

Irene Pellizzone

# Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale

Problemi e prospettive



---

COLLANA  
DI DIRITTO  
E SOCIETÀ

**FrancoAngeli**

## Informazioni per il lettore

Questo file PDF è una versione gratuita di sole 20 pagine ed è leggibile con



La versione completa dell'e-book (a pagamento) è leggibile con Adobe Digital Editions. Per tutte le informazioni sulle condizioni dei nostri e-book (con quali dispositivi leggerli e quali funzioni sono consentite) consulta [cliccando qui](#) le nostre F.A.Q.





I lettori che desiderano informarsi sui libri e le riviste da noi pubblicati possono consultare il nostro sito Internet: [www.francoangeli.it](http://www.francoangeli.it) e iscriversi nella home page al servizio “Informatemi” per ricevere via e.mail le segnalazioni delle novità.

Irene Pellizzone

# Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale

Problemi e prospettive

FrancoAngeli

Il volume è stato pubblicato grazie al contributo del Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale dell'Università degli Studi di Milano.

Copyright © 2015 by FrancoAngeli s.r.l., Milano, Italy.

*L'opera, comprese tutte le sue parti, è tutelata dalla legge sul diritto d'autore. L'Utente nel momento in cui effettua il download dell'opera accetta tutte le condizioni della licenza d'uso dell'opera previste e comunicate sul sito [www.francoangeli.it](http://www.francoangeli.it).*

# Indice

<b>Introduzione</b>	pag.	9
<b>1. L'origine dell'art. 25, secondo comma, Cost. e delle sue sfaccettature</b>	»	11
1. Pensiero illuminista e monopolio del legislatore in materia penale	»	11
2. Stato liberale e principio di legalità: primato della legge, coerenza del sistema penale e del codice	»	13
3. Analisi del dibattito che ha portato all'approvazione dell'art. 25, secondo comma, Cost.	»	16
4. Le molteplici <i>rationes</i> della riserva di legge in materia penale	»	18
<b>2. Riserva di legge e poteri normativi del Governo</b>	»	21
1. L'idoneità degli atti aventi forza di legge a soddisfare la riserva di legge: la compromissione della <i>ratio</i> illuministica	»	21
1.1. Legge penale, maxiemendamento e questione di fiducia: il senso della riserva di legge	»	25
1.2. La svolta del 2014 della giurisprudenza costituzionale: verso un maggior rigore	»	28
2. Leggi penali e integrazione da parte di fonti secondarie: il carattere assoluto della riserva di legge alla prova dei fatti	»	35
2.1. Leggi penali incomplete: tra riserva di legge e principio di determinatezza	»	38
2.2. Il requisito della sufficiente specificazione nella giurisprudenza costituzionale	»	41

<b>3. Riserva di legge e ruolo di Corte costituzionale e magistratura</b>	pag. 47
1. Il tradizionale <i>self restraint</i> della Corte costituzionale in materia penale	» 47
2. Le pronunce riguardanti norme penali di favore manifestamente irragionevoli o in contrasto con direttive dell'UE	» 49
2.1. Gli effetti delle sentenze che accolgono la questione di costituzionalità sollevata sulle norme penali di favore	» 51
3. La reviviscenza di norme penali più severe abrogate (anche con modificazione) da norme penali in <i>bonam partem</i> incostituzionali	» 52
4. Le pronunce manipolative in materia penale: tra riserva di legge e principio di determinatezza	» 54
5. Legge penali e interpretazione conforme a Costituzione: al di là del divieto di analogia	» 59
<b>4. Riserva di legge e Unione europea</b>	» 63
1. Materia penale e competenze dell'Unione europea: un passaggio di competenze molto evocativo	» 63
1.1. Due argomenti volti al superamento delle perplessità relative al passaggio di parte della competenza penale all'Unione	» 66
2. Il diritto penale europeo secondo il trattato di Lisbona: breve descrizione dello stato dell'arte	» 68
2.1. Le norme del trattato di Lisbona: a) criminalità grave dalla dimensione transnazionale; b) la tutela degli interessi finanziari dell'Unione (ex art. 86 ed ex art. 325)	» 71
3. La capacità espansiva del diritto dell'Unione europea in materia penale: il ruolo della giurisprudenza	» 76
3.1. Direttive scadute che richiedono l'adozione di sanzioni efficaci, dissuasive e proporzionate e principio del <i>favor rei</i>	» 78
3.2. Breve digressione sulle ricadute del diritto penale europeo sul giudizio di costituzionalità: lo spettro degli obblighi costituzionali di tutela penale	» 80
4. Il caso <i>Taricco</i> e la disapplicazione della norma interna che interrompe la prescrizione	» 82
4.1. Segue. Analisi del caso <i>Taricco</i>	» 83

