità dei cittadini come soggetti autonomi e razionali. Abbiamo inoltre brevemente esaminato i requisiti associati al *Rule of Law* (nelle sue versioni “formali”), e ne è emerso che legalità penale e *Rule of Law* condividono sia almeno in parte il loro fondamento assiologico (la tutela dell’autodeterminazione e della dignità dei destinatari dei precetti giuridici), sia alcune delle tecniche escogitate per realizzare quel fondamento assiologico (generalità, pubblicità, intellegibilità, irretroattività dei precetti giuridici).

In realtà, intendo suggerire, non si tratta di una mera somiglianza, o di una sovrapposizione occasionale tra due ideali etico-politici indipendenti. Al contrario, tra legalità penale e *Rule of Law* si dà un rapporto di stretta compenetrazione: a ben vedere, infatti, la legalità penale è il nome che diamo all’attuazione dei requisiti del *Rule of Law* nel campo penale e, allo stesso tempo, è l’esempio più chiaro, paradigmatico di *Rule of Law*; si può ragionevolmente ipotizzare che quando i teorici del *Rule of Law* individuano i requisiti formali che devono contraddistinguere una regolazione giuridica rispettosa della dignità e dell’autonomia personale, abbiano in mente principalmente, paradigmaticamente, il precetto giuridico assistito dal più pesante apparato sanzionatorio, cioè la norma penale.

Detto altrimenti: se è vero, come abbiamo notato (*supra*, § 3) che i requisiti formali e procedurali del *Rule of Law* hanno carattere graduale, che possono essere soddisfatti in misura diversa, e che possono essere soddisfatti in misura e modi diversi in diversi settori dell’ordinamento (anche perché i valori sottesi al *Rule of Law* concorrono con altri valori normalmente rilevanti per un ordinamento giuridico), se è vero tutto questo, è anche vero che proprio nel campo penale è massimamente forte l’esigenza del rispetto dei requisiti del *Rule of*

⁷⁴ *Prima facie*: perché la giustizia potrebbe richiedere l’introduzione anche di eccezioni nell’applicazione di una norma generale.

⁷⁵ Si veda una buona panoramica in proposito in J. Waldron, *How Law Protects Dignity*.

[Digitare il testo]

Law (e, all'interno del campo penale, maggiormente con riferimento alle norme incriminatrici, e in particolare alla definizione della loro fattispecie).

A mio giudizio, insistere su questo punto è sia interessante dal punto di vista di una coerente riflessione teorica sul principio di legalità penale, sia importante dal punto di vista delle sue implicazioni pratiche. A questi due ordini di considerazioni sono dedicate le due brevi e conclusive sezioni di questo lavoro.

4.1. *Il Rule of Law nella legalità penale (I) Punto di vista "pratico" e punto di vista "critico"*

Dal punto di vista della riflessione teorica sul principio di legalità penale, le acquisizioni provenienti dalla riflessione filosofico-giuridica sul *Rule of Law* (come esposte *supra*, al § 3), portano a ripensare il modo in cui è solitamente impostata la questione del fondamento assiologico (della *ratio*) del principio di legalità penale. Infatti, nella letteratura penalistica si riscontrano spesso sia una contrapposizione tra le esigenze di "certezza" e le esigenze di "garanzia" associate alla legalità penale⁷⁶, sia – come abbiamo già notato più volte (v. ad es. *supra*, § 2) – una attenzione quasi esclusiva o comunque preponderante al versante "democratico" della garanzia offerta dalla legalità penale⁷⁷.

Entrambe queste tendenze sono criticabili. Infatti, come cercherò di mostrare in questo e nel prossimo paragrafo, esse comportano al tempo stesso una sottovalutazione degli aspetti garantistici della "certezza"⁷⁸, e una sopravvalutazione degli aspetti garantistici della "democrazia". Di contro, nonostante la loro sottovalutazione da parte della letteratura penalistica (e, nei fatti, anche da parte della giurisprudenza costituzionale⁷⁹), gli elementi della legalità penale sbrigativamente compendiatati nell'esigenza di "certezza" rappresentano un profilo di primaria importanza e dotato, oggi, di potenzialità garantistiche forse anche superiori rispetto al profilo democratico della legalità penale. Che le ricadute garantistiche del versante democratico della legalità penale siano talvolta esagerate può essere chiarito dalle seguenti brevi osservazioni (nonché da quanto si dirà anche *infra*, § 4.2).

Possiamo iniziare con il notare che le garanzie attinenti al procedimento e le garanzie attinenti alla certezza (conoscibilità, accessibilità...) non si trovano sullo stesso piano, e in un senso importante, "ontologico" si potrebbe dire. Infatti, come abbiamo visto (*supra*, § 1.2), le prime riguardano la legge *nel suo farsi*, le seconde riguardano la legge *che c'è*. Questa differenza è cruciale, perché il singolo cittadino ha possibilità limitatissime (sostanzialmente inesistenti) di incidere sullo svolgimento delle procedure che portano – pur democraticamente – all'approvazione di una legge penale; normalmente il cittadino si trova ad avere a che fare con una legge fatta e finita (e che è soggetta all'interpretazione e applicazione dei tribunali, ovviamente), e dunque è ragionevole immaginare che la principale e comunque più immediata

⁷⁶ Cfr. emblematicamente M. Siniscalco, *Ratio di «certezza» e ratio di «garanzia» nella riserva di legge dell'art. 25, comma 2, della Costituzione*; Id., *Giustizia penale e Costituzione*; G. Contento, *Corso di diritto penale*, pp. 32-36.

⁷⁷ Di contro, nella letteratura meno recente emerge una attenzione maggiore, e talvolta esclusiva, al valore della certezza nella legalità penale, finalizzata alla protezione dagli arbitrii: C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, pp. 1020-1021; E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, pp. 181-182; G. Amato, *Rapporti fra norme primarie e secondarie*, pp. 154-160. Più di recente A. Cadoppi, *Il valore del precedente nel diritto penale*, pp. 54-66.

⁷⁸ Cfr. ad es. M. Siniscalco, *Irretroattività delle leggi in materia penale*, p. 94: «l'esigenza di garanzia, la tutela della libertà del cittadino in relazione al carattere delle sanzioni opera, in campo penale, senza connessione necessaria e diretta con la certezza».

