



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRIESTE

XXIV CICLO DEL DOTTORATO DI RICERCA IN
SCIENZE PENALISTICHE

PRINCIPIO DI LEGALITÀ E *SOFT LAW*:
EVOLUZIONE O INVOLUZIONE?

Settore scientifico disciplinare DIRITTO PENALE

DOTTORANDA
EVA STANIG

COORDINATORE
PROF. PAOLO PITTARO

RELATORE
PROF. PAOLO PITTARO

ANNO ACCADEMICO 2010/ 2011

Indice

Introduzione	p. 3
CAP. 1 IL PRINCIPIO DI LEGALITA'	
1.1 Il principio di legalità	p. 7
1.2 Il principio della riserva di legge	p. 10
1.2.1 Le fonti autorizzate dalla riserva di legge: i decreti legge e i decreti legislativi delegati	p. 13
1.2.2 Le leggi regionali	p. 16
1.2.3 Le fonti del diritto militare	p. 22
1.2.4 Le consuetudini	p. 24
1.2.5 Il diritto europeo	p. 27
1.2.6 I trattati e le convenzioni internazionali	p. 30
1.3 Il principio di determinatezza	p. 31
CAP. 2 LA CRISI DELLA LEGALITA' IN CAMPO PENALE	
2.1 Premessa	p. 35
2.2 La crisi della riserva di legge	p. 40
2.3. La crisi della determinatezza	p. 50
2.4 I singoli fattori endogeni alla base della crisi della legalità	p. 55
2.4.1 L'uso snaturato di fonti governative	p. 56
2.4.2 Il declino della funzione rappresentativa del Parlamento e del procedimento legislativo	p. 62
2.4.3 La competenza delle Regioni in materia penale	p. 64
2.4.4 Il potere penale dei sindaci	p. 75
2.4.5 La partecipazione creativa del potere giudiziario	p. 78
2.4.6 La legislazione penale <i>ad personam</i>	p. 91
2.4.7 La legislazione penale compulsiva e la legislazione dell'emergenza	p. 95
2.4.8 Il diritto penale d'autore	p. 100
2.4.9 Il diritto penale incerto ed inefficace	p. 103
2.5 I fattori esogeni alla base della crisi della legalità	p. 106
2.5.1 L'Unione europea	p. 107
2.5.2 La CEDU	p. 123

CAP. 3 LA SOFT LAW

3.1 Una premessa	p. 137
3.2. Origine della <i>soft law</i>	p. 140
3.3 Definizione di <i>soft law</i>	p. 144
3.4. <i>Soft law</i> e sistema delle fonti	p. 150
3.5 Il superamento del sistema gerarchico verso uno a normatività graduata	p. 159
3.6 La <i>soft law</i> nei vari ordinamenti	p. 167
3.6.1 La <i>soft law</i> in ambito internazionale	p. 169
3.6.2 La <i>soft law</i> in ambito europeo	p. 176
3.6.3 La <i>soft law</i> nell'ordinamento italiano	p. 180

CAP. 4 I RAPPORTI TRA DIRITTO SOFT E DIRITTO PENALE HARD

4.1. La <i>hard law</i>	p. 191
4.2 Le incompatibili differenze tra diritto penale e <i>soft law</i>	p. 193
4.2.1 Gli organi deputati alla produzione normativa	p. 194
4.2.2 Le fonti	p. 195
4.2.3 La determinatezza della previsione	p. 196
4.2.4 I destinatari	p. 197
4.2.5 Il grado di vincolatività	p. 197
4.2.6 La gerarchia delle fonti	p. 198
4.2.7 L'ambito di applicazione temporale	p. 199
4.2.8 L'ambito geografico di operatività	p. 200
4.3 L'evoluzione delle peculiarità del diritto penale verso la <i>soft law</i>	p. 200
4.3.1 I singoli sintomi di avvicinamento: le fonti	p. 202
4.3.2 L'affievolimento del grado di determinatezza	p. 210
4.3.3 Deviazione verso la settorializzazione del diritto penale	p. 215
4.3.4 L'erosione del grado di cogenza	p. 221
4.3.5 L'evoluzione del diritto penale in senso non piramidale	p. 227
4.3.6 L'ambito di operatività temporale	p. 230

Conclusioni	p. 233
--------------------	--------

Bibliografia	p. 243
---------------------	--------

Introduzione

Del principio di legalità si è sempre parlato per denunciarne la crisi. Ciò non può meravigliare se si considera quanti e quali siano i soggetti, istituzionali e sociali, interessati a contestare la posizione delle assemblee nel sistema e i principi organizzativi che ne sono il corredo.

Attualmente tale contestazione pare, però, assumere aspetti radicali, che assieme al principio di legalità coinvolgono e travolgono necessariamente la prescrittività della riserva di legge e del principio di determinatezza, mettendo in discussione la garanzia delle libertà anche laddove essa appare indiscutibile.

Per comprendere tale fenomeno di crisi, il discorso deve prendere necessariamente le mosse dall'interpretazione della regola sancita all'art. 25, comma 2, della Costituzione e dalle questioni controverse connesse: dalle diatribe sulla natura assoluta o relativa della riserva, dal tema dell'utilizzabilità del decreto legge in materia penale, passando per le polemiche sull'uso della legislazione delegata, toccando la questione della potestà punitiva in capo alle Regioni. Ed è proprio una sentenza della Consulta su quest'ultimo argomento (n. 487/1989) a delineare con grande efficacia la natura assoluta della riserva come garanzia procedimentale espressiva della natura democratico-parlamentare del nostro ordinamento politico, garanzia che si esprime nel massimo grado nella materia penale per la particolarità della sanzione. Nella nostra formazione è sulla base di questa connotazione formale che si individua, o si dovrebbe individuare, il primo e insostituibile crisma di legittimazione del diritto penale.

Certamente in questo ha fortemente influito la congiuntura storica produttiva dell'esperienza costituente. Volendo lasciarsi alle spalle la vicenda dei regimi totalitari della prima parte del Novecento, il principio della riserva di legge è, infatti, al contempo il portato della cultura illuminista, che nella legge vedeva una garanzia di razionalità, e di quella di matrice liberale, che ergeva difese contro un potere assoluto ed arbitrario.

Oggi entrambe queste tradizioni appaiono insidiate dai nuovi contorni che va assumendo il diritto penale moderno, contorni che paiono riconducibili ai fenomeni di complessificazione della società, investita dalla rivoluzione tecnologica ed informatica, e ai processi di integrazione su scala europea ed internazionale. Sul punto, infatti, ovunque si concorda circa il nuovo assetto policentrico delle fonti e della pluralità degli ordinamenti, contrassegnato dall'intermittenza delle loro gerarchie che fanno pensare ad una rete giuridica, anziché alla classica piramide.

Diverse sono invece le valutazioni a proposito delle conseguenze, non tanto a proposito del rispetto formale della riserva o della sua capacità di tradurre in penale le regole democratiche, quanto riguardo alle possibili nuove attribuzioni di potere.

È infatti in questo scorcio temporale che cresce, dopo le timidezze che caratterizzarono i primi anni, l'intervento della Corte Costituzionale attraverso la sempre maggiore penetrazione dei controlli di ragionevolezza. Questo pone la questione della natura della Consulta e quindi della sussistenza di limiti ad una sua attività paralegislativa: è coinvolto evidentemente il tema della riserva, del collocarsi anche in termini orizzontali, e di conseguenza della legittimazione democratica della Corte.

Si è parlato, intorno a tale argomento, di un'esigenza di democrazia penale anche in un significato diverso da quello del consenso popolare rispetto alle scelte di criminalizzazione, ma di consenso informato, cioè realizzabile non solo mediante lo strumento formale del controllo delle minoranze parlamentari, ma anche attraverso la trasparenza delle informazioni, dei percorsi di elaborazione di dati e obiettivi che le decisioni del Parlamento attuano.

Si assiste altresì alla tumultuosa crescita d'importanza del formante giurisprudenziale e soprattutto all'evoluzione dell'integrazione europea che rende stringente la questione della vincolatività delle fonti sovranazionali di cui già agli artt. 10 e 11 Cost.

Il quadro tracciato esprime, dunque, una situazione di profondo mutamento delle radici storiche, politico, istituzionali che furono alla base dell'art. 25, comma 2, della Costituzione del 1948. Giunti a questo punto, pare naturale chiedersi in quale misura l'attuale democrazia penale, nel contesto sovranazionale e policentrico in cui opera, si può ancora rispecchiare nella fiducia nella legge formale come garanzia di democraticità e affidabilità politica dei contenuti delle leggi penali? Quali sono, in realtà, gli autori autorizzati alla produzione del diritto penale accanto al Parlamento e quali le fonti all'uopo legittimate? La legge è ancora generale, astratta e determinata o cede il passo ad interessi di carattere frammentario, tecnicistico, secondo un'organizzazione di tipo sovente casistico? Possono assumere rilevanza in ambito penale usi e costumi che paiono configgere con i nostri principi? E in che misura qualsiasi risposta a tali domande può prescindere da una revisione dell'assetto delle fonti che tenga conto delle evoluzioni storiche in atto? È riproponibile oggi un diritto penale alla Beccaria e alla Kelsen, un'esaltazione della legalità senza interpretazione e della gerarchia delle fonti?

In questo dibattito sulle metamorfosi che interessano il principio della riserva di legge, l'avanzata della cosiddetta *soft law* costituisce un aspetto tra i più controversi.

Con tale locuzione, traducibile in italiano alternativamente come diritto leggero o morbido o attenuato o soffice, si intende far riferimento ad un coacervo di atti accomunabili dall'assenza della forza cogente, caratteristica che sembrava costituire l'essenza della nozione di norma giuridica.

Nella difficoltà di fornire un'univoca definizione del fenomeno, gli studiosi hanno focalizzato i loro sforzi sulle funzioni, ma anche in tale ambito si registrano posizioni contrastanti: alcuni lo descrivono come alternativa all'utilizzo della *hard law*, qual è per definizione il diritto penale, ed in tale prospettiva ne discutono come di un portato dell'incalzante crisi del positivismo; altri evitano la contrapposizione tra *soft law* e *hard law*, ritenendole articolazioni interne ad un ordine a normatività graduata o relativizzata, considerato un prodotto tipico di quella crisi. Da ciò il nesso evidente tra l'avanzata della *soft law* e l'affermarsi della condizione postmoderna.

Al misurato ottimismo dei cultori delle discipline tradizionalmente avvezze a misurarsi con la crisi o l'inadeguatezza della mediazione statale, come il diritto sovranazionale e quello commerciale, fa riscontro un atteggiamento più prudente, se non addirittura diffidente, degli studiosi di materie i cui paradigmi scientifici sono fondati sulla centralità di quella mediazione.

È ciò che avviene nel campo del diritto penale dove gli studiosi sottolineano la netta contrapposizione tra il *soft law* e la loro disciplina, diritto *hard* per eccellenza, che nell'abbandono di tale caratteristica vede la violazione di canoni fondamentali, quali i principi della riserva di legge e di tassatività.

Scopo appunto della ricerca in esame è verificare se tale antinomia sia più virtuale che reale a causa dell'assunzione da parte del diritto penale di alcune caratteristiche considerate tipiche del *soft law*; ciò sembra, ad esempio, accadere con la flessibilità interpretativa tipica delle fasi emergenziali o con il ricorso a formule ampie in assenza di un accordo su principi e valori condivisi o ancora con l'emanazione di norme simboliche votate all'inapplicazione, senza parlare del numero sempre crescente dei soggetti e delle fonti legittimate ad intervenire in ambito penale.

CAP. 1 IL PRINCIPIO DI LEGALITA'

1.1 Il principio di legalità

Tra i principi fondamentali destinati a conformare il moderno diritto penale quello di legalità assume carattere di priorità logica.

Esso ha una genesi non strettamente penalistica, bensì squisitamente politica. La sua matrice risale al pensiero illuminista e si giustifica con l'esigenza di porre dei limiti alla potestà punitiva dello Stato a garanzia dei diritti dei cittadini.

In particolare, nelle opere di Montesquieu e di Beccaria, si rinvengono le radici dell'idea dello Stato delle leggi, cioè l'idea della legge come strumento di tutela della libertà del cittadino dagli arbitrii sia del potere giurisdizionale che di quello esecutivo: una garanzia avvertita con particolare forza nel diritto penale, stante la delicatezza dei beni in gioco.

È a partire dall'Illuminismo che, dunque, la materia delle fonti del diritto penale è dominata dal principio di legalità, intendendosi con esso il monopolio del potere legislativo nella scelta dei fatti da punire e delle relative sanzioni da applicare.

Va all'uopo precisato che, se il suo fondamento è unitariamente riconducibile alla garanzia dell'individuo, della sua libertà e dignità, di fronte ai rischi di strumentalizzazione insiti nel potere punitivo, il suo contenuto assume una fisionomia duplice. Da un lato, quale principio concernente le fonti legittimate alla produzione normativa penale; dall'altro come principio attinente all'accessibilità della norma penale da parte del cittadino.

Più nello specifico, quando si parla della legalità come garanzia attinente alle fonti, ci si riferisce a quei meccanismi che un ordinamento legittima quali luoghi e sistemi deputati alla formulazione della *regula iuris*. In definitiva, nei diversi assetti istituzionali, ci sono organi dotati di potere normativo che appaiono più di altri sensibili verso l'esigenza garantistica del diritto penale, cioè verso l'esigenza che il ricorso da parte dello Stato allo strumento penale non esasperi il rapporto tra potestà punitiva e reo.

Quanto alla legalità come accessibilità della norma penale alla conoscenza dei suoi destinatari, essa implica tutta una serie di requisiti e condizioni relativi tanto alla formulazione e alla predeterminazione che alla loro quantità e stabilità.

Nell'ordinamento italiano detto principio è stato sancito dapprima a livello di legge ordinaria, più precisamente agli artt. 1 e 199 c.p., che rispettivamente prevedono che "nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da esse stabilite", e che non "può essere sottoposto a misure di sicurezza che non siano espressamente stabilite dalla legge e fuori

dei casi dalla stessa preveduti”¹, nonché all’art. 14 delle preleggi, per poi venire costituzionalizzato nell’art. 25, comma 2, secondo cui “nessuno può essere punito se non in forza di una legge entrata in vigore prima del fatto commesso”.

L’aver sancito nella Carta fondamentale tale canone ha comportato un potenziamento della sua funzione garantistica sul piano delle fonti: invero, finché il principio di legalità si trovava enunciato in leggi ordinarie, com’è il codice penale, poteva essere sempre derogato dal legislatore; una volta sancito in Costituzione, esso invece è diventato vincolante per lo stesso legislatore, il quale, nel formulare le fattispecie incriminatrici, non può spogliarsi del suo monopolio, rinviando ad atti normativi emanati dal potere esecutivo. Sul piano della separazione dei poteri, esso ha evidenziato la centralità della scelta politica e della decisione del legislatore nello stabilire la punibilità o meno del fatto antisociale, a scapito di quello che è stato autorevolmente definito l’alambiccio della dogmatica². Ed invero, se è compito degli studiosi interrogarsi sulla natura del reato o impegnarsi nell’elaborazione degli elementi costitutivi dell’illecito penale, è affidato invece al legislatore stabilire ciò che è reato.

L’affermazione della primazia della legge ha segnato il passaggio dallo Stato assoluto allo Stato di diritto moderno, nel quale la volontà del popolo è sovrana e pone regole valide per tutti.

Il percorso storico verso la definizione del principio di legalità, come oggi concepito, è stato però assai irto.

Il diritto romano di età prerепublicana e repubblicana, fondandosi sulla casistica, rifiutava la codificazione e ammetteva il ricorso all’analogia sia per i delitti che per le pene, disconoscendo così il principio di legalità. Poi, se in età monarchica il diritto penale era amministrato dal re, con l’età repubblicana si è passati alla *iurisdictio* per investitura del magistrato, dotato di potere assoluto nella determinazione della pena, ma anche e soprattutto nell’incriminazione del fatto.

In epoca medievale si è perpetuato il ricorso all’analogia in materia di delitti e pene, riservando un ampio spettro di poteri al giudice. Un senso di ispirazione legalitaria ha pervaso l’età dei comuni, in cui il giudice doveva attenersi al rispetto degli statuti, pur essendo ancora riconosciuto il ricorso all’analogia. Tale indirizzo è stato stravolto in epoca

¹ Sul principio di legalità, tra i tanti, VASSALLI, voce *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1994, vol. III, p. 278; PALAZZO, voce *Legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1993, vol. VIII, p. 338; PALAZZO, *Riserva di legge e diritto penale moderno*, in *Studium iuris*, 1996, p. 276; GRASSO, *Il principio nullum crimen sine lege nella Costituzione italiana*, Milano, 1972; MARINI, voce *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Enc. dir.*, Milano, 1978, vol. XXVIII, p. 950.

² CORDERO, voce *Legalità penale*, in *Enc. giur. Trecc.*, Roma, 1990, vol. XVIII, p. 1.

rinascimentale, con la prevalenza dell'*imperium* assoluto del sovrano fino ai limiti della sopraffazione; unica eccezione era il diritto inglese, come sancito nella *Magna Charta*.

Le ideologie rivoluzionarie, angloamericane prima e francesi dopo, sono sfociate in due direzioni accolte dallo Stato moderno: i tribunali vengono sottoposti alla legge e gli intendenti del re vengono assoggettati alla legge.

La formula stessa del principio *nullum crimen nulla poena sine lege*, nonostante il costruito latino, è il frutto di un'interpretazione creativa di epoca illuminista. Sono gli studiosi illuministi, tutti protesi alla salvaguardia dei diritti di libertà del cittadino verso il re, a riflettere su di un postulato essenziale alla natura stessa del diritto³: non si può punire a posteriori una condotta che al momento del suo perpetrarsi non era penalmente sanzionata, per quanto eticamente disdicevole.

Tornando alla portata del principio di legalità, come sopra definito, si è osservato come esso esprima un concetto di tipo formale, comportando il divieto di punire un fatto non espressamente previsto dalla legge come reato nel momento in cui viene commesso e con pene dalla stessa non puntualmente definite: è l'esplicita previsione legislativa il solo dato a cui è consentito aver riguardo nel verificare la criminosità in ossequio al principio del *favor libertatis* dei cittadini.

Corollari del principio in esame sono il principio della riserva di legge, in forza del quale il monopolio della criminalizzazione spetta al solo potere legislativo statale; il principio di irretroattività, secondo cui la legge penale non ha valore che per l'avvenire e non può applicarsi a fatti anteriori alla sua entrata in vigore; quello di tassatività, in base al quale la proposizione normativa generale ed astratta in materia penale deve rispondere ai requisiti di chiarezza, precisione e comprensività; infine, quello di divieto di analogia, che impedisce al giudice di sussumere nell'ambito di operatività di una data disposizione un caso non previsto, sulla scorta di un ritenuto rapporto di similitudine con quello espressamente contemplato.

Al descritto impianto formale si contrappone l'impostazione sostanziale, in forza della quale vanno considerati reati, al di là della espressa previsione di legge, i fatti socialmente pericolosi, da punire, quindi, con pene adeguate allo scopo. Consentendo di punire il fatto antisociale anche se non previsto da una puntuale norma penale, il principio di legalità sostanziale garantisce, senza dubbio, una più efficace difesa sociale, oltre che un più agevole adeguamento della normativa penale al divenire della realtà sociale. Il principio di legalità formale, al contrario, precludendo la punibilità di condotte non previste

³ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 1984, libro VI, p. 129; FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, rist. 1986, p. 20.

espressamente come reato, può talvolta di fatto agevolare coloro che riescono a sfruttare le lacune e le imperfezioni delle norme incriminatrici, ponendo in essere azioni sì riprovevoli ed offensive, ma non inquadrabili in alcuna fattispecie; al contempo, può però comportare la punizione di condotte, previste sì come reato, ma di cui la coscienza sociale non coglie più l'offensività.

Trattasi questi di inconvenienti superabili mediante la concezione sostanziale della legalità, se non che anch'essa, in quanto fondata su fattori *extra* legali che si connotano per l'estrema labilità dei confini, viene ad incidere in modo inaccettabile sulla certezza del diritto, innescando il rischio di arbitrii in sede applicativa e finendo per stravolgere la stessa *ratio* alla base della legalità.

Ciò spiega l'irrinunciabilità del principio *nullum crimen sine lege* attesa, da un lato, l'ineludibile funzione di garanzia della libertà individuale, dall'altro, la sua attitudine ad arginare l'eccessiva discrezionalità dei poteri esecutivo e giudiziario.

In quest'ottica, una lettura sistematica delle disposizioni costituzionali idonee a sortire un effetto di conformazione del sistema penale induce a ritenere, infatti, che la Costituzione accolga una concezione del reato al contempo formale e sostanziale: così l'art. 13 Cost., a tutela della libertà personale, implica che una sanzione penale possa essere irrogata solo come reazione ad una condotta offensiva di beni costituzionalmente rilevanti; l'art. 25 co. 2 Cost. che, nel parlare di "fatto", sottende la necessità di una necessaria materialità del reato; l'art. 27 Cost. che richiede che la condotta, oltre ad essere qualificata come reato, debba essere anche conforme alla Carta fondamentale.

Una concezione quindi mista che se, per un verso, può dirsi formale, come attesta la definizione costituzionale, è però anche sostanziale, considerato l'obbligo imposto al legislatore di conformarsi, in sede di incriminazione, ai vincoli costituzionali quanto a peculiarità strutturali della fattispecie e rango dei beni da salvaguardare. Deve, più nel dettaglio, trattarsi di un fatto che, oltre ad essere previsto come reato e valere solo per l'avvenire in forma tassativa, deve rispettare pure i principi di materialità e offensività.

1.2 Il principio della riserva di legge

Le fonti nel diritto penale trovano la loro sede naturale nel vasto dominio della legalità, alla quale spetta la palma di principio fondante delle garanzie individuali negli ordinamenti moderni. È la legalità, infatti, che, come visto, coagula in sé l'intera costellazione cui si riconduce la previsione scritta della norma penale, presupposto indefettibile della

punibilità, ciò che, insieme all'irretroattività della norma punitiva, esclude ad un tempo sia il ruolo costitutivo della consuetudine, sia la partecipazione creativa del giudice nel momento applicativo⁴.

Fare il punto sulle fonti nel nostro sistema richiede di concentrarsi sull'evoluzione che nel diritto vivente ha subito negli anni il principio della riserva di legge, espressione con cui si sottolinea non tanto il principio di legalità, quanto un suo particolare profilo: la necessità che la norma penale sia non soltanto scritta e previamente definita, caratteristica sufficiente ai fini della legalità strettamente intesa, ma lo sia da una fonte di produzione di speciale rango⁵.

Naturalmente la riserva di legge, se intesa in generale, ha confini ben più ampi. In una prospettiva costituzionale, ma prima ancora storica, tocca agli apici la mitizzazione illuministica della legge, la funzione della legge come atto di sovranità, la crisi della legge, i problemi della rappresentanza, i poteri della maggioranza, della democrazia. Il dibattito su alcune di queste questioni, seppure mai sopito, può dirsi sufficientemente stabilizzato⁶, tra cui la natura assoluta o relativa della riserva nonché lo spazio concretamente lasciato all'esecutivo nella creazione dei reati.

In tale sede ci si occupa della sola legge come fonte di norme penali. Però, prima di affrontare la tematica, pare opportuno ribadire come essa rappresenti il precipitato più immediato della legalità, esprimendo il divieto di punire un determinato fatto in assenza di una legge che lo configuri come reato e ne preveda la relativa sanzione, come espresso dal celebre brocardo *nullum crimen, nulla poena sine lege poenali scripta*⁷; in altri termini, essa tende a sottrarre la competenza in materia penale all'esecutivo.

Il principio *de quo* si ricava dall'art. 25, comma 2, Cost., a tenore del quale "nessuno può essere punito se non in forza di una legge entrata in vigore prima del fatto commesso" e, a livello di legge ordinaria, dall'art. 1 c.p., secondo cui "nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto dalla legge come reato, né con pene che non siano da esse stabilite".

La riserva di legge comporta un duplice ordine di conseguenze: dal punto di vista negativo, essa esclude le fonti gerarchicamente subordinate alla legge, e, da quello

⁴ Per un inquadramento generale dei problemi, si rinvia a ROMANO, sub art. 1, in *Commentario sistematico al codice penale*, Milano, 2004, p. 30; MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2006, p. 6.

⁵ Non implicherebbe la riserva di legge la legalità per ROMANO, *Complessità delle fonti e sistema penale. Leggi regionali, ordinamento comunitario, Corte Costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 538.

⁶ VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, p. 29.

⁷ MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2001, p. 42.

positivo, essa obbliga il legislatore a disciplinare con precisione la materia riservata, in modo da limitare gli spazi di discrezionalità degli organi giurisdizionali e amministrativi⁸.

Quanto alla prima delle indicate proiezioni applicative del principio, si discute circa la natura formale o materiale della riserva, ancorchè la prassi sia orientata nel senso di includere tra le fonti del diritto penale non solo le leggi emanate dal Parlamento, ma anche gli atti ad esse equiparati del Governo⁹.

A favore della riserva di legge formale milita l'esigenza che le pesanti limitazioni dei diritti di libertà siano frutto di scelte compiute nel confronto dialettico tipico dell'attività del Parlamento, espressione dell'intera collettività, e non della sola maggioranza di Governo.

La funzione precipua della riserva di legge si concreta, infatti, nel garantire la libertà del singolo attraverso il riconoscimento di un monopolio legislativo nelle scelte di politica criminale. Il sottolineato fondamento politico impone, quindi, al legislatore di astenersi da qualsiasi rinvio, esplicito o implicito, che comporti l'attribuzione alla fonte secondaria di scelte incriminatrici. Queste sono valutazioni riservate alle Camere, istituzioni che meglio di tutte esprimono la volontà popolare, attraverso la dialettica tra maggioranza e minoranza garantita dallo stesso processo di formazione delle leggi.

In altre parole, il principio in esame, più che un'esigenza di mera certezza del diritto, esprime un'esigenza garantista, sia formale che sostanziale, sottraendo la competenza in materia penale tanto al potere esecutivo che a quello giudiziario¹⁰. Infatti, è fondato presumere che l'organo rappresentativo della volontà popolare ricorra alla coercizione penale soltanto in vista della tutela di interessi rilevanti della collettività e la cui protezione valga, dunque, il sacrificio della libertà penale connesso all'inflizione della pena.

Diverse sono le problematiche che ruotano attorno al corollario e che possono essere raggruppate in tre principali categorie a seconda che riguardino la fonte, la *ratio* e l'ambito della riserva; la tipologia delle fonti autorizzate a provvedere in materia penale e di quelle invece escluse; la natura assoluta o relativa della riserva, con il connesso problema dell'ammissibilità di fonti di rango e natura diverse in funzione integrativa.

⁸ CARLASSARE, voce *Legge (riserva di)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1990, vol. XVIII, p. 7; ZAGREBELSKY, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, 1984, p. 54.

⁹ Un affresco di questo processo in ambito penale è offerto da SGUBBI, *Il diritto penale incerto ed efficace*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 1193; FIANDACA, *Pensare ed ordinare il molteplice*, in ANASTASIA-PALMA, *La bilancia e la misura*, Milano, 2001, p. 171; In tema di riserva di legge e diritto penale si veda AMATO, *Riserva di legge e libertà personale in una sentenza che restaura l'art. 25*, in *Giur. cost.*, 1966, p. 262; DI GIOVINE, *Introduzione allo studio della riserva di legge nell'ordinamento italiano*, 1969; PIERGALLINI, *La potestà penale delle regioni oggi: approfondimenti, reticenze e suggestioni di una recente sentenza costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 1574; MUSCO, *Sistema penale e legge regionale*, in *Giur. cost.*, 1990, p. 838.

¹⁰ DELITALA, *Cesare Beccaria e il problema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964, p. 968; GALLO, *La legge penale*, Torino, 1967, p. 22.

Tralasciando quest'ultima annosa problematica, per ciò che concerne la fonte del principio della riserva di legge, essa è da ravvisare, come detto in apertura, nell'art. 25, comma 2 Cost., con l'ovvia conseguenza che il principio oggi costituisce un'eterolimitazione per il legislatore ordinario, a differenza di quanto si verificava anteriormente alla Costituzione, in virtù degli artt. 1 e 199 c.p., che, pur contenenti analogo principio, non godono del rango costituzionale.

Per quanto riguarda la *ratio* della riserva di legge, tramontata l'idea che sia individuabile nell'esigenza di certezza del diritto penale¹¹, l'opinione pressoché unanime è nel senso che la riserva di legge realizzi più che altro un'esigenza di garanzia dei sommi beni della libertà e della dignità personale limitati alla sanzione penale.¹²

Nell'attuale momento storico, soltanto il procedimento legislativo, pur con le sue inevitabili imperfezioni, sembra uno strumento adeguato a salvaguardare il bene della libertà personale¹³.

Tuttavia, anche la sua *ratio* garantistica deve essere precisata rispetto all'originaria derivazione illuministica¹⁴. In effetti, la garanzia della libertà e della dignità personale non è in *re ipsa*, nella natura legislativa della fonte penale; più precisamente la riserva di legge non è in grado di fornire una garanzia contenutistica, ma solamente una garanzia procedimentale della legge, articolabile in tre diversi profili¹⁵.

In primo luogo, essa assicura un controllo da parte dell'opinione pubblica sull'*iter* di formazione della normativa penale, in quanto la sede parlamentare è pubblica per definizione.