5. Le conseguenze del caso <i>Taricco</i> a livello interno: spunti a partire dalla questione sollevata dinanzi alla Corte costituzionale	pag. 86
6. Il rinvio al diritto dell'Unione europea: problemi rispetto alla riserva di legge	» 89
7. Precisazioni sulla perdita del controllo accentrato di costituzionalità, in conseguenza dell'avvento del diritto penale europeo	» 91
<b>5. Riserva di legge e Corte europea dei diritti dell'uomo</b>	» 97
1. Corte di Strasburgo e approccio "sostanzialistico" alla materia penale: un altro fattore di destabilizzazione della riserva di legge	» 97
2. Il punto di vista della Corte EDU e l'attenzione alla prevedibilità della <i>regula iuris</i>	» 98
3. Corte EDU, definizione di materia penale e mutamenti giurisprudenziali	» 101
<b>Conclusioni</b>	» 107
<b>Bibliografia</b>	» 111



## Introduzione

Per lo studioso del diritto costituzionale la legge, nonostante abbia indubbiamente perso la posizione di centralità nel sistema delle fonti che la connotava nello stato liberale, conserva qualità “irrinunciabili”.

È per questo che i Costituenti hanno voluto riservare proprio alla legge la disciplina della materia penale.

Tali qualità derivano *in primo luogo* dal procedimento di formazione della legge medesima, che vede la partecipazione, nel dibattito pubblico assembleare, delle minoranze politiche, elette in Parlamento con metodo democratico, a prescindere dal sistema elettorale prescelto. A questo tipo di qualità della legge corrisponde la *ratio* democratica della riserva di cui all'art. 25, secondo comma, Cost.

*In secondo luogo*, la legge penale deve essere tassativa, riducendo spazi per gli arbitri da parte dei giudici. Ancora, la legge può essere sottoposta al controllo della Corte costituzionale (e del Presidente della Repubblica in sede di promulgazione). A questi due ultimi tratti della legge si associa solitamente la *ratio* garantistica della riserva di legge.

Tuttavia, l'intervento in materia penale di fonti deliberate in circuiti decisionali diversi da quello della rappresentanza parlamentare, siano essi nazionali, regionali o europei, ha da tempo provocato una crisi della legge *parlamentaria* oramai da tempo stigmatizzata dagli studiosi.

Si aggiunge a tali fattori problematici anche l'abuso, da parte del Governo, di alcuni strumenti in suo possesso, che strozzano il dibattito parlamentare, provocando problematiche di ordine costituzionale che si aggravano quando all'esame delle Camere vi sono leggi penali (ci si riferisce al ricorso al maxiemendamento con apposizione della questione di fiducia), che intaccano la *ratio* democratica e garantistica dell'art. 25, comma 2, Cost.

Infatti, dinanzi alle carenze sopra indicate e all'inerzia del legislatore, che purtroppo da tempo affliggono il nostro ordinamento giuridico, si assi-

ste a un costante attivismo giudiziario, sia a livello nazionale che sovranazionale, che in materia penale suscita particolari perplessità.

La sempre maggiore complessità dell'ordinamento giuridico, dovuta al costante incedere del processo di integrazione europea e dello sviluppo della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, spinge ulteriormente verso uno smarrimento delle *rationes* dell'art. 25, secondo comma, Cost., nella loro veste originaria.