⁷⁹ Nei fatti: perché a parole, invece, l'esigenza di certezza è ampiamente onorata nella giurisprudenza costituzionale sul principio di legalità penale (in qualche *obiter dictum* la Corte arriva perfino ad individuare nell'esigenza di prevedibilità l'unica *ratio* del principio di legalità penale: n. 447/1998, punto 3). Tuttavia, i concreti orientamenti interpretativi sviluppati dalla Corte costituzionale in materia di legalità penale vanno in una direzione abbastanza lontana dall'assicurare la certezza delle norme penali. Per alcune dettagliate ricostruzioni, M. D'Amico, *Qualità della legislazione, diritto penale e principi costituzionali*; F.C. Palazzo, *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regula iuris*.

[Digitare il testo]

garanzia che il cittadino si aspetti nei confronti dello strumento penale sia la conoscibilità e accessibilità della disciplina giuridica, e la prevedibilità delle conseguenze penali dei suoi comportamenti. Ben difficilmente, peraltro, il cittadino potrebbe trovare una tutela giurisdizionale, sotto il profilo della violazione della legalità penale, lamentando qualche profilo di insoddisfazione nei confronti del procedimento legislativo che ha portato all'emanazione di una legge penale⁸⁰.

Quanto appena detto può essere riformulato evidenziando che qui sono in gioco due punti di vista diversi: il punto di vista del cittadino che è interessato a determinare la propria condotta sulla base del diritto esistente (non necessariamente perché vuole obbedire alle leggi: ad esempio potrebbe voler capire quali sono le conseguenze della sua trasgressione, calcolandone i costi); e il punto di vista del cittadino che è interessato alla qualità democratica delle istituzioni e della legislazione, al rispetto della separazione dei poteri, e cose simili. Per mera comodità, potremmo chiamare il primo "punto di vista pratico", e il secondo "punto di vista critico".

Sono entrambi due punti di vista importanti nella valutazione di un sistema penale (o di una singola norma penale), ma possono certamente non coincidere: il portatore del punto di vista pratico è interessato primariamente, se non esclusivamente, ad aspetti della legge penale come la conoscibilità, la prevedibilità e non retroattività della sua applicazione, l'uniformità della sua applicazione, ecc.; ciò, per poter determinare la propria condotta rispetto a quella che potrebbe essere la reazione, ragionevolmente prevedibile, dell'apparato sanzionatorio dello stato rispetto ai suoi comportamenti, e anche alla luce di ciò che egli può prevedere che gli altri cittadini faranno, e di come l'apparato sanzionatorio dello stato reagirà alle loro eventuali trasgressioni⁸¹.

Il portatore del punto di vista critico, invece, potrebbe essere interessato *primariamente* alla qualità della discussione che ha accompagnato, in Parlamento e nell'opinione pubblica, la formazione del precetto penale; al monopolio della determinazione delle fattispecie penali in capo al Parlamento (e dunque al rigoroso rispetto della riserva di legge); e così via.

Per alcuni profili, comunque, e *per ragioni diverse*, i due punti di vista possono anche coincidere. Ad esempio, la vaghezza delle fattispecie penali crea imbarazzo ad entrambi i punti di vista: al portatore del punto di vista pratico perché lo mette in una situazione di incertezza nel determinare le proprie condotte, e al portatore del punto di vista critico perché la vaghezza rappresenta una lesione, o quantomeno una relativizzazione, della riserva di legge (una legge penale vaga dovrà necessariamente essere precisata in sede interpretativa). Lo stesso dicasi per la prassi delle sentenze "interpretative" della Corte costituzionale, che crea facilmente perplessità sia a chi si pone dal punto di vista pratico (in quanto non sempre è facile individuare l'esatta portata del contributo interpretativo operato dalla Corte rispetto alle disposizioni di partenza⁸², né tale interpretazione ha specifiche garanzie di conoscibilità), sia a chi si pone dal punto di vista critico, consistendo tali sentenze in riscritture delle fattispecie penali al di fuori del circuito procedimentale (e delle relative garanzie democratiche) previsto per la legge.

⁸⁰ Le poche eccezioni che mi vengono in mente potrebbero essere il caso dell'eccesso di delega, e il caso della reiterazione abnorme del decreto-legge (sempre che si ritenga costituzionalmente ammissibile il ricorso alla delega legislativa e al decreto-legge in materia penale: cfr. *supra*, alla fine del § 1.1).

⁸¹ Cfr. V. Ferreres Comella, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia* pp. 45-46. Si tratta evidentemente del concetto di certezza "orizzontale" visto *supra*, nt. 73 e testo corrispondente. Si può leggere esattamente in questa chiave, peraltro, e cioè nell'effetto di stabilizzazione delle aspettative anche verso il comportamento altrui (e non solo verso le reazioni dell'ordinamento alle proprie condotte), il richiamo fatto da Corte costituzionale n. 364/1988 ai doveri di solidarietà sociale in connessione all'obbligo, in capo a ciascun cittadino, di informarsi sulla disciplina penale vigente: i «doveri d'informazione, di conoscenza ecc. costituiscono diretta esplicazione dei doveri di solidarietà sociale, di cui all'art. 2 Cost. La Costituzione richiede dai singoli soggetti la massima, costante tensione ai fini del rispetto degli interessi dell'"altrui" persona umana: ed è per la violazione di questo impegno di solidarietà sociale che la stessa Costituzione chiama a rispondere penalmente anche chi lede tali interessi non conoscendone positivamente la tutela giuridica».

⁸² Si pensi al caso, affatto frequente, delle sentenze interpretative della Corte, lungamente e dottamente argomentate, il cui dispositivo include la formula magica "ai sensi di cui in motivazione". Sul v. anche *infra*, § 4.2, nt. 100 e testo corrispondente.

[Digitare il testo]

Ora, è vero che il punto di vista critico può anche inglobare le esigenze proprie del punto di vista pratico – vale a dire, tra i requisiti che fondano una valutazione sostanziale complessiva di un ordinamento penale possono ben esserci la prevedibilità ecc. E si potrebbe anche dire che un sistema penale è pienamente accettabile quando è globalmente soddisfacente sia da un punto di vista che dall'altro. Ma questo in realtà dimostra una sorta di primazia degli elementi della legalità penale attinenti al *Rule of Law* rispetto a quelli “democratico-procedimentali”: i primi infatti sono rilevanti sia dal punto di vista pratico che dal punto di vista critico, mentre i secondi sono rilevanti solo (o principalmente) dal punto di vista critico.