In secondo luogo, la sede parlamentare è quella in cui anche le minoranze hanno la possibilità di farsi sentire e di concorrere nella produzione legislativa, nei limiti fissati dalle procedure parlamentari. L'*iter* formativo della legge, poi, oltre a consentire il controllo delle minoranze, è scandito da ritmi tali da permettere valutazioni ponderate ed adeguate alla delicatezza dell'oggetto dell'intervento penale.

In terzo luogo, la natura legislativa dell'atto di produzione del diritto penale ne consente il controllo da parte della Corte Costituzionale.

¹¹ SINISCALCO, *Ratio di certezza e ratio di garanzia nella riserva di legge dell'art. 25/2 Cost.*, in *Giur. cost.*, 1969, p. 992; PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 1990, p. 17.

¹² Così GALLO, *Appunti di diritto penale*, Torino, 1965, p. 21; MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 1993, p. 80.

¹³ NUVOLONE, *Il diritto punitivo nella nuova legislazione italiana*, in *Leg. pen.*, 1982, p. 79.

¹⁴ BRICOLA, *Legalità e crisi: l'art. 25, 2 e 3 co., della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70*, in *Quest. cost.*, 1980, p. 179.

¹⁵ PALAZZO, voce *Legge penale*, cit., p. 340.

Orbene, mentre i primi due controlli sono espressione del principio democratico, l'ultimo è manifestazione di una garanzia in ultima istanza caratteristica del nostro sistema costituzionale. In definitiva, se i primi due controlli tendono ad evitare che il principio democratico si risolva nel principio di maggioranza e quindi tendono ad evitare arbitrii delle forze politiche vittoriose alle elezioni, senza potere però assicurare né l'effettività della salvaguardia né la demarcazione tra contenuti legislativi arbitrari e non, il controllo di costituzionalità tende ad assicurare che lo stesso contenuto della legge non contrasti coi parametri costituzionali.

1.2.1 Le fonti autorizzate dalla riserva di legge: i decreti legge e decreti legislativi delegati

Il secondo ordine di problematiche connesso al principio della riserva di legge attiene, come anticipato, alla tipologia di fonti abilitate a fondare, modificare, escludere o estinguere l'applicazione della sanzione criminale: proprio tale tematica costituisce l'imprescindibile punto di partenza della presente ricerca.

Alla luce di quanto sopra esposto, assolutamente pacifica è naturalmente la possibilità di produrre norme penali da parte della Costituzione e delle leggi costituzionali, tanto più se si considera che queste ultime sono emanate in seguito ad un procedimento complesso che vede rafforzato il controllo politico delle minoranze.

È altresì evidente che il concetto di riserva di legge rinvia immediatamente alla legge in senso formale, cioè all'atto normativo emanato dal Parlamento ai sensi degli artt. 70-74 Cost. Sorge spontaneo allora chiedersi se siano ammissibili come fonti del diritto penale anche le leggi in senso materiale, ossia i decreti legge e i decreti legislativi delegati; l'interrogativo non è di poco conto ove solo si noti il largo uso, o forse abuso, di tali atti nel moderno diritto punitivo.

La dottrina prevalente ricomprende nel concetto di legge di cui all'art. 25, comma 2, Cost. anche il decreto legge e il decreto legislativo delegato, fondando la sua tesi, anzitutto, su un argomento giuridico formale che evidenzia come lo stesso ordinamento costituzionale riconosca a tali atti normativi efficacia pari a quella delle leggi ordinarie; dal che si deduce la loro rilevanza anche in ambito penale.

Si osserva, ancora, che in entrambe le ipotesi è assicurato il controllo del Parlamento: successivo nel caso del decreto legge, dovendo esso, ai sensi dell'art. 77, comma 3 Cost., essere convertito in legge entro sessanta giorni dalla sua pubblicazione; preventivo nel

caso del decreto legislativo delegato, che deve essere preceduto da una legge delega che deve fissare i principi e i criteri direttivi, in base all'art. 76 Cost., a cui il Governo dovrà attenersi.

Da ultimo, si evidenzia che a favore della qualità di fonte penale di questi due tipi di decreti deporrebbe, a differenza di quanto avviene per i regolamenti governativi, il controllo di costituzionalità previsto su di essi, sia sotto il profilo della precisione dei criteri dettati dalla legge delega, sia sotto il profilo del rispetto della legge delega da parte dell'esecutivo, sia infine sotto l'aspetto della conformità ai principi costituzionali.

Nel senso della legittimità del ricorso alla legislazione delegata per introdurre nuove norme incriminatrici si è più volte espressa la Corte Costituzionale, sulla base dell'equiparazione, ai fini dell'art. 25 Cost., tra legge e atto avente forza di legge¹⁶. La Suprema Corte, tuttavia, ha precisato che quando la delega interviene in materia penale vi è l'obbligo, a carico del legislatore delegante, di definire l'oggetto della delega e di indicare principi e criteri direttivi con particolare precisione, onde evitare che il Governo delegato sia libero di effettuare qualsiasi scelta.

La descritta tesi dominante viene, tuttavia, criticata da autorevole dottrina, che ritiene poco compatibile tali atti aventi forza di legge con la *ratio* sottesa alla riserva di legge¹⁷.

Quanto al decreto legislativo si sostiene che, se non c'è dubbio che nell'attuale momento storico esso rappresenti l'unico strumento capace di consentire la realizzazione delle riforme di consistenti corpi normativi, allo stesso tempo il meccanismo della delega ad esso sotteso è in realtà quello più lontano dallo spirito della riserva¹⁸. Questo perché il decreto legislativo sembra porsi con la legge delega all'incirca nello stesso rapporto in cui le fonti secondarie si pongono nei confronti di una legge che si limiti a configurare il precetto, rinviando per la sua concretizzazione a fonti subordinate. Allora, se il limite all'intervento della fonte dell'esecutivo è rinvenuto, nel rapporto legge-regolamento, nell'integrazione in chiave tecnica del precetto, non si capisce perché analogo limite non debba valere nel rapporto legge-decreto legislativo. Né il discrimine può essere fatto poggiare sul fatto che solo il decreto è sottoposto al vaglio di legittimità della Corte Costituzionale, potendo il regolamento che contrasti con la Costituzione essere

¹⁶ Corte Cost., sent. n. 26/1996; n. 113/1972; n. 282/1990.

¹⁷ BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Nss. Dig. it.*, Torino, 1973, vol. XIX, p. 7; INSOLERA-MAZZACUVA-PAVARINI-ZANOTTI, *Introduzione al sistema penale*, Torino, 1997, p. 117.

¹⁸ Giova osservare che, specie negli ultimi anni, la delegazione legislativa ha trovato sempre più spazio, fino a diventare il principale strumento di introduzione di norme incriminatrici di carattere spiccatamente tecnico e specialistico. Basti citare la legge 25 giugno 1999, n. 205, recante la delega al Governo per la depenalizzazione dei reati minori e modifiche al sistema penale e tributario. Ancora più recente è la delega attribuita con l. 3 ottobre 2001, n. 361 al fine di riformare il diritto societario.

direttamente disapplicato dallo stesso giudice penale. Il regolamento è dunque soggetto ad un controllo di legittimità di tipo diffuso, assai più penetrante di quello accentrato previsto per la legge e per gli atti ad essa equiparati.

Con riferimento al decreto legge¹⁹, le garanzie sottese al principio di legalità sarebbero ancora di più attenuate: non solo il controllo delle minoranze è di fatto sconosciuto per tutto il tempo necessario alla conversione da parte delle Camere, ma le stesse ragioni di necessità ed urgenza che sono poste alla base cozzano con quelle esigenze di ponderazione che non possono essere eluse in sede di criminalizzazione. Infatti, per un verso, il decreto legge si presta assai bene, come l'esperienza conferma, ad un impiego del diritto penale talvolta emotivo e strumentale, causa di degenerazione del sistema. Per altro verso, il decreto legge trova la sua piena giustificazione e la sua massima utilità quando interviene su materie rispetto alle quali l'atto legislativo è in grado di produrre immediatamente effetti rilevanti rispetto alle esigenze di necessità e urgenza: così, ad esempio, l'imposizione di un contributo o la proroga di un termine. Per contro, la norma penale si propone di ottenere un determinato comportamento dei consociati, realizzando per tal via una conformità sociale più o meno ampia, ma comunque proiettata in archi temporali non determinabili a priori.

Né una garanzia sufficiente è rappresentata dalla circostanza che il decreto legge non convertito perde efficacia retroattivamente, non potendosi escludere che, nei sessanta giorni in cui conserva provvisoria efficacia in attesa della conversione, il decreto contenente nuove norme incriminatrici produca degli effetti irreversibili sulla libertà personale dei cittadini.

1.2.2 Le leggi regionali

La dottrina e la giurisprudenza si sono poi interrogate sulla possibilità di includere nel novero delle fonti del diritto penale anche le leggi regionali.

Il problema si è presentato sin dai suoi esordi di una certa complessità, per poi assestarsi nel senso della loro incompatibilità rispetto alla *ratio* sottesa al principio della riserva di legge²⁰, anche se con argomenti, per la verità, non insormontabili.

¹⁹ Fra i molti casi di fattispecie introdotte mediante decreto legge, basti qui citare il d.l. n. 59/78 in tema di sequestro di persona a scopo di estorsione, terrorismo o eversione e il d.l. n. 306/92 che ha introdotto il delitto di false informazioni al pubblico ministero *ex* 371 *bis* c.p.

²⁰ In argomento, VINCIGUERRA, *Le leggi penali regionali*, Milano, 1974; BRICOLA, *Legalità e crisi: l'art. 25 Cost. commi 2 e 3 della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70*, in *Quest. crim.*, 1980, p. 204;

Come noto, anteriormente alla riforma del 2001, l'art. 117 Cost. non menzionava la materia penale. In assenza di specifiche attribuzioni, il monopolio punitivo statale era stato, dunque, variamente sostenuto dalla giurisprudenza e da una parte della dottrina²¹ facendo leva sulla *ratio* sottesa all'art. 25 Cost.; dalla presa d'atto che le scelte di politica criminale sono riservate al monopolio del Parlamento, l'unico abilitato ad esprimere la volontà del popolo sovrano, le ragioni contrarie alla competenza penale regionale sono risultate allora molteplici.

Innanzitutto, era apparsa palese la circostanza che le singole assemblee regionali non godono di un siffatto margine di rappresentatività, avendo instaurato un rapporto fiduciario solo con gli elettori della rispettiva Regione. Pertanto, laddove si fosse riconosciuta la potestà legislativa penale in capo al Consiglio regionale, ciò avrebbe comportato l'aberrante conseguenza dell'applicabilità della suddetta disposizione incriminatrice anche nei confronti di cittadini di altre Regioni, sebbene emanata da un organo privo di rappresentanza nei loro confronti²².

Secondariamente, si reputava da non sottovalutare il dato testuale, potendosi ricavare l'esclusione della potestà punitiva regionale da una lettura congiunta dei commi 1 e 2 dell'art. 25 Cost. Infatti, se le due disposizioni concorrono a formare le garanzie fondamentali, una processuale e l'altra sostanziale, dell'unitario sistema di giustizia penale, e se la garanzia giurisdizionale non può che essere di carattere statale, alla stessa conclusione si deve pervenire anche per la garanzia della legalità e dunque della riserva di legge.

In terzo luogo, si era evidenziato come la riconducibilità delle leggi regionali nell'alveo delle fonti del diritto avrebbe violato anche altri principi costituzionali, quali quelli espressi agli artt. 3²³ e 5 Cost.²⁴. Invero, trovando la riserva della potestà punitiva in capo al Parlamento la sua giustificazione nell'importanza fondamentale dei beni coinvolti, nell'ipotesi in cui si fosse ammessa una competenza regionale in materia si sarebbe leso in primo luogo l'uniformità del trattamento normativo, inevitabilmente compromesso dal qualificare uno stesso fatto in una Regione come reato ed in un'altra come condotta del

PIERGALLINI, *Norma penale e leggi regionali: la costruzione del tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 457; MARINUCCI-DOLCINI (a cura di), *Sulla potestà punitiva dello Stato e delle Regioni*, Milano, 1994.

²¹ Per le un'ampia trattazione delle argomentazioni a favore dell'incompetenza penale regionale, si rinvia a PIERGALLINI, *Norma penale e leggi regionali: la costituzione del tipo*, in DOLCINI-PADOVANI-PALAZZO (a cura di), *Sulla potestà punitiva dello Stato e delle Regioni*, 1994, p. 113.

²² PIERGALLINI, *La potestà penale delle regioni oggi: approfondimento, reticenze e suggestioni in una recente sentenza della Corte Costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 1574.

²³ Su tale aspetto in connessione all'art. 25, co. 2 Cost., fa soprattutto perno VINCIGUERRA, *Le leggi penali regionali*, cit., p. 39.

²⁴ In particolare DE FRANCO, *La potestà legislativa dello Stato e la potestà penale delle Regioni di fronte alla riserva di legge in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964, p. 753.

tutto lecita²⁵; in secondo luogo si sarebbe eluso il *dictum* dell'art. 5 Cost., in quanto l'unità politica e la indivisibilità dello Stato, di cui il diritto penale è una delle componenti essenziali, sarebbero risultate sostanzialmente vanificate.

In quarto luogo, si era rimarcato l'eventuale violazione tanto del principio di precostituzione per legge statale del giudice naturale²⁶, quanto del divieto per le Regioni di adottare provvedimenti tali da ostacolare in qualsiasi modo la libera circolazione delle persone tra le Regioni (art. 120 Cost.)²⁷.

In via ulteriore, si era rilevato che, laddove il Costituente aveva voluto derogare a siffatto principio, l'aveva fatto esplicitamente con un'apposita disposizione. Il riferimento andava alla legge costituzionale del 10 novembre 1971 n. 1 che, modificando lo Statuto della regione Trentino Alto Adige, aveva introdotto l'art. 23, secondo il quale la Regione e le Province autonome di Trento e Bolzano possono utilizzare, a presidio delle norme contenute nelle rispettive leggi, le sanzioni penali che le leggi statali stabiliscono per le stesse fattispecie. Sul punto, peraltro, si era osservato come detta potestà punitiva soggiacesse a limiti stringenti, potendo le leggi regionali e provinciali, nell'ambito delle materie di loro competenza, prevedere la comminazione di un determinato trattamento sanzionatorio solo con riferimento a fattispecie già previste dalla legge dello Stato come fatti di reato.

A tali argomenti altra dottrina ne opponeva di differenti²⁸.

In primo luogo, non si riscontrava una lesione del principio di uguaglianza ove si fosse trattato di disciplinare realtà regionali differenziate.

In secondo luogo, l'unità dell'ordinamento non sembrava incompatibile con la competenza regionale, posto che lo stesso art. 5 Cost. riconosce e promuove le autonomie locali e che comunque ciò non avrebbe minato l'unità dell'ordinamento.

In terzo luogo, non era parso ostativo il richiamo all'art. 25 Cost., vuoi perché, in relazione al comma 1, la legge regionale era considerata tendenzialmente equiordinata alla statale, vuoi perché il parallelo con il comma 2, cioè con il principio della precostituzione per legge del giudice naturale, pareva inconferente.

In quarto luogo, si reputava che il divieto posto dall'art. 120 Cost. fosse orientato nella prospettiva di vietare vincoli di carattere generale concernenti la libertà di transito e di commercio e non fosse, pertanto, invocabile in materia penale.

²⁵ LATTANZI-LUPO (a cura di), *Della legge penale. Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, Milano, 2000, p. 14.

²⁶ BRICOLA, *Principio di legalità e potestà normativa penale delle Regioni*, in *Scuola pos.*, 1963, p. 630.

²⁷ PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 1998, p. 46.

²⁸ Tra i tanti, BRICOLA, *Principio di legalità*, cit., p. 241; PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 1999, p. 24.

Da ultimo, ma non certo per importanza, in omaggio ad un'interpretazione strettamente letterale dell'art. 25, co. 2, Cost., si riteneva che ben può la legge regionale creare, in tutto o in parte, norme incriminatrici, in quanto, attesa la generalità con cui viene impiegato il termine legge, quest'ultima sarebbe di per sé idonea a ricomprendere anche la legislazione regionale²⁹.

Accanto a queste posizioni antitetiche, si collocavano poi due tesi più sofisticate, le quali negavano la competenza penale delle Regioni sulla base di argomenti più ampi e di sistema.

La prima, elaborata dalla Corte Costituzionale nella famosa sentenza n. 487/1989, si fondava sulla "mancanza, in capo alle Regioni, di una visione generale dei bisogni e delle necessità di un'intera società"³⁰, senza considerare che il ramo penale era posto, e si pone, a protezione anche di interessi di competenza concorrente o esclusiva delle Regioni: si pensi all'urbanistica, alla caccia e alla pesca. Nella lettura costituzionale, il diritto penale tagliava tutte le materie trasversalmente, a prescindere dall'oggetto su cui cadeva; come dire che le esigenze di uguaglianza nella restrizione della libertà costituzionale, di competenza statale ex artt. 13 e 14 Cost., prevalevano su quelle di differenziazione territoriale funzionali alla tutela di determinati interessi regionali.

Una seconda impostazione rimarcava l'assenza di legittimazione democratica del Consiglio regionale nei confronti del cittadino non residente nella Regione, che lì avesse commesso l'illecito penale di fonte regionale³¹. Questa tesi si era prestata a critiche sotto l'aspetto della legittimazione, tanto passiva che attiva³². Quanto al primo aspetto, non era sembrato che l'ipotetico destinatario della norma penale posta da una Regione diversa da quella di residenza potesse lamentare di non aver potuto concorrere, col suo voto, alla formazione di quella legge: se tale criterio fosse valido lo straniero non sarebbe mai punibile per i reati commessi nel territorio italiano³³. Quanto alla paventata carenza di legittimazione democratica del Consiglio regionale, si era opposto quanto previsto dall'art. 23 dello Statuto speciale del Trentino Alto Adige che rendeva evidente come la potestà

²⁹ BARBIERI, sub art. 1, in DOLCINI-MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, vol. I, p. 25.

³⁰ Corte Cost., sent. n. 487/1989, rel. Dell'Andro, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 1562, con nota di PIERGALLINI.

³¹ PIERGALLINI, *Norma penale*, cit., p. 119.

³² RUGA RIVA, *Diritto penale e leggi regionali dopo la riforma del titolo V Cost.: esiste ancora il monopolio punitivo statale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 651.

³³ Nel nostro ordinamento, infatti, vige il principio della territorialità (artt. 3 e 6 c.p.), secondo cui possono punirsi tutti coloro che commettono un reato sul suolo nazionale. Sul punto MEZZETTI, *I limiti spaziali della legge penale*, in RONCO, *La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone*, Bologna, 2006, p. 283.

punitiva regionale, per quanto condizionata dalle scelte statali di incriminazione, possa coesistere con queste all'interno di uno Stato unitario³⁴.

In conclusione, nonostante, come visto, le argomentazioni a sostegno dell'incompetenza regionale penale, non fossero insuperabili, in un sistema costituzionale orientato a dare prevalenza alle competenze statali e all'interesse nazionale, il silenzio dell'art. 117 Cost. sulla competenza penale finiva inevitabilmente per deporre contro l'intervento del legislatore regionale, anche in via mediata.³⁵

Su questo stato delle cose è andata ad incidere la novella costituzionale del 2001 che, nel riformare le competenze legislative, ha rovesciato l'originario criterio di riparto, attribuendo espressamente al legislatore statale penale la materia dell'ordinamento penale (art. 117, co. 2, lett. I, Cost.³⁶).

Se a prima vista l'attribuzione della potestà legislativa penale in capo allo Stato sembra deporre a favore dell'impostazione maggioritaria pre-riforma, l'ambiguità della locuzione "ordinamento penale", unitamente all'accrescimento delle competenze regionali e al venir meno del limite dell'interesse nazionale, hanno fatto sorgere dubbi in senso contrario.

³⁴ Art. 23 Statuto della Regione Trentino Alto Adige, come novellato dall'art. 15 l. cost. n. 1/1971: "La Regione e le Province utilizzano, a presidio delle norme contenute nelle rispettive leggi, le sanzioni penali che le leggi dello Stato stabiliscono per le stesse fattispecie". Relativamente a tale competenza penale regionale si è pronunciata per la prima volta la Corte Costituzionale nel 2008, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 390, con nota di RUGA RIVA, *La competenza penale del Trentino Alto Adige (art. 23 St.) al vaglio della Corte Costituzionale: un'occasione perduta?*, che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 22 l. prov. Bolzano n. 10/2007, in materia di caccia, perché avrebbe preteso di determinare specificamente e autonomamente le fattispecie penali cui sono collegate le pene previste dalla legge venatoria statale. In particolare, tale legge regionale non si sarebbe limitata ad utilizzare le sanzioni penali stabilite dalla legge statale n. 157/1992 per fattispecie coincidenti, ma avrebbe esercitato una vera potestà legislativa penale in violazione dell'art. 117, co. 2., lett. I), Cost. La tesi sostenuta dalla Corte di legittimità è stata ritenuta insoddisfacente perché incapace di attribuire spazio applicativo all'art. 23 detto: se la fattispecie regionale è coincidente con quella statale la disposizione locale che la assiste con sanzione penale non serve a nulla, sarebbe meramente simbolica; se invece essa diverge da quella statale, la sanzione penale *sub* statale sarà sempre illegittima. Preferibile è allora parso dare un contenuto all'art. 23, nel senso che esso facoltizza regioni e province autonome a creare fattispecie penali costruite sulla falsariga di quelle statali, ma adattandole alle peculiarità locali e munendole delle identiche sanzioni penali previste dalla legge statale. In quest'ottica, ad un primo sguardo, ad eccezione di due ipotesi, si rileva che il legislatore bolzanino ha ricalcato i precetti penali statali e le relative sanzioni nella maggior parte dei casi alla lettera, in altri apportando adattamenti minimi connessi alle peculiarità locali.

³⁵ Corte cost. n. 234/1995, in *Giur. Cost.*, 1995, p. 1720; Corte Cost., n. 117/1991, in *Giur. Cost.*, 1991, p. 1203.

³⁶ Giova rammentare che la previgente disposizione, nel ripartire la competenza tra Stato e Regioni, enumerava espressamente le sole materie di competenza regionale, lasciando quelle residue in campo allo Stato; la materia penale non appariva tra quelle riservate alle Regioni. Tuttavia, già all'epoca una parte della dottrina sottolineava che tale ricostruzione, sebbene aderente al testo costituzionale, non fosse esaustiva, in quanto l'omessa indicazione nel vecchio art. 117 Cost. avrebbe fatto riferimento all'inesistenza di una materia penale e non anche al diritto penale che si caratterizza non per i beni tutelati ma per il modo di disciplina. Questi dubbi interpretativi sono stati definitivamente fugati con l'avvento della detta riforma del titolo V della Costituzione che, nella tripartizione tra materie di competenza esclusiva statale, materie concorrenti e materie residuali di competenza regionale, ha riservato espressamente allo Stato la materia penale.

Secondo taluno, con la formula “ordinamento penale” il legislatore ha voluto mantenere in capo allo Stato le scelte per ciò che concerne la sistematica dei reati e delle pene e ha demandato alle Regioni, almeno nelle materie di loro competenza, quelle valutazioni prima vietate (ad esempio, in tema di elementi esterni alla fattispecie e cause di estinzione del reato), ma comunque in grado di modificarne l’ampiezza³⁷.

Secondo altri, con essa si è inteso legittimare la facoltà per le Regioni di intervenire con la sanzione penale a tutela di beni compresi nel proprio territorio regionale³⁸.

In posizione avversa alle citate tesi più o meno “aperturiste” non sono mancate quelle teorie volte a sottolineare la continuità col passato³⁹, sulla base dell’assunto per cui il legislatore della revisione costituzionale altro non avrebbe fatto se non codificato un limite fino ad allora implicito. Su questa linea si è posta la giurisprudenza costituzionale successiva alla riforma⁴⁰, la quale ha definito l’ordinamento penale come sistema normativo riguardante il diritto sostanziale⁴¹. D’altro canto l’art. 116 co 3. Cost. prevede espressamente che le Regioni possano guadagnare competenza in relazione alle materie indicate dell’art. 117, co. 2, lett. I, Cost., ma limitatamente all’organizzazione delle giustizia di pace e non, quindi, in relazione al diritto penale sostanziale e neanche processuale⁴².

Oltre ad affermare senza dubbi la competenza esclusiva statale in materia, la giurisprudenza di legittimità si è spinta oltre, ribadendo più volte come la materia penale, intesa come insieme di beni e valori a cui viene accordata la tutela più intensa, non è determinabile a priori, ma è una materia trasversale. Infatti, essa nasce nel momento in cui il legislatore nazionale pone norme incriminatrici e ciò può avvenire in qualsiasi settore, a prescindere che esso sia attribuito alla competenza del legislatore regionale o statale. Si tratta, per definizione, di una competenza strumentale, potenzialmente incidente sulle più disparate materie.

Di qui l’esigenza, sottolineata dalla più attenta dottrina, che l’esercizio della potestà penale statale sia almeno contenuta nei limiti della non manifesta irragionevolezza non soltanto in

³⁷ MABELLINI, *La legislazione regionale tra obblighi esterni e vincoli internazionali*, Milano, 2006, p. 98.

³⁸ DI COSIMO, *Regioni e diritto penale*, in *Le regioni*, Milano, 2004, p. 1316.

³⁹ Per tutti, MACCARI, *La riserva di legge statale in materia di ordinamento penale*, in AMMANNATI-GROPPI (a cura di), *La potestà legislativa tra Stato e Regioni*, Milano, 2003, p. 73.

⁴⁰ Ad esempio, la giurisprudenza costituzionale in materia di condono edilizio, Corte Cost., 28 giugno 2004, n. 196, con nota di RUGA RIVA, *Il condono edilizio dopo la sentenza della Corte costituzionale: più potere alle Regioni in materia penale?*, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, p. 1095 e quella sull’illegittimità di una legge regionale che pretendeva di istituire case da gioco in Friuli Venezia Giulia, interferendo con il divieto di gioco d’azzardo penalmente punito dall’art. 718 c.p. Sul punto Corte Cost., n. 185/2004, in *Giur. Cost.*, 2004, p. 1872.

⁴¹ Corte Cost., n. 185/2004, cit., p. 1872.

⁴² DE FRANCO, *La potestà legislativa dello Stato e la potestà legislativa delle regioni di fronte alla riserva di legge in materia penale*, in *Enc. dir.*, 1964, p. 759.

ossequio al principio di *extrema ratio*, a cui il legislatore penale deve sempre ispirarsi, ma anche per rispettare la ripartizione delle materie. Alla stregua del criterio anzidetto la compressione delle competenze legislative regionali sarebbe giustificata quando la legge nazionale sia protesa alla salvaguardia di beni, valori e interessi propri dell'intera collettività tutelabili solo in maniera ugualitaria.

Dal canto suo, però, la giurisprudenza costituzionale è sempre rimasta arroccata sulle sue posizioni, continuando a negare qualsivoglia competenza penale delle Regioni sulla base della constatazione che la Costituzione, nel riservare al legislatore scelte di politica criminale, ha imposto ad esso criteri sostanziali di valutazione e precise direttive, al cui perseguimento i Consigli regionali non paiono idonei⁴³.

Nonostante ciò, non si è mai espressamente escluso che anche la legge regionale, come del resto tutte le fonti diverse dagli atti statali aventi forza di legge, possa contribuire alla disciplina della materia penale. Niente, invero, impedisce che essa operi, da un lato, con efficacia scriminante e, dall'altro, mediante integrazione della fattispecie incriminatrice legislativamente descritta, sebbene nei limiti validi per le fonti non autorizzate.

1.2.3 Le fonti del diritto militare

Un cenno meritano anche le speciali fonti del diritto penale militare per il tempo di guerra, costituite dai decreti governativi e dai bandi militari (artt. 17-20 c.p.m.g).

Prendendo le mosse dall'art. 78 Cost., secondo cui le Camere deliberano lo stato di guerra e conferiscono i poteri necessari al Governo, dottrina e giurisprudenza sono pacifiche nell'annoverare i decreti governativi in tempo di guerra tra le fonti autorizzate in materia penale. E ciò nonostante essi si differenzino dai decreti legge per l'assenza della necessaria conversione da parte del Parlamento e nonostante essi non siano nemmeno riconducibili allo schema della delegazione per la mancanza dei precisi criteri direttivi di cui all'art. 76 Cost⁴⁴.

La loro ammissibilità è fatta derivare, *in primis*, dalla straordinarietà ed urgenza che caratterizzano lo stato di guerra che, richiedendo un diritto speciale, a sua volta legittima anche la normazione penale da parte del potere esecutivo. In tale ottica, secondo la

⁴³ *Ex plurimis*, Corte Cost., 25 ottobre 1989, n. 487, in *Foro it.*, 1990, I, p. 26. In realtà la motivazione più approfondita dell'esclusione della potestà normativa penale regionale è contenuta nella celebre sentenza costituzionale n. 487/1989 che, sebbene anteriore alla riforma del titolo V, contiene affermazioni ancora di stringente attualità. Per la consultazione dei suoi passaggi più significativi si veda GIOVAGNOLI, *Studi di diritto penale, parte generale*, Milano, 2009, p. 14.

⁴⁴ GIARDINA, sub art. 78, in BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1979, vol. II, p. 108.

dottrina dominante⁴⁵, fedele alla tesi della riserva assoluta in materia penale, questo strumento costituisce l'unica vera deroga al principio di cui all'art. 25 Cost.: la straordinarietà dello stato di guerra legittima, nel rispetto sempre delle precise indicazioni fornite dalla Carta fondamentale, un regime di diritto speciale⁴⁶, consentendo per tal via la normazione penale anche dell'esecutivo.