Se il dibattito parlamentare è soffocato e la qualità della legge è un obiettivo che pare lontano, se la visione del giudice come “bocca della legge”, in cui affondano le loro radici nelle teorie di Montesquieu e Beccaria, è oggi recessiva, se le fonti europee e le sentenze delle corti sovranazionali scardinano il sistema, occorre domandarsi se non sia giunto il momento di riempire di un significato nuovo l'art. 25, secondo comma, Cost.

Ma che cosa si perde, in termini di tutela della libertà personale, a cui è indubbiamente rivolta la riserva di legge in materia penale, se si prosegue in questa direzione?

Il presente volume intende indagare a fondo su cause ed effetti di tutti i fattori che hanno messo in ombra le *rationes* garantistica e (soprattutto) democratica della riserva di legge in materia penale, alcuni per l'affermarsi di cattive prassi, altri per un processo di integrazione europea in costante avanzamento, nonché su rimedi e argini che devono necessariamente essere posti a questo declino.

Allo stesso tempo, si propone di delineare la “torsione” che il principio di legalità penale ha subito nelle decisioni della Corte costituzionale, dei giudici nazionali e delle Corti sovranazionali (Corte di Giustizia e Corte europea dei diritti dell'uomo), per cui la *ratio* democratica sembra essersi completamente eclissata.

# 1. L'origine dell'art. 25, secondo comma, Cost. e delle sue sfaccettature

**SOMMARIO:** 1. Pensiero illuminista e monopolio del legislatore in materia penale. 2. Stato liberale e principio di legalità: primato della legge, coerenza del sistema penale e del codice. 3. Analisi del dibattito che ha portato all'approvazione dell'art. 25, secondo comma, Cost. 4. Le molteplici rationes della riserva di legge in materia penale.

## 1. Pensiero illuminista e monopolio del legislatore in materia penale

Per comprendere appieno le ragioni della crisi del principio di legalità penale, è indispensabile guardare alla sua origine.

Il principio di legalità in materia penale nasce nel pensiero illuminista: sono soprattutto le opere di Montesquieu (*De l'Esprit des lois*, 1748<sup>1</sup>) e di Beccaria (*Dei delitti e delle pene*, 1766)<sup>2</sup> ad attribuire al potere legislativo il totale monopolio delle scelte sui fatti da punire e sulle sanzioni penali, evidenziandone la funzione di garanzia per i cittadini nei confronti degli arbitri sia dei giudici, sia del potere esecutivo<sup>3</sup>.

Il principio di legalità in materia penale costituisce una rottura radicale con il precedente assetto della materia, nella quale gli arbitri nascevano dall'incertezza delle norme e dallo strapotere dei giudici: questa scelta scaturisce e si inserisce coerentemente nella visione dello Stato, delle garanzie e dei rapporti fra poteri dell'età dei lumi.

Il pensiero di Montesquieu, infatti, si incentra sul principio della separazione dei poteri, e, in particolare, sulla subordinazione del giudice al-

<sup>1</sup> J. Brethe De La Gressaye (a cura di), *L'esprit de lois*, Le Belles Lettres, Paris, 1950-1961.

<sup>2</sup> C. Beccaria, "Dei delitti e delle pene (1764)", ora in *Opere*, I, Firenze, 1971.

<sup>3</sup> Sulla figura di Cesare Beccaria si segnala G. Marinucci, "Beccaria penalista, nostro contemporaneo", in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2014, p. 2025 ss.

la legge: “*i giudici non sono (...) che la bocca della legge, esseri inanimati che non possono temperarne né la forza, né il rigore*”.

Su tale visione del rapporto fra poteri si fondano le scelte illuministe per la materia penale, chiarite e approfondite da Cesare Beccaria, che giustifica il primato del potere legislativo come espressione della “*volontà popolare*”: al legislatore spetta il compito di creare reati e pene, in quanto “*rappresentante del popolo*”.

Beccaria definisce la portata essenziale del principio di legalità penale, fondato sul *primato della legge* e sul *vincolo del giudice alla legge*, sviluppando anche un altro profilo, quello della *chiarezza* della legge (successivamente denominato principio di *determinatezza* o di *precisione* della legge penale).