Proviamo a rendere un po' meno astratto questo ragionamento, ricorrendo ad una specie di esperimento mentale. Si pensi per un verso ad una ipotetica legge penale dalle credenziali democratico-procedimentali impeccabili (perché adottata a seguito di ampia discussione parlamentare e di coinvolgimento dell'opinione pubblica), ma redatta in maniera oscura, indeterminata, pasticciata, tale da generare gravi divaricazioni interpretative e incertezze sulla qualificazione stessa di certe condotte come penalmente rilevanti, nonché sui profili temporali dell'applicabilità del regime penale ivi introdotto; una simile legge (pur “garantista” dal punto di vista procedimentale) porrebbe verosimilmente i cittadini in una condizione di drammatica incertezza e di scarsa sicurezza sulle conseguenze penali delle proprie e altrui condotte. Inversamente, si pensi ad una legge penale frutto di una bieca prevaricazione della maggioranza sull'opposizione, adottata in assenza di alcun serio dibattito pubblico, ecc.⁸³, ma tecnicamente ineccepibile, redatta tramite disposizioni chiare, precise, non ambigue, tali da mettere i destinatari nella condizione di conoscere esattamente le conseguenze penali delle proprie azioni: davanti a simili disposizioni penali, *a*) i cittadini saranno in condizione di calcolare le conseguenze penali delle proprie condotte, e di autodeterminarsi di conseguenza; *b*) nel caso in cui la legge penale, formalmente ineccepibile, sia però *contenutisticamente* deprecabile e lesiva di qualche bene costituzionalmente rilevante, i cittadini o i giudici *a quo* potranno attivare le garanzie previste dall'ordinamento prima tra tutte l'eccezione di costituzionalità sui contenuti della legge stessa.

Tutto questo per dire che, *dal punto di vista pratico*, le esigenze di conoscibilità e prevedibilità di ciò che è penalmente rilevante hanno una importanza verosimilmente ben maggiore rispetto al requisito della qualità del procedimento legislativo e addirittura della rappresentatività democratica delle scelte di criminalizzazione⁸⁴. La prospettiva del cittadino che vuole capire in anticipo come determinarsi in vista delle prevedibili reazioni dell'ordinamento giuridico, e in particolare dell'apparato penale, alla condotta propria e altrui, non coincide necessariamente con la prospettiva di chi valuta il tasso di democraticità sostanziale presente nell'adozione di specifici atti legislativi. Spesso il cittadino non ha la minima idea circa la qualità democratica del dibattito che ha portato all'approvazione di una certa legge penale, e comunque – si può ipotizzare – non è questo che gli interessa quando deve decidere come comportarsi. (In fin dei conti, il codice penale attualmente vigente in Italia è stato adottato sotto il regime fascista.)

4.2. *Il Rule of Law nella legalità penale (II) Le implicazioni del modello*

⁸³ Osserva F.C. Palazzo, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, pp. 1281-1282, «la maggior parte delle più significative riforme della passata legislatura [la XIV, n.d.r.] sono avvenute con legge ordinaria. Ma con un atteggiamento, *sostanzialmente* davvero poco democratico, di totale indifferenza nei confronti delle ragioni non solo dell'opposizione ma anche del mondo della scienza penale, la quale più volte cercò invano di richiamare il 'legislatore' ai principi della civiltà penalistica» (corsivo nell'originale); v. anche E. Dolcini, *Leggi penali 'ad personam', riserva di legge e principio costituzionale di eguaglianza*.

⁸⁴ Peraltro, anche un difensore del fondamento democratico della riserva di legge come Carlo Federico Grosso osserva che perfino in una democrazia proporzionale il carattere rappresentativo della legge è sostanzialmente una finzione: C.F. Grosso, *Il fascino discreto della conservazione*, p. 128.

[Digitare il testo]

Prima di accennare conclusivamente alle caratteristiche che deve assumere la legge penale, e la sua applicazione, se vuole sortire l'effetto garantistico associato all'ideale del *Rule of Law*, occorre ricordare che, di fatto, l'insistenza su questo aspetto della legalità penale assume oggi una urgenza affatto particolare, a causa dell'attuale indebolimento, e talvolta perfino svuotamento, del versante "democratico" della garanzia associata alla legalità penale.

Infatti, anche a non voler approfondire l'aspetto delle pressioni cui i Parlamenti nazionali sono sottoposti verso l'adozione di scelte di criminalizzazione elaborate sostanzialmente altrove, e cioè nell'ambito delle istituzioni dell'Unione europea⁸⁵, anche a tralasciare questo, dicevo, è del tutto evidente la crisi della funzione garantistica che si vorrebbe assolta dal procedimento parlamentare rispetto al principio di legalità penale. Basti pensare solo a fenomeni come: la trasformazione del sistema politico italiano da proporzionale a maggioritario, che per un verso incide sul carattere "ponderato" delle scelte legislative (incluse quelle penali, a forte connotazione simbolica), e indebolisce la dialettica tra maggioranza e opposizione⁸⁶, e per altro verso rende molto omogenee da un punto di vista politico le scelte del Parlamento e quelle del Governo (indebolendo il significato garantista della riserva di legge, intesa come sottrazione al Governo delle scelte di criminalizzazione)⁸⁷; il conseguente spostamento di potere decisionale dal Parlamento al Governo, con le varie possibilità che quest'ultimo ha adesso di condizionare o svolgimento dei lavori parlamentari⁸⁸; l'ampio ricorso alla legislazione delegata, che rende il Governo il vero artefice delle scelte di criminalizzazione e comunque sottrae ampiamente tali scelte alla discussione parlamentare⁸⁹.

AmMESSO dunque che gli aspetti democratico-procedimentali della legalità penale abbiano mai davvero dispiegato una reale efficacia garantistica⁹⁰ (sia pure una garanzia apprezzabile particolarmente da quello che abbiamo chiamato "punto di vista critico", assai meno dal "punto di vista pratico": *supra*, § 4.1), oggi di sicuro essi non sembrano poter funzionare in maniera adeguata, a causa di trasformazioni pressoché irreversibili nei presupposti politici e istituzionali necessari affinché possano adeguatamente operare.

In questo quadro, dunque, le promesse garantistiche della legalità penale sembrano andare a ricadere prepotentemente sul versante del *Rule of Law*. Vediamo dunque adesso, brevemente, quale conformazione potrebbe assumere un principio di legalità penale ispirato all'ideale del *Rule of Law*.

⁸⁵ Su questo cfr. in generale C. Grandi, *Riserva di legge e legalità penale europea*, parte II. Peraltro, dal punto di vista specifico della "ponderatezza" delle scelte di criminalizzazione, che è una delle caratteristiche procedurali che giustificano l'attribuzione della competenza penale al Parlamento (cfr. *supra*, § 1.2, lett. g), si può perfino ipotizzare che tale caratteristica possa essere meglio assicurata proprio dalle istituzioni sovra-nazionali, in quanto più lontane dalle emotività, e dal ritorno sperato in termini di consenso elettorale, propria dei contesti parlamentari nazionali: cfr. L. Siracusa, *La trasfigurazione del principio di legalità penale statale nel prisma del diritto europeo*, p. 133.