Secondariamente viene rilevato il fatto della loro previsione, seppur in maniera implicita, in Costituzione, all'art. 78, in quanto costituenti esercizio di quei poteri necessari che le Camere attribuiscono al Governo nel deliberare lo stato di guerra.

Il problema allora consiste nell'individuare la fonte di tale potere normativo dell'esecutivo, posto che l'art. 78 Cost. si riferisce genericamente alla "deliberazione" dello stato bellico. Si ritiene all'uopo che l'unico strumento idoneo sia quello della legge delega con la puntualizzazione, tuttavia, che quella in questione configura una delega del tutto peculiare rispetto a quella dell'art. 76 Cost.: considerate la durata incerta e la non preventivabilità delle esigenze proprie dei conflitti bellici, essa si distingue per la mancanza di un termine finale entro cui il Governo può esercitare i poteri delegati nonché per l'assenza della fissazione di criteri e principi direttivi.

La dottrina non è invece univoca circa la possibilità di noverare tra le fonti del diritto penale i bandi militari, emanati dal comandante supremo delle Forze armate nella zona delle operazioni militari o in parti di territorio minacciate da un pericolo grave e imminente⁴⁷.

In senso favorevole si esprime chi scorge la copertura costituzionale proprio nell'art. 78 Cost., riconoscendo nei bandi detti una derivazione naturale di quei poteri necessari che le Camere conferiscono al Governo in caso di guerra; si ribatte, per contro, che la disposizione costituzionale *de qua* prevede una delega all'esecutivo, quale organo unico e indivisibile composto, ex art. 92 Cost., dal Consiglio dei Ministri e dal suo Presidente, non consentendo né il suo esercizio singolo, né una *subdelega* alle autorità militari⁴⁸.

Altri, all'opposto, includono tra le fonti penali i bandi sostenendo che lo stato di necessità caratterizzante il conflitto bellico sia di per sé fattore legittimante le autorità militari ad emanare disposizioni con forza di legge e, per l'effetto, anche di natura penale⁴⁹.

⁴⁵ Per tutti, MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 50.

⁴⁶ Infatti lo stato di guerra riceve a livello costituzionale un trattamento del tutto peculiare: può essere prorogata la durata delle Camere (art. 60, comma 2) e i tribunali militari esercitano la loro giurisdizione eccezionalmente anche su soggetti non appartenenti alle forze militari (art. 103, comma 3).

⁴⁷ Agli stessi l'ordinamento riconosce forza di legge, disciplinandoli con i r.d. 8 luglio 1938, n. 1415 e 20 febbraio 1941 n. 302; sul punto MARTINES, *Diritto costituzionale*, Milano, 1998, p. 81.

⁴⁸ VENDITTI, *Il diritto penale militare nel sistema italiano*, 1985, p. 48.

⁴⁹ PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, Milano, 1998, p. 43.

Alcuni problemi interpretativi si sono poi posti in riferimento agli artt. 214, 215, 216 del T.U.L.P.S., i quali sembrano porsi in contrasto col principio di legalità nella parte in cui attribuiscono al Ministro dell'Interno, con l'assenso del Presidente del Consiglio, la facoltà di dichiarare lo stato di pericolo pubblico in caso di disordini e lo stato di guerra quando si ritenga opportuno affidare alle forze armate la tutela dell'ordine pubblico, legittimando su tale base il Ministro dell'Interno e il Prefetto ad emanare ordinanze, anche in deroga alle leggi vigenti, in tutti i campi aventi attinenza con l'ordine e la sicurezza pubblica.

La legittimità costituzionale di tali disposizioni è stata messa in dubbio ravvisandosene il contrasto tanto con il principio della separazione dei poteri, sul presupposto dell'attribuzione al Ministro dell'Interno e al prefetto della facoltà di deroga alle leggi vigenti, quanto con il principio della riserva di legge e con il suo carattere tendenzialmente assoluto, nella parte in cui comminano sanzioni penali per l'inosservanza dei provvedimenti dell'autorità il cui contenuto, la cui portata ed i cui limiti non siano assolutamente prefissati in sede legislativa.

Su diversa posizione si colloca chi ritiene che tali norme siano state implicitamente abrogate con l'entrata in vigore della Costituzione, attesa la ritenuta incompatibilità del sistema di garanzie dalla stessa contemplato con il riconoscimento in capo ad autorità amministrative di poteri così penetranti, sconnessi dal previo intervento del legislatore.

1.2.4 Le consuetudini

Se il quadro descritto finora concerne le fonti legislative, tra quelle non legislative vanno menzionate le consuetudini.

Giova ricordare che per consuetudine si intende la ripetizione, generale, uniforme e costante, di un comportamento, accompagnata dalla convinzione, diffusa nella generalità dei consociati, di adempiere ad un obbligo o di esercitare un potere giuridico⁵⁰.

La sua condivisa esclusione dal novero delle fonti del diritto penale deriva non tanto dal principio della riserva di legge, essendo tra le fonti diverse dalla legge la consuetudine quella maggiormente dotata di un'origine democratica in virtù del suo procedimento di formazione, quanto dal principio di determinatezza e da un principio non strettamente penalistico.

Più precisamente la consuetudine è antinomica rispetto al principio di determinatezza a causa dell'estrema difficoltà di desumere dalla ripetizione di comportamenti costanti, ma

⁵⁰ MARINUCCI, voce *Consuetudine (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1961, vol. XI, p. 506.

che mai possono essere uguali, un precetto dai contorni sufficientemente definiti. Essa, in quanto fonte non scritta, si appalesa con profili di imprecisione e di incertezza, come tali confliggenti con le esigenze di certezza e precisione proprie del nostro ordinamento penale.

Quanto al secondo principio si tratta di quello sancito all'art. 8 delle disposizioni sulla legge in generale, che sancisce la preferenza da parte dell'ordinamento per le fonti legali.

I riferimenti normativi per le consuetudini sono contenuti agli artt. 1 e 8 disp. prel. c.c. che, sebbene annoverino le stesse tra le fonti del diritto, ammettono, nelle materie regolate da leggi e regolamenti, la loro efficacia solo ove da essi richiamate.

Un tanto premesso, va detto che in ambito penale la consuetudine potrebbe, in astratto, incarnare molteplici funzioni: incriminatrice, se interviene creando una fattispecie o aggravando il trattamento sanzionatorio dalla medesima contemplato; abrogatrice, se demolisce la rilevanza penale della norma; integratrice, se arricchisce, mediante il rinvio a fonti *extra*-penali, il contenuto precettivo della disposizione punitiva; scriminante, se elimina l'antigiuridicità penale del fatto; interpretativa, se interviene a spiegare il contenuto culturale o sociale di determinati precetti penali, suscettibili di mutare nel tempo parallelamente all'evolversi dei costumi.

Sul piano concreto, però, l'ammissibilità dei suddetti tipi di consuetudine è tutt'altro che pacifica, anzi nella maggior parte dei casi avversata.

Quanto alla consuetudine incriminatrice, la dottrina esclude unanimemente che un reato possa essere creato o il campo di applicazione ampliato da una norma non scritta, attesa l'inderogabilità del principio della riserva di legge penale, volto a vietare fonti subordinate alla legge che potrebbero operare in danno del soggetto e in violazione dei principi di garanzia e libertà previsti in Costituzione.

La consuetudine abrogatrice, o desuetudine, si sostanzia, invece, in un comportamento reiterato e diffuso, di natura omissiva, mediante cui i destinatari della norma penale non osservano il precetto legislativo, sul presupposto della giuridicità della sua disapplicazione. In tal caso condiviso è il disconoscimento della sua efficacia in materia penale, trattandosi di consuetudine *contra legem*, come tale incompatibile con il principio della gerarchia delle fonti, oltre che con il principio sancito dall'art. 15 disp. prel. c.c., secondo cui una legge non può che essere abrogata da una legge successiva, con dichiarazione espressa del legislatore o per implicita incompatibilità di disciplina. Nel concreto atteggiarsi delle norme penali, infatti, è ben possibile che una determinata fattispecie risulti non applicata per lunghissimo tempo, perché per ipotesi ritenuta non conforme alle nuove esigenze punitive,

ma trattasi, comunque, di disapplicazione meramente fattuale, che esaurisce la sua valenza sul piano sociologico e che al più può segnalare la necessità di un intervento legislativo *ad hoc*.

Non vi è invece unanimità di vedute in merito alla consuetudine integratrice.

In senso negativo si invoca il principio di determinatezza e di sufficiente specificazione della norma penale, implicante la necessità che anche le norme integratrici del precetto siano chiare e sufficientemente precise; è evidente come tale principio verrebbe asseritamente compromesso qualora l'interprete fosse costretto a far ricorso a fonti integrative di matrice consuetudinaria.

Sul fronte opposto si colloca invece chi accetta la consuetudine integratrice, in quanto destinata ad operare *secundum legem*: si cita al riguardo la disposizione di cui all'art. 40 c.p., sul presupposto esegetico, non da tutti condiviso, secondo cui l'obbligo giuridico di impedire l'evento può trovare la sua fonte anche in una norma consuetudinaria⁵¹. Si ammette, ancora, una sua valenza con riguardo alle norme scriminanti, con la conseguenza che il diritto o il dovere di cui all'art. 51 c.p., come il diritto minacciato da un'offesa ai sensi dell'art. 52 c.p., potrebbero trovare la propria fonte in una norma non scritta.

Non sempre compatta sul punto è anche la giurisprudenza, che in alcune occasioni ha propeso per la tesi ostile all'ammissibilità, così sostenendo, con riferimento all'art. 52 c.p., che per il configurarsi della legittima difesa occorre che l'altrui offesa ingiusta sia volta a ledere o ad esporre a pericolo un diritto, non già semplici situazioni di fatto da cui un cittadino può trarre determinati vantaggi o utilità soggettive⁵². In altre, invece, ha ammesso tale integrazione, affermando, per esempio, in tema di reato di peculato, che la "ragione di ufficio e di servizio" giustificatrice del possesso va intesa in senso lato, potendo così comprendere anche il caso in cui il possesso di denaro o di altra cosa mobile derivi da prassi o consuetudini⁵³.

Passando alla consuetudine scriminante, la sua ammissibilità è riconosciuta da chi non reputa le scriminanti appartenenti al diritto penale in senso stretto, ben potendo esse derivare da ogni ramo dell'ordinamento. Da un punto di vista pratico, i fautori di tale tesi ritengono che la suddetta inclusione potrebbe servire ad evitare pericolose fossilizzazioni

⁵¹ Così MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 83; contra FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, Bologna, 2008, p. 59.

⁵² Cass., 3 marzo 2000, n. 2692, richiamata da GAROFOLI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 84.

⁵³ Cass., 5 settembre 2000, n. 9443. Lo stesso concetto è stato affermato in relazione al reato di rivelazione di segreto d'ufficio, sostenendosi che il dovere di segreto incombente sul pubblico ufficiale può derivare da legge, regolamento, ma anche da consuetudine.

del diritto penale, causate da una eccessivamente rigida e formale visione del principio di legalità, e a consentire un adeguamento al comune sentire sociale⁵⁴.

Sul versante opposto, chi nega l'ingresso a tal tipo di consuetudine lo fa sulla base non tanto del principio della riserva di legge, quanto di quello della gerarchia delle fonti, sostenendo che se una legge definisce una determinata condotta come reato, non può poi un atto di rango inferiore, e meno che mai una fonte non scritta, escluderne l'antigiuridicità⁵⁵.

Da ultimo va menzionata la pratica della consuetudine interpretatrice, a cui viene fatto ricorso per chiarire il significato di quei termini legislativi suscettibili di variare negli anni. A ben vedere la sua trattazione esula da tale sede, trovandosi al cospetto di un meccanismo che non attiene tanto al principio della riserva di legge, quanto alla sua compatibilità col principio di tassatività.

1.2.5 Il diritto europeo

L'analisi delle fonti ammesse in ambito penale non può prescindere dal prendere in considerazione l'ordinamento comunitario.

Nonostante i passi avanti complessivamente compiuti nel processo di integrazione europea, con la connessa esigenza tanto di predisporre forme omogenee di tutela di interessi comunitari⁵⁶, quanto di reagire in maniera coordinata a fenomeni di criminalità transnazionale (criminalità mafiosa, terrorismo, traffico di stupefacenti), un punto di partenza fuori discussione è sempre stato il fatto della carenza di legittimazione a produrre norme incriminatrici da parte degli organi comunitari⁵⁷.

Oltre alla mancanza di una norma in tal senso nei vari Trattati, ad escludere detta potestà è valso in ogni caso lo sbarramento opposto proprio dal principio della riserva di legge che, si ribadisce, assicura la garanzia democratica nel processo di formazione delle norme penali, riservando al Parlamento, in quanto organo rappresentativo della volontà degli

⁵⁴ MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 83, il quale però poi ammette che, in realtà, le ipotesi in cui si è tradizionalmente fatto riferimento alla consuetudine scriminante, quali l'attività sportiva violenta e medico-chirurgica, sono risolvibili in base ad altri criteri.

⁵⁵ ROMANO, sub art. 1, in *Commentario*, cit., p. 39.

⁵⁶ La letteratura in argomento è estesa. Si veda, ad esempio, SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sistematico sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2006; VIGANO', *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto vigente*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1433; RIONDATO, *L'incidenza del diritto comunitario sulla politica criminale degli Stati membri: nascita di una politica criminale europea?*, in *Ind. pen.*, 1993, p. 65; MUCCIARELLI, *Osservazioni in tema di immediata applicabilità delle direttive comunitarie in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, p. 609; RIONDATO, *Nuovi sviluppi nei rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 832.

⁵⁷ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 63.

elettori, la scelta dei fatti da elevare a reato. In questa sua valenza democratica e di presidio dei diritti fondamentali del cittadino, il principio di legalità è stato del resto riconosciuto dalla stessa Corte di Giustizia dell'Unione europea, che lo ha assunto a fondamento dello stesso diritto comunitario e, quindi, a limite per le norme di fonte comunitaria rispetto agli ordinamenti degli Stati membri⁵⁸. È dunque nel persistente *deficit* di democraticità di cui continuano a soffrire le istituzioni europee ad essere ravvisata la principale ragione del disconoscimento di una loro potestà penale⁵⁹.

Se condiviso è l'assunto per cui l'Unione europea non può creare direttamente fattispecie penali, è altrettanto pacifico il fatto della sua idoneità a svolgere comunque una certa influenza sul diritto penale interno, sia nella fase della sua predisposizione che in quella della sua applicazione giudiziale.

Partendo dalla prima fase, va evidenziato come l'Unione sia interessata ad una tutela penale c.d. mediata degli interessi comunitari, essa cioè si preoccupa che tali interessi ricevano attraverso lo strumento penale una protezione non solo efficace, ma anche omogenea nell'ambito dei diversi Stati membri. A tal scopo sono state predisposte essenzialmente tre tecniche. Innanzitutto, la c.d. assimilazione degli interessi comunitari a quelli statali, mediante l'estensione ai primi delle forme di tutela previste per i secondi⁶⁰. Secondariamente viene in rilievo la c.d. armonizzazione delle legislazioni penali nazionali, realizzabile dai vari Stati con la predisposizione di modelli di incriminazione tendenzialmente simili, per rendere più facile la perseguibilità all'interno dello spazio europeo. Da ultimo, la c.d. unificazione delle discipline penali nazionali, sfociante nella predisposizione di una sorta di codice penale europeo.

Poi, va ricordato che, proprio al precipuo scopo di promuovere a livello europeo l'armonizzazione penale e la cooperazione giudiziaria, il Trattato di Maastricht del 1992 aveva introdotto l'ormai defunto terzo pilastro dell'Unione, il quale a tal fine poteva avvalersi, oltre dello strumento tradizionale delle convenzioni, anche di quello più agile delle decisioni quadro. Nonostante la bontà degli intenti, i risultati dei predetti strumenti normativi sono apparsi carenti a livello di effettività, in quanto è noto che le Convenzioni, dopo essere state stipulate, non sempre vengono ratificate e che le decisioni quadro sono

⁵⁸ Ad esempio, Corte Giust. CEE, 12 giugno 2003, C-112/00, su cui GRASSO, *La protezione dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario e i suoi riflessi sui sistemi penali degli Stati membri*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1996, p. 617.

⁵⁹ PELISSERO, *Dalle sollecitazioni della giurisprudenza della Corte di Giustizia al Trattato di Lisbona: il rafforzamento delle politica penale dell'Unione europea*, in VINCIGUERRA-DASSANO (a cura di), *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, Napoli, 2010, p. 661.

⁶⁰ Si pensi, ad esempio, agli artt. 316 *bis* e 640 *bis* c.p., che parificano la rispettiva tutela penale delle risorse statali e di quelle europee.

prive di efficacia diretta, lasciando agli ordinamenti nazionali ampi spazi di discrezionalità in fase di attuazione⁶¹.

Quanto all'influenza da parte dell'Unione sull'applicazione del diritto penale interno, viene subito in gioco il principio, sancito da una fondamentale sentenza della Corte di Giustizia, del primato del diritto comunitario⁶²: in altri termini, secondo tale principio, il giudice interno è obbligato ad applicare le norme di diritto comunitario, disapplicando automaticamente qualsiasi disposizione nazionale contrastante, cioè senza essere obbligato a sollevare alcuna questione di legittimità costituzionale. Ciò almeno per quanto riguarda, e sempre che non venga violato il nocciolo duro della Costituzione, i regolamenti comunitari, che sono atti tipicamente normativi caratterizzati da generalità, obbligatorietà e diretta applicabilità, e le direttive c.d. dettagliate che, a differenza delle direttive *tout court*, che vincolano gli Stati al raggiungimento di determinati scopi ma lasciando loro ampi spazi discrezionali nella trasposizione, contengono criteri precisi a cui il legislatore nazionale deve attenersi.

A parte questa ipotesi, definibile di conflitto tra norma comunitaria e norma nazionale e che va risolto a favore della prima, sono riscontrabili nella prassi altre forme di interferenze tra diritto penale e diritto europeo, accomunabili per il fatto che sembrano determinare obblighi comunitari di tutela penale a carico degli Stati membri⁶³.

A ben vedere, un serio problema sorge non solo sotto il profilo formale dell'atto competente, ma anche sotto l'aspetto sostanziale del principio di legalità, dal momento che verrebbe vanificata la garanzia democratica del processo genetico delle norme penali, perché al Parlamento verrebbe di fatto sottratto il monopolio circa le valutazioni in punto di meritevolezza di pena.

Sul punto, va detto che la Corte di Giustizia ha più volte affermato che, in assenza di una potestà punitiva autonoma in capo all'Unione, gli Stati membri, in virtù del principio di leale collaborazione, sono comunque tenuti ad adottare tutte le misure atte a garantire l'osservanza della normativa comunitaria. Pur conservando la competenza a scegliere il tipo di sanzione, penale o meno, da adottare, gli Stati devono vigilare affinché le violazioni

⁶¹ Per un quadro più approfondito, si consulti BERNARDI, *Europeizzazione del diritto penale e progetto di Costituzione europea*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 5.

⁶² Trattasi della celebre sentenza Simmenthal della Corte Giustizia CEE., 9 marzo 1978, in *Racc.*, 1978, p. 629, i cui contenuti sono stati recepiti dalla nostra Corte Costituzionale a partire dalla sentenza 8 giugno 1984, n. 170, in *Foro it.*, 1984, I, p. 2062, con nota di TIZZANO, *La Corte Costituzionale e il diritto comunitario: vent'anni dopo*.

⁶³ SOTIS, *Obblighi comunitari di tutela e opzione penale: una dialettica perpetua?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 171.

delle norme della UE siano colpite con sanzioni interne effettive, proporzionali e dissuasive⁶⁴.

Ora, se in linea di principio non sussiste un obbligo di tutela penale, questo può in certi casi nascere come riflesso dell'obbligo di adottare sanzioni adeguate; ma anche in questa eventualità entra in gioco il giudizio sul reale livello di efficacia che non è di certo effettuabile sulla base di parametri certi.

1.2.6 I trattati e le Convenzioni internazionali

Il quadro delle fonti di produzione del diritto penale non sarebbe completo senza qualche cenno anche al diritto internazionale. L'importanza che molte parti del diritto penale hanno per il progresso civile hanno fatto sì che nel secondo dopoguerra, sotto l'impulso del rinnovato interesse per i diritti umani, trattati e convenzioni internazionali si occupassero del diritto penale⁶⁵.

In via generale va detto che la legge di ratifica e l'ordine di esecuzione non valgono a ricondurre i trattati e le convenzioni internazionali tra le fonti interne del diritto penale, in quanto la determinazione del loro contenuto normativo avviene all'esterno, da parte degli organi a ciò deputati. Poi, essi non sono di rango costituzionale, perché la ratifica è autorizzata con legge ordinaria.

In alcuni casi, però, trattati e convenzioni sono fonti dirette nell'ordinamento penale, perché contenenti disposizioni che, a ratifica avvenuta, entrano immediatamente a farne parte. In altri casi, la necessità di una legge dello Stato per dare tutela agli impegni assunti internazionalmente li colloca nel novero delle fonti indirette.

I trattati e le convenzioni internazionali sono fonti dirette del diritto penale soprattutto nell'ambito dei principi penalistici dotati di maggiore generalità ed in alcuni settori nei quali l'accordo fra gli Stati è avvertito come indispensabile per le loro relazioni.

Nel primo settore si rammenta la Convenzione europea dei diritti dell'Uomo (ratifica autorizzata con l. n. 848/1955) ed il Patto internazionale dei diritti civili e politici (ratifica autorizzata con l. n. 881/1997), i quali sostanzialmente ricalcano i nostri principi costituzionali sul diritto e sul processo penale.

⁶⁴ Corte Giustizia CEE, 12 settembre 1989, C-68/88, Commissione c. Repubblica ellenica (c.d. sentenza sul mais greco), in *Cass. pen.*, con nota di SALAZAR, *Diritto penale e diritto comunitario: la strana coppia*.

⁶⁵ VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano*, Padova, 1999, p. 166.

Tra i campi particolarmente importanti per le relazioni tra gli Stati si ricordano le immunità per gli agenti consolari e diplomatici, l'estradizione, l'assistenza giudiziaria e l'esecuzione nei confronti del condannato straniero.

È importante sottolineare che questa normativa, sebbene di fonte sovranazionale, ricade sotto il sindacato di legittimità della Corte Costituzionale attraverso il controllo esercitato sulla legge di ratifica e sull'ordine di esecuzione in essa contenuto, invalidabili nella parte in cui sono costituzionalmente illegittimi.

Tra le fonti dirette vi sono anche le consuetudini, riconosciute in Costituzione all'art. 10, co. 1, secondo cui "l'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute", operando così l'adeguamento automatico ad esse da parte del diritto interno. Detta disposizione, per tale motivo, viene definita come un ordine di esecuzione in bianco, anche se il richiamo all'art. 10 co. 1 Cost. non sottrae le consuetudini al sindacato di conformità costituzionale.

Concludendo, si precisa che le fonti internazionali dirette costituiscono il c.d. diritto internazionale penale. Negli altri settori toccati dalla disciplina sovranazionale si parla invece di c.d. diritto penale internazionale perchè trattati e convenzioni sono fonti indirette o mediate, nel senso che necessitano dell'emanazione di una legge statale che ottemperi agli impegni assunti in sede pattizia, valutando con la propria discrezionalità politica il contenuto della tutela da predisporre. Ciò si nota, in particolare, in materia di diritti umani ed in alcuni settori importanti per la conservazione dell'ordine internazionale, come narcotraffico, genocidio, discriminazione razziale.

1.3 Il principio di determinatezza

Come si è evidenziato in precedenza, i corollari di cui si compone il principio di legalità sono quattro: il principio della riserva di legge, il principio di irretroattività, il principio di determinatezza e il divieto di analogia. Qui, come detto, interessa, focalizzare l'attenzione sui principi relativi alla fase della formulazione della legge penale, i quali possono essere distinti a seconda che riguardino la natura dell'atto al quale deve essere riservata la previsione delle norme penali, ovvero concernano le forme di espressione della legge incriminatrice. Se sotto il primo profilo viene in gioco il principio della riserva di legge, di cui in precedenza, sotto il secondo viene in rilievo il principio della determinatezza della fattispecie.

A differenza del principio della riserva di legge che riguarda la gerarchia delle fonti penali, il principio di determinatezza coinvolge la tecnica di formulazione delle fattispecie criminose e tende, precipuamente, a salvaguardare i cittadini da eventuali abusi del potere giudiziario⁶⁶. Infatti, il principio di legalità sarebbe rispettato nella forma, ma eluso nella sostanza, se la legge che eleva un fatto come reato lo configurasse in termini così generici da non lasciar intendere con sufficiente precisione il comportamento penalmente sanzionato⁶⁷. Identico è, tuttavia, il fondamento giuridico-sostanziale, che consiste nella funzione di circoscrivere *a priori* le fattispecie penalmente illecite in un'ottica di garanzia della libertà individuale: ad onta della mancanza di un espresso richiamo letterale, anche il principio di determinatezza trova pertanto fondamento nell'art. 25 Cost.

A ben vedere, il principio di determinatezza non rappresenta solo un corollario della legalità, andando ad operare anche su altri fronti della tutela penale⁶⁸.

⁶⁶ LICCI, *Ragionevolezza e significatività come parametri di determinatezza della norma penale*, Milano, 1989; VISCONTI, *Determinatezza della fattispecie e bilanciamento degli interessi*, in *Foro it.*, 1995, I, p. 2773.

⁶⁷ Solo se si tiene conto che l'esperienza giuridica precede la legge e che questa è destinata poi a subire l'influenza dell'esegesi, è possibile comprendere come sia possibile formulare una fattispecie penale rispettosa del principio di determinatezza e apprezzare il valore della stretta legalità nell'interpretazione. Valore che non sta tanto nella ipotetica capacità della legge di porsi come comando denso di efficacia intimidatoria per i consociati, quanto nella sua idoneità nel precisare i modelli che nascono dall'esperienza criminologica. Legge determinata ed efficace è solo quella imperniata su una *ratio* che, tenendo conto dei modelli criminologici esperienziali, determina la loro portata in funzione del principio dell'*extrema ratio* dell'intervento punitivo.

⁶⁸ Secondo parte della dottrina, la legalità non è solo democraticità, ma anche libertà. Soprattutto in ambito penale, il principio di legalità è presidio di libertà contro il rischio sempre incombente di uno straripamento del potere punitivo con la sua capacità di annientamento anche fisico del destinatario. Quindi la legalità in funzione della libertà si identifica nei limiti all'esercizio del diritto punitivo. Prima di tutto, si rinviene il limite alle scelte di criminalizzazione del legislatore, anche se qui, in realtà, viene in gioco una legalità per così darsi costituzionale, capace di vincolare il legislatore alla luce dei principi di *extrema ratio* e *offensività*. Secondariamente si riscontra il limite che si identifica appunto nella determinatezza: la legalità come limite all'arbitrio del giudice. Per la verità il principio di determinatezza si rivolge tanto al legislatore, affinché formuli norme chiare e precise onde meglio stringere il giudice alla legge, sia direttamente al giudice per vietargli il ricorso al procedimento analogico. La legalità-determinatezza, dunque, a parte il profilo suddetto volto a preservare la democraticità della decisione finale, è piuttosto orientata alla libertà; ciò si evince sotto due aspetti. In primo luogo, non si può ignorare la tendenza naturale per cui in sede applicativa il giudice mostra una grande reattività alle esigenze di tutela del caso concreto, virando verso l'estensione analogica della fattispecie. Senza il principio di determinatezza, e senza in particolare il divieto di analogia, verrebbe negato il principio di tipicità dell'illecito penale e sarebbe snaturato il carattere frammentario dell'illecito penale. In secondo luogo, viene in gioco la libertà di autodeterminazione del soggetto, la quale presuppone effettivamente l'esistenza non solo di una norma previamente formulata, ma anche redatta in termini tali da rendere conoscibili le conseguenze della propria scelta. La determinatezza condivide questa sua specifica funzione di libertà con il sommo principio della irretroattività della legge incriminatrice. Nell'una come nell'altra prospettiva ciò che conta non è tanto la predisposizione della disposizione astratta, quanto la regola *iuris* assunta nel concreto dal giudice per decidere la questione; in entrambe, insomma, il tema della legalità-determinatezza si sviluppa strettamente con quello dell'interpretazione. Infine, va ricordato come il principio di determinatezza presenti ulteriori credenziali giustificative, concorrendo, in particolare, in modo decisivo ad assicurare la funzione di prevenzione, sia generale che speciale, della norma penale; è evidente, infatti, che solo precetti dotati di una certa chiarezza espressiva possono raggiungere i destinatari in modo da persuaderli, con l'intimidazione o con l'educazione, a non tenere determinati comportamenti. Inoltre la determinatezza della previsione penale è una condizione perché siano meglio garantiti tanto l'eguaglianza di trattamento quanto il diritto di difesa.

In primis, sul piano della formulazione legislativa della fattispecie, esso si impone al legislatore prescrivendogli una tecnica di redazione della fattispecie particolarmente accurata. In questo senso esso si affianca al criterio della frammentarietà: se la tutela penale è tendenzialmente apprestata soltanto contro determinate forme di aggressione a beni giuridici, è necessario che il legislatore specifichi con sufficiente precisione le condotte che integrano siffatte modalità aggressive.