La riserva di legge in materia penale, dunque, non comporta soltanto il monopolio da parte del legislatore, con l'esclusione delle fonti secondarie, ma obbliga lo stesso legislatore a emanare leggi chiare, che determinino in modo preciso reati e sanzioni, in modo da evitare che il giudice possa autonomamente stabilire il confine fra lecito e illecito.

La chiarezza della legge è dunque garanzia dei cittadini nei confronti del potere giudiziario che deve limitarsi ad “*eseguire*” le leggi: osserva Beccaria che “*in ogni delitto si deve fare un sillogismo perfetto*”, mentre quando il giudice “*sia costretto, o voglia anche fare, due sillogismi, si apre la porta all'incertezza*”.

Il totale radicamento del principio di legalità penale nella visione del mondo dell'età dei lumi appare evidente se si ragiona sulla circostanza che per Beccaria la chiarezza della leggi era intesa, innanzitutto, come chiarezza del *codice fisso di leggi*, fatto di *leggi chiare*. È la funzione educativa del codice a emergere in modo prepotente nelle scelte illuministe sulla materia penale: solo così le azioni di tutti i cittadini, dall'ignorante al filosofo, possono essere dirette a scegliere tra il giusto e l'ingiusto, venendo sottratte all'arbitrio e alla tirannia; solo conoscendo il discrimine fra lecito e illecito, i “*cittadini acquisiscono quella sicurezza di loro stessi*” che è giusta (“*perché è lo scopo per cui gli uomini stanno in società*”) e utile (“*perché li mette nel caso di esattamente calcolare gli inconvenienti di un misfatto*”).

Centralità delle scelte legislative, ruolo del giudice esecutore e funzione educativa del codice sono i valori sui quali si sviluppa il principio di legalità in materia penale che ancor oggi sostiene gli ordinamenti penali dei paesi europei di *civil law*: si tratta dei valori su cui l'illuminismo costruisce la propria visione di una società che affida alla legge il compito di garantire i diritti.

Dal punto di vista tecnico tale principio riceve completa formulazione nel pensiero di Paul Johann Anselm von Feuerbach<sup>4</sup> il quale condensa

<sup>4</sup> P.J.A.V. Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gultigen peinlichen Rechts*, XIV ed., Giessen, 1847, rist. 1986.

il nucleo essenziale del principio nei noti brocardi “*nulla poena sine lege*” e “*nullum crimen sine poena legali*”, oggi utilizzati nella formula “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”. Egli sviluppa a sua volta due importantissimi profili: quello attinente al divieto di analogia e alla necessità che la chiarezza delle leggi comprenda anche la possibilità di punire fatti che siano riconoscibili esternamente e che possano essere compiutamente provati in concreto (escludendo quindi la punizione di “fenomeni”, come la magia, le convinzioni religiose).

Come è noto, il principio di legalità penale trova la sua prima concretizzazione nella Dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino del 1789: l’art. 7 enuncia che “*Nessun uomo può essere accusato, arrestato o detenuto se non nei casi determinati dalla legge e secondo le forme da essa prescritte*”. Tale norma viene sostanzialmente riprodotta nelle Costituzioni francesi del 1791 e del 1793.

Nello stato liberale, affidandosi al legislatore, in quanto potere rappresentativo, il compito di determinare reati e pene in modo chiaro e determinato, con norme non retroattive, si è riconosciuta in modo inequivocabile la *ratio* democratica e garantistica sottesa al principio di legalità penale.

## **2. Stato liberale e principio di legalità: primato della legge, coerenza del sistema penale e del codice**

Fino a qualche anno fa, si poteva rimanere colpiti dalla apparente immutabilità del principio del “*nullum crimen sine previa lege poenali stricta*” di matrice illuminista<sup>5</sup>.

Come si vedrà nel prosieguo di questo lavoro, si tratta solo un’apparente resistenza a molteplici fattori di crisi, su cui fra tutti l’integrazione europea in materia penale, cui si dedicherà il cap. 4.