⁸⁶ V. in proposito G. Fiandaca, *Legalità penale e democrazia*; Id., *Aspetti problematici del rapporto tra diritto penale e democrazia*, che rileva che i presupposti "discorsivi" affinché la legislazione penale sia qualitativamente in linea con le promesse del principio di legalità sono in Italia assenti; e D. Pulitanò, *Appunti su democrazia penale, scienza giuridica, poteri del giudice*, pp. 128-129, che nota l'impatto negativo del sistema maggioritario sulla garanzia democratica della riserva.

⁸⁷ F.C. Palazzo, *Ancora sulla legalità in materia penale*, p. 67: «la riserva di legge, nella sua specifica accezione di limite nei confronti degli atti normativi del potere esecutivo a tutto favore della fonte legislativa, presuppone la possibilità non solo di distinguere formalmente gli atti provenienti dal potere legislativo e quelli provenienti dal potere esecutivo, ma anche e soprattutto di differenziare sostanzialmente le forze politiche protagoniste o comunque attive nel processo di formazione della volontà legislativa dalle forze politiche operanti in sede governativa»; v. anche Id., *Riserva di legge e diritto penale moderno*, p. 277 e, più in generale, L. Carlassare, *Legge (riserva di)*, p. 2.

⁸⁸ Per una analisi dettagliata di tali pratiche, N. Lupo, *Emendamenti, maxi-emendamenti e questione di fiducia nelle legislature del maggioritario*.

⁸⁹ In argomento, C. Cupelli, *La legalità delegata*.

⁹⁰ M. Donini, G. Insolera, *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale – considerazioni introduttive*, p. 13, riportano l'opinione secondo cui «la tanto celebrata virtù delle garanzie politiche offerte dal controllo di minoranza infatti non si sarebbe offerta se non occasionalmente».

Evidentemente, in questa prospettiva emerge un ruolo di primo piano affidato all'aspetto della conoscibilità e dell'accessibilità delle norme penali da parte dei destinatari: da queste caratteristiche della norma penale dipende infatti la possibilità che i cittadini sviluppino liberamente scelte e piani di vita, potendo ragionevolmente anticipare le reazioni dell'ordinamento al proprio comportamento, e potendo anche formulare previsioni sul comportamento degli altri cittadini (in relazione alle reazioni che questi ultimi si aspettano dall'ordinamento alle proprie e altrui condotte). Questi aspetti sono in parte già presenti, come abbiamo visto, nei tradizionali profili o sotto-principi del principio di legalità (§ 1.3). Quei profili, pressoché unanimemente acquisiti dalla cultura giuridica come elementi essenziali della legalità penale, sono già sensibili alle esigenze sottese all'ideale del *Rule of Law* nella sua applicazione al campo penale, anche se come ho avuto modo di notare queste esigenze vengono spesso sottovalutate e considerate di secondaria importanza rispetto alla (illusoria?) portata garantista del versante democratico della legalità penale.

Ebbene, una legalità penale conforme all'ideale del *Rule of Law* porta con sé dei requisiti aggiuntivi rispetto a quelli già conosciuti come componenti della legalità penale, o quantomeno un modo particolare di riconfigurarli. A mio modo di vedere si tratta di requisiti che operano essenzialmente su tre piani: il piano della formulazione delle disposizioni penali; il piano della loro interpretazione; il piano del ruolo della giurisprudenza ordinaria e costituzionale. Questi piani sono inscindibili: non si possono realizzare adeguatamente le esigenze sottese al valore della legalità operando solo su uno di essi, isolatamente dagli altri⁹¹.

Dal punto di vista della formulazione delle disposizioni penali, una legalità penale improntata alle esigenze del *Rule of Law* determina essenzialmente tre ordini di conseguenze. In primo luogo, richiede che le disposizioni penali siano formulate nel linguaggio comune, ordinario, dei parlanti destinatari dei precetti penali⁹²; questo segue dalla necessità che i destinatari siano in grado di comprendere quali condotte sono oggetto di divieti penali, per poter sviluppare le loro autonome scelte di azione. Questo requisito peraltro trova una banale conferma in uno specifico aspetto del regime giuridico della legge (intesa come atto normativo: cfr. *supra*, § 1.2, lett. b), e cioè nell'esistenza di un apposito e obbligatorio meccanismo di pubblicità: non avrebbe senso infatti predisporre un simile meccanismo, se i contenuti delle disposizioni così pubblicate risultassero poi incomprensibili ai loro destinatari⁹³. Il requisito della comune intellegibilità è ovviamente modulabile: precetti penali che disciplinano una materia specialistica possono certamente usare il linguaggio tecnico proprio di quella materia senza che in tal modo ne venga inficiata la comprensibilità da parte dei destinatari, anzi si può presumere che quei precetti, formulati nel linguaggio tecnico della materia rilevante, risultino per i loro destinatari del tutto chiari e precisamente comprensibili. Il punto cruciale, piuttosto, è che le esigenze sottese al *Rule of Law* impediscono che il linguaggio delle leggi penali diventi un affare esoterico

⁹¹ G. Fiandaca, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, p. 94: «sarebbe irrealistico, illusorio continuare a confidare che, per contenere l'ampio spazio della concretizzazione giudiziale delle fattispecie penali e, quindi, il potere creativo dei giudici, il rimedio risolutore consista in una più precisa tipizzazione legislativa dei fatti punibili. [...] Anche la legislazione più scrupolosa, sotto il profilo di una descrizione puntuale e accurata dei presupposti della responsabilità penale, mai potrebbe avere l'effetto di annullare l'autonomia e l'inevitabile 'creatività' della funzione interpretativo/applicativa»; sulla legalità penale come "impresa collettiva" v. anche Id., *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, pp. 62-64. F.C. Palazzo, *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regula iuris*, p. 54, che distingue tra determinatezza "in astratto" (del testo normativo) e determinatezza "in concreto" (derivante dai suoi esiti interpretativi); A. Ashworth, J. Horder, *Principles of Criminal Law*, p. 63.