In secundis, sul piano dell'interpretazione e dell'applicazione della legge penale, il principio si identifica col principio di tassatività imposto al giudice⁶⁹.

Da ultimo, ma non certo per importanza, la determinatezza gioca un ruolo chiave nell'ottica del rapporto democratico norma-cittadino, rappresentando una condizione indispensabile perché la norma penale possa efficacemente fungere da guida del comportamento del cittadino: come è stato giustamente osservato, una norma penale persegue lo scopo di essere obbedita, ma non può esserlo se il destinatario non ha la possibilità di conoscerne con sufficiente chiarezza il contenuto⁷⁰. Tale principio, insomma, concorre in modo decisivo ad assicurare la funzione di prevenzione, sia generale che speciale, della norma incriminatrice: è palese, infatti, che solo precetti dotati di una certa chiarezza espressiva possono raggiungere i destinatari in modo da persuaderli, con l'intimidazione o con l'educazione, a non tenere determinati comportamenti.

Per quanto riguarda la fonte di tale principio, si è detto ormai fuor dubbio il suo rango costituzionale⁷¹, tanto da essere definito il nucleo più genuino dell'eredità liberal-garantista pervenutaci col principio di legalità. Invero, come si è visto, se la formulazione determinata delle norme penali ne assicura la certezza, consentendo loro di operare come comandi capaci di influenzare il comportamento dei destinatari, non meno rilevante è la funzione di garanzia assoluta dalla formulazione chiara e precisa delle norme tanto come strumento da opporre allo straripamento del potere giudiziario, tanto come strumento per la realizzazione della frammentarietà del diritto penale, caratteristica ritenuta oggi essenza del diritto penale, in quanto espressione delle superiori esigenze di proporzione e sussidiarietà.

⁶⁹ È frequente in dottrina l'equiparazione tra i concetti di determinatezza e tassatività, ma secondo alcuni studiosi andrebbe fatto un distinguo, riferendosi la prima alla tecnica di formulazione della fattispecie, la seconda al divieto per il giudice di applicare la norma ai casi non espressamente previsti. Sul punto, specialmente, PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979; LICCI, *Ragionevolezza e significatività come parametri di determinatezza della norma penale*, Milano, 1989; LUZZATI, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990, p. 375; PAGLIARO, *Testo e interpretazione nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 433.

⁷⁰ NUVOLONE, *Le leggi penali e la Costituzione*, Milano, 1953, p. 2.

⁷¹ PAGLIARO, voce *Legge penale*, in *Enc. dir.*, Milano, 1973, vol. XXIII, p. 1041.

Il vero *punctum pruriens* del principio in esame va piuttosto ravvisato nella complicata ricerca dell'ideale grado di determinatezza della fattispecie. Pur senza cedere alla suggestione illuministica della legge onniloquente, capace di tipizzare qualsiasi fattispecie astrattamente ipotizzabile, la norma penale, per soddisfare i requisiti dell'art. 25 Cost., deve essere costruita in modo tale da circoscrivere compiutamente l'attività giudiziale di applicazione e interpretazione della stessa. L'esatta soglia di determinatezza della fattispecie deve, dunque, essere tale da contemperare nella giusta misura tale istanza con gli insopprimibili e irrinunciabili spazi ermeneutici dell'interprete.

Al riguardo, si dica solo che si è soliti individuare tre distinte categorie di elementi che partecipano alla composizione della fattispecie penale: rigidi, elastici, vaghi e indeterminati.

Non pongono problemi di armonizzabilità con il principio in esame i criteri rigidi, rispetto ai quali la riconduzione del caso concreto si appalesa di immediata rilevabilità. Tali sono gli elementi descrittivi, di tipo naturalistico o numerico, così come quegli elementi normativi giuridici che richiamano altre norme giuridiche ben individuabili e determinate nel loro contenuto, come ad esempio la proprietà ex art. 556 c.p.

Gli elementi elastici, invece, lasciano al giudice un margine di apprezzamento meno vincolante, ma comunque adeguatamente ridotto e, come tale, rispondente al canone della determinatezza. Si tratta segnatamente di quegli elementi non astrattamente tipizzabili a priori dal legislatore, che esprimono una realtà quantitativa o temporale abbastanza circoscritta (es. la gravità del danno dell'art. 133 c.p. o la tenuità del valore ai sensi dell'art. 626 c.p.) e, soprattutto, di quegli elementi normativi *extragiuridici* che richiamano parametri metagiuridici, quali regole sociali, etiche, di costume, tecniche, scientifiche, ecc., di facile individuazione.

Senza sottovalutare le perplessità manifestate in dottrina con riguardo alla compatibilità costituzionale della tecnica connotata dal ricorso ad elementi *extragiuridici*, è necessario, altresì, rilevare come l'impiego, in sede di formulazione della fattispecie, di elementi di tipo elastico costituisce entro certi limiti un'esigenza irrinunciabile, attesa la funzione di organi respiratori cui essi assolvono, assicurando l'adeguamento del dato giuridico alla realtà sociale, soggetta a continua evoluzione.

Radicalmente in contrasto con l'art. 25 Cost. appaiono *ictu oculi* gli elementi vaghi o indeterminati, assolutamente inadeguati a fondare un parametro univoco di qualificazione del fatto concreto, con gravi conseguenze in punto di difficoltà di discernimento delle condotte effettivamente vietate e pericolose oscillazioni giurisprudenziali.

CAP. 2 LA CRISI DELLA LEGALITA' IN CAMPO PENALE

2.1 Premessa

Il principio di legalità, il cui fondamento, viene ravvisato nell'esigenza di garanzia dei diritti e delle libertà individuali dai rischi di strumentalizzazione insiti nel meccanismo punitivo⁷², presenta, giova ribadirlo, due versanti complementari⁷³: da un lato il profilo storico, attinente all'individuazione delle fonti legittimate alla produzione delle norme penali e soggetto ai condizionamenti politici vigenti negli Stati nelle diverse epoche; dall'altro lato il profilo universalistico, attinente alla conoscibilità delle norme da parte dei destinatari e tendenzialmente avulso dai detti condizionamenti⁷⁴. A quest'ultimo versante della legalità possono essere ricondotti i corollari della determinatezza-tassatività e della irretroattività della norma penale: essi, nel momento stesso in cui assicurano la capacità di orientamento comportamentale della norma, rendendo manifesti e previamente conoscibili i fatti vietati da quest'ultima, assolvono in tal modo anche la funzione di garanzia propria della legalità. Invece, sul versante storico, il principio *nullum crimen sine lege parlamentaria* ne rappresenta solo una delle possibili concretizzazioni⁷⁵, posto che è notorio che il problema degli organi competenti e delle fonti preposte alla formulazione delle norme penali viene risolto diversamente a seconda dei modelli di Stato⁷⁶ e al contesto storico⁷⁷.

⁷² Sulla *ratio* garantista del principio in oggetto, PAGLIARO, voce *Legge penale: i principi generali*, cit. p. 1040; CARLASSARRE, voce *Legalità (principio di)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, vol. XVIII, 1990, p. 1; FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, in *Quad. fiorentini*, 2007, p. 1248; PALAZZO, *Introduzione ai principi del diritto penale*, Torino, 1999, p. 199; ID., *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio fondamentale*, in *Quad. fiorentini*, 2007, p. 1284; CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, Torino, 1999, p. 50.

⁷³ La complementarietà tra i due versanti della legalità è in effetti tanto intensa che talvolta la dottrina tende ad identificare il tutto, ossia la legalità, con la parte qual è la riserva di legge. Ad esempio si veda PAGLIARO, voce *Legge penale*, cit., p. 1040; MARINI, voce *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Enc. dir.*, Milano, 1978, vol. XXVIII, p. 952; TRAPANI, voce *Legge penale, Fonti*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, vol. XXVIII, p. 1.

⁷⁴ PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2008, p. 96; ID., *Legalità e determinatezza della fattispecie penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regola iuris*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di Vassalli, Napoli, 2006, p. 51. In posizione parzialmente opposta, BERNARDI, *All'indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale*, in *Quad. cost.*, 2009, p. 43, ha sottolineato che non in tutti gli Stati europei il versante universalistico della legalità rende immuni da confinamenti storici e politici i canoni della determinatezza e dell'irretroattività penale.

⁷⁵ Secondo ROMANO, *Complessità delle fonti e sistema penale. Leggi regionali, ordinamento comunitario, Corte Costituzionale*, cit., p. 539, la necessità che la norma penale sia scritta e previamente definita è sufficiente per la legalità strettamente intesa, in quanto la legalità "non implica la riserva di legge". Analogamente SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea*, cit., p. 434, dove si afferma che il significato garantisco della legalità non è inscindibilmente legato a quello della riserva di legge parlamentare.

⁷⁶ Si pensi alle profonde differenze tuttora riscontrabili, nonostante i progressivi avvicinamenti, tra sistemi di *common law* e di *civil law*, nonché anche tra questi ultimi. A titolo esemplificativo, mentre in Italia vige una riserva di legge tendenzialmente assoluta, in Francia le fonti *sub* legislative possono introdurre precetti in

Peraltro, anche negli Stati in cui vige in materia penale il principio della riserva di legge scritta, la dimensione operativa del corollario implicante la competenza dell'organo legislativo finisce per dipendere, nel concreto, dall'atteggiarsi del rapporto tra la legge e le fonti governative nonché dall'effettivo rispetto degli ulteriori corollari di tassatività e determinatezza, pena la diffusione dell'attività creativa giurisprudenziale⁷⁸.

Per comprendere il significato attuale e l'ambito residuo di operatività del principio della riserva di legge pare opportuno ripercorrere nuovamente le varie costruzioni circa la sua *ratio*⁷⁹.

Tale principio fondante il diritto penale, come è noto, assolve anzitutto la funzione di delimitare i poteri dell'esecutivo, concentrando nella fonte promanante dall'organo rappresentativo la capacità di formulare precetti e sanzioni.

Secondo una tesi più risalente, il principio di riserva di legge in materia penale trova fondamento nell'esigenza di certezza del diritto, cioè nella necessità del cittadino di conoscere preventivamente e con chiarezza i comportamenti vietati dall'ordinamento⁸⁰. Avverso tale prospettiva sono stati avanzati due ordini di critiche: per un verso, si è rilevato come la suddetta esigenza potrebbe essere soddisfatta anche da regolamenti governativi emanati sulla base di leggi attributive di competenza; per altro verso, si è sottolineato come la riserva potrebbe essere formalmente soddisfatta anche qualora alle leggi penali fosse attribuito un effetto retroattivo, dunque in palese violazione dell'esigenza di certezza⁸¹.

Allo stato attuale due sono le impostazioni maggiormente accreditate.

materia di contravvenzioni e in Germania la riserva diventa relativa dove non sia in gioco la libertà personale. Sul punto MANES, *L'eterointegrazione della fattispecie penale mediante fonti subordinate. Tra riserva politica e specificazione tecnica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2010, p. 87; FORNASARI – MENGHINI, *Percorsi europei di diritto penale. Casi, fonti e studi per il diritto penale*, Padova, 2005; PALAZZO – PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, Torino, 2005; CADOPPI, *Common law e principio di legalità*, in *Quad. fiorentini*, 2007, p. 1161; ID., *Common law e civil law: contrapposizione sistemica o culturale?*, in *AA.VV., Il diritto penale nella prospettiva europea: quali politiche criminali per quale Europa?*, a cura di Canestrari – Foffani, Milano, 2002, p. 10; BERNARDI, *Riserva di legge e fonti europee in materia penale*, in *Annali dell'Università di Ferrara, Nuova Serie, Scienze Giuridiche*, 2006, p. 81.

⁷⁷ Per una panoramica del significato del principio di legalità nei diversi momenti storici, VASSALLI, voce *Nullum crimen nulla poena sine lege*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1994, vol. VII, p. 286.

⁷⁸ PALAZZO, *Riserva di legge e diritto penale moderno*, in *Studium iuris*, 1996, p. 277. Di più, parte della dottrina fa notare come anche negli ordinamenti di *civil law* il primato della legge scritta non comporta per forza un'attuazione più compiuta del principio di legalità rispetto a quelli di *common law*, dove l'autorità del precedente giurisprudenziale può meglio assicurare il rispetto dei corollari "non storici". Sul punto, PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale*, cit., p. 49; MANNOZZI- CONSULICH, *La sentenza della Corte di Giustizia C-176/03: riflessi penalistici in tema di principio di legalità e politica dei beni giuridici*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2006, p. 903.

⁷⁹ Per un panorama completo si rinvia a IADICCIIO, *La riserva di legge nelle dinamiche di trasformazione dell'ordinamento interno e comunitario*, Torino, 2007, p. 21.

⁸⁰ AMATO, *Rapporti tra norme primarie e secondarie. Aspetti problematici*, Milano, 1962, p. 163.

⁸¹ TRAPANI, voce *Legge penale*, cit., p. 3.

La prima assegna alla riserva la funzione di salvaguardare la democraticità delle scelte incriminatrici, mediante la concentrazione della potestà normativa penale nell'organo rappresentativo⁸².

La seconda, al contrario, ricollega al principio in esame una *ratio* di garanzia dei diritti e delle libertà individuali⁸³.

Per altri ancora, invece, le due funzioni di garanzia dei diritti e di democraticità andrebbero considerate come inscindibili e complementari⁸⁴.

Una dottrina più innovativa, attingendo ai nuclei di entrambe le ricostruzioni descritte, ritiene opportuno distinguere la *ratio* sottesa alla riserva di legge penale al suo concreto operare, cioè dagli strumenti attraverso cui la medesima *ratio* viene perseguita⁸⁵. Con maggiore grado di esplicazione, se la riserva di legge è un corollario del principio sovraordinato di legalità penale ne consegue che la riserva possiede la medesima *ratio* di tale principio, cioè garantistica; quanto invece al fondamento democratico, si afferma che esso non incarna la funzione della legalità, ma piuttosto il suo strumento operativo. In altre parole, la riserva di legge, nella sua qualità di manifestazione del versante storico della legalità penale, tende a realizzare lo scopo garantista di quest'ultima anche mediante il meccanismo democratico; infatti, la legge parlamentare è noto essere la fonte più sensibile al rispetto dei diritti individuali e la più idonea in un'ottica garantista⁸⁶.

Appurata dunque la preminente funzione garantista della riserva di legge parlamentare, le indagini si sono incentrate sulla domanda se tale funzione dipenda dalla natura della fonte, dall'organo legittimato, dal procedimento di adozione o dal regime complessivo cui è sottoposto l'atto legislativo.

Se originariamente prevalevano visioni utopistiche-illuministiche⁸⁷, che individuavano nella legge una fonte buona di per sé e nelle norma legislativa, in quanto generale e astratta, la

⁸² DI GIOVINE, *Introduzione allo studio della riserva di legge nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, 1969, p. 57.

⁸³ MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2007, p. 41; PALAZZO, voce *Legge penale*, cit., p. 344; CUPELLI, *La legalità delegata. Spunti su riserva di legge e delega legislativa nelle tendenze attuali del diritto penale*, in *Critica dir.*, 2004, p. 111.

⁸⁴ CARLASSARE, voce *Riserva di legge*, cit., p. 2; BALDUZZI – SORRENTINO, voce *Riserva di legge*, in *Enc. dir.*, Milano, 1989, vol. XI, p. 1222.

⁸⁵ GRANDI, *Riserva di legge e principio di legalità europea*, Milano, 2010, p. 13; ABBADESSA, *Dal diritto penale comunitario al diritto penale della nuova Unione europea: problematiche dell'interregno*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2009, p. 459.

⁸⁶ PALAZZO, *Introduzione ai principi*, cit., p. 200, osserva come la maggiore idoneità della legge parlamentare sia storicamente mutevole e non appartenga agli ordinamenti di *common law*. Effettivamente, qualora una fonte diversa, seppure non democraticamente legittimata, fosse valutata più idonea in ottica garantistica, il solo carattere democratico della legge non sarebbe sufficiente a giustificare il monopolio legislativo in ambito penale.

⁸⁷ Per un rapido *excursus* storico, PIFFERI, *Difendere i confini, superare le frontiere. Le zone grigie della legalità penale tra otto e novecento*, in *Quad. fiorentini*, 2007, p. 745.

migliore garanzia a tutela dell'uguaglianza dei cittadini, attualmente si è affermato che la valenza garantista della legge dipende dai caratteri del potere da cui promana⁸⁸, ciò sol che si consideri che anche gli atti regolamentari ove generali e astratti sarebbero rispettosi del principio di uguaglianza⁸⁹. Infatti solo dal Parlamento, in quanto organo rappresentativo dell'intera collettività, è plausibile attendersi un esercizio non abusivo del potere normativo in materia penale: la legge penale non potrebbe in quest'ottica mai essere arbitraria poiché sempre formulata nell'interesse della collettività che viene rappresentata, e dunque sempre rispettosa delle libertà individuali.

Neanche tale ricostruzione però rispecchia la dinamica concreta delle democrazie parlamentari contemporanee, caratterizzate dal rapporto fiduciario tra l'organo legislativo e quello esecutivo: in questo quadro, in cui la legge è tutt'altro che la manifestazione di una volontà generale dell'assemblea rappresentativa e distinta dagli indirizzi di politica criminale del Governo, la *ratio* garantistica della riserva di legge è stata individuata nella peculiarità del procedimento legislativo che, attraverso la dialettica maggioranza – opposizione, consentirebbe di tutelare tutti i destinatari del comando⁹⁰.

Nondimeno, non si può non rilevare come allo stato attuale i testi di legge vengano sovente determinati dalla staffetta Governo-maggioranza parlamentare, con totale esclusione delle minoranze; per tale motivo autorevole dottrina tende ormai a riconoscere come la garanzia della riserva di legge non sia più di tipo contenutistico, ma di tipo procedimentale⁹¹. Detto altrimenti, la matrice garantistica della riserva sarebbe soddisfatta non tanto dall'intrinseca equità della legge o dalla partecipazione della minoranza nella determinazione dei contenuti, quanto dalla disciplina del procedimento di approvazione della norma penale, disseminata di fasi dibattimentali e di momenti di verifica.

Sotto un primo profilo, infatti, la legge viene adottata, diversamente dai regolamenti governativi, nell'ambito di un *iter* che costringe il dibattito politico in aula, permettendo così

⁸⁸ VINCIGUERRA, *Delegazione legislativa e disciplina penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1971, p. 1118; DELITALA, *Cesare Beccaria e il problema penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1964, p. 965; MARINUCCI – DOLCINI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, cit., p. 31; FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 41.

⁸⁹ Un'ulteriore obiezione alla tesi della naturale conformità della legge all'istanza ugualitaria deriva dall'ammissibilità di leggi provvedimento, quindi né generali né astratte, anche in materia penale; al proposito, MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 1223; DOLCINI, *Leggi penali ad personam, riserva di legge e principio costituzionale di uguaglianza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004, p. 50.

⁹⁰ CARLASSARE, voce *Riserva di legge*, cit., p. 2; KELSEN, *I fondamenti della democrazia*, Bologna, 1966, p. 65, il quale concepisce la democrazia rappresentativa come meccanismo deliberativo che conduce al compromesso a seguito della reciproca influenza tra maggioranza e minoranza.

⁹¹ PALAZZO, *Introduzione ai principi*, cit., p. 232; IADICCIO, *La riserva di legge nelle dinamiche di trasformazione dell'ordinamento interno e comunitario*, cit., p. 40.

l'instaurazione di un minimo di dialettica tra Governo-maggioranza parlamentare e opposizione.

Sotto un secondo profilo, va considerata la pubblicità dei lavori parlamentari e la loro diluizione temporale che dovrebbe consentire all'opinione pubblica di conoscere adeguatamente e valutare i contenuti delle norme incriminatrici; ciò, diversamente da quanto avviene per i regolamenti, approvati speditamente e senza pubblicità, in riunioni governative non pubbliche.

Sotto un ultimo profilo, si è sottolineato come la norma penale resti assoggettata ad un controllo successivo alla fase di formazione e questa volta di tipo contenutistico, ossia quello effettuato dalla Corte Costituzionale: se il controllo dell'opinione pubblica e quello dell'opposizione parlamentare tendono ad attuare la *ratio* garantistica della legalità, ossia non che i contenuti delle norme penali corrispondano ad una volontà condivisa ma più limitatamente che la loro adozione avvenga nel rispetto di procedure che assicurino una vigile partecipazione dell'opinione pubblica e dell'opposizione, solo quello costituzionale attua la *ratio* garantista della legalità anche al di là del meccanismo democratico, di per sé non in grado di assicurare la compatibilità dei contenuti della legge penale con i diritti e le libertà fondamentali sanciti in Costituzione.

Questa ricostruzione della riserva, non più incentrata sulla giustizia e democraticità della legge ma sulle forme di controllo, finisce con l'avvallare una tendenziale equiparazione tra sistema democratico e maggioritario: invero, i controlli, seppure con l'intento di spergiarare gli arbitri della maggioranza, non possono assicurare né l'effettività della salvaguardia, né la demarcazione dei contenuti legislativi arbitrari e contenuti che tali non sono⁹². Ciononostante, la suddetta appare la teoria della riserva di legge maggiormente accreditata in dottrina, in quanto più di ogni altra in linea con le evoluzioni storiche del processo di produzione normativa e con le attuali interferenze funzionali degli organi che vi partecipano.

⁹² In chiave critica, PALAZZO, voce *Legge penale*, cit., 344; DOLCINI, *Leggi penali ad personam*, cit., p. 54. A favore di tale ricostruzione, invece, PAJNO, *Considerazioni sul principio di democraticità e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 2005, p. 500, il quale evidenzia il pregio del meccanismo in esame perché ideale a massimizzare l'imputazione della responsabilità ai governanti: il loro operato, infatti, risulterebbe più facilmente valutabile dagli elettori senza gli infingimenti tipici dei compromessi tra i diversi interessi rappresentati in Parlamento.

2.2 La crisi della riserva di legge

Un tanto ricordato, si può ora procedere nell'affrontare la diffusa tematica della crisi attuale della legalità. In ogni dove, infatti, si parla di crisi della legalità, ma, per farlo con contezza, occorre previamente inquadrare il fenomeno nei suoi esatti confini⁹³.

Parlare di crisi della legalità non significa che si è dissolta la portata garantistica della riserva di legge in materia penale, ma solo che essa è mutata⁹⁴: in sostanza, la riserva non è più in grado, o forse non lo è mai stata, di garantire sotto il profilo contenutistico la bontà intrinseca della legge, ma può efficacemente assicurare sotto il profilo procedurale una possibilità di controllo democratico della legge. Insomma, si è passati da garanzia di contenuto a garanzia di procedimento. È la conformazione procedimentale dell'*iter* legislativo che assicura innanzitutto la pubblicità dei luoghi in cui si forma la legge, così come la partecipazione dell'opposizione politica e, soprattutto, la possibilità che il processo deliberativo eventualmente continui, sebbene in negativo, nel processo di legittimità costituzionale⁹⁵.

Di più, la riserva di legge è garanzia, non più del monopolio del legislatore parlamentare nella produzione del diritto penale, bensì per il ruolo prioritario che alla fonte legislativa nazionale deve pur sempre essere riconosciuto in rapporto di integrazione, però, con le fonti del diritto europeo e di quello internazionale.

⁹³ Occorrerebbe muovere dall'affermazione, DONINI-INSOLERA, *Considerazioni introduttive*, in AA.VV., *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, Bologna, 2005, p. 13, secondo cui la riserva di legge in materia penale altro non fu che una convenzione prescrittiva sorretta da alcuni presupposti fattuali: l'esperienza costituente, il dominio dei partiti nella successiva attività parlamentare e la loro precisa politica criminale. Per il resto la riserva di legge esprimeva un dover essere ai soli fini di legittimazione istituzionale. La tanto celebrata virtù delle garanzie politiche offerte dal controllo della minoranza non si sarebbe avuta se non occasionalmente. Basti a questo proposito avere contentezza sul reale funzionamento delle commissioni parlamentari: il controllo di minoranza è solo una facoltà ipotetica e il compromesso politico si è sempre espresso su oggetti che raramente hanno avuto a che vedere con le scelte di incriminazione. Nella realtà, quindi, la politica criminale è sempre stata calata dall'alto, mai realmente fondata politicamente.

⁹⁴ A metà degli anni Settanta la democraticità procedurale della riserva di legge si coniugò felicemente con la teoria dei beni giuridici, ma, purtroppo, il coniugio fu breve. Per tale teoria, la legittimazione delle scelte di incriminazione avrebbe dovuto poggiare sulle scelte di valore contenute nella Carta Costituzionale; in nome della riserva di legge, il legislatore avrebbe dovuto predisporre una tutela penale solo avuto riguardo ai beni costituzionalmente rilevanti o significativi. Insomma un perfetto connubio tra la democraticità procedurale della riserva di legge e la democraticità sostanziale delle scelte costituzionali: la prima si inverava nella seconda e quest'ultima evitava il rischio di possibili derive attraverso il ferreo monopolio legislativo della produzione normativa penale. Sennonché, ben presto tornò a trionfare il primato della politica, sulla base dell'idea per cui il catalogo dei beni costituzionali sarebbe eccessivamente rigido per scelte di criminalizzazione che non solo avrebbero dovuto tenere il passo con i tempi, ma avrebbero dovuto essere anche permeabili al dinamismo sociale, di cui solo il legislatore può essere interprete.

⁹⁵ Il ritorno alla democraticità procedurale della riserva di legge dovrebbe riposizionare tutto il peso della garanzia sul legislatore parlamentare. Orbene, nel momento in cui la politica torna al centro della scelte punitive, certamente il principio della riserva di legge afferma tutto il suo pieno significato garantista ribadendo il monopolio del legislatore; ma allo stesso tempo non è possibile ignorare che la discussione democratica nelle società attuali trovi nelle sedi parlamentari solo una delle possibili sedi di dibattito. Infatti, un fattore di forte crisi per il monopolio legislativo è costituito dal difficile rapporto tra il diritto penale e l'Unione europea.

Come, con acume, si è osservato, il principio di legalità nel diritto penale ha subito quello che può definirsi il processo di eterogenesi dei fini. Quanto più esso ha trovato riconoscimento incontestato tra gli studiosi, affannati ad espungere le fonti *subprimarie*, tanto più la fonte primaria ha smarrito i connotati che ne conclamavano il valore: per un verso, in attuazione del principio di uguaglianza, la generalità e l'astrattezza; per un altro verso, in attuazione del principio di garanzia statuito a vantaggio dei destinatari della norma, la descrizione precisa e pregnante del fatto illecito e delle conseguenze punitive⁹⁶. Se ben deve riconoscersi, alla sequela di Aristotele, che spetta alla legge determinare "tutto quanto è possibile", restringendo il campo della libertà ai giudici soprattutto "perché il giudizio del legislatore non è particolare, ma riguarda il futuro e l'universale, mentre il componente dell'assemblea e il giudice giocano ogni volta su casi presenti e determinati", incorrendo così il rischio per "amicizia, odio o utilità particolare di non vedere sufficientemente la verità, ma il piacere o il dispiacere personale"⁹⁷, allora è evidente come e quanto la fonte legislativa tenda attualmente a distaccarsi dai suoi fondamenti. Da un lato, la perdita di autorevolezza del legislatore determina un calo generalizzato della fiducia nella legge, vista come incapace di risolvere i nodi cruciali del diritto penale; dall'altro la giurisprudenza, "approfittando" di tale situazione, tende ad affermare la sua autorità mediante la correzione in via interpretativa dei supposti errori e lacune dei prodotti legislativi.

Questi fattori determinano dubbi in ordine al valore da attribuire alla legge, la cui supremazia dovrebbe derivare, non solo formalmente dall'organo rappresentativo che la emana, ma anche sostanzialmente da alcune peculiarità che dovrebbero caratterizzarla, quali generalità, astrattezza, stabilità, determinatezza, precisione, chiarezza, imperatività e razionalità. Tutte caratteristiche queste che sono state viste consuetamente come dirette a realizzare i valori di libertà, uguaglianza e sicurezza collettiva, di cui lo Stato si è fatto garante assoluto⁹⁸.

Inoltre, la diluizione formale e sostanziale della sovranità, determinata, sul piano esterno, dalla moltiplicazione dei vincoli internazionali e comunitari e, su quello interno, dalla tendenza a sostituire, a livello di tecnica di regolazione giuridica, il precetto autoritario col metodo della negoziazione e del bilanciamento degli interessi dei rappresentanti dei poteri socialmente forti, solleva ulteriori perplessità sulla validità del principio di stretta legalità nel

⁹⁶ Sulla questione RONCO, *Precomprensione ermeneutica del tipo legale e divieto di analogia*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, DOLCINI-PALIERO (a cura di), Milano, 2008, vol. I, p. 693.

⁹⁷ ARISTOTELE, *Retorica*, I, 1, 1354 a, 31, in *Opere*, X, Bari, 1973.

⁹⁸ Sul concetto di sovranità, GROSSI, *Epiciclo per l'assolutismo giuridico*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano, 1988, n. 17, p. 517.

campo penale⁹⁹. Da non dimenticare, poi, come l'erosione del dogma, sempre alla base della legalità, della rigida sottoposizione del giudice alla legge, abbia favorito l'accrescersi dello spazio interpretativo lasciato alla giurisdizione¹⁰⁰.