Tuttavia, rileggendo le opere di Montesquieu e di Beccaria, i padri di questo principio, ne emerge il collegamento strettissimo con i principi fondamentali della forma di stato liberale.

Montesquieu chiarisce come la legalità penale costituisca un aspetto caratterizzante dei soli governi repubblicani: mentre la monarchia si fonda su un diritto penale affidato a norme imprecise e disomogenee, dovendo il giudice agire secondo prudenza e non in modo meccanico, la repubblica democratica esige una legge precostituita, chiara e precisa.

Tale esigenza, nel pensiero di Montesquieu, è funzionale all’organizza-

<sup>5</sup> Come osserva M. D’Amico, “Qualità della legislazione, diritto penale e principi costituzionali”, in *Riv. Dir. Cost.*, 2000, p. 11 ss.

zione democratica dello stato e allo *status* dei giudici, i quali, facendo parte del popolo, non hanno una cultura adeguata per interpretare la legge, dovendo limitarsi ad applicarla meccanicamente.

Afferma Montesquieu, riferendosi non solo al settore penale, ma a tutti i settori dell'ordinamento, che il legislatore moderno deve produrre leggi, il cui stile risulti "*conciso*": "*le leggi non devono essere sottili: sono fatte per individui di mediocre intelligenza; non sono espressione dell'arte della logica, ma del semplice buonsenso di un padre di famiglia*".

Nella fondamentale opera di Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, il fondamento teorico del diritto penale moderno esprime in modo inequivocabile il suo legame con la visione liberale dello Stato. L'autore definisce, innanzitutto, l'origine, tutta utilitaristica, del principio della materia penale oggi conosciuto come "*extrema ratio*": "*fu dunque la necessità che costrinse gli uomini a cedere parte della propria libertà; egli è dunque certo che ciascuno non ne vuole mettere che nel pubblico deposito che la minima porzione possibile (...). L'aggregato di queste minime porzioni possibili forma il diritto di punire; tutto il più è abuso, non giustizia; è fatto, non già diritto*".

Beccaria individua quindi quattro conseguenze del principio di "*extrema ratio*": la prima è costituita dal nostro principio di "*riserva di legge in materia penale*" ("*le sole leggi possono decretare le pene sui delitti*"), il quale si fonda sul carattere rappresentativo del Parlamento ("*e questa autorità non può risiedere che presso il legislatore che rappresenta tutta la società unita per contratto sociale*"); la seconda si incentra sul potere di infliggere le pene e, prima ancora, si giudicare sui delitti, il quale non può essere dello Stato sovrano o del popolo che fanno le leggi, ma di un "*terzo*": "*ecco la necessità di un magistrato, le cui sentenze siano inappellabili, e consistano in mere asserzioni o negative dei fatti particolari*"; la terza attiene a quello che oggi chiamiamo principio di sussidiarietà, in base al quale la scelta penale si giustifica solo quando sia davvero utile; la quarta, inserita in un capitolo dedicato all'interpretazione della legge, attiene all'esigenza di chiarezza della legge. Occorre, afferma Beccaria, che il legislatore sia molto attento "*alle parole della legge, che sono la cagione dell'incertezza*".

Il significato del principio di legalità non nasce da una visione astratta del diritto penale: Beccaria non si riferisce alla legge in generale, bensì al "*codice fisso di leggi*", il quale, dovendosi osservare "*alla lettera*", "*non lascia al giudice altra incombenza che quella di esaminare le azioni dei cittadini e giudicarle conformi o difformi alla legge scritta*".