⁹² Cfr. A. Pagliaro, *Testo e interpretazione nel diritto penale*, p. 468; su linee analoghe v. anche F. Bricola, *La discrezionalità nel diritto penale*, p. 295: «il grado di determinatezza della fattispecie [deve essere] tale da consentire l'individuazione dell'oggetto del divieto non solo al giudice, ma anche al cittadino medio. E ciò è significativo se si tien conto che non ogni elemento indeterminato per il cittadino, è tale anche per il giudice»; e S. Moccia, *La 'promessa non mantenuta'*, p. 19.

⁹³ V. Ferreres Comella, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia*, p. 59.

riservato *ai soli giuristi*, e cioè che l'interpretazione delle leggi penali possa richiedere uno sforzo ermeneutico alla portata dei soli giuristi di professione⁹⁴. Ciò è tanto più opportuno oggi, peraltro: grazie all'informatica e alla telematica si moltiplicano infatti le possibilità di accesso diretto e gratuito del cittadino all'informazione giuridica, intesa come conoscenza diretta dei testi legislativi⁹⁵.

In secondo luogo, una legalità penale improntata alle esigenze del *Rule of Law* richiede che le disposizioni penali siano facilmente accessibili anche in senso "fisico", per così dire: richiede cioè che per il destinatario sia facile sapere dove trovarle, e inoltre che siano dotate di una relativa stabilità. Utili strumenti a tale scopo potrebbero essere la previsione di una specifica *riserva di codice* in materia penale, e di una procedura aggravata per l'approvazione di leggi contenenti sanzioni penali⁹⁶.

In terzo luogo, infine, una legalità penale improntata alle esigenze del *Rule of Law* richiede che le sanzioni penali vadano a colpire solo o principalmente i comportamenti dotati di chiaro disvalore sociale. Più un diritto penale è "artificiale", meno è conoscibile da parte dei suoi destinatari, e più è difficile per questi ultimi sviluppare autonome scelte di condotta e piani di vita in rapporto al quadro normativo operante nella società. Da questo punto di vista, i requisiti associati al *Rule of Law* non si limitano a fornire indicazioni sulla "forma" dei precetti penali, ma incidono anche sul contenuto delle scelte del legislatore in materia penale⁹⁷.

Dal punto di vista dell'interpretazione delle disposizioni penali, le esigenze del *Rule of Law* richiedono una adesione quanto maggiore possibile al significato letterale della disposizione legislativa (quale sarebbe ragionevolmente compreso da un parlante medio, nel senso sopra chiarito), e la tendenziale esclusione del ricorso a tecniche interpretative e argomentative ad alto tasso di tecnicismo giuridico, come ad esempio certe forme di interpretazione sistematica, adeguatrice e teleologica. Ciò in quanto l'organo dell'applicazione, per non frustrare le aspettative del destinatario del precetto penale, deve presumere che il destinatario abbia inteso il precetto appunto nel suo significato più ovvio. Questa esigenza può subire dei temperamenti (si ricordi che i valori associati al *Rule of Law* non sono valori finali, o assoluti, ma a loro volta strumentali al *favor libertatis*); in particolare, in caso di dubbio sul significato (ad esempio per la presenza nella disposizione di termini imprecisi, concetti elastici o ambigui, ecc.) in linea di principio sarebbe indifferente ai valori del *Rule of Law* che la scelta cada su una interpretazione estensiva oppure su una interpretazione restrittiva dei termini rilevanti (dal punto di vista delle aspettative del destinatario, entrambe possono essere parimenti prevedibili o parimenti imprevedibili); la garanzia di libertà sottesa alla legalità penale, tuttavia, richiederebbe in questi casi il ricorso all'interpretazione restrittiva⁹⁸.

Dal punto di vista del ruolo della giurisprudenza, infine, una legalità penale ispirata alle esigenze del *Rule of Law* richiede che nella magistratura ordinaria vi sia una tendenziale stabilità

⁹⁴ Per un esempio particolarmente eclatante, v. Corte costituzionale n. 5/2004, rispetto alle modalità affatto sofisticate con cui la Corte ritiene possibile attribuire un significato determinato alla clausola «senza giustificato motivo» contenuta in una disposizione penale.

⁹⁵ In proposito, cfr. V. Zeno-Zencovich, *Codificazione e informazione giuridica*; Id., *Il «diritto ad essere informati» quale elemento del rapporto di cittadinanza*.

⁹⁶ Per queste proposte, L. Ferrajoli, *Crisi della legalità e diritto penale minimo*; Id., *Il paradigma garantista*, pp. 215-228; S. Senese, *La riserva di codice*.

⁹⁷ Questo spunto è esattamente presente, e sulla base di argomenti analoghi, in Corte costituzionale n. 364/1988. Inoltre, come abbiamo notato a suo luogo, questo effetto di deflazione e alleggerimento del campo delle condotte penalmente rilevanti è stato spesso considerato una auspicabile conseguenza dell'attribuzione al legislatore del monopolio delle scelte di criminalizzazione (v. *supra*, nt. 31 e testo corrispondente). V. anche J. Gardner, *Rationality and the Rule of Law in Offences Against the Person*, pp. 44-45, per la distinzione tra la "textual clarity" e la "moral clarity" delle leggi penali.

⁹⁸ In tal senso, R. Quadri, *Dell'applicazione della legge in generale*, p. 298; L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, p. 378; M. Ronco, *Il principio di legalità*, p. 81. *Contra*, v. G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale*, p. 125, che ammettono il ricorso all'interpretazione estensiva delle disposizioni penali.

[Digitare il testo]

degli orientamenti interpretativi⁹⁹: ciò, in relazione alle esigenze della conoscibilità delle norme e della conseguente possibilità da parte del destinatario di autodeterminarsi, possibilità che sicuramente è maggiore se gli orientamenti interpretativi sono diffusi e tendenzialmente stabili (diversamente dalla accessibilità del testo legislativo, che come abbiamo visto è oggi più agevole di quanto non fosse appena un paio di decenni fa, la conoscibilità degli orientamenti giurisprudenziali, anche di quelli dominanti, richiede un grado di professionalizzazione e di abilità tecnica di solito fuori della portata del cittadino medio); e ovviamente anche in relazione alle esigenze di parità di trattamento.