Procedendo con ordine, occorre subito rammentare che il senso più pregnante della garanzia apprestata dalla riserva di legge nei confronti del c.d. potere punitivo non è solo quello della libertà che all'individuo viene dalla possibilità di regolare il proprio comportamento su una previa regola generale e astratta, ma è anche e soprattutto quello derivante dalla democraticità che appunto nella legge si incarna come migliore sistema possibile delle decisioni politiche.

La crisi della riserva di legge consegue ad una crescente incapacità della stessa di dispiegare il suo ruolo di garanzia su entrambi i piani. Tralasciando i contorni davvero fittizi che ha assunto la garanzia della libertà di autodeterminazione offerta dalla legge al cittadino, ciò che qui rileva è la qualità della legge e della legislazione, pregiudicata dalla produzione quantitativamente inflazionistica e qualitativamente sciatta da rendere nulla più che una finzione la possibilità per il cittadino di orientare il proprio comportamento sulla base di una norma sufficientemente chiara¹⁰¹.

Ma l'aspetto che più preme è quello della garanzia recata dalla legge in ragione della sua democraticità, definibile come contenutistica. Su questo piano tre paiono le linee di caduta della legalità¹⁰²: la perdita di consistenza dello stesso principio democratico tradizionale; la

⁹⁹ DOLCINI, *Leggi penali ad personam, riserva di legge e principio costituzionale di uguaglianza*, cit., p. 50.

¹⁰⁰ FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 353; PAGLIARO, *Testo e interpretazione nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 433.

¹⁰¹ Per PALAZZO, *Sistema delle fonti e legalità penale*, in AA.VV., *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, cit., p. 89, fortunatamente il diritto penale ha potuto, al riguardo, beneficiare di una categoria dogmatica che ha consentito di recuperare quanto perduto sul terreno della legalità e della connessa garanzia di libertà. Il riferimento è alla colpevolezza e agli sviluppi impressi a suo tempo dalla Corte Costituzionale alla disciplina dell'*error iuris*. Certo una più coerente evoluzione del sistema avrebbe dovuto condurre ad un generalizzato e penetrante controllo di costituzionalità proprio sulla legge e sulle sue mancanze *sub specie* di determinatezza e di riserva di legge piuttosto che al potenziamento di un ruolo supplente della colpevolezza affidato alle mani dei singoli giudici.

¹⁰² PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio fondamentale*, cit., p. 1286, riconduce la crisi della legalità a tre cause che evidenziano come la caduta di fiducia nella bontà della legge possa trovare radici che partono da un mutamento delle convinzioni relative allo stesso rapporto tra soggetto umano e realtà oggettiva, per poi passare alle trasformazioni subite dalle concezioni del diritto specie sotto le spinte della globalizzazione, per poi terminare con le vicende modificative di quei meccanismi istituzionali sui quali poggiava il pregio politico della legge negli Stati liberal-democratici. Se le tre cause dette sembrano *prima facie* divergere da quelle sopra descritte, in realtà a livello contenutistico sono sovrapponibili.

Venendo specificatamente alle cause della crisi della legalità, la prima pare avere natura filosofica, nel senso che essa sia espressione della più generale crisi del pensiero occidentale. "La legge, cioè quale espressione normativa di quell'imperante volontarismo con cui l'uomo occidentale ha affermato la propria soggettività soggiogante la realtà in un rapporto, poi mediato da scienza e tecnica, in cui gli enti sono pensati in funzione dell'uomo e della sua esigenza dominante di sicurezza. E nel momento in cui questo pensiero occidentale razionalizzante mostra la sua incapacità a ricomprendere tutto l'inesauribile essere, allora il nichilismo imperante travolge anche l'intrinseca bontà della legge. Il confronto col mondo islamico, a cui si è sospinti,

accentua il diffondersi in Occidente di un pensiero dubitoso rispetto al dirompente vitalismo che viene dall'Oriente ed in cui il fondamentalismo dei dogmi si unisce ad un ridimensionamento del protagonismo dell'individuo razionale e della sua pretesa di ordinare e controllare tutto".

La seconda ragione è di natura giuridica, figlia delle trasformazioni intervenute sullo stesso paradigma del diritto. Oggi, alla volontà e certezza alla base della legalità di stampo illuminista, in grado quindi di controllare previamente il conflitto di interessi, si è sostituita l'idea del diritto come strumento di *governance* dei plurimi interessi in gioco. Lo schema della loro composizione non è più sempre e necessariamente pre-data, ma deriva da una valutazione delle sue conseguenze sociali, in un certo senso fatta *ex post* perché oltre lo schema rigido fornito dalla legge. Alla volontà unitaria del precetto penale si sostituiscono, più che le volontà dei giudici e delle parti chiamati a confrontarsi con la fattispecie, le valutazioni che essi opereranno per rendere la disciplina coerente con gli obiettivi strategici del sistema; dunque, *governance* al posto di volontà prescrittiva. Questo mutamento comporta nella pratica che alla rigidità descrittiva della fattispecie penale si sostituisca l'indicazione legislativa di parametri, criteri e obiettivi di disciplina; alla certezza della decisione giuridica, sintomo di onnipotenza del diritto, è subentrato l'equilibrio che è, invece, il risultato di un diritto che riconosce la molteplicità delle forze e la conseguente difficoltà delle scelte decisionali e per questo vi appresta degli strumenti per arrivarvi. Alla contrapposizione certezza/equilibrio corrisponde poi un'altra coppia di opposti: forza contro mitezza. La certezza accredita un'impressione di onnipotenza del diritto e della pronuncia giuridica che si impone sempre identica quale che sia la fattispecie concreta; al contrario, l'equilibrio dà l'impressione di una decisione che, con estrema difficoltà, è ogni volta è in cerca di sé stessa nel difficile ascolto di tutte le pretese e di tutti gli interessi (in tal senso emblematico è il criterio elaborato dalla Corte di Cassazione della alta credibilità razionale della spiegazione causale dell'evento, criterio che, rinunciando all'assolutezza della certezza scientifica, è più sensibile non tanto alle esigenze di tutela, ma soprattutto ai parametri conoscitivi dell'uomo che agisce nella realtà quotidiana. Un parametro, insomma, aperto, in quanto adattabile e dipendente dalle caratteristiche proprie della fattispecie concreta. Ed invero la credibilità razionale di una determinata spiegazione causale viene a dipendere solo in parte dall'indice di probabilità statistica di verifica dell'evento, essendo piuttosto la risultante di tutta una serie di ulteriori valutazioni, che vanno dall'autorevolezza scientifica degli indici probabilistici alla completezza probatoria raggiunta nella descrizione dell'evento, dal contesto di verifica dell'evento alla possibilità o meno di escludere l'efficacia di altre serie causali alternative). Infine, va citata la crisi istituzionale della legalità. La legalità, in sostanza, realizza quel principio democratico che nel nostro Stato costituisce la fonte di legittimazione del potere normativo e di quello punitivo. La legge, in quanto prodotto e espressione della volontà parlamentare, attua il principio democratico, ma se la democrazia si è corrotta allora anche la legalità entra in crisi. La crisi della democraticità è a sua volta frutto di molteplici fattori. Innanzitutto va citato il carattere mediatico delle politiche attuali, frutto appunto delle opinioni delle concentrazioni massmediatiche e dei potenti gruppi economici con la loro attività lobbistica. E nel campo del diritto penale il carattere spesso emotivamente coinvolgente delle materie oggetto di disciplina finisce per accrescere ulteriormente il ruolo dei *massmedia* nella formazione del necessario consenso sociale. La seconda linea di crisi della democrazia è quella che corre lungo la sempre crescente difficoltà che essa incontra nei suoi rapporti con il principio maggioritario. Non solo oggi il principio democratico si sta convertendo in quello maggioritario, ma in realtà ogni meccanismo di rafforzamento della maggioranza parlamentare snatura corrispondentemente la garanzia e la fiducia di cui poteva godere la legge. La recente esperienza dimostra anche come all'accentuato potere della maggioranza faccia riscontro la tendenza a proseguire il processo di formazione normativa presso gli organi di garanzia, ossia la Corte Costituzionale e il Presidente della Repubblica (cioè, ad esempio, è evidente, per quanto riguarda la legge sulla sospensione dei processi per le più alte cariche dello Stato). Le conseguenze ulteriori di questa tendenza a recuperare presso gli organi di garanzia il terreno perduto dalle minoranze in sede parlamentare sono un obiettivo incremento del loro tasso di politicità, a discapito della funzione loro propria di controllo imparziale. Senza contare, poi, che l'accresciuto ruolo politico degli organi di garanzia stimola la tentazione della maggioranza ad estendere il controllo su di essi, anche mediante riforme sulla composizione di tali organi, che avvirebbero alla vera e propria sconfitta della legalità. Il principio democratico deve fare i conti con quello tecnocratico: di fronte ad una realtà sempre più pervasa dalla tecnologia, il legislatore non può fondare il prodotto normativo solo sul consenso sociale, dovendo necessariamente attingere al sapere scientifico. Il che significa, sotto il profilo ordinamentale, lo spostamento del baricentro normativo dall'organo parlamentare all'apparato amministrativo, con tutta la fioritura di autorità indipendenti e di organi tecnici dotati di specifiche competenze comprensive di poteri normativi. Il più potente fattore di crisi istituzionale della legalità resta però l'interpretazione costituzionalmente orientata che ha messo in ginocchio il paradigma dell'onnipotenza democratica della legge fondata sulla presunzione di legittimità e intangibilità dei suoi contenuti: valori costituzionali assunti come nuovi beni giuridici penalmente sanzionati al posto degli originari, con ardite operazioni di metamorfosi della fattispecie con tutto ciò che ne consegue sul piano interpretativo e del superamento del volontarismo legislativo; dichiarazioni di incostituzionalità e sentenze interpretative di rigetto che, nonostante il rigoroso *self restraint* mantenuto dalla Corte Costituzionale in materia penale, non hanno mancato di affrancare il sistema dalle punte di maggiore anacronismo o autoritarismo. Basti sul punto pensare al penetrante controllo esercitato sul sistema sanzionatorio oppure la sensibilità dimostrata per il principio di colpevolezza oppure, ancora, all'adeguamento di certe aree politicamente compromesse ai nuovi diritti di libertà (diritto penale politico, repressione dello sciopero, ecc.).

trasformazione del sistema delle fonti e la loro proliferazione a scapito della legge; l'alterazione dell'originario equilibrio tra la legge e il potere giudiziario.

Quanto al primo aspetto ci si interroga su quali siano i reali vettori che conducono la volontà popolare a trovare espressione nella legge, se i meccanismi della rappresentanza parlamentare o non piuttosto le interpretazioni che di tale volontà forniscono le concentrazioni massmediatiche e più in generale i potenti gruppi economici con la loro attività lobbistica; nel campo penale poi il carattere spesso emotivamente coinvolgente delle materie oggetto di disciplina penale finisce per accrescere il ruolo dei *mass media* nella formazione del necessario consenso sociale. Per quanto riguarda poi le conseguenze del passaggio al sistema maggioritario, è facile constatare come all'accentuato potere della maggioranza in sede parlamentare e governativa faccia riscontro la tendenza a protrarre il processo di formazione normativa presso gli organi di garanzia, quali Corte costituzionale e Presidente della Repubblica. Questa tendenza a recuperare presso gli organi di garanzia il terreno perduto in sede parlamentare ha, come conseguenza ulteriore, l'incremento del tasso di politicità di tali organi, l'estensione pure su di essi del proprio potere di condizionamento, anche attraverso la riforma della composizione degli stessi.

Il fatto è poi che la democrazia non costituisce più l'unico asse su cui si regge il sistema istituzionale: da un lato, infatti, si assiste al diffondersi dell'opera interpretativa dei giudici; dall'altro, la realtà, sempre più pervasa dalla tecnologia, ha determinato lo spostamento del baricentro normativo dall'organo parlamentare all'apparato amministrativo, con tutta la fioritura di autorità indipendenti e organi tecnici dotati di specifiche competenze comprensive di poteri normativi.

Quanto al secondo piano del discorso attinente alle fonti, si può osservare come la maggior parte degli atti parlamentari aventi un contenuto provvedimentale sono quelli elaborati all'esterno attraverso la c.d. contrattualizzazione del processo di formazione della decisione normativa, mentre le poche leggi di principio spesso assumono valore simbolico o si limitano a comporre il conflitto ideologico che sta alla loro base solo grazie a formulazioni ambigue e indeterminate, tali cioè da esprimere solo in apparenza una volontà parlamentare, rimettendo, nella realtà, la decisione agli organi dell'applicazione.

Ma ciò che segna la crisi della legge penale è, come noto, l'incremento delle fonti primarie di origine governativa: dopo l'alt dato dalla Corte Costituzionale all'abuso del decreto legge, si è aperta la stagione del decreto delegato. I requisiti costituzionali della delegazione legislativa hanno subito un progressivo allentamento nella prassi, ma è

soprattutto con l'invenzione dei decreti delegati correttivi che si è ottenuto il risultato di un prolungamento della delega che tende a stabilizzare nel Governo il potere di normazione primaria.

Non meno significativa è la delegificazione, in virtù della quale la legge può autorizzare la fonte regolamentare a modificare e derogare le fonti primarie. È vero che la legittimità della delegificazione è subordinata alla condizione che non si tratti di materia coperta da riserva assoluta di legge e che, dunque, non è ammesso un ricorso diretto alla stessa in materia penale, ma è altrettanto vero che non possono escludersi effetti indiretti: questo accade, ad esempio, tutte le volte in cui, attraverso la norma penale in bianco, il legislatore accorda una tutela penale ad interessi la cui disciplina, in sé non coperta da riserva assoluta, venga ad essere interessata dalla delegificazione.

In questo quadro si inserisce anche il procedimento di attuazione delle direttive comunitarie, affidato appunto ad un meccanismo che fa congiuntamente ricorso alla delegazione legislativa e alla delegificazione. In ogni caso, data la quantità di direttive che ormai condizionano la fisionomia attuale dell'ordinamento, ne risulta per questa via potenziato il ruolo delle fonti primarie di origine governativa.

Naturalmente si potrebbe osservare, non senza fondamento, che la crisi della legge riguarda l'ordinamento nel suo complesso, mentre il diritto penale dovrebbe esserne immune stante la riserva di legge costituzionalmente sancita in materia. Ma è altrettanto vero che il diritto penale non può ritenersi avulso dalla realtà, condividendo, in misura maggiore o minore, le sorti dell'intero ordinamento, sollecitato com'è anch'esso ad aprirsi al pluralismo delle fonti da fattori sia interni che esterni¹⁰³.

¹⁰³ Secondo parte della dottrina i termini che definiscono il campo problematico sembrerebbero tre: legge, legalità e legalità penale. Attorno al polo costituito dalla legge si addensa la constatazione del fenomeno storico-giuridico per cui questa fonte, se non ha perso il primato, ha visto comunque grandemente scemato il proprio prestigio nella sua funzione di disciplina della realtà. Con il termine legalità ci si sposta dallo stato descrittivo a quello prescrittivo: dalla ricognizione descrittiva dello stato di fatto in cui versano la legge e i suoi effetti empirico-sociali, all'individuazione prescrittiva degli scopi della legge e della coerenza con determinati principi del diritto e dell'ordinamento. L'idea della certezza, ad esempio, come ispirazione fondamentale del diritto rimanda alla legge come la fonte più stabile, univoca, unica, generale e omnicomprensiva, rispettosa del principio di uguaglianza e dell'idea di uno Stato unitario. Infine, il principio di legalità in materia penale: è noto a tutti, infatti, come sia la peculiare esigenza di garanzia a conferire alla legalità il suo statuto privilegiato in sede penale. La verità è che però le ragioni dello speciale privilegio di cui la legalità gode nel diritto penale potevano avere un senso fin tanto che i fatti criminosi si esaurivano nei delitti naturali, dove la naturalità sottolineava proprio la materialità dell'offensività di comportamenti illeciti. Ma già nel momento in cui il diritto penale apre la porta alla responsabilità per omissione, l'offensività del fatto criminoso inizia quel processo di smaterializzazione che è per l'appunto dovuto al fatto che l'oggetto della disciplina è sempre più artificiale, più giuridico. Questo fenomeno è già delineato quando si osserva che i beni giuridici penalmente tutelati non solo possono essere immateriali, ma anche identificarsi in funzioni, cioè in apparati che sono di creazione esclusivamente normativa ed istituzionale, come ad esempio le funzioni di controllo (dell'economia, del mercato, ecc.). Questo processo di dilatazione e di integrazione della tutela penale con le aree sociali strutturate normativamente, fa perdere alla legalità penale il suo carattere di isola felice per compenetrarlo con l'intero ordinamento. Per cui se la legge e la legalità vanno in crisi nel sistema giuridico complessivo, sarà molto difficile che in ambito penale esse si mantengano immuni da tale fenomeno, nonostante la indubbia specificità garantistica del diritto punitivo.

Sotto il profilo interno, non c'è dubbio che la normativizzazione della vita sociale non può non riflettersi in ambito penale attraverso quegli istituti che funzionano da cerniere tra diritto penale ed *extrapenale*. Non è certo un caso l'incremento che ha avuto l'obbligo di impedire l'evento nella concreta vita applicativa dei reati causalmente orientati. Posto che la previsione legislativa delle posizioni di garanzia non può andare oltre l'elencazione delle relazioni tra soggetto obbligato e beni tutelati all'origine della responsabilità per omissione, l'individuazione del contenuto specifico dell'obbligo di agire *ex art. 40 comma 2 c.p.* sembra però in ogni caso destinato a rimanere affidato all'alternativa della previsione da parte delle fonti secondarie e della concretizzazione da parte del giudice. E ciò in ragione dell'insopprimibile esigenza di adeguamento del contenuto dell'obbligo alle multiformi situazioni da tutelare che, nella migliore delle ipotesi, possono trovare espressione nelle fonti secondarie se non addirittura nell'opera di deduzione del giudice. Il che è la conseguenza, in definitiva, della moltiplicazione delle possibilità di agire a tutela dei beni giuridici offerte dalla società tecnologica nonché dalla moltiplicazione dei rischi.

Anche la colpa specifica, pur senza soppiantare quella generica, ha subito un notevole incremento. Al posto della democratica regola cautelare consuetudinaria, la disciplina delle moderne attività pericolose ha bisogno della regola cautelare tecnica che promana da autorità o istituzioni pubbliche o private dotate della indispensabile competenza specifica. Ma all'origine di questa tendenza di sempre più larga positivizzazione delle regole cautelari non c'è solo la crescente complessità tecnica degli accorgimenti prevenzionistici, ma anche un'altra esigenza più politica. È risaputo che la regola cautelare esprime il limite del rischio consentito in quanto socialmente accettato, connesso all'esercizio di attività pericolose ma socialmente utili. Ebbene, in una società dall'ossatura eminentemente economica, la regola cautelare attinente alle attività produttive viene a condizionare il grado di sviluppo del sistema economico-sociale, cristallizzando il rapporto costi-benefici politicamente imposto. Il che pone l'insopprimibile esigenza della massima rigidità della regola cautelare e rende del tutto manifesta la ragione per cui le regole cautelari positive, che sono poste fondamentalmente da fonti secondarie, si sono moltiplicate facendo così della colpa specifica un'altra cerniera di raccordo tra diritto penale e fonti normative diverse dalla legge.

Un altro aspetto da tenere in considerazione è quello della c.d. amministrativizzazione del diritto penale, in specie di quello complementare. Sia che si tratti, in generale, di fattispecie a tutela delle funzioni pubbliche e delle condizioni del loro esercizio, sia che si tratti di fattispecie incentrate sull'atto amministrativo in cui si realizza il bilanciamento tra gli

interessi confliggenti, non c'è dubbio che la tutela penale viene ad essere condizionata dalla disciplina amministrativa della funzione e dai relativi atti di esercizio. Il modello della norma penale in bianco finisce per essere quello principale e il ruolo svolto dalle fonti secondarie diviene essenziale.

Di fronte a questo fenomeno, diffuso è l'orientamento che caldeggia una depenalizzazione per riportare la tutela penale alle sole fattispecie costruite su eventi naturalistici. Ma una siffatta scelta di fondo, se realizzerebbe il nobile intento di ridare al diritto penale la sua originaria purezza sul piano delle fonti, allo stesso tempo segnerebbe la rinuncia all'effettività della tutela dei beni probabilmente più significativi della moderna società tecnologica. Invero, le fattispecie di evento sono tardive rispetto alla necessità di prevenire eventi che appare difficile efficacemente prevenire con il solo strumento amministrativo, soprattutto se si tiene conto della piaga della corruzione diffusa in tutti i livelli degli apparati burocratici.

Alla luce di quanto detto pare irrealistico tenere il diritto penale saldamente ancorato ad un terreno naturalistico, rifiutando le componenti di artificialità normativa introdotte dalla proliferazione delle fonti secondarie: esso tutelerebbe qualcosa che non esiste o che esiste solo in taluni angoli della complessa trama delle attuali società del mondo tecnologizzato. Da qui la lacerazione della coscienza del penalista, divisa tra l'alternativa di un diritto penale minimo, tanto irrealistico quanto discriminatorio, e la deriva di un diritto penale che corre il rischio di farsi pervasivo strumento di controllo sociale.

Connessa alla problematica del controllo sociale è anche l'attuale presa d'atto che alla volontà e certezza alla base della legalità di stampo illuminista, in grado quindi di controllare previamente il conflitto di interessi, si è sostituita l'idea del diritto come strumento di *governance* dei plurimi interessi in gioco. Lo schema della loro composizione non è più sempre e necessariamente pre-data, ma deriva da una valutazione delle sue conseguenze sociali, in un certo senso fatta *ex post* perché oltre lo schema rigido fornito dalla legge. Alla volontà unitaria del precetto penale si sostituiscono, più che le volontà dei giudici e delle parti chiamati a confrontarsi con la fattispecie, le valutazioni che essi opereranno per rendere la disciplina coerente con gli obiettivi strategici del sistema; dunque, *governance* al posto di volontà prescrittiva. Questo mutamento comporta nella pratica che alla rigidità descrittiva della fattispecie penale si sostituisca l'indicazione legislativa di parametri, criteri e obiettivi di disciplina; alla certezza della decisione giuridica, sintomo di onnipotenza del diritto, è subentrato l'equilibrio che è, invece, il risultato di un diritto che riconosce la molteplicità delle forze e la conseguente difficoltà

delle scelte decisionali e per questo vi appresta degli strumenti per arrivarvi. Alla contrapposizione certezza/equilibrio corrisponde poi un'altra coppia di opposti: forza contro mitezza. La certezza accredita un'impressione di onnipotenza del diritto e della pronuncia giuridica che si impone sempre identica quale che sia la fattispecie concreta; al contrario, l'equilibrio dà l'impressione di una decisione che, con estrema difficoltà, è ogni volta in cerca di sé stessa nel difficile ascolto di tutte le pretese e di tutti gli interessi.

Nell'ambito della crisi della legalità non va poi trascurato il tema dei rapporti tra legislazione e sentenze della Corte Costituzionale. Brevemente, è notorio che le c.d. sentenze additive di principio, con cui la Corte dichiara l'incostituzionalità di una omissione legislativa, enunciando anche il principio a cui dovrà ispirarsi il legislatore se e quando deciderà di provvedere, implicano, per un verso, forti limiti al *quomodo* dell'eventuale disciplina legislativa e, per altro verso, conferiscono da subito al giudice il potere-dovere di tradurre sul piano operativo il principio affermato. Esempio di siffatta tipologia di decisioni è quella del 1988 sull'irrelevanza dell'*ignorantia legis*, ove la Corte ha posto una norma avente la dignità di un vero e proprio principio, lasciando ben poca libertà ad un legislatore che in effetti ha poi optato per l'inerzia, lasciando ai giudici il compito di fare immediata applicazione di quella regola.

Con specifico riferimento al campo penale, il fatto che la Corte Costituzionale abbia consolidato un rigoroso *self restraint* quanto alle questioni di costituzionalità *in malam partem*, non ha evidentemente escluso che l'introduzione, da parte della stessa, di manipolazioni di disciplina talvolta davvero innovative e creative con effetti favorevoli per il reo. Più precisamente, è palese l'incisività degli interventi effettuati sul sistema sanzionatorio in generale e minorile in particolare. E non c'è chi non sappia come le opzioni normative in tema di sanzioni siano tra quelle politicamente più sensibili e delicate. Se il quadro sopra descritto concerne i fattori interni della crisi del principio della riserva di legge, non si può fare a meno di notare come elementi di minaccia promanino anche dall'esterno¹⁰⁴; all'uopo occorre distinguere tra diritto comunitario e quello internazionale.

¹⁰⁴ In ogni dove viene rilevato come la legalità penale ha cambiato volto. Come detto, la garanzia non starebbe più tutta ed esclusivamente nella provenienza parlamentare della legge né in quella sua compiutezza ed univocità linguistico-testuale in cui il giudice dovrebbe muoversi quasi meccanicamente. La legge è garanzia non più per la democraticità presunta dei suoi contenuti, bensì per il procedimento della sua formazione, che consente la dialettica parlamentare e il controllo dell'opinione pubblica nonostante il regime maggioritario, e per il sindacato di costituzionalità, che è capace di colmare il vuoto contentutistico della democrazia con una tavola di valori costitutiva della più profonda identità nazionale. La riserva di legge è garanzia non più per il monopolio del legislatore parlamentare nella produzione del diritto penale, bensì per il ruolo prioritario che alla fonte legislativa nazionale deve pur sempre essere riconosciuto in un rapporto di integrazione però con le fonti dell'Unione europea e del diritto internazionale e con le decisioni costituzionalmente obbligate della Corte di legittimità. Il legislatore nazionale e la compagine di maggioranza rimangono i protagonisti della politica criminale, ma oggi non è possibile pensare che quest'ultima possa

Nello scenario mondiale domina ancora lo strumento convenzionale, il quale fa salva la sovranità nazionale e il ruolo del Parlamento, chiamato ad autorizzare la ratifica delle sempre più numerose convenzioni internazionali multilaterali. Tuttavia la libertà dell'organo parlamentare appare piuttosto limitata: da un lato, le convenzioni concernenti la materia penale paiono sempre più dettagliate, perché si spingono non solo a formulare modelli minuziosi di fattispecie ma non di rado vincolano gli Stati anche a livello del trattamento sanzionatorio; dall'altro, l'oggetto di tali atti normativi è sempre più spesso tale da imporre obblighi sempre più difficilmente eludibili dagli Stati. In effetti, quando si tratta di beni fondamentali riconducibili ai diritti dell'uomo è forte l'obbligo morale alla ratifica e, una volta ratificata, la sua attuazione implica spesso degli obblighi di penalizzazione particolarmente stringenti, la cui violazione dà luogo a responsabilità internazionale in capo agli Stati. Si assiste pertanto ad un fenomeno di grande interesse sul piano delle fonti, caratterizzato dalla riduzione del margine di discrezionalità del legislatore nazionale di fronte ad atti convenzionali e di fatto cogenti, i quali per un verso traggono origine da organi privi di legittimazione democratica e per altro verso si rivelano dotati di una particolare autorevolezza derivante da una legittimazione fattuale fondata sulla capacità di soddisfare bisogni di tutela ovunque condivisi.

Passando all'ordinamento comunitario si assiste tanto al carattere sempre più dettagliato delle direttive che comprimono il ruolo del legislatore nazionale che al già menzionato meccanismo di recepimento predisposto dalla legge comunitaria annuale. Quest'ultima persegue il duplice meritevole scopo di coinvolgere il Parlamento attraverso la soluzione comunque semplificante della delega legislativa e di contenere il ricorso alla sanzione penale in base al principio dell'*extrema ratio*, ma allo stesso tempo essa contiene la delega per la trasposizione delle direttive più disparate: tale eterogeneità delle materie tutelate fa sì che i criteri della delega sanzionatoria, in sé apprezzabili, siano del tutto generici e come tali rimessi interamente all'esecutivo per la loro concretizzazione. Se a tutto ciò si aggiunge la tendenza delle direttive comunitarie a farsi sempre più stringenti e dettagliate, anche riguardo al profilo sanzionatorio, ci si può facilmente rendere conto di

essere sviluppata senza il concorso delle istituzioni europee, la cui competenza non è più solo circoscritta all'ambito economico. E neppure è possibile pensare che la politica penale abbia adempiuto al suo debito costituzionale col mero rispetto dei limiti costituiti dai diritti di libertà perché nuovi obblighi costituzionali positivi possono incombere sul legislatore al di fuori della sua sfera di discrezionalità. La legge non è poi più garanzia per sua univocità e determinatezza testuale. Caduti molti idoli, un equilibrio va ricercato nel confronto dialogico tra molteplici centri. In tale situazione l'esigenza profonda della garanzia certo permane e si converte in quella più complessa, consistente nel fornire degli strumenti affinché il campo della razionalità dialogica non diventi il terreno di incontrollabili prevaricazioni.

come la produzione normativa comunitaria abbia finito nel complesso per ridurre il ruolo della volontà parlamentare nella produzione del diritto penale.

2.3 La crisi della determinatezza

Se si intende la determinatezza nel senso tradizionale del termine, è evidente la crisi che essa indubbiamente attraversa a causa di una legislazione penale caotica e spesso di pessima qualità tecnica; è una crisi non certo empirica, ma fattuale, imputabile, in particolare, a due ordini di ragioni.

Per un verso, la straordinaria complessità delle moderne società occidentali, sotto il profilo sia degli sviluppi tecnologici sia del pluralismo ideologico, è causa di una legislazione minuta e instabile ovvero indecisa e contraddittoria, comunque assai lontana dall'idea delle leggi "poche, chiare e stabili"¹⁰⁵.