Il principio di legalità in materia penale trova la sua origine con riferimento non tanto alla singola norma, ma al "*codice fatto di leggi chiare*", il quale diviene punto di orientamento per i cittadini. Questi devono infatti essere istruiti nella conoscenza del codice: "*quanto maggiore sarà*

*il numero di quelli che intenderanno e avranno fra le mani il sacro codice delle leggi, tanto meno frequenti saranno i delitti, perché non v'ha dubbio che l'ignoranza e l'incertezza delle pene aiutino l'eloquenza delle passioni”.*

Il principio di legalità in materia penale si consolida nello Stato liberale ottocentesco, trovando ingresso nelle Carte costituzionali e nei codici; nel codice penale francese del 1810 vengono sanciti i principi di legalità e di irretroattività, mentre in Italia, l'art. 26 dello Statuto Albertino lo prevede espressamente insieme ad alcuni codici preunitari; esso troverà completa formulazione nel codice penale Zanardelli<sup>6</sup>, il quale stabilisce, all'art. 1, primo comma, che “nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente previsto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite”.

Nello Stato liberale, come si è visto, tale principio riposa sul primato della legge e sulla centralità del potere legislativo.

Da un lato, il legislatore viene invocato come rappresentante del popolo e la *ratio* della riserva di legge in materia penale si basa sulla garanzia che le scelte che influiscono direttamente sulla libertà dei cittadini corrispondano alla volontà dei rappresentanti del popolo.

Dall'altro lato, si esige dal legislatore la creazione di un sistema chiaro e coerente, orientativo ed educativo per cittadini e giudici. In questo si esprime la *ratio* della determinatezza della legge penale.

Nonostante tale principio rimanga identico da una punto di vista formale, in Italia esso viene trasformato profondamente nel periodo che separa la prima codificazione dalla seconda, in cui si assiste a una profonda modificazione della forma dello Stato, che mantiene liberale soltanto l'involucro.

Questa trasformazione riguarda anche il principio di legalità penale, che, in epoca fascista, rimane formalmente inalterato, ma viene snaturato nella sua essenza.

Con l'ammissione anche di atti del Governo aventi forza di legge (i decreti legge e i decreti legislativi previsti dalla l. n. 100 del 1926) in materia penale, lo Stato fascista abbandona il collegamento fra la legge penale e selezione dei beni giuridici da tutelare penalmente espressa dai cittadini attraverso i loro rappresentanti; la legge penale esprime quindi una *Wertordnung* dello Stato e non del popolo, come volevano Beccaria e Rousseau. D'altra parte, la stessa interpretazione del termine “*statale*” dell'art. 1 del codice Rocco tende a svuotare il riferimento alla legge, intesa in modo generico, come norma di rango secondario.

<sup>6</sup> Cfr. A. Crivellari, *Il codice penale per il Regno d'Italia*, 1890, I, Roma, p. 35 ss.

Appare invece formalmente soddisfatto, anche se da alcuni autori sottoposto a profonda critica, il profilo riguardante la determinatezza della legge penale; d'altronde è opinione diffusa che in un regime "tirannico" le leggi possano essere molto più chiare che non in una democrazia<sup>7</sup>.

### **3. Analisi del dibattito che ha portato all'approvazione dell'art. 25, secondo comma, Cost.**

Le Costituzioni rigide, con il loro avvento, hanno condizionato il volto del diritto penale del novecento in un modo inedito: hanno creato infatti, anche con l'ausilio della dottrina più illuminata, sia in Germania che in Italia, una corrispondenza ideale fra la *Wertordnung* costituzionale e le scelte di penalizzazione da parte del legislatore, le quali dovranno essere, appunto, costituzionalmente orientate.

Comune a tali esperienze, dunque, è la riaffermazione del ruolo centrale del Parlamento nelle scelte di penalizzazione, attraverso il suo inserimento in una Carta costituzionale rigida; comune, però, è anche l'illusione di poter recuperare il significato originario di un principio nato in una forma di Stato liberale e perfettamente coerente con il ruolo chiaro e semplice della legge di quella forma di stato.

Posto che il principio di legalità penale era stato calpestato in molti modi nel periodo fascista e nazista e che le Costituzioni del dopoguerra avrebbero dovuto rifondarlo, sembra che implicitamente la dottrina sostenga che la forma democratico-sociale di Stati come quello tedesco e italiano, i quali lo inseriscono nelle costituzioni rigide, non incida affatto sul significato del principio di legalità penale, che dovrebbe essere interpretato in un'ottica squisitamente liberale<sup>8</sup>.