La Corte costituzionale, di contro, per salvaguardare le esigenze sottese alla legalità penale intesa in chiave di *Rule of Law*, dovrebbe attenersi ad un ruolo di puro “legislatore negativo”: ove ravvisi una lesione del principio di legalità penale (secondo i parametri accennati poco sopra, cioè l’intelleggibilità valutata dal punto di vista del destinatario del precetto penale) non dovrebbe consigliare interpretazioni migliori o avventurarsi in manipolazioni e correzioni del testo legislativo, ma dovrebbe semplicemente pronunciare una sentenza di accoglimento¹⁰⁰. Da un punto di vista “sistemico” più generale, è vero che il consistente ricorso da parte della Corte costituzionale a pronunce di accoglimento creerebbe nel breve periodo lacune o vuoti di tutela (è questa è, verosimilmente, la principale ragione del singolare *self-restraint* della Corte costituzionale in materia penale). Ma nel medio periodo è possibile che una simile prassi decisionale determini un miglioramento della qualità della legislazione penale, nella misura in cui il legislatore si renda conto che la sciatteria legislativa non trovi più l’ancora di salvezza nella giurisprudenza “correttiva” o interpretativa della Corte costituzionale.

Una notazione conclusiva. Al modello che qui ho proposto e sinteticamente articolato si potrebbe obiettare di basarsi su un presupposto fittizio, e cioè su uno scenario piuttosto edulcorato in cui tutti i cittadini, o la maggior parte di essi, conoscano felicemente e autonomamente la maggior parte delle disposizioni penali rilevanti, sol che ne sia data loro la possibilità (grazie a testi legislativi chiari, agevolmente consultabili su Internet, ecc.). Ovviamente la realtà è ben diversa. Più verosimilmente, la stragrande maggioranza dei cittadini che non hanno fatto studi giuridici acquisisce informazioni sul quadro penale rilevante attingendo ad una conoscenza “diffusa” a livello sociale: in parte grazie a processi di acculturazione generale (la scuola, i mezzi di comunicazione di massa, le interazioni con altri cittadini), e in parte grazie al ricorso alla consulenza di esperti (avvocati, commercialisti, funzionari della pubblica amministrazione). È inevitabile che sia così. Tuttavia, si può ragionevolmente ipotizzare che una tecnica di formulazione delle disposizioni penali, e della loro interpretazione e applicazione, ispirata ai requisiti del *Rule of Law*, per un verso agevoli la possibilità di un accesso e di una conoscibilità diretta dei precetti penali, e per altro verso migliori la qualità complessiva dell’informazione “diffusa” sulle richieste del diritto penale. Con ciò predisponendo quell’ambiente sociale favorevole all’adozione di scelte autonome di cui si è discusso in questo saggio.

⁹⁹ Sull’esigenza di una “cultura del precedente” nella giurisprudenza penale, v. G. Fiandaca, *La legalità penale negli equilibri del sistema politico-istituzionale*, pp. 11-12; Id., *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, p. 258; Id., *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, p. 46. J. Waldron, *Stare Decisis and the Rule of Law: A Layered Approach*, p. 28, nota che nel diritto giurisprudenziale la stabilità è più importante che nel diritto legislativo, perché i cambiamenti sono potenzialmente più facili, e sono meno “pubblici”.

¹⁰⁰ Ho provato ad argomentare ulteriormente questa tesi in G. Pino, *L’insostenibile leggerezza della legalità penale*. In proposito, v. anche C. Pedrazzi, *Inefficaci le sentenze manipolative in materia penale?*, p. 647: «frutto di sottili alchimie, le sentenze di questo tipo [cioè le manipolative, *n.d.r.*] non parlano il linguaggio piano e diretto che si può e si deve pretendere da una legge, come quella penale, la cui ignoranza non è consentita ad alcuno»; F. Bricola, *Art. 25, II e III comma*, p. 267; R. Guastini, *Errore materiale del legislatore e interpretazione correttiva della legge penale*, p. 1342-1243: «è lecito domandarsi se sia ragionevole pretendere che i cittadini conoscano non solo le leggi (che già non è cosa facile, in epoca di decodificazione selvaggia), ma anche le decisioni costituzionali. Come è ovvio, la domanda è particolarmente inquietante in materia penale».

[Digitare il testo]

Riferimenti bibliografici

- Amato G., *Rapporti fra norme primarie e secondarie (aspetti problematici)*, Giuffrè, Milano, 1962.
- Ashworth A., Horder J., *Principles of Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013, 7th ed.
- Balduzzi R., Sorrentino F., *Riserva di legge*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XL, 1989, pp. 1207-1224.
- Beccaria C., *Dei delitti e delle pene* (1764), Feltrinelli, Milano, 1991.
- Bernardi A., *Le «qualità» della norma penale tra fonti nazionali e fonti europee*, in G. Grasso, L. Picotti, R. Sicurella (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 335-369.
- Betti E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)* (1949), Giuffrè, Milano, 1971.
- Bin R., *Che cos'è la Costituzione?*, in «Quaderni costituzionali», 2007, 1, pp. 11-52.
- Boscarelli M., *Nullum crimen sine lege*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XXI, 1990.
- Bricola F., *La discrezionalità nel diritto penale. Vol. I: nozione e aspetti costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1965.
- , *Art. 25, II e III comma*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, *Rapporti civili, artt. 24-26*, Zanichelli-II Foro italiano, Bologna-Roma, 1981.
- Cadoppi A., *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Giappichelli, Torino, 2014².
- Carlassare L., *Legge (riserva di)*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XVIII, 1990.
- Cassese A., *International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008².
- Cattaneo M.A., *Anselm Feuerbach filosofo e giurista liberale*, Comunità, Milano, 1970.
- Celano B., *La teoria del diritto di Hans Kelsen. Una introduzione critica*, il Mulino, Bologna, 1999.
- , *Come deve essere la disciplina costituzionale dei diritti?* (2002), in Id., *I diritti nello Stato costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2014, pp. 85-123.
- , *Normative Legal Positivism, Neutrality, and the Rule of Law*, in J. Ferrer Beltrán, J.J. Moreso, D. Papayannis (eds.), *Neutrality and Theory of Law*, Springer, Dordrecht, 2013, pp. 175-202.
- , *Publicity and the Rule of Law*, in L. Green, B. Leiter (eds.), *Oxford Studies in Philosophy of Law: Volume 2*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 122-147.
- Contento G., *Corso di diritto penale*, vol. 1, Laterza, Roma-Bari, 2003⁷.
- Craig P., *Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law*, in «Public Law», 1997, pp. 467-487.
- Cupelli C., *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Esi, Napoli, 2012.
- D'Amico M., *Qualità della legislazione, diritto penale e principi costituzionali*, in «Rivista di diritto costituzionale», 2000, pp. 3-61.
- Delitala G., *Cesare Beccaria e il problema penale*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1964, pp. 965-977.
- Di Giovine O., *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. IV, Jovene, Napoli, 2011, pp. 2197-2280.
- Dolcini E., *Leggi penali 'ad personam', riserva di legge e principio costituzionale di eguaglianza*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2004, pp. 50-70.
- Donini M., *Disposizione e norma nell'ermeneutica penale contemporanea*, in Id., *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Giuffrè, Milano 2011, pp. 63-117.
- Donini M., Insolera G., *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale – considerazioni introduttive*, in G. Insolera (a cura di), *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza giuridica*, Monduzzi, Modena, 2004, pp. 13-25.
- Ferrajoli L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 1989.
- , *Crisi della legalità e diritto penale minimo*, in U. Curi, G. Palombarini (a cura di), *Diritto penale minimo*, Donzelli, Milano, 2002, pp. 9-21.
- , *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. Vol. 2. Teoria della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2007.
- , *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in «Giurisprudenza costituzionale», 2010, 3, pp. 2771-2816.
- , *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, a cura di D. Ippolito e S. Spina, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014.
- Ferrerres Comella V., *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (Una perspectiva constitucional)*, Civitas, Madrid, 2002.
- Fiandaca G., *La legalità penale negli equilibri del sistema politico-istituzionale* (2000), in Id., *Il diritto penale tra legge e giudice*, Cedam, Padova, 2002, pp. 3-19.
- , *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale* (2001), in Id., *Il diritto penale tra legge e giudice*, Cedam, Padova, 2002, pp. 33-64.
- , *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in E. Dolcini, C.E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci. Vol. I – Teoria del diritto penale criminologia e politica criminale*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 239-264.