Per altro verso, però, va messo in conto anche un vistoso fenomeno di scadimento del provvedimento legislativo, dovuto a fattori politico-istituzionali. All'incessante attività di produzione normativa corrisponde spesso un intento politico meramente propagandistico, che si traduce pertanto in leggi prive di reale contenuto ordinante, di carattere contingente ed emotivamente condizionante, malamente redatte senza nessuna attenzione al profilo tecnico, sorrette dalla sola frenesia di poter esibire al più presto il provvedimento legislativo quale alibi di un impegno verso l'elettorato. Tale ambiguità, altrimenti, sovente è anche diretta conseguenza della tendenza compromissoria che caratterizza l'attuale attività legislativa: l'esigenza di bilanciare i vari interessi di cui sono portatrici le forze politico-sociali confliggenti si traduce in formulazioni penali ora eccessivamente generiche, ora incerte, che non di rado celano l'intento di scaricare sul potere giudiziario il compito di mediare tra opposte esigenze difficilmente compatibili in sede politica.

Passando ora al contenuto del principio di determinatezza, vanno prima fatte due premesse.

In primo luogo, la determinatezza della fattispecie non è una conseguenza necessaria dell'uso di materiale linguistico di un certo tipo piuttosto di un altro; nel senso che non esistono materiali linguistici, come gli elementi descrittivi e quelli quantitativi numerici, in grado di assicurare sempre e comunque la determinatezza.

In secondo luogo, i contenuti del principio *de quo* non possono che essere diversificati a seconda del tipo di norme in questione: non c'è dubbio infatti che il grado e i requisiti della

¹⁰⁵ PALIERO, *Minima curat praetor*, Milano, 1985, p. 159.

determinatezza sono ben diversi se si tratta di norme incriminatrici, o di parte generale o attinenti al sistema sanzionatorio.

Concentrando l'attenzione sulle norme incriminatrici, va osservato come la Corte Costituzionale, benchè abbia riconosciuto il rango costituzionale del principio in esame, allo stesso tempo ha dichiarato incostituzionali pochissime norme per violazione del principio di determinatezza. Lo stupore aumenta se si considera l'ormai dilagante tendenza ad una produzione legislativa affetta da tutti i peggiori difetti di tecnica redazionale.

Forse un tale *self restraint* può trovare una ragione in una caratteristica congenita del principio di determinatezza, ossia nel fatto che la sufficiente determinatezza di una norma è un giudizio che ha carattere quantitativo: detto altrimenti, tutte le norme hanno un certo margine di indeterminatezza, così come, al contrario, anche tutte le norme peggio formulate presentano un certo grado di determinatezza.

Tale aspetto allora può spiegare l'esitazione della Corte Costituzionale a dichiarare l'incostituzionalità sulla base di un parametro che può condurre a risultati opinabili.

A ciò va aggiunto il fatto che questa opinabilità inerisce ad un criterio di controllo della legge che non attiene ai suoi contenuti, bensì alla sua forma espressiva. Anche il tentativo di rintracciare, nella rare sentenze di accoglimento, dei possibili criteri per valutare la sufficiente determinatezza delle fattispecie ha sempre incontrato delle difficoltà¹⁰⁶.

Ad ogni modo può sinteticamente dirsi che, se in passato si è fatto riferimento al parametro dell'espressione linguistica in sé e per sé, più che ai suoi significati normativi a

¹⁰⁶ Si può dire che i criteri adottati dalla Corte Costituzionale per verificare il rispetto del principio di determinatezza sono riconducibili a tre filoni. Innanzitutto viene in rilievo il criterio del significato linguistico. Si tratta di un parametro, raramente praticato dalla dottrina e elaborato in epoca risalente dalla Corte, che può avere qualche utilità se utilizzato in relazione ad espressioni del linguaggio comune (Corte cost., 2 giugno 1982, n. 156, in *Giur. cost.*, 1989, I, p. 885, sul concetto di costruzione edilizia), ma si rivela totalmente inadeguato in caso di nozioni tecniche e specialistiche, la cui maggiore idoneità regolativa sta non già nell'adeguabilità alla multiforme realtà, bensì al rigore definitorio (ad esempio Corte Cost., 9 gennaio 1989, n. 11, in *Giur. cost.*, 1989, I, p. 26, con nota di PAPA, *La questione di costituzionalità relativa alla disciplina delle armi giocattolo: il diritto vivente tra riserva di legge e determinatezza della fattispecie*).

Secondariamente, la Corte di legittimità ha elaborato il criterio definibile del diritto vivente. Quando il diritto vivente sia consolidato in un'interpretazione costante e uniforme, la Consulta respinge l'eccezione di determinatezza sulla base dell'assunto per cui la norma avrebbe comunque trovato il suo contenuto precettivo; quando invece sussistono contrasti giurisprudenziali, l'eccezione è respinta perché le difficoltà interpretative, entro determinati limiti, sono fisiologiche. In conclusione col parametro del diritto vivente la Corte, da un lato, evita di spingersi nell'esame del testo legislativo, dall'altro, perviene ad un'ipervalutazione del ruolo della giurisprudenza, alla quale in definitiva vengono attribuiti dei compiti surrogatori rispetto all'obbligo legislativo di corretta formulazione della fattispecie.

Da ultimo la Corte Costituzionale ha accennato anche ad un criterio detto tipologico. Con maggior grado di esplicazione la misura e la natura della determinatezza costituzionalmente imposta è quella che consente alla fattispecie di esprimere un tipo criminoso, elastico quanto si vuole ma espressivo di un comune disvalore, indispensabile affinché il processo interpretativo possa muoversi sulla base di contenuti predeterminati.

cui si perviene attraverso l'opera dell'esegesi, di recente ci si è concentrati sul piano dell'interpretazione.

Nella prima prospettiva, la determinatezza è apparsa mutuataria del significato comune delle parole utilizzate dal legislatore e come tale, dato che l'espressione del linguaggio comune ha sempre un suo significato, raramente è in grado di condurre all'accertamento dell'illegittimità della disposizione; senza contare che tale criterio, se può avere qualche utilità se utilizzato in relazione ad espressioni del linguaggio comune, si rivela totalmente inadeguato in caso di nozioni tecniche e specialistiche, la cui maggiore idoneità regolativa sta non già nell'adeguabilità alla multiforme realtà, bensì nel rigore definitorio.

Nella seconda prospettiva, invece, la determinatezza è venuta ad identificarsi con il concetto di interpretabilità della norma, ossia della sua attitudine a produrre un risultato. Imboccata questa via, si aprono due ulteriori possibilità. La prima è quella, assai nota e ricorrente, del diritto vivente: spesso, infatti, la Corte di legittimità rigetta la questione perché la disposizione, determinata o meno che sia sotto il profilo testuale, ha assunto un significato consolidato in giurisprudenza¹⁰⁷. È evidente che tale posizione mette in ombra il principio di determinatezza che guarda verso il legislatore: invero, se tale principio è fatto salvo da un indirizzo giurisprudenziale consolidato, il suo fondamento e il suo ruolo non sono quelli di concentrare quanto più possibile nel potere legislativo la produzione della regola.

La seconda possibilità è che sia la stessa Corte a procedere ad una e vera e propria reinterpretazione della fattispecie sospetta di indeterminatezza, in modo da conferirle la sufficiente determinatezza¹⁰⁸. Si può parlare in questi casi di interpretazione adeguatrice, ma deve, tuttavia, dirsi che non sempre si tratta di un impegno ermeneutico della Corte atto a conferire alla norma significati conformi a parametri costituzionali, bensì di un'operazione diretta a dimostrare al giudice *a quo* che la disposizione impugnata è suscettibile di una interpretazione, così da sottrarsi alla censura di indeterminatezza. E, a dire il vero, la differenza non è priva di rilevanza sotto il profilo dei poteri della Corte suprema: mentre nell'interpretazione c.d. adeguatrice essa immette nella norma quei valori costituzionali del cui significato essa è depositaria, nelle questioni di

¹⁰⁷ Si veda, tra le più recenti, la sentenza 28 giugno 2002, n. 295, in tema di notizie c.d. riservate di cui all'art. 262 c.p.

¹⁰⁸ Così, ad esempio, con l'ordinanza 14 febbraio 2001, n. 39, la Corte ha ritenuto che l'art. 173 c.p.m.p. non contrasta con il principio di determinatezza perché "il reato non si sostanzia nella disobbedienza ad un ordine qualsiasi proveniente da un superiore gerarchico, in quanto solo la disobbedienza ad un ordine funzionale e strumentale alle esigenze del servizio o della disciplina, e comunque non eccedente i compiti di istituto, integra gli estremi del modello legale di cui all'art. 173 c.p.m.p."

indeterminatezza essa opera come un giudice ordinario quando fornisce alla disposizione un contenuto interpretativo che il giudice del rinvio non è stato capace di individuare.

Da ciò si ricava una conclusione paradossale, ossia che diritto vivente e interpretazione adeguatrice, se sono certamente due strumenti idonei a concretizzare la determinatezza della fattispecie, rovesciano il tradizionale orientamento teleologico del principio in esame, finendo per esaltare il ruolo del giudice anziché contenerlo.

Effettivamente pare che la crisi della legalità raggiunga il suo apice proprio nel rapporto tra il potere legislativo e quello giudiziario. E, come si è visto, spesso è proprio la legge a creare le premesse per il protagonismo interpretativo del giudice.

Facendo leva sui valori sottesi alla legalità, come essa si incarna nei rapporti legge-giudici, il primo che sovviene è quello della democrazia, il quale però ha carattere eminentemente procedimentale, non contenutistico, con la conseguenza di non potersi fare da garante di per sé del buon contenuto delle leggi.

In secondo luogo, legge significa norma generale e astratta e dunque uguaglianza di trattamento. Senonché la generalità e astrattezza della norma legislativa non può sottrarsi ad una plateale contraddizione: se, in quanto tale, garantisce l'eguaglianza, proprio quella stessa generalità e astrattezza della sua formulazione è all'origine dell'insopprimibile esigenza di interpretazione, dell'adeguamento al fatto concreto e alla fine del potere di concretizzazione normativa del giudice, con tutti i noti rischi di disparità di trattamento.

Il terzo valore associato alla legalità è quello della libertà individuale di autodeterminazione, di effettuare consapevolmente le proprie scelte di azione potendo prevederne le conseguenze giuridiche. Al riguardo va detto che, con la sentenza della Corte Costituzionale sull'*ignorantia legis*, lo strumento di reale di garanzia di tale valore si è spostato dalla legalità alla colpevolezza. Ciò naturalmente non significa che sul versante della legalità non permanga l'obbligo costituzionale di formulazione determinata della norma penale, ma che, concorrendo i due strumenti alla tutela dell'autodeterminazione dell'individuo, la stessa Corte ha preso atto dell'obiettiva difficoltà di realizzare oggi l'ideale delle leggi penali poche, chiare e dunque conoscibili al cittadino.

Un quarto valore è quello della giustezza della decisione giudiziale, ossia della sua corrispondenza alle attese delle parti in causa, della comunità giuridica e della società in genere.

Oggi la molteplicità degli interessi rilevanti e il pluralismo dei valori rendono difficile l'opera di disciplinamento giuridico della realtà. Da un lato, proprio quella complessità assiologia impone la determinazione di minimi inderogabili e netti di positivizzazione delle norme di

comportamento che trovano in campo penale e nell'area di tutela degli interessi fondamentali il loro terreno di elezione. Dall'altro lato, non è meno forte la necessità della norma di soddisfare in un dato momento la maggior parte degli interessi concorrenti e di trovarne l'equilibrio accettabile così da evitare reazioni da parte dei consociati.

Ebbene, mentre la prima esigenza implica ovviamente una certezza legale che si traduce in un'alta prevedibilità della decisione, la seconda esigenza si muove in tutt'altra direzione. Una prevedibilità assoluta sarebbe in effetti la negazione della capacità dell'ordinamento di integrare nel giusto equilibrio gli interessi in gioco attraverso la decisione degli organi giurisdizionali. Naturalmente ciò non significa dichiarare la fine della valore della certezza del diritto, ma piuttosto valorizzarne il profilo ulteriore della prevedibilità della decisione, cioè quello della chiarezza degli obiettivi finali e dei principi direttivi assunti dall'ordinamento. Sul piano ermeneutico, inoltre, vuol dire esplicitare i reali argomenti valutativi alla base della decisione, con evidente vantaggio per eventuali controlli esterni della decisione.

D'altra parte, il rischio che la conseguente esaltazione del momento applicativo della norma degeneri in una incontrollata invasione di campo degli organi giudiziari trova un almeno parziale antidoto nelle garanzie ordinamentali e procedimentali, rispettivamente, della assoluta imparzialità, autonomia e indipendenza dell'organo decidente e del principio del contraddittorio. Non sembra infatti realistico pensare ad un diritto penale che viva separato dal restante contesto, senza cioè essere coinvolto nella necessità di rendere partecipe in qualche misura anche l'organo giudicante del compito di integrare gli interessi in gioco in una decisione accettabile alla luce dei principi fondamentali dell'ordinamenti. Tutta una serie di clausole generali immancabilmente aperte, come la colpa, le posizioni di garanzia, la stessa causalità, ma anche tutti gli spazi interpretativi lasciati alle singole norme incriminatrici che oggi si offrono come campo di gioco di interessi confliggenti ma tutti rilevanti, impongono al giudice la ricerca di un loro equilibrio accettabile più che consentire una decisione assolutamente prevedibile. Qual è quel giudice, quel difensore o pubblico ministero che, ad esempio in materia di colpa medica, non sia chiamato a concorrere nella ricerca di un equilibrio accettabile tra le esigenze di tutela della salute dei pazienti e le insufficienze strutturali del sistema sanitario? E l'esemplificazione potrebbe continuare a lungo con riferimento a tutti quei settori in cui il diritto penale entra nella complessità sociale e tecnologica: la responsabilità da prodotto e nelle organizzazioni complesse, i limiti del consenso scriminante, l'uso criminoso dei mezzi telematici e via dicendo. In qualche modo la complessità sociale e tecnologica delle moderne società

sottopone la legalità e dunque il rapporto giudice-legge ad una sollecitazione tale da riaprire il divorzio tra *voluntas* e *ratio* della norma. E anche il campo penale non si può sottrarre alle conseguenze di tale fenomeno, senza però dimenticare i quattro valori sottesi alla legalità che debbono continuare a coesistere insieme ispirando il rapporto tra legge e giudice.

2.4 I singoli fattori endogeni alla base della crisi della legalità

L'efficacia dei momenti di controllo democratico descritti in apertura, attraverso i quali la riserva di legge persegue la propria funzione garantista, richiede alcuni fondamentali presupposti: *in primis* l'assolvimento da parte dell'organo parlamentare della propria funzione rappresentativa, così che i contenuti delle leggi riflettano effettivamente necessità e interessi del corpo elettorale; secondariamente, il rispetto delle norme attributive di competenza tra i diversi organi e tra le diverse fonti, in modo tale che il Parlamento conservi un ruolo centrale nelle fondamentali scelte di incriminazione e che la norma penale sia davvero il risultato del procedimento tipico di adozione della legge, caratterizzato dal sistema dei controlli; in terzo luogo, l'osservanza in tale procedimento delle regole atte a garantire l'operatività dei controlli medesimi e di quello successivo della Corte Costituzionale.

Ebbene, la c.d. crisi della legalità, soprattutto sul piano storico, pare corrodere alla radice tutti questi presupposti¹⁰⁹. Questa caduta è dovuta attualmente a tutta una serie di fattori, distinguibili, come visto, in due diversi ordini: per un verso, i fattori endogeni presenti in varia misura nei diversi Stati; per altro verso, i fattori esogeni, derivanti dalla progressiva diffusione di fonti sovranazionali.

Per quanto riguarda i fattori endogeni, essi sono accomunati tra loro per il fatto di distorcere gli equilibri interni tra gli organi istituzionali, privando il Parlamento del suo ruolo di garante della democraticità/rappresentatività delle scelte di incriminazione. Venendo a quelli propri dell'ordinamento italiano, ci si trova di fronte ad una sorta di paradosso della legalità: a dispetto del fondamento costituzionale del principio di riserva di legge in materia penale e di una sua consolidata tradizione interpretativa in chiave assoluta o

¹⁰⁹ DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Milano, 2004, p. 83; DI GIOVINE, *Il sindacato di ragionevolezza della Corte Costituzionale in un caso facile. A proposito della sentenza n. 494/2006 sui falsi elettorali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, p. 110; MODUGNO, *Trasformazioni della funzione legislativa, in Crisi della legge e del sistema delle fonti*, Milano, vol. II, 2000.

tendenzialmente assoluta¹¹⁰, la prassi risulta invece caratterizzata da una palese frustrazione di tale principio, specie per quanto attiene la sua componente democratica, anche se attualizzata nella versione minimalista sopra illustrata.

Anche la tendenza alla negoziabilità è un segno visibile della globalizzazione e insidia lo spirito normativo tanto quanto la prassi. È vero che essa si svolge sotto il controllo dei vincoli normativi, ma è altrettanto vero che ogni disposizione contrattata è sintomo di una incapacità o di un arretramento normativo.

2.4.1 L'uso snaturato di fonti governative

Se è vero che gli atti equiparati alla legge sono ormai generalmente ritenuti compatibili con la riserva di legge di cui agli artt. 25 Cost. e 1 c.p., la ricognizione solo tra di alcune tra le più recenti modifiche in materia penale evidenzia da subito il progressivo stravolgimento della fisiologia costituzionale dei rapporti tra il potere legislativo e quello esecutivo nelle scelte di criminalizzazione, attraverso il massiccio utilizzo dei decreti governativi quale fonte del diritto penale¹¹¹.

Per un verso, infatti, nonostante la dottrina maggioritaria interpreti la detta riserva in senso tendenzialmente assoluto¹¹², dunque con teorica esclusione delle fonti secondarie dalla definizione del precetto, la prassi legislativa consolidata consente ormai un largo ingresso di tali fonti nel settore penale¹¹³.

Una certa interazione tra fonti primarie e secondarie, come risaputo, risulta inevitabile anche in ambito penale, sol che si consideri l'impossibilità per l'organo parlamentare di predisporre e aggiornare in tempi accettabili una completa disciplina sanzionatoria nei numerosi settori ormai caratterizzati da un elevato contenuto scientifico e tecnologico; essa addirittura appare necessaria per il raggiungimento di un equo compromesso tra riserva di legge e determinatezza¹¹⁴.

¹¹⁰ CARLASSARE, voce *Legge (riserva di)*, cit., p. 1; MARINUCCI – DOLCINI, *Corso di diritto penale, parte generale*, cit., p. 27.

¹¹¹ Possono menzionarsi, fra gli interventi più significativi degli ultimi anni, le riforme del diritto penale tributario (d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74) e societario (d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61), l'introduzione della responsabilità amministrativa da reato delle persone giuridiche (d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231), il Testo unico in materia di ambiente (d.lgs. 3 aprile 2006, n. 192) e via dicendo.

¹¹² ROMANO, sub art. 1, in *Commentario sistematico al codice penale*; MARINUCCI- DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 99; PALAZZO, voce *Legge penale*, cit., p. 353.

¹¹³ Trattasi questa di prassi avallata perfino dalla Corte Costituzionale. In argomento, VASSALLI, voce *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, cit., p. 304; MANES, *L'eterointegrazione della fattispecie penale mediante fonti subordinate. Tra riserva politica e specificazione tecnica*, cit., p. 95.

¹¹⁴ BARTOLI, *Incriminatione e giustificazione di una diversa legalità*, cit., p. 31.

Tuttavia, nella prassi italiana tale interazione ha raggiunto proporzioni talmente significative da indurre la dottrina a rilevare nei fatti una progressiva relativizzazione della riserva di legge penale¹¹⁵.

Dall'altro lato, sull'utilizzo di atti normativi aventi forza di legge, quali decreti legge e legislativi delegati in una materia come quella penale coperta da riserva di legge assoluta, vi è chi, ritenendo che la riserva di legge attenga al rapporto tra organi, nega la compatibilità di tali fonti con la riserva detta¹¹⁶ e chi, reputando la riserva relativa ai rapporti tra fonti, pone sullo stesso piano la legge formale e gli atti dell'esecutivo con valore di legge¹¹⁷. A sostegno di quest'ultima tesi si sottolineano i momenti di indirizzo preventivo, per i decreti legislativi delegati, o di controllo successivo, nel caso dei decreti legge, appannaggio del Parlamento sui contenuti dei detti atti.

Eppure, il massiccio ricorso a fonti governative in materia penale desta non poche perplessità anche tra coloro che in linea di principio ne ammettono la legittimità¹¹⁸: ecco perché il Parlamento dovrebbe conservare centralità quanto meno nella determinazione degli indirizzi di politica criminale per far sì che il ricorso ai decreti sia rispettoso dei limiti sanciti in Costituzione. Invece, specie negli anni più recenti, non solo si è rilevato la prevalenza numerica degli atti normativi dell'esecutivo sulle leggi formali, ma addirittura si è assistito al varo di riforme attraverso decreti governativi, oltretutto poco rispettosi dei succitati limiti¹¹⁹.

Quanto ai decreti legge, i "casi straordinari di necessità e urgenza" di cui all'art. 77 Cost., sono spesso stati identificati con l'esigenza di fornire un'immediata risposta simbolica al clamore suscitato, soprattutto a causa dei *mass media*, da episodi cruenti di cronaca nera

¹¹⁵ PALAZZO, *Riserva di legge e diritto penale moderno*, cit., p. 277; RUGA RIVA, *Il lavavetri, la donna col burqa e il sindaco. Prove tecniche di diritto penale municipale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 133; MANES, *L'eterointegrazione della fattispecie penale mediante fonti subordinate. Tra riserva politica e specificazione tecnica*, cit., p. 95. Quest'ultimo Autore in particolare osserva come "l'incidenza maggiore in materia penale sia oggi offerta da atti fonte posti alla periferia della tradizionale gerarchia o in alcuni satelliti di importanza crescente: nei fatti, la potestà regolamentare dei Comuni e le connesse abilitazioni individuali, hanno un ruolo di primo piano nel diritto penale urbanistico; le circolari ministeriali (...), per non parlare dei regolamenti delle Autorità indipendenti in taluni settori, come nella materia del diritto penale finanziario; fino all'istruzione della Banca d'Italia, che hanno un peso decisivo in materia di antiriciclaggio o nella definizione dei tassi usurari" (...); il rinvio a tali fonti dà luogo a differenti forme di integrazione, che vanno oltre allo schema tradizionale della norma in bianco, alcune delle quali non si riducono certo a mere specificazioni tecniche delle scelte politiche del legislatore, con inevitabile indebolimento della riserva di legge.

¹¹⁶ FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 54; MARINUCCI – DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 31.

¹¹⁷ MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 52; ROMANO, *Commentario sistematico al codice penale*, cit., p. 35.

¹¹⁸ Ad esempio, PALAZZO, voce *Legge penale*, cit., p. 346, pur ammettendo tali fonti in materia penale, osserva come il decreto legislativo sia lontano dallo spirito della riforma, mentre la decretazione d'urgenza sia poco coerente con quelle che dovrebbero essere le caratteristiche di un diritto penale razionale".

¹¹⁹ TEGA, *Gli atti normativi primari del Governo nelle recenti tendenze*, in AA.VV., *La prassi degli organi costituzionali*, cit., p. 135.

o dall'incidenza statistica da certi reati¹²⁰, fatti tuttavia per nulla dipendenti da situazioni contingenti o straordinarie.

Sotto questo profilo non va certo ignorata la recente stretta assestata per la prima volta dalla Corte Costituzionale all'abuso della decretazione d'urgenza fuori dalle ipotesi descritte in Costituzione¹²¹, ma anche tale intervento non ha prodotto i risultati sperati. Infatti, negli ultimi anni il Governo ha emanato a ritmo serrato decreti legge introduttivi dei c.d. pacchetti sicurezza, i quali, a dispetto dell'ispirazione emergenziale, introducono significative e ampie riforme nelle materie più disparate, come l'immigrazione, i reati contro la persona e contro il patrimonio.

Passando ai decreti legislativi delegati¹²², non si può fare a meno di rilevare come essi siano sempre più utilizzati per riformare interi settori di rilevanza penale¹²³.

Le cause di questa prassi normativa sono state ricondotte a tre ordini di fattori¹²⁴.

La prima ragione è indotta dall'inevitabile ritirarsi del decreto legge in seguito alla sentenza n. 360/1996 con cui la Corte Costituzionale è intervenuta a censurare il fenomeno della reiterazione dei decreti legge.

La seconda motivazione è legata alla comunitarizzazione del diritto penale, per l'esponentiale diffusione di direttive, la cui trasfusione spetta all'esecutivo, che reclamano l'adeguamento anche prevedendo una sanzione penale.

Infine, la terza causa è da rinvenire in quel ruolo non secondario, che gioca la tendenza alla tecnicizzazione della legislazione, relativa soprattutto alla normativa *extrapenale* di riferimento¹²⁵.

La critica a tale consuetudine è riconducibile al contrasto con la legalità penale, per la difficile compatibilità con la riserva di legge e con l'innegabile *deficit* di democraticità dello strumento¹²⁶. Invero, in un dato momento storico, caratterizzato dalla crisi della legalità, ciò che occorre indagare della riserva di legge, non è più tanto la sua natura assoluta o relativa, quanto se sia rispettato il suo fondamento sostanziale, che si concreta nel limite al potere esecutivo¹²⁷.

¹²⁰ È quanto avviene, ad esempio, nei casi di reati commessi da immigrati.

¹²¹ Corte Cost., sentenze n. 171/2007 e 128/2008, entrambe consultabili sul sito www.giurcost.org.

¹²² CUPELLI, *La legalità delegata*, cit., p. 99.

¹²³ MUSCO, *L'illusione penalistica*, Milano, 2004, p. 272, che fa in specie riferimento alle riforme penali in ambito economico.

¹²⁴ CUPELLI, *Un difficile compromesso: ancora in termini di rapporti tra legge delega e riforma del codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 1347.

¹²⁵ FIANDACA-DI CHIARA, *Un'introduzione al sistema penale*, Napoli, 2003, p. 60.

¹²⁶ CUPELLI, *La legalità delegata. Spunti su riserva di legge e delega legislativa nelle tendenze attuali del diritto penale*, in *Critica dir.*, 2004, p. 99.

¹²⁷ Tra i penalisti, DOLCINI, *Il carattere generale e astratto della legge e la riserva di legge in materia penale: principi cardine dell'ordinamento o polverose reminiscenze del passato*, in AA.VV., *Interpretazione e*

In questo senso, è evidente come il ricorso a tale modello di normazione comporti un pericoloso *vulnus* alla riserva di legge, appalesandosi la delega come uno strumento solo apparentemente in grado di fornire quel sufficiente tasso di formale compatibilità con la riserva, venendo le garanzie delle minoranze attenuate.

In ogni caso, anche quella dottrina che ritiene ammissibile la delega in materia penale considera necessario comunque un innalzamento degli *standards* di garanzia come previsto in Costituzione.¹²⁸

In particolare, da un lato si fa riferimento al rispetto dei c.d. limiti necessari stabiliti dall'art. 76 Cost., quali criteri e principi direttivi, tempo limitato e oggetti definiti, per vincolare il Governo¹²⁹; dall'altro, si enfatizza il controllo di conformità del decreto delegato ai criteri direttivi compiuto dalla Corte Costituzionale.

Senonchè, con riferimento al primo profilo, si è sottolineato la problematicità in materia penale di stabilire quando si abbia quella determinazione di principi e criteri direttivi, ciò perché l'esigenza di precisione e determinatezza concerne, più che i principi generali, la regolamentazione normativa di dettaglio; per cui delegare i contenuti particolari della disciplina al potere esecutivo rischia di comportare una sostanziale estromissione del Parlamento dalla sede in cui si compiono le scelte di politica criminale¹³⁰.

Per ciò che concerne il secondo aspetto, si può rilevare come l'effettività del sindacato della Corte Costituzionale risulti condizionato dalla diligenza del delegante, nel senso che quanto più saranno rigorosi, analitici e chiari i principi e i criteri direttivi e ben definiti gli oggetti contenuti nella legge delega, tanto più concreti margini vi saranno per una valutazione. Ciò senza comunque mai dimenticare che il meccanismo della delega rimette all'esecutivo vere scelte discrezionali, come tali sottratte al giudizio della Corte, se non nei stretti limiti della ragionevolezza¹³¹.

Infine, è stato evidenziato che la funzione di garanzia sottesa al controllo di costituzionalità appare del tutto eterogenea rispetto alla funzione di garanzia assicurata dalla riserva di

precedente giudiziario in diritto penale, Padova, 2005, p. 61; FIANDACA, *La legalità penale negli equilibri del sistema politico-costituzionale*, in *Foro it.*, 2000, V, c. 137; GIUNTA, *Il giudice e la legge penale. Valore e crisi della legalità, oggi*, in AA.VV., *Studi in ricordo di G. Pisapia*, Milano, 2002, I, p. 66; PALAZZO, *Sistema delle fonti e legalità penale*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 66.

¹²⁸ DE VERO, *Corso di diritto penale*, Torino, 2004, p. 243; PARODI GIUSINO, *Nodi problematici in tema di fonti nel sistema penale*, in *Ind. pen.*, 2002, p. 445; VINCIGUERRA, *Delegazione legislativa e disciplina penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, p. 1122.

¹²⁹ Secondo ROAMANO, *Corte costituzionale e riserva di legge*, cit., p. 46, per salvaguardare la legalità penale sarebbe necessario e sufficiente "richiedere alla delega legislativa rigore, analiticità e chiarezza".