In realtà, come si vedrà nel corso del volume, le cose non sono configurabili esattamente in questi termini.

In Italia, nell'intendimento dei Costituenti, l'introduzione dell'art. 25, comma 2, Cost. avrebbe certamente dovuto favorire anche il riconoscimento del ruolo centrale del Parlamento nelle scelte politico criminali, in quanto composto dai rappresentanti del popolo<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> Così v. F. Palazzo, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979, p. 117 ss.

<sup>8</sup> In un'ottica continuista, rispetto al precedente stato liberale, v. P. Nuvolone, "Le leggi penali e la Costituzione", in *Studi di onore di Costantino Mortati, Aspetti e tendenze del Diritto costituzionale*, Milano, 1977, p. 489 ss.

<sup>9</sup> Cfr. R.A. Frosali, "La giustizia penale", in P. Calamandrei, A. Levi (a cura di), *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, Firenze, 1950, p. 220 s.; v. inoltre M. D'Amico, G. Arconzo, "Sub Art. 25, comma 2, Cost.", in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, p. 536 ss.

Ma la sensibilità che traspare maggiormente dai lavori preparatori è un'altra: evitare il drammatico ripetersi dei fatti del fascismo, in cui, attraverso un uso strumentale della legge penale, che veniva applicata anche retroattivamente e con interpretazioni disinvoltate dei giudici, si erano perpetrati abusi e violenze nei confronti della libertà personale individuale.

Non è un caso, probabilmente, che l'articolo del progetto di Costituzione, che contiene il principio di legalità penale, sia discusso dalla Prima Sottocommissione per la Costituzione nelle sedute successive alla norma che tutela la libertà personale e prima della seduta in cui si esamina la norma sulla libertà di domicilio<sup>10</sup>.

Il collegamento, leggendo gli interventi dei Costituenti, è fortissimo, e si estrinseca sia con riguardo al divieto di retroattività, sia con riguardo al divieto di interpretazione analogica della legge penale.

L'on. Moro, nella seduta del 18 settembre 1946, illustra il testo della norma che poi diventerà l'attuale art. 25, secondo comma, Cost., la cui versione era, per quanto qui interessa, corrispondente all'attuale.

L'articolo era infatti così formulato: *“Nessuno può essere sottoposto a processo e punito se non in forza di una legge entrata in vigore anteriormente al fatto commesso”*.

L'on. Moro riconduce a questa disposizione, nella parte in cui si richiama la legge entrata in vigore prima del fatto criminoso, il principio di tassatività e il principio della irretroattività della legge penale in *malam partem*.

Nello spiegare agli altri membri della Sottocommissione l'importanza di tali principi, afferma che *“siamo nel campo di una difesa della libertà umana; uno dei campi più delicati della difesa della libertà umana che il Codice in atto garantisce. Il fatto, però, che questo principio sia in un codice non può impedire, a chi fa una Costituzione, che deve garantire da tutti i punti di vista la libertà individuale, di porre nella Costituzione stessa questi principi”*<sup>11</sup>.

Colpisce inoltre l'attenzione dei Costituenti agli abusi dell'autorità giudiziaria, che si muove in modo persecutorio dinanzi a leggi poco chiare, utilizzando interpretazioni analogiche o estensive.

All'intervento dell'on. Moro, segue infatti un fondamentale intervento adesivo dell'on. La Pira, che sottolinea come in Germania negli ultimi anni fossero stati pubblicati libri di diritto civile e romano, volti a giustificare l'applicazione analogica in materia penale. Proprio dinanzi a simili rischi

<sup>10</sup> Cfr. le sedute della prima Sottocommissione, dal 12 al 19 settembre 1946.

<sup>11</sup> Cfr. Commissione per la Costituzione, Prima sottocommissione, *Resoconto sommario della seduta del 18 settembre 1946*, p. 67.

di sovversione dei principi liberali del diritto penale, l'on. La Pira manifesta la sua ferma volontà a inserire il divieto di applicazione analogica in materia penale, "per la difesa della libertà"<sup>12</sup>.