[Digitare il testo]

- , *Legalità penale e democrazia*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico», vol. 36, 2007, pp. 1247-1277.
- , *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008.
- , *Uguaglianza e diritto penale*, in M. Cartabia, T. Vettor (a cura di), *Le ragioni dell'uguaglianza*, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 115-149.
- , *Aspetti problematici del rapporto tra diritto penale e democrazia*, in «Foro italiano», V, 2011, cc. 1 ss.
- , *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in «Criminalia», 2011, pp. 79-98.
- Fiandaca G., Di Chiara G., *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Jovene, Napoli, 2003.
- Fiandaca G., Musco E., *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 1985, 2009⁶.
- Finnis J., *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon, Oxford, 1980.
- Fuller L., *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven (CT), 1963.
- Gallant K., *The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.
- Gallo M., *Appunti di diritto penale. Vol. I. La legge penale*, Giappichelli, Torino, 1999.
- Gamberini A., *Riserva di legge*, in G. Insolera, N. Mazzacuva, M. Pavarini, M. Zanotti (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, vol. I, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 129-153.
- Gardner J., *Rationality and the Rule of Law in Offences Against the Person* (1994), in Id., *Offences and Defences. Selected Essays in the Philosophy of Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 33-55.
- Giunta F., *Il giudice e la legge penale. Valore e crisi della legalità, oggi*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 63-88.
- Grandi C., *Riserva di legge e legalità penale europea*, Giuffrè, Milano, 2010.
- Grossi P., *Tra fatto e diritto*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico», 38, 2009, pp. 1899-1912.
- , *Sulla odierna 'incertezza' del diritto* (2014), in Id., *Ritorno al diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2015.
- Grosso C.F., *Il fascino discreto della conservazione (considerazioni in margine all'asserita crisi del principio di riserva di legge in materia penale)*, in «Criminalia», 2011, pp. 125-137.
- Guastini R., *Errore materiale del legislatore e interpretazione correttiva della legge penale*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1992, pp. 1339-1343.
- , *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Giuffrè, Milano, 2010.
- , *Conoscere il diritto. Un inventario di problemi*, in «Diritto & Questioni pubbliche», 13, 2013, pp. 513-536.
- Hayek, F.A., *The Constitution of Liberty* (1960), University of Chicago Press, Chicago, 2011.
- Hart H.L.A., *Problems of the Philosophy of Law* (1967), in Id., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon, Oxford, 1983, pp. 88-119.
- Hassemer W., *Diritto giusto attraverso un linguaggio corretto?*, in «Ars interpretandi», 2, 1997, pp. 171-195.
- Jemolo A.C., *Che cos'è la costituzione* (1946), Donzelli, Roma, 1996.
- Kramer M., *Objectivity and the Rule of Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.
- Lupo N., *Emendamenti, maxi-emendamenti e questione di fiducia nelle legislature del maggioritario*, in E. Gianfrancesco, N. Lupo (a cura di), *Le regole del diritto parlamentare nella dialettica tra maggioranza e opposizione*, Luiss University Press, Roma, 2007, pp. 41-110.
- Luzzati C., *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1990.
- Mantovani F., *Diritto penale. Parte generale*, Cedam, Padova, 1979, 2001⁴.
- Marini G., *Nullum crimen, nulla poena sine lege a) Diritto penale*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXVIII, 1978, pp. 950-961.
- Marinucci G., Dolcini E., *Corso di diritto penale 1. Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica*, Giuffrè, Milano, 2001³.
- Merryman J.H., *Lo stile italiano: la dottrina*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1966, pp. 1169-1216.
- Moccia S., *La 'promessa non mantenuta'. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2001.
- Moreso J.J., *Principio de legalidad y causas de justificación (sore el alcance de la taxatividad)* (2001), in Id., *La Constitución: modelo para armar*, Marcial Pons, Barcelona, 2009, pp. 205-222.
- Mortati C., *Istituzioni di diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1962⁶.
- Nuvolone P., *Il principio di legalità e il principio di difesa sociale*, in *Studi in memoria di Filippo Grispiigni*, Giuffrè, Milano, 1956, pp. 237-248.
- , *Discrezionalità del giudice e certezza del diritto*, in *Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1979, pp. 585-596.
- Padovani T., *Diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2006⁸.
- Pagliaro A., *Principio di legalità e indeterminatezza della legge penale* (1969), in Id., *Il diritto penale tra norma e società. Scritti 1956-2008*, Vol. III, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 288-302.
- , *Legge penale: a) principi generali* (1973), in Id., *Il diritto penale tra norma e società. Scritti 1956-2008*, Vol. III, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 321-340.