¹³⁰ FIANDACA-DI CHIARA, *Un'introduzione*, cit., p. 60.

¹³¹ LUTHER, voce *Ragionevolezza delle leggi*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1997, vol. XXII, p. 341; DI GIOVINE, *Il sindacato di ragionevolezza della Corte Costituzionale in un caso facile. A proposito della sentenza n. 394 del 2006 sui falsi elettorali*, cit., p. 100.

legge formale, in ragione della rappresentatività della sovranità popolare che solo il Parlamento è in grado di assicurare¹³².

In questo contesto non c'è dubbio che la prassi degli ultimi decenni abbia visto il proliferare di deleghe estremamente vaghe e lacunose; la Corte Costituzionale, preso atto dello stato delle cose, ha sostanzialmente assecondato tale prassi mediante interpretazioni elastiche dei suddetti limiti¹³³.

Ad ogni modo anche principi e criteri puntuali non saranno mai sufficienti a fondare una delega in materia penale davvero rispettosa del principio di riserva di legge, non fosse altro perché, essendo l'illecito penale un illecito a modalità di lesione, l'indicazione, per quanto precisa, di una meta di tutela non potrà mai adeguatamente surrogare tutta la necessaria tipicità del fatto, rimanendo così la piena determinazione della fattispecie in qualche misura lasciata al Governo¹³⁴.

L'inevitabile spazio lasciato all'esecutivo sulle scelte di incriminazione desta ulteriori perplessità laddove si considerino i noti limiti riconosciuti alle capacità integrative delle fonti subordinate rispetto alla legge statale, che dovrebbero essere inevitabilmente estesi anche all'ambito applicativo dei decreti legislativi in materia penale¹³⁵. Così si è osservato che se si ritiene che "contrastino con la *ratio* politica della riserva di legge le norme legislative che, per descrivere il precetto penale, rinviano in funzione integrativa a precetti dell'esecutivo caratterizzati da generalità e astrattezza, e se è questa generalità e astrattezza la ragione della loro incompatibilità con l'art. 25 Cost., non si comprende perché non contrastino con l'art. 25 Cost. le norme legislative che facciano rinvio, in funzione largamente integratrice, a tipici provvedimenti dell'esecutivo generali e astratti, come sono per eccellenza i decreti legislativi"¹³⁶, considerando per l'appunto come sia "difficile, se non impossibile, richiedere una delega legislativa quei caratteri di rigore, analiticità e chiarezza, che si reputano indispensabili per avere dall'esecutivo precetti e sanzioni penali compatibili con l'art. 25 Cost."¹³⁷.

¹³² MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 47.

¹³³ Tale atteggiamento è stato stigmatizzato soprattutto dalla dottrina costituzionalistica, tra cui CERRONE, *Genericità della delega e sindacato della Corte in materia di sanzioni tributarie*, in *Giur. Cost.*, 1986, p. 2511; CELOTTO.FRONTONI, voce *Legge di delega e decreto legislativo*, in *Enc. Giur.*, Milano, 2002, Aggiornamento, vol. VI, p. 697.

¹³⁴ FIANDACA, *Relazione introduttiva*, in AA.VV., *Verso un nuovo codice penale. Itinerari, problemi, prospettive*, Milano, 1993, p. 25.

¹³⁵ DE VERO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 244.

¹³⁶ MARINUCCI, *Politica criminale e codificazione del principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, p. 445.

¹³⁷ Sempre MARINUCCI, *Gestione d'impresa e pubblica amministrazione: nuovi e vecchi profili penalistici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 430.

In definitiva, l'unica soluzione astrattamente compatibile con la riserva di legge sembrerebbe allora quella di una formulazione di una legge delega che porti in grembo, già scritto, il futuro decreto. Ma anch'essa non porta da nessuna parte, determinando l'inutilità dell'art. 76 Cost.

Insomma, si tratta del solito discorso attorno al destino della delega legislativa in materia penale, che sembrerebbe stretto tra due vie senza uscita: da un lato, il pericolo di incorrere in una pronuncia di illegittimità costituzionale per genericità di criteri e principi espressi nella delega, ove naturalmente la Corte tornasse a mostrare un adeguato rigore nel suo sindacato; dall'altro, lo sbocco in una sostanziale inutilità dell'istituto laddove la delega fosse eccessivamente vincolante.

Quindi, fin qui nulla di nuovo; quello che invece merita di essere sottolineato è l'attuale riscontro nella realtà di leggi delega delle più svariate tipologie e dei più vari contenuti, tanto determinare in non pochi casi la perdita dei tratti distintivi dell'istituto.

L'esempio più eclatante è proprio quello del proliferare delle c.d. deleghe all'emanazione di decreti integrativi e correttivi, con esse intendendosi le preventive autorizzazioni parlamentari ad emanare uno o più decreti successivi aventi il compito di correggere o integrare, appunto, il primo¹³⁸. Sebbene la *ratio* dell'istituto sia riconducibile all'opportunità di consentire assestamenti del tessuto normativo soprattutto per le riforme più complesse¹³⁹, è altresì innegabile che il suo abuso, indice dell'assenza di un'adeguata riflessione, determina un vero e proprio trasferimento della potestà normativa all'esecutivo per tutto il tempo di durata della delegazione, in contrasto con quanto previsto in Costituzione.

Questi i costi in termini di legalità: alla tendenziale stabilità della funzione legislativa in capo al Governo, si somma il grave ed inverso rischio dell'instabilità delle norme create, dando luogo a quello che è stato icasticamente definito il paradosso dell'effettività¹⁴⁰. Paradosso per il quale la preventiva autorizzazione al buio a introdurre futuri mezzi correttivi, con l'intento di vagliare la bontà delle norme introdotte in seguito alla loro applicazione, ne determina contestualmente una sorta di instabilità organizzata.

¹³⁸ Sulla problematica, in maniera esaustiva LUPO, *Quale sindacato sui decreti legislativi correttivi*, in *Giur. Cost.*, 2000, p. 3210.

¹³⁹ CARTABIA, *I decreti legislativi integrativi e correttivi: il paradosso dell'effettività*, in *Rass. Parlam.*, 1997, p. 69.

¹⁴⁰ CARTABIA, *I decreti legislativi integrativi e correttivi: il paradosso dell'effettività?*, cit., p. 82.

2.4.2 Il declino della funzione rappresentativa del Parlamento e del procedimento legislativo

Tra i fattori endogeni della crisi non può non essere annoverato il declino del ruolo del Parlamento, sia sotto il profilo della rappresentatività, che sotto quello del concreto svolgersi del procedimento legislativo.

Quanto all'idoneità delle Camere a svolgere la propria funzione rappresentativa, la dottrina ha da tempo denunciato l'inadeguatezza del sistema di rappresentanza democratica mediata attraverso i partiti politici¹⁴¹: ciò, data la contiguità e identità tra i *leaders* dei partiti di maggioranza e i membri dell'esecutivo, ha finito per consegnare a quest'ultimo le redini dell'attività normativa¹⁴². Inoltre, il fatto che i procedimenti legislativi siano padroneggiati dall'asse Governo–maggioranza, oltre ad impedire all'opposizione di incidere sui contenuti delle leggi, talvolta preclude a quest'ultima la stessa capacità di fare opposizione in aula.

Di più, l'ultima riforma della legge elettorale italiana, che prevede liste di candidati bloccate e precostituite dai partiti, con l'impossibilità per gli elettori di esprimere una preferenza nominativa, pare invertire i rapporti tra Parlamento e Governo: non spetta più al primo il potere e il compito di esprimere il secondo mediante l'istituto della fiducia ma, al contrario, sono i *leaders* di partito, componenti del futuro esecutivo, a designare preventivamente nelle liste elettorali i membri della propria maggioranza parlamentare.

Passando alle distorsioni interne al procedimento legislativo, sono riscontrabili svariate consuetudini procedurali che quotidianamente allontanano l'attività legislativa dal procedimento di formazione delle leggi dettato dagli artt. 70 e seguenti della Costituzione, anche laddove la norma penale risulti adottata mediante una legge formale.

Il fenomeno rileva soprattutto in chiave costituzionale, ma di seguito si cercherà ugualmente di darne brevemente conto¹⁴³.

Innanzitutto, va segnalata la prassi del ricorso a *maxi-emendamenti*, espedienti che, eludendo la discussione in aula e impedendo così il confronto con l'opposizione, consistono nella presentazione nel corso dell'esame in Assemblea, in deroga ai termini per la presentazione degli emendamenti, di una proposta di modifica del testo da approvare che ne altera radicalmente l'impianto normativo. L'approvazione avviene mediante votazione secca sull'intero articolo, senza dibattito sui singoli commi: nella

¹⁴¹ PALAZZO, *Introduzione ai principi*, cit., p. 230; ID., *Legalità penale*, cit., p. 1291.

¹⁴² Sulla crisi della rappresentanza politica in Italia, per tutti, MANZELLA, *Il Parlamento d'emergenza*, in AA.VV., *La prassi degli organi costituzionali*, a cura di BARBERA – GIUPPONI, Bologna, 2008, p. 375.

¹⁴³ Per tutti, GRIGLIO, *I maxi-emendamenti del governo in Parlamento*, in *Quad. cost.*, 2005, p. 809. Anche alcuni penalisti hanno posto attenzione all'argomento; tra di essi, MANNOZZI- CONSULICH, *La sentenza della Corte di Giustizia C- 176/03*, cit., p. 913 e BARTOLI, *Incrimazione e giustificazione: una diversa legalità*, cit., p. 6.

sostanza si tratta il più delle volte di una ratifica, da parte della maggioranza, di un testo integralmente redatto dall'esecutivo. Da ciò si evince la vanificazione di tutte le caratteristiche che distinguono il procedimento legislativo parlamentare da quello governativo normativo, ovvero la trasparenza, la pubblicità, la partecipazione delle minoranze: tutti caratteri del procedimento legislativo "da considerarsi essenziali affinché mantenga un senso l'istituto della riserva di legge"¹⁴⁴.

Secondariamente, va citata la frequente apposizione della questione di fiducia sull'approvazione dei singoli disegni di legge o emendamenti governativi¹⁴⁵, una sorta di *aut aut* imposto al Parlamento, dal cui esito il Governo fa dipendere le proprie dimissioni, annullando così la possibilità di controllo dei contenuti normativi anche da parte della maggioranza.

Nelle ultime legislature poi il ricorso alla fiducia è risultato non più volto alla verifica del rapporto fiduciario, quanto piuttosto funzionale all'approvazione immediata e senza emendamenti dei testi in discussione.

Di più, la frustrazione delle regole proprie del procedimento legislativo risulta totale nei casi consueti di apposizione della questione di fiducia sull'approvazione di *maxi-emendamenti*: in tali ipotesi si innesca un vero e proprio meccanismo di voto blindato¹⁴⁶, in violazione palese dei principi costituzionali.

Ancora, soprattutto per le più recenti novelle in materia penale, i tempi di discussione delle leggi sono risultati estremamente contingentati e tali da impedire un vero e proprio dibattito parlamentare. Gli effetti di una tanta rapidità, che in concreto ha spesso impedito una attenta ponderazione del prodotto legislativo finale, sono di tutta evidenza: basti pensare alla legge sui reati di opinione (l. 85/2006) che ha modificato l'art. 2 c.p., norma in materia di successione di leggi penali nel tempo, attraverso la collocazione totalmente erronea di un nuovo comma, e cioè secondo uno schema in cui l'eccezione precede l'enunciazione della regola generale.

Da ultimo, si ricorda la distorsione delle regole procedurali contenute nei regolamenti parlamentari da parte dei Presidenti delle Camere, soprattutto nell'interpretazione di detti atti normativi e nella programmazione dei lavori¹⁴⁷, con ciò rovesciando, nella gerarchia

¹⁴⁴ LUPO, *Emendamenti, maxi-emendamenti e questioni di fiducia nelle legislature del maggioritario*, in AA.VV., *Le regole del diritto parlamentare nella dialettica tra maggioranza e opposizione*, a cura di GIANFRANCESCO – LUPO, Milano, 2007, p. 74.

¹⁴⁵ Sul punto sempre LUPO, *Emendamenti, maxi-emendamenti e questioni di fiducia nelle legislature del maggioritario*, cit. p. 84 e bibliografia ivi segnalata.

¹⁴⁶ GRIGLIO, *I maxi-emendamenti del governo in Parlamento*, cit., p. 808.

¹⁴⁷ BERGONZINI, *Presidenti delle Camere: quando l'imparzialità diventa potere*, in *Quad. cost.*, 2006, p. 545; ID., *La piramide rovesciata: la gerarchia tra le fonti del diritto parlamentare*, in *Quad. cost.* 2008, p. 741.

delle fonti parlamentari, il rango dei regolamenti e quello della prassi a cui i Presidenti fanno costante riferimento. Ben si coglie allora come l'asse Governo-maggioranza, titolare della presidenza di entrambi i rami dell'Assemblea, eserciti un controllo pressoché assoluto, ancor prima che sui contenuti, anche sull'oggetto delle deliberazioni dell'aula e sulla relativa tempistica, con ulteriore contrazione dei margini di controllo lasciati all'opposizione.

Nel nostro ordinamento, dunque, vi sono stati molti casi in cui la produzione delle norme penali si è caratterizzata per un rispetto del principio di legalità solo di facciata, mentre nella sostanza sono stati elusi proprio quei criteri di buona legislazione, almeno sotto il profilo della procedura di approvazione della legge, che giustificano la presenza e l'importanza di tale principio fondamentale dell'ordinamento.

Altrettanto pericoloso è l'atteggiamento di chi, diffidente verso un legislatore irrazionalmente emotivo o talvolta incompetente a livello tecnico, ripone aspettative nella giurisprudenza¹⁴⁸. Ma su tale ci si soffermerà ampiamente nel proseguo.

2.4.3 La competenza delle Regioni in materia penale

La controversa questione dei rapporti tra diritto penale e leggi regionali merita di essere riesaminata alla luce della riforma del titolo V della Costituzione, che, come già ampiamente detto, ha rovesciato l'originario criterio di riparto delle competenze legislative sancito in Costituzione, attribuendo alle Regioni la competenza legislativa esclusiva in tutte le materie non riservate, in via principale o concorrente, allo Stato. Tra quelle riservate in via esclusiva allo Stato è comparsa, per la prima volta nel 2001, l'ordinamento penale (art. 117, co. 2, lett. l, Cost.).

Ad ogni modo, escludere *de jure condito* un'autonoma competenza penale delle Regioni non significa affatto disconoscere l'influenza in grado di esercitare le leggi regionali sul diritto penale¹⁴⁹. Infatti, la riforma del 2001 se, per un verso, ha senz'altro confermato che la legge regionale non è legittimata ad introdurre norme incriminatrici né a modificare o abrogare norme penali, dall'altro, essa ha ampliato il catalogo delle competenze legislative delle Regioni, fatto che rende oggi più difficilmente conciliabile di ieri una preclusione a qualsiasi effetto, anche parziale o indiretto, della legge regionale sulle norme penali statali.

¹⁴⁸ DOLCINI, *Diritto all'autotutela in un privato domicilio: la nuova legittima difesa*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p.

431.

¹⁴⁹ PARODI-GIUSINO, *Nodi problematici in tema di fonti del sistema penale*, in *Ind. pen.*, 2002, p. 449; RUGA RIVA, *Diritto penale e leggi regionali dopo la riforma del titolo V: esiste ancora il monopolio punitivo statale?*, in RUGA RIVA (a cura di), *Ordinamento penale e fonti non statali*, Milano, 2007, p. 224.

Nelle materie attribuite, ad esempio, alla competenza esclusiva delle Regioni, la fondamentale libertà del legislatore statale di compiere le proprie scelte di penalizzazione, che deve ritenersi senza dubbio permanere anche in tali casi, non potrà spingersi sino a compromettere con divieti o prescrizioni penali l'essenzialità delle prerogative regionali; ciò pare imposto da un'imprescindibile esigenza di non contraddizione o, meglio, dal principio dell'unità dell'ordinamento, con il quale la stessa Costituzione garantisce la convivenza di più competenze legislative egualmente primarie. Dal medesimo principio, inoltre, si ricava la legittimità di leggi regionali che stabiliscono diritti e doveri soggettivi il cui esercizio o adempimento incida sull'ambito applicativo dell'art. 51 c.p. Anche qui non si tratta di ammettere la legge regionale a creare nuove cause di giustificazione accanto a quelle dell'art. 50 e ss., intendendosi invece apprestare discipline, in settori affidati alla loro competenza concorrente o esclusiva, tali da influire obiettivamente su diritti o doveri soggettivi. Allo stesso modo, la specificazione in ambiti di competenza regionale di regole cautelari presenti nel sistema potrà dispiegare effetti sul significato di elementi normativi di fattispecie: saranno così possibili effetti, ad esempio, in relazione all'ingiustizia dell'offesa nella legittima difesa di cui all'art. 52 c.p., oppure sulla valutazione della diligenza ai fini della concreta imputazione di delitti colposi ai sensi dell'art. 43 c.p., oppure ancora sulla presenza di una posizione di garanzia per il reato omissivo improprio¹⁵⁰.

In altre parole, la formula "ordinamento penale" servirebbe a non escludere l'incidenza delle leggi regionali nella formulazione delle fattispecie di reato.¹⁵¹ Innanzitutto laddove è lo stesso legislatore statale a prevedere espressamente l'apporto della fonte regionale, per esempio in funzione derogatoria restrittiva rispetto ai parametri di fattispecie¹⁵². Poi, la locuzione in commento sarebbe funzionale a non inibire nella materia penale l'intervento indiretto regionale nell'ambito delle loro competenze concorrenti ed esclusive, ad esempio riempiendo norme penali in bianco ed elementi normativi di fattispecie, disciplinando i presupposti del reato, introducendo o modificando cause di giustificazione.

Proprio le cause di giustificazione sono state oggetto di una diatriba particolarmente accesa. In via preliminare la soluzione del problema dipende dalla natura che si attribuisce loro: dove le si ritenga funzionalmente connesse alle disposizioni incriminatrici appare logica conseguenza ricondurle alla formula ordinamento statale e dunque al monopolio del

¹⁵⁰ ROMANO, *Complessità delle fonti e sistema penale*, cit., p. 58.

¹⁵¹ RUGA RIVA, *Diritto penale e leggi regionali dopo la riforma del titolo V Cost.: esiste ancora il monopolio punitivo statale?*, cit., p. 659.

¹⁵² Ad esempio art. 101, co. 2, d.lgs. n. 152/2006: "...le Regioni, nell'esercizio della loro autonomia, tenendo conto dei carichi massimi ammissibili e delle migliori tecniche disponibili, definiscono i valori limite di emissione, diversi da quelli di cui all'allegato 5 (...). Le Regioni non possono stabilire valori meno restrittivi di quelli fissati all'allegato 5".

legislatore statale¹⁵³; qualora si ritenga che le scriminanti non siano norme penali, dovendosi distinguere a seconda delle materie su cui vanno ad incidere, il discorso si fa più complesso¹⁵⁴.

Il problema si pone, in concreto, specie in relazione all'art. 51 c.p.: può una legge regionale attribuire ad un soggetto il diritto o la facoltà di tenere un comportamento costituente altrimenti reato?

La Corte Costituzionale, nella sentenza che ha dichiarato l'illegittimità dell'istituzione di case da gioco operata con legge friulana, ha dato risposta negativa in conformità con i suoi precedenti, ma allo stesso tempo ha sottolineato come le fattispecie penali di cui all'art. 718 ss. c.p. rispondano "all'interesse della collettività a veder tutelati la sicurezza e l'ordine pubblico in presenza di un fenomeno che si presta a fornire l'*habitat* ad attività criminali".

Sicché è evidente come la materia "apertura di case di gioco", pur astrattamente riconducibile alla materia esclusiva regionale del turismo, è stata ricondotta dalla Corte a materie di esclusiva competenza statale. Resta da vedere come deciderà la Corte di legittimità rispetto a cause di giustificazione contenute in una materia che reputi di competenza esclusiva o concorrente regionale.

Per ciò che attiene alle materie concorrenti, secondo alcuni le norme penali sarebbero di per sé espressive dei principi fondamentali delle materie su cui incidono e pertanto non sarebbero derogabili da leggi regionali¹⁵⁵. Secondo altri, maggiormente in linea con la dottrina costituzionalistica, i principi fondamentali, oltre a presupporre il dispiegarsi di norme regionali di dettaglio, riguarderebbero i cardini della disciplina, non il modo di regolazione penale¹⁵⁶.

Si veda a titolo di esempio la disciplina OGM, materia complessa incidente non solo sull'agricoltura, di competenza esclusiva regionale, ma anche sull'ambiente e sulla salute, rispettivamente di competenza esclusiva statale e concorrente, ove il legislatore ha emanato una norma transitoria che dichiara espressamente non consentita la coltivazione transgenica fino a che le Regioni non adottino i c.d. piani di coesistenza con le forme di coltivazione convenzionale e biologica¹⁵⁷.

Tale normativa pone un doppio condizionamento.

¹⁵³ PAGLIARO, *Principi di diritto penale, parte generale*, Milano, 2003, p. 22.

¹⁵⁴ MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, cit., p. 34.

¹⁵⁵ PALAZZO, *Corso di diritto penale, parte generale*, Torino, 2006, p. 376; VIGANO', sub art. 51 c.p., in

DOLCINI-MARINUCCI, *Codice penale commentato*, Milano, 2006, p. 542.

¹⁵⁶ BARTOLE-BIN-FALCON-TOSI, *Diritto regionale*, 2005, p. 148.

¹⁵⁷ Legge 28 gennaio 2005, n. 5.

Da una parte esclude espressamente che, prima dell'adozione di determinati provvedimenti regionali, le Regioni possano rendere lecita la coltivazione OGM; eventuali leggi regionali che attribuissero tale facoltà sarebbero illegittime non perché contrarie alla norma penale che vieta la coltivazione transgenica, ma perché contrarie al principio fondamentale della complessa materia OGM, che pone un divieto di coltivazione fino all'adozione di provvedimenti *ad hoc* rispondenti al principio della coesistenza tra diverse colture.

Dall'altra parte, la normativa in esame demanda alle Regioni l'attuazione dei piani di coesistenza, destinati a disegnare gli spazi di liceità del diritto di coltivazione OGM, e subordina altresì il venir meno dell'antigiuridicità anche penale della coltivazione di OGM all'emanazione dei provvedimenti regionali.

La Corte Costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla questione, nel censurare diversi profili della disciplina per invasione della competenza legislativa regionale, non pare aver messo in discussione la legittimità del doppio condizionamento, bensì il fatto che fosse lo Stato a disciplinare le modalità di adozione delle norme quadro. È evidente allora come un tale spazio integrativo e modulativo del diritto in capo alle Regioni non può ritenersi legittimo ai fini penali se non, appunto, postulando la possibilità di una potestà regionale in tema di scriminanti, sempre nel rispetto dei principi fondamentali della materia.

Il discorso si fa più complesso riguardo alle materie di competenza esclusiva regionale, nelle quali entrino in conflitto norme penali statuali e scriminanti regionali. La tesi radicale di chi ritiene incostituzionale di per sé l'esistenza di norme incriminatrici in materie esclusive delle Regioni¹⁵⁸ è sicuramente minoritaria rispetto a quella che considera il diritto penale come limite trasversale che attraversa tutte le materie, comprese quelle riservate al legislatore regionale¹⁵⁹. Dunque, il legislatore statale può intervenire penalmente in materie regionali esclusive a condizione che il suo intervento risponda a ragionevoli esigenze di uniformità e di effettività di tutela non adeguatamente perseguibili con sanzioni amministrative o laddove consegua a *input* derivanti dall'ordinamento internazionale o comunitario (artt. 117, co. 1 e 120, co. 2, Cost.) e che si limiti a porre il divieto e la sanzione penale, senza incidere oltre lo stretto necessario sulla materia.

Ad esempio in relazione alla competenza esclusiva di talune Regioni in materia di urbanistica, ora governo del territorio, si è affermato che il legislatore statale può

¹⁵⁸ PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 377.

¹⁵⁹ Corte Costituzionale, 21 febbraio 2006, n. 183, in www.cortecostituzionale.it, secondo cui "la considerazione del trattamento penale assume preminenza agli effetti della competenza legislativa, pur nella generica riconducibilità ad altra materia delle norme precettive la cui violazione è sanzionata".

legittimamente prevedere sanzioni penali per la realizzazione di opere in assenza o in difformità dal permesso di costruire, ma non imporre alle Regioni le condizioni e le tipologie edificative in presenza delle quali scatta l'obbligo, penalmente sanzionato, di munirsi del detto permesso, salvo che tali requisiti integrino principi generali dell'ordinamento.

In definitiva, nei limiti anzidetti, spetta allo Stato l'apposizione del divieto e della sanzione penale, mentre compete alle Regioni, titolari esclusive della materia, la conformazione della disciplina sottesa: il legislatore statale, munendo di pena interessi esclusivamente regionali, dovrà assumere la relativa normativa come dato non modificabile, ma potrà, coerentemente col carattere frammentario del diritto penale, selezionare solo alcuni dei dati normativi regionali su cui edificare il precetto penale.

Tornando alle materie di competenza legislativa concorrente si è posto il problema dei limiti entro i quali le disposizioni regionali possano incidere sulla materia ordinamento penale.

Secondo la tesi c.d. continuista il rapporto tra norma sanzionatoria statale e norme regionali che articolano la specifica disciplina della materia va modellato sullo schema dell'integrazione tra fonti primarie e fonti secondarie statali¹⁶⁰. Se tale assunto pare condivisibile riguardo all'assenza di una competenza penale diretta delle Regioni anche in materie di competenza concorrente, qualche distinguo merita lo spazio attribuito alle disposizioni regionali produttive di effetti penali in via mediata. Infatti la legge regionale è di pari rango rispetto alla legge statale e perciò non può essere equiparata alle fonti secondarie: non solo per una diversità di rango, ma anche di *ratio*, dal momento che le leggi regionali, oltre ad avere natura squisitamente politica, producono in via mediata diseguali applicazioni territoriali della legge penale¹⁶¹.

Si pensi ancora alla materia concorrente del governo del territorio e alle fattispecie estintive ciclicamente emanate dal legislatore statale in relazione ai reati urbanistici e ambientali. A questo proposito la Corte Costituzionale, censurando varie disposizioni della disciplina del condono edilizio statale, in quanto invasiva della competenza concorrente regionale, e facoltizzando le Regioni ad emanare proprie discipline di adattamento entro taluni limiti espressivi di principi fondamentali (volumetrie massime sanabili, limiti

¹⁶⁰ PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 110.

¹⁶¹ Le regole alla base del rapporto di integrazione ammesso dalla tesi che concepisce la riserva come tendenzialmente assoluta non può essere trasposta *de plano* nell'ambito del diverso rapporto legge statale-legge regionale, perché quest'ultima, non essendo formalmente subordinata alla legge dello Stato, sembra poter aspirare ad inserirsi meno superficialmente nelle scelte di incriminazione. Insomma, muovendo dalla pari primarietà tra leggi regionali e statali, non pare giusto confinare la seconda, nel rapporto con la norma penale statale, sul medesimo piano di una fonte di mero rango regolamentare.

temporali, ecc.) ha fatto sì che le leggi regionali varate a tale scopo incidessero sulla disciplina penale a valle, ampliando o restringendo l'ambito di applicazione della fattispecie estintiva statale¹⁶².

Trattasi di integrazione non meramente tecnica, che concorre a delimitare l'area della non punibilità, e che per la Corte è apparsa necessaria per salvaguardare l'autonomia regionale garantita all'art. 117 co. 2 Cost. nella materia del governo del territorio.

Alla luce di quanto esposto risulta che la sfera del penalmente rilevante varia da Regione in Regione, parallelamente al variare delle discipline regionali che, in via concorrente o esclusiva, conformano le materie sulle quali intervengono precetto e sanzione penale.

Mentre la dottrina si interroga sulla portata innovativa o meno della formula ordinamento penale, il legislatore già antecedentemente alla riforma del 2001 ha iniziato a fare i conti con la realtà delle norme regionali, elaborando diverse soluzioni per coniugare i rapporti tra disposizioni penali e leggi regionali.

Sul piano legislativo sono individuabili due modelli: l'uno di separazione degli effetti, l'altro di collaborazione, entrambi elaborati nell'ambito di materie di competenza concorrente¹⁶³.

Nel modello separatista, il legislatore statale riconosce alle leggi regionali il potere di legiferare su taluni elementi di fattispecie in modo divergente dalla disciplina statale, evidentemente ritenendole non afferenti ai principi fondamentali della materia, e tuttavia esclude espressamente che le differenti disposizioni regionali rilevino agli effetti penali. È il caso dell'art. 10 co. 3 D.P.R. n. 380/2001 (T.U. Edilizia), il quale prevede la facoltà per le Regioni di introdurre con legge ulteriori interventi da sottoporre al preventivo rilascio del permesso di costruire, ma al contempo stabilisce che la violazione di tali norme regionali non comporta l'applicazione delle sanzioni di cui all'art. 44, altrimenti comminabili a chi costruisca in assenza di permesso di costruire.

In altre parole il legislatore non assiste con pena la scelta più rigorosa del legislatore regionale, paradossalmente finendo per sottoporre o meno ad eguale trattamento penale chi ha tenuto condotte portatrici di disvalore diverso.

Maggiormente coerente con l'art. 5 Cost., secondo cui la Repubblica "adegua i principi e i metodi della sua legislazione alle esigenze dell'autonomia e del decentramento", è il modello c.d. cooperativo o collaborativo. In esso la previsione delle disposizioni penali

¹⁶² Corte cost., n. 196 del 28 giugno 2004, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, p. 1095. Per una critica a tale sentenza, coerente con l'idea che la norma penale regionale non possa comportare differenziazioni territoriali se non nei limiti previsti dalla medesima legge penale, VINCIGUERRA, *La tutela penale*, cit., p. 125.

¹⁶³ Si allude al governo del territorio, ma anche all'ambiente, la cui tutela spetta allo Stato ma che nella giurisprudenza viene interpretato come valore trasversale a diverse materie.

spetta allo Stato, il quale da un lato offre tutela penale agli interessi regionali e dall'altro domanda alle Regioni la conformazione di taluni elementi direttamente o meno incidenti su fattispecie penali.

Paradigmatico è il caso del d.lgs. n. 152/2006 (c.d. T.U. ambientale), che, relativamente alle acque, assegna alle leggi regionali un ruolo decisivo, spettando alle stesse la concretizzazione di taluni elementi normativi previsti da disposizioni statali, nelle forme dell'individuazione o classificazione di aree geografiche idonee ad incidere sull'applicazione di norme penali in tema di inquinamento idrico ed eventualmente di altri reati; della previsione facoltativa di deroghe ai valori soglia contenuti in disposizioni statuali sia *in melius* che *in peius*, in linea con le diverse sensibilità regionali; della previsione facoltativa di deroghe all'applicazione di determinati parametri di indiretto rilievo penale in presenza di circostanze eccezionali che impediscono il rispetto del parametro di qualità delle acque per ragioni riconducibili alle categorie dell'inesigibilità, del caso fortuito e della forza maggiore.

Tutti tali modi di interferenza dipendono dalla scelta espressa del legislatore statale, il quale, mantenendo la potestà punitiva, decide di delegare in parte l'esercizio alle Regioni o di munirne di tutela degli interessi. Tuttavia, è bene sottolinearlo, l'adeguamento di tutela non risponde ad esigenze tecniche, come avviene nel caso della normazione secondaria, ma ha natura scopertamente politica: essa consente alle Regioni di modulare la risposta penale rispetto alle soglie minime di tutela cristallizzate nel parametro statale, tutelando le esigenze territoriali costituzionalmente rilevanti ex art. 5 Cost., senza sacrificare le esigenze minime di tutela assicurate dalla legge statale. Al di là dei due modelli, e dunque delle scelte espresse del legislatore statale, vi sono interferenze sempre di maggiore rilievo non disciplinate dalla legge e demandate all'operato dell'interprete¹⁶⁴.

Si pensi alle posizioni di garanzia sorgenti da leggi regionali rispetto ai reati omissivi di evento; alle qualifiche penalmente rilevanti, elementi costitutivi di alcuni reati con la pubblica amministrazione; alle discipline regionali relative ad autorizzazioni e titoli abilitativi costituenti presupposto per l'esercizio di determinate attività (es. smaltimento di rifiuti); alle regole cautelari contenute in leggi regionali in materie come salute, tutela del lavoro, governo del territorio e ambiente; alle cause di giustificazione e ad elementi di fattispecie estintive contenute in leggi regionali.

In tali casi con che limiti la legge regionale, al di fuori delle espresse previsioni statali, può interferire con l'applicazione di una norma penale?

¹⁶⁴ Sull'esistenza di obblighi costituzionali di tutela penale si rinvia a PULITANO', *Obblighi costituzionali di tutela penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 484.

Ad esempio, ci si chiede se sia legittima una legge regionale che facoltizzi i rappresentanti di associazioni animaliste ad accedere in canili privati escludendo così il reato di violazione di domicilio, altrimenti configurabile in capo a chi entri in dette strutture contro la volontà del gestore¹⁶⁵. È questo ciò che prevede l'art. 13 della l. siciliana n. 15/2000 in contrasto con l'art. 614 c.p. in riferimento allo *ius excludendi*: in particolare, tale disposizione regionale non modifica o abroga l'elemento normativo (*ius excludendi*) della fattispecie penale, ma si limita a darle un determinato contenuto *ratione loci*, *ratione subiecti*, e *ratione materiae* a fini di protezione degli animali.

Sul piano delle fonti, la legge regionale, nel rispetto dei principi fondamentali della materia, come visto, ben può attribuire facoltà di agire rilevanti ex art. 51 c.p. purchè si tratti di materie di sua competenza esclusiva o concorrente¹⁶⁶. A ben vedere, nel caso di specie, le materie coinvolte sono due: da un lato l'igiene e la tutela degli animali, alla cui tutela dovrebbe essere funzionale l'accesso a sorpresa da parte degli animalisti; dall'altro l'inviolabilità del domicilio dei gestori da parte di estranei e dunque la tutela dello *ius excludendi*¹⁶⁷. La prima rientra nella competenza esclusiva della Regione Sicilia, la seconda è soggetta a riserva di legge e di giurisdizione, ex art. 14 Cost., statale; si tratta allora di capire quale delle due prevalga.

Se si sottolinea lo scopo della legge e l'incidenza su una materia riservata in via esclusiva alla Regione, la legge siciliana sarà legittima; viceversa se si ritiene che la riserva di legge statale sulle restrizioni all'inviolabilità del domicilio attragga qualsiasi profilo pur incidente su altre materie, allora la norma *de qua* sarà illegittima.

In ogni caso il parametro costituzionale decisivo non sarà quello della potestà legislativa dello Stato nella materia ordinamento penale, ma quello ritenuto prevalente tra libertà di domicilio e protezione degli animali.

Va sottolineato come la Cassazione abbia affrontato la questione dal peculiare punto di vista della successione delle norme nel tempo, osservando che la legge siciliana è entrata in vigore dopo la commissione del fatto di violazione di domicilio: l'ha insomma qualificata come fonte integrativa del precetto penale, rilevante ex art. 2 co. 4 c.p., senza

¹⁶⁵ È il caso trattato da Corte Cass., sez. V, 2 marzo 2005, n. 8045, in www.ambientediritto.it

¹⁶⁶ In tale senso MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale*, cit., p. 205; di opinione contraria, PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 22, secondo il quale il diritto deve derivare da una previsione normativa di carattere legislativo ordinario.

¹⁶⁷ In realtà è discutibile qualificare il canile come luogo di privata dimora "quale ambiente destinato all'esplicazione di una attività lavorativa privata, secondo la più ampia accezione accolta dalla giurisprudenza di legittimità; e di conseguenza non è pacifico che l'accesso per il controllo della gestione della struttura coinvolga davvero l'intera struttura come privato domicilio, anziché i soli uffici. Tuttavia l'interpretazione detta è quella maggioritaria in dottrina e giurisprudenza. Al proposito, Corte Cass., sez. V, 2 marzo 2005, n. 8045, cit.

minimamente porsi il problema del conflitto con l'art. 117 Cost. e tanto meno quello della legittimità dell'intervento su materia statale relativa all'inviolabilità del domicilio.

Un altro esempio può rinvenirsi in materia urbanistica, dove ci si è chiesti se una legge regionale che facoltizzi l'esecuzione di determinati interventi edilizi sulla base della mera denuncia di attività, diversamente dalla legge statale che richiedeva in tal caso il permesso di costruire, escluda la configurabilità dei relativi reati edilizi.

La Cassazione, chiamata a risolvere la questione, in relazione a quanto previsto dalla legge della Regione Lombardia n. 22/1999, non solo non l'ha censurata, ma anzi ha accolto con favore il richiamo fatto dall'art. 49 della stessa, il quale afferma l'applicabilità della sanzioni previste dalla normativa statale in caso di svolgimento dell'attività di trasformazione urbanistico-edilizia anche nei confronti di coloro che diano inizio all'attività in mancanza dei requisiti richiesti¹⁶⁸. In sostanza la Corte ha salvato la norma regionale anche perché quest'ultima chiarisce (o amplia) l'ambito di applicazione della norma penale statale, dichiarandola applicabile alle costruzioni eseguite in assenza dei requisiti previsti dalla legge regionale sulla D.I.A.

A tale pronuncia sono seguite molte altre¹⁶⁹, in cui si è oscillato tra un'interpretazione più severa, basata sull'applicabilità della normativa penale statale nonostante l'osservanza della difforme normativa urbanistica regionale, ed una più benevola, con l'applicazione dell'art. 5 c.p. a favore del cittadino che avesse fatto affidamento incolpevole sulla liceità dell'intervento edilizio.

Ci si è domandati poi se una legge regionale possa incidere sui presupposti di estinzione del reato, circoscrivendo i limiti di sanabilità amministrativa indirettamente rilevanti ai fini della sanatoria penale.

Secondo consolidata giurisprudenza costituzionale, le leggi regionali non possono incidere sulle cause estintive del reato, non solo ampliandole o restringendole direttamente, ma neanche fornendo interpretazioni restrittive di requisiti della fattispecie estintiva o escludendo l'onerosità della sanatoria¹⁷⁰.

Le recenti sentenze in tema di condono edilizio hanno ampliato la sfera di incidenza delle leggi regionali rispetto all'originaria disciplina statale, escludendola solo rispetto ad alcuni

¹⁶⁸ Cass., sez. III, 25 gennaio 2006, n. 10962; sulla questione era stata chiamata a pronunciarsi anche la Corte Costituzionale che l'ha fatto con la decisione n. 248 del 26 giugno 2005.

¹⁶⁹ Cass. pen., 7 marzo 2001, Toma, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 757; Cass. pen., 20 maggio 2002, Catalano, in *Cass. pen.*, 2003, p. 241.

¹⁷⁰ Così, Corte Cost., n. 487/1989, in *Foro it.*, 1990, I, p. 26, con nota di FIANDACA e Corte Cost., 7 luglio 1986, n. 179, in *Foro it.*, 1987, I, p. 20.

paletti giudicati insuperabili (volumi massimi, termine di ultimazione dei lavori e di presentazione della domanda).

La Corte, sul piano degli effetti normativi della sanatoria, ha reputato illegittime alcune leggi regionali considerate come meramente volte a porre nel nulla la legge statale; tuttavia, essa ha salvato il meccanismo normativo che, limitatamente all'estinzione dei reati paesistico-ambientali, presuppone il rilascio del parere favorevole delle autorità preposte al vincolo dipendente dalle diverse leggi regionali, che in conformità alla sentenza n. 196/2004, hanno variamente modulato le tipologie e le volumetrie minime di opere sanabili.

La soluzione è apparsa condivisibile, in quanto da un lato valorizza le diverse sensibilità regionali e dall'altro, incidendo sul presupposto della fattispecie estintiva, com'è il rilascio del parere favorevole, non incide direttamente sui requisiti della fattispecie estintiva¹⁷¹. Ad ogni modo è innegabile il fatto che la legge regionale detti i requisiti costituenti il presupposto della fattispecie estintiva penale, con ciò interferendo seppure indirettamente con la (non) applicazione della legge penale.

L'impressione tratta dalla breve rassegna giurisprudenziale analizzata, è che i giudici diano per acquisita la legittima interferenza delle leggi regionali sulle norme penali, potendo le prime, attraverso i molteplici meccanismi esaminati, comportare distinte applicazioni *ratione loci* di una stessa disposizione incriminatrice.

Quindi, può affermarsi che la riforma costituzionale del titolo V, nonostante l'espressa attribuzione allo Stato della potestà legislativa esclusiva sull'ordinamento penale, sembra legittimare una maggiore incidenza, quantomeno indiretta, delle leggi regionali sul diritto penale, in proporzione alle accresciute competenze concorrenti ed esclusive regionali; sempre però tenendo ben a mente che al legislatore spetterà sempre la previsione del precetto e della sanzione penale, ma non la regolamentazione della materia su cui opera l'intervento penale.

In altre parole, il legislatore penale statale, nelle materie riservate in via esclusiva alle Regioni, dovrà assumere le discipline regionali come dati preformati immodificabili, potendo al più, se del caso, isolare alcuni dati normativi di fonte regionale in funzione di esigenze tipicamente penalistiche di selezione di tutela; nelle materie concorrenti, esso dovrà evitare, nell'approntare la disciplina penale, di incidere sugli aspetti di dettaglio¹⁷². Al

¹⁷¹ DI MARTINO, *Dalla campana senza battaglia al concorso di norme*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 1017.

¹⁷² Per tale impostazione, si veda DE FRANCO, *La potestà legislativa dello Stato e la potestà legislativa delle Regioni di fronte alla riserva di legge in materia penale*, in *Riv. it. dir. pen. e proc.*, 1964, p. 762.

contempo è necessario che le compressioni delle competenze regionali realizzate in nome del diritto penale siano quelle minime opportune e ragionevoli alla luce di esigenze nazionali di tutela uniforme di valori di rilievo statale.

Analogamente, sempre nei settori di competenza concorrente o esclusiva regionale, sembrano legittimi i contributi del legislatore regionale che la stessa norma penale statale richieda e che, nella prospettiva dell'interesse generale dell'ordinamento, appaiano giustificate da obiettive esigenze di adattamento territoriale¹⁷³.

L'attribuzione di una competenza penale diretta alle Regioni, limitatamente a materie di propria competenza, non sembra ancora auspicabile¹⁷⁴, in quanto ciò potrebbe comportare un'eccessiva espansione della tutela penale in alcune Regioni o, al contrario, un suo indebito ritirarsi in altre più lassiste. Tuttavia rischi di *iper* o *ipo* penalizzazione fanno capo a qualsiasi legislatore, anche quello statale, come ha dimostrato l'esperienza storica.

Non è parsa allo stesso modo auspicabile la proposta di assistere i precetti regionali con una norma penale in bianco, che sanzioni l'inosservanza di leggi regionali¹⁷⁵. Tale ipotesi, infatti, non solo risulterebbe alquanto problematica in relazione al principio di precisione e con il riparto di competenze ex art. 117 Cost., ma soprattutto sarebbe in tensione con il principio di uguaglianza, fornendo un'unica sanzione penale per condotte tra loro molto eterogenee.

2.4.4 Il potere penale dei sindaci

Un argomento a cavallo tra le fonti ammesse nel diritto penale e l'odierna esigenza di sicurezza che pervade la nostra società concerne l'ammissibilità delle ordinanze sindacali in materia penale.

Infatti, come si è detto, gli attacchi alla legalità giungono dall'alto, con la sottoposizione della potestà legislativa dello Stato ai vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e internazionale (117, co. 1 Cost.), dal basso, con l'accrescimento delle materie oggetto di potestà legislativa regionale, concorrente ed esclusiva (art. 117, co. 3 e 4 Cost.) e con il

¹⁷³ Il riferimento va ad esempio alla materia edilizia e a plausibili differenze in ordine ai limiti di condonabilità di ambiti volumetrici: ciò che determina effetti sull'area di operatività delle norme statali estintive del reato. In argomento, RUGA RIVA, *Il condono edilizio dopo la sentenza della Corte Costituzionale: più potere alle Regioni in materia penale?*, cit., p. 1104. Di pensiero opposto, invece, VINCIGUERRA, *La tutela penale dei precetti regionali cinquant'anni dopo*, in VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, p. 125.

¹⁷⁴ Questa sarebbe la tesi avanzata da BRICOLA, *Principio di legalità*, cit., p. 273.

¹⁷⁵ VASSALLI, *Sulla potestà normativa penale delle regioni*, cit., p. 164.

proliferare degli atti normativi dell'esecutivo, ma anche dal più basso ancora, con l'affermazione del principio di sussidiarietà e con la conseguente attribuzione ai Comuni e agli enti *sub* statali delle funzioni amministrative (art. 118 Cost.).

In tale contesto di più ampio declino della sovranità nazionale, non stupisce che ai sindaci si chiedano anche soluzioni efficienti in tema di repressione della criminalità diffusa, a prescindere dalle competenze e dagli strumenti giuridici che l'ordinamento attribuisce loro¹⁷⁶.

In tale contesto si collocano, ad esempio, le ordinanze sindacali, emesse per vietare di indossare il burqa in pubblico¹⁷⁷, richiamando la disciplina penale che punisce il mascheramento con caschi e altri mezzi, e quella per vietare il mestiere girovago di lavavetri, pena l'applicazione dell'art. 650 c.p.¹⁷⁸.

Senza addentrarci sulla legittimità dell'utilizzo di tale strumento normativo, quello che va rilevato è che le ordinanze, le quali miravano a produrre effetti penali, se sul piano giuridico hanno fallito, in quanto revocate o poste nel nulla, su quello fattuale hanno raggiunto il loro scopo, avendo comportato il venir meno del fenomeno combattuto.

I cittadini chiedono sicurezza contro persone reputate diverse e i Sindaci, per rispondere a tale sollecitazione, reclamo poteri amministrativi e, in mancanza o ritenendoli insufficienti, pretendono talvolta di evocare sanzioni penali. Ciò che conta è lo scopo, non i mezzi. Risulta chiaro che il fine è la rassicurazione dei cittadini, la tutela della sicurezza urbana, in una versione per così dire soggettiva, emotiva, di rassicurazione della pubblica incolumità da ansie e timori¹⁷⁹. Infatti, l'uso della specificazione urbana, caratterizza il nuovo concetto di sicurezza sotto più profili: evidenzia l'affermarsi di una sicurezza che non è soltanto garanzia di un'assenza di minaccia, ma anche attività positiva di rafforzamento della percezione pubblica della sicurezza; evoca il luogo dove più è sentito il problema della criminalità; chiama in causa gli enti locali quali soggetti coinvolti nell'elaborazione di politiche securitarie¹⁸⁰.

¹⁷⁶ RUGA RIVA, *Il lavavetri, la donna col burqa e il sindaco: prove atecniche di diritto penale municipale*, in *Riv. it. dir. pen. e proc.*, 2008, p. 134.

¹⁷⁷ Art. 5 l. 22 maggio 1975, n. 122 che prevede una contravvenzione punibile con l'ammenda da Lire 300.000 a 800.000.

¹⁷⁸ Ordinanze del Comune di Firenze n. 2007/774 e n. 2007/883, su cui GIUNTA, *Lavavetri e legalità*, in *Dir. imm. e citt.*, 2007, p. 31; ANDRONIO, *L'ordinanza extra ordinem del sindaco di Firenze sui lavavetri: divieto di un'attività già vietata?*, in www.federalismi.it, 2007.

¹⁷⁹ La letteratura in argomento è copiosa: DE VERO, voce *Ordine pubblico (delitti contro)*, in *Dig. dir. pen.*, Torino, 1995, IX, p. 73, nonché la voce *sicurezza pubblica nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1997, vol. XIII, p. 285; FIORE, voce *Ordine pubblico (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1980, XXX, p. 1084; MOCCIA, voce *Ordine pubblico*, in *Enc. Giur. Trecc.*, Roma, 1990, XII, p. 1.

¹⁸⁰ VIGNA, *Sicurezza urbana: una strategia integrata per un obiettivo complesso*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 137.

Così, nel calderone della sicurezza urbana rischiano di cadere indiscriminatamente il lavavetri aggressivo che minaccia gli automobilisti o danneggia i veicoli e quello innocuo, l'inerte donna musulmana al pari della terrorista islamica mascherata. Beninteso, vero è che fenomeni quali quelli presi in considerazione dalle ordinanze creino allarmi sociali, talvolta meritevoli di risposta da parte dell'ordinamento, tuttavia sarebbe bene che si utilizzassero gli strumenti amministrativi già presenti, senza dimenticare che per le ipotesi più gravi esistono già figure di reato a tutela di beni giuridici più afferrabili della sicurezza urbana.

In un'ottica di più ampio respiro, è significativo che i Sindaci, il cui peso politico si è accresciuto grazie al principio di sussidiarietà, all'attribuzione di funzioni amministrative in capo ai Comuni ex art. 118 Cost. e alla loro investitura popolare diretta, tentino di intervenire nelle politiche di incriminazione.

L'autoattribuzione di potestà penale, diretta o indiretta, è del resto tipica di ogni potere che voglia legittimarsi come davvero tale agli occhi dei cittadini¹⁸¹. È accaduto alle Regioni a statuto speciale nei primi anni del loro funzionamento¹⁸² e di recente alla Commissione europea¹⁸³.

Il richiamo simbolico alla pena da parte dei Sindaci, per quanto illegittimo, rappresenta l'ennesimo segno del rimodularsi della sovranità, cui si accompagna il pluralismo delle fonti che vorrebbero incidere sugli ambiti di criminalizzazione.

In una Repubblica costituita, ai sensi dell'art. 114 Cost., da Comuni, Province, Città metropolitane, Regioni e Stato e nella quale la potestà legislativa è esercitata nel rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali, la spinta politica e simbolica verso la minaccia di pena rischia di moltiplicarsi, in una rincorsa all'organo più duro nella tutela di interessi e valori.

L'attribuzione della potestà legislativa penale allo Stato sembra faticare ad arginare tali pressioni.

Nel dibattito sulla potestà penale delle Regioni ci si interrogava sull'opportunità di assistere i precetti regionali con una norma penale in bianco oppure sulla base dell'art. 650 c.p. e, come ampiamente visto, mentre la prima ipotesi apparve subito in contrasto con l'art. 25,

¹⁸¹ SOTIS, *Il diritto senza codice*, Milano, 2007, p. 162.

¹⁸² Per i necessari riferimenti alle prime sentenze della Corte Costituzionale si veda VINCIGUERRA, *Le leggi penali regionali*, cit., p. 8.

¹⁸³ Corte di giustizia, 13 settembre 2003, C-176/03, in *Racc.* 2005, I-7879, che ha riconosciuto alla Commissione, competenza penale, ossia di inserire nelle direttive l'esplicito obbligo per gli Stati di incriminare determinate condotte, in quel canno in materia ambientale, in danno del Consiglio.

co. 2, Cost.¹⁸⁴, la seconda venne respinta per molte ragioni, tra cui l'inidoneità ad abbracciare inosservanze di leggi e regolamenti, tanto meno regionali, l'imprecisione del precetto e la scarsa elasticità della sanzione.

Tali obiezioni allora non possono che valere *a fortiori* per le ordinanze comunali contenenti precetti generali e astratti nonché pretesamente innovativi dell'ordinamento giuridico, posto che esse, a differenza delle leggi regionali, non promanano da un ente dotato di potestà legislativa, ma al massimo regolamentare.

In definitiva i Sindaci non hanno strumenti formali per modificare la politica repressiva imperniata sulle norme penali nazionali, anche se nell'opinione pubblica eccitata dai *mass media* è passato il messaggio opposto.

Ad ogni modo è bene che, anche in politica criminale, la ragione prevalga sul sentimento di fastidio e sulle paure, almeno fintanto che si attribuisca al diritto penale lo scopo di reprimere e prevenire offese a beni giuridici, quand'anche in via anticipata, e non quello di placare timori in larga parte infondati o comunque fronteggiabili con strumenti meno invasivi. A proposito di ciò, sembra che stia accadendo davvero il contrario o almeno è accaduto così con il recente pacchetto sicurezza (l. 15 luglio 2009, n. 94). Il relativo comma 40 dell'art. 3, infatti, autorizza i sindaci ad avvalersi della collaborazione di associazione tra cittadini non armati al fine di segnalare alle Forze di polizia eventi che possano arrecare danno alla sicurezza urbana ovvero situazioni di disagio sociale.

Per quanto non si tratti, com'è evidente, di cedere l'uso delle armi ai privati, si tratta in ogni caso di un'esplicita ammissione che lo Stato e il diritto penale non sono in grado di garantire un sufficiente controllo del territorio mediante le forze di cui dispone.

2.4.5 La partecipazione creativa del potere giudiziario

Come anticipato, le prerogative tradizionali del Parlamento quale organo depositario delle scelte di politica criminale possono subire un'ulteriore erosione dall'interno ad opera sia del giudice costituzionale che della giurisdizione ordinaria¹⁸⁵.

¹⁸⁴ BRICOLA, *Principio di legalità e potestà normativa penale delle Regioni*, in *Sc. pos.*, 1963, p. 630.

¹⁸⁵ Per l'interprete della legge penale il principio di legalità viene in rilievo come vincolo di certezza ed, inoltre, in ordinamenti di democrazia liberale, come espressione di un potere democratico. La certezza del diritto è un'esigenza che da sempre attraversa la vita del diritto anche perché nella possibilità di un'interpretazione obiettiva della legge sono in gioco la separazione dei poteri e la legittimazione delle decisioni giudiziarie. Considerazioni critiche sul ruolo politico della Corte si rinvengono in BELFIORE, *Giudice delle leggi e diritto penale*, Milano, 2005; INSOLERA, *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, Torino, 2000, p. 288. Di segno diverso i rilievi di PULITANO', *Sull'interpretazione e gli interpreti della legge penale*, in AA.VV., *Scritti in onore di G. Marinucci*, vol. I, Milano, 2006, p. 671.

Sotto il primo aspetto, ci si riferisce non solo al tema classico delle sentenze manipolative¹⁸⁶, quanto ad altre ipotesi di interventismo giudiziario sulle scelte del legislatore come, ad esempio, la crescente pervasività del giudizio di ragionevolezza¹⁸⁷, tanto nella descrizione della fattispecie che della sanzione, che all'ammissibilità di un sindacato *in malam partem*.

Quanto al secondo profilo, si può osservare come la ricorrenza nel nostro ordinamento sia di innumerevoli contrasti giurisprudenziali sia di molteplici ipotesi di creazioni giudiziali di reati determini la sconfitta del principio della riserva di legge nel confronto con il diritto vivente¹⁸⁸.

Si tratta, questa, di una deriva ancor più grave di quella costituita dall'ingresso in ambito penale di fonti non legislative: invero, mentre l'attività normativa dell'esecutivo può, almeno teoricamente, essere ingessata da norme costituzionali e controlli, la creatività dei giudici appare insopprimibile¹⁸⁹.

Per vero, i due aspetti descritti paiono suscettibili di lettura in chiave unitaria, se solo si tiene conto della distinzione tra i modelli interpretativi penali in legalista, costituzionale e giurisdizionale¹⁹⁰. La risalente crisi del primo, caratterizzato dalla riduzione del giudice a mera bocca della legge, dalla funzionalizzazione del principio di determinatezza e del divieto di analogia alla massima restrizione della discrezionalità ermeneutica per salvaguardare il principio democratico, ha lasciato spazio all'affermazione del secondo, di pari passo con la valorizzazione del dialogo giudice ordinario–Corte Costituzionale, come momenti ineludibili del percorso per l'individuazione della *regula iuris*, conforme a Costituzione e applicabile al caso concreto¹⁹¹. Anche questo modello, fondato su un'interazione dei tre attori, quali legislatore, giudice e Suprema Corte, rispettosa dei rispettivi ruoli previsti in Costituzione, manifesta però da qualche tempo segni di crisi, con scivolamenti verso il modello giurisdizionale.

¹⁸⁶ D'AMICO, *Sulla costituzionalità delle decisioni manipolative in materia penale*, in *Giur. it.*, 1990, IV, c. 254; PEDRAZZI, *Inefficaci le sentenze manipolative in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, p. 659.

¹⁸⁷ BELFIORE, *Giudice delle leggi e diritto penale*, Milano, 2005, p. 270; MANES, *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 739; DI GIOVINE, *Il sindacato di ragionevolezza della Corte Costituzionale in un caso facile*, cit., p. 100, a margine della celebre sentenza n. 394/2006 con cui la Corte Costituzionale ha dichiarato illegittima, perché irragionevole, una norma penale di favore, che puniva cioè con sanzioni più lievi talune specifiche condotte di falso in materia elettorale, determinando così la riespansione della disciplina generale più severa.

¹⁸⁸ CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, Torino, 2007.

¹⁸⁹ GRANDI, *Riserva di legge e legalità europea*, cit., p. 42.

¹⁹⁰ Ciò è quanto affermato da BARTOLI al seminario *L'interpretazione delle norme tra legalità e Costituzione*, tenutosi all'Università di Ferrara il 30 aprile 2010.

¹⁹¹ Mentre nel modello legalista il giudizio sulla determinatezza della fattispecie viene effettuato con riferimento all'espressione linguistica considerata in astratto, nel modello costituzionalista il giudizio ermeneutico si incentra proprio sulla *regula iuris* che scaturisce dall'interpretazione.

Tale rischio risulta attualmente favorito dalle conseguenze estreme cui la stessa Corte sembra aver portato la teoria dell'interpretazione costituzionalmente orientata o adeguatrice da parte del giudice ordinario, con il risultato di indurlo ad approdi ermeneutici dirompenti rispetto ai confini letterali della disposizione come formulata dal legislatore penale. Infatti, proprio in una recente decisione¹⁹², la Suprema Corte ha ritenuto la questione sollevata inammissibile perché il giudice remittente avrebbe omesso di operare un previo tentativo di interpretazione adeguatrice; essa ha così colto l'occasione per dettare all'uopo delle regole per i giudici.

Innanzitutto, per la Corte di legittimità, è possibile trarre da una o più sentenze della Corte stessa un principio di ordine costituzionale come se esso fosse ricavabile direttamente dalla Costituzione, dotato dunque della stessa valenza dei principi desumibili dalla Carta fondamentale¹⁹³. Conseguentemente, i giudici sono chiamati a ricavare essi stessi questi principi dalle sentenze della Corte Costituzionale, senza che sia la Corte a formularli o a ribadirli, e, una volta enucleati, essi devono manipolare i testi legislativi in modo da renderli

¹⁹² Corte Costituzionale, sent. 208/2009, relativa all'art. 219 c.p., disposizione che, in combinato