Altresì significativo è l'intervento, immediatamente successivo, dell'on. De Vita, che richiama l'importanza dell'esistenza della Corte costituzionale, perché ai problemi ricordati dall'on. La Pira non si potrà far fronte integralmente, senza l'apporto di un simile organo<sup>13</sup>. Verosimilmente, con questo intervento si allude alla possibilità per la Corte costituzionale di svolgere uno scrutinio di costituzionalità sulle leggi penali.

Anche in Assemblea Costituente il legame tra tassatività e irretroattività, che vengono intesi come i principi fondamentali posti dall'art. 25, secondo comma, è fortissimo, come testimonia un intervento dell'on. Leone del 15 aprile 1947<sup>14</sup>.

Come si vede, dunque, i Costituenti concentrano la loro attenzione sulla *ratio* garantistica del principio di legalità penale, definendolo per lo più come principio di tassatività e di irretroattività, rispetto alla *ratio* democratico/illuministica<sup>15</sup>.

Una volta chiarita l'importanza derivante dalla costituzionalizzazione di questi due principi, il dibattito si sposta sulla necessità o meno di introdurre nella Costituzione il principio di retroattività delle norme in *mitius*, ma questo aspetto ai fini del presente lavoro è meno rilevante.

#### **4. Le molteplici *rationes* della riserva di legge in materia penale**

Le origini storiche del principio di legalità penale e la succinta analisi del dibattito riguardante la nascita dell'art. 25, secondo comma, Cost., avutosi nei lavori dell'Assemblea Costituente, mettono in luce con particolare forza come le *rationes* poste alla base di questa norma siano molteplici e fondamentali, per il loro legame con la libertà personale.

Da un lato, abbiamo la *ratio* illuministica del principio, che affonda le proprie radici nelle tesi di Montesquieu e Beccaria, per cui la legge penale deve corrispondere alla volontà del popolo, espressa attraverso i suoi rappresentanti.

<sup>12</sup> Cfr. Commissione per la Costituzione, Prima sottocommissione, *Resoconto sommario della seduta del 18 settembre 1946*, p. 68.

<sup>13</sup> Cfr. Commissione per la Costituzione, Prima sottocommissione, *Resoconto sommario della seduta del 18 settembre 1946*, p. 68.

<sup>14</sup> Cfr. Assemblea Costituente, *Seduta antimeridiana del 15 aprile 1947*, p. 2872.

<sup>15</sup> Sulla distinzione tra le due *rationes* v. A. Di Giovine, *Introduzione allo studio della riserva di legge nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, 1969, p. 19 ss.

Dall'altro lato, come gli stessi Montesquieu e Beccaria sin da subito affermano in modo stentoreo, vi è una *ratio* garantista, tale per cui la legge penale deve limitare in modo efficace il potere del giudice. Ed ecco l'emersione del principio di tassatività o determinatezza.

Le *rationes* sottese all'art. 25, secondo comma, naturalmente, devono essere coordinate con altri importanti principi che, come la Corte costituzionale ha affermato nella nota sent. n. 50 del 1980, contribuiscono a disegnare il volto costituzionale del sistema penale.

Ciò premesso, nei capitoli a seguire si tenterà di scavare attorno alla *ratio* illuministica della riserva di legge penale, che come si è visto ne costituisce il nucleo primigenio, al fine di identificare le ragioni della crisi in cui versa tale istituto e i possibili rimedi per rivitalizzarlo.

L'analisi sarà volta nella convinzione che la difficoltà a preservare intatto, oggi, il nucleo democratico dell'art. 25, secondo comma, Cost., non derivi dall'inutilità di questo istituto, cruciale per il rispetto dei diritti in gioco in materia penale, ma dal cattivo funzionamento della forma di governo italiana e dall'avvento delle fonti UE e della giurisprudenza della Corte EDU, che talvolta in modi troppo bruschi richiedono al legislatore e, non di rado, agli stessi giudici, di adattare il sistema penale italiano a principi superiori, molto distanti dalla *ratio* storica della riserva.