[Digitare il testo]

- , *Testo e interpretazione nel diritto penale* (2000), in Id., *Il diritto penale tra norma e società. Scritti 1956-2008*, Vol. III, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 467-480.
- Palazzo F.C., *Legge penale*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, vol. VII, 1993, pp. 338-370.
- , *Ancora sulla legalità in materia penale (Storicità ed universalità di un principio)*, in Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari, *Quaderno n. 5. Seminario 1994*, Giappichelli, Torino, 1995, pp. 59-81,
- , *Riserva di legge e diritto penale moderno*, in «*Studium iuris*», 1996, 3, pp. 276-283.
- , *Sistema delle fonti e legalità penale*, in G. Insolera (a cura di), *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, Monduzzi, Milano, 2004, pp. 89-106.
- , *Legalità (dir. pen.)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, vol. IV, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 3373-3384.
- , *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regula iuris*, in G. Vassalli, (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, ESI, Napoli, 2006, pp. 49-76.
- , *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, in «*Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*», vol. 36, 2007, pp. 1279-1329.
- , *Corso di diritto penale. Parte generale*, Giappichelli, Torino, 2013⁵.
- Pedrazzi C., *Inefficaci le sentenze manipolative in materia penale?*, in «*Rivista italiana di diritto e procedura penale*», 1975, pp. 646-656.
- Petrocelli B., *Appunti sul principio di legalità nel diritto penale*, in Id., *Saggi di diritto penale*, Jovene, Napoli, 1965, pp. 187-194.
- Pino G., *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2010.
- , *Principi, ponderazione, e la separazione tra diritto e morale. Sul neocostituzionalismo e i suoi critici*, in «*Giurisprudenza costituzionale*», 2011, 1, pp. 965-997.
- , *L'insostenibile leggerezza della legalità penale*, in «*Criminalia*», 2014, pp. 167-183.
- , *Teoria analitica del diritto I. La norma giuridica*, ETS, Pisa, 2016.
- Prieto Sanchís L., *Garantismo y derecho penal*, Iustel, Madrid, 2011.
- Pulitanò D., *Appunti su democrazia penale, scienza giuridica, poteri del giudice*, in G. Insolera (a cura di), *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza giuridica*, Monduzzi, Modena, 2004, pp. 121-139.
- , *Principio di legalità ed interpretazione della legge penale*, in G. Cocco (a cura di), *Interpretazione e precedente giudiziale in materia penale*, Cedam, Padova, 2005, pp. 27-43.
- , *Diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2009³.
- Quadri R., *Dell'applicazione della legge in generale. Art. 10-15*, Zanichelli-Foro italiano, Bologna-Roma, 1974.
- Rawls J., *A Theory of Justice*, Belknap Press, Cambridge (MA), 1971, 1999 (revised edition).
- Raz J., *The Rule of Law and its Virtue* (1977), in Id., *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford University Press, Oxford, 1979, 2009², pp. 210-229.
- Romano M., *Corte costituzionale e riserva di legge*, in G. Vassalli (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, ESI, Napoli, 2006, pp. 29-48.
- Ronco M., *Il principio di legalità*, in Id., (a cura di), *La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone*, Zanichelli, Bologna, 2006, pp. 1-99.
- Schauer F., *Le regole del gioco. Un'analisi filosofica delle decisioni prese secondo regole nel diritto e nella vita quotidiana* (1991), il Mulino, Bologna, 2000.
- Senese S., *La riserva di codice*, in U. Curi, G. Palombarini (a cura di), *Diritto penale minimo*, Donzelli, Milano, 2002, pp. 79-98.
- Siniscalco M., *Giustizia penale e Costituzione*, ERI Edizioni Rai, Torino, 1968.
- , *Irretroattività delle leggi in materia penale. Disposizioni sostanziali e disposizioni processuali nella disciplina della successione di leggi*, Giuffrè, Milano, 1969, 1987².
- , *Ratio di «certezza» e ratio di «garanzia» nella riserva di legge dell'art. 25, comma 2, della Costituzione*, in «*Giurisprudenza Costituzionale*», 1969, pp. 993-999.
- Siracusa L., *La trasfigurazione del principio di legalità penale statale nel prisma del diritto europeo*, in F. Viola (a cura di), *Lo stato costituzionale di diritto e le insidie del pluralismo*, il Mulino, Bologna, 2012, pp. 111-138.
- Spasari M., *Diritto penale e costituzione*, Giuffrè, Milano, 1966.
- Summers R., *A Formal Theory of the Rule of Law*, in «*Ratio Juris*», vol. 6, 1993, 2, pp. 127-142.
- Tamanaha B., *A Concise Guide to the Rule of Law*, in G. Palombella, N. Walker (eds.), *Relocating the Rule of Law*, Hart, Oxford, 2009, pp. 3-15.
- Tesaro A., *Il bilanciamento degli interessi tra legislatore penale e Corte costituzionale: spunti per un'analisi meta-giurisprudenziale*, in «*Rivista italiana di diritto e procedura penale*», 2009, 1, pp. 143-199.
- , *Corte costituzionale, automatismi legislativi e bilanciamento in concreto: "giocando con le regole" a proposito di una recente sentenza in tema di perdita della potestà genitoriale e delitto di alterazione di stato*, in «*Giurisprudenza costituzionale*», 2012, 6, pp. 4909-4946.
- Trapani M., *Legge penale. I) Fonti*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XVIII, 1990.
- Vassalli G., *Analogia nel diritto penale*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, vol. I, 1987, pp. 158-172.
- , *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, vol. VIII, 1994, pp. 278-329.
- Vogliotti M., *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2011.

[Digitare il testo]

- Waldron J., *Legislating with Integrity*, in «Fordham Law Review», vol. 72, 2003, pp. 373-394.
- , *Principles of Legislation*, in R.W. Bauman, T. Kahana (eds.), *The Least Examined Branch. The Role of Legislatures in the Constitutional State*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, pp. 15-32.
- , *Legislation and the Rule of Law*, in «Legisprudence», vol. 1, 2007, pp. 91-123.
- , *The Concept and the Rule of Law*, in «Georgia Law Review», vol. 43, 2008, pp. 1-61.
- , *How Law Protects Dignity*, in «Cambridge Law Journal», vol. 71, 2012, pp. 200-222.
- , *Stare Decisis and the Rule of Law: A Layered Approach*, in «Michigan Law Review», vol. 111, 2012, pp. 1-31.
- , *Il Rule of Law e l'importanza della procedura*, in questo volume.
- Wittgenstein L., *Pensieri diversi* (1977), Adelphi, Milano, 2009.
- Zanotti M., *Principio di determinatezza e tassatività*, in G. Insolera, N. Mazzacuva, M. Pavarini, M. Zanotti (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, vol. I, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 154-173.
- Zeno-Zencovich V., *Codificazione e informazione giuridica*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 91-94.
- , *Il «diritto ad essere informati» quale elemento del rapporto di cittadinanza*, in «Diritto dell'informazione e dell'informatica», 2006, pp. 1-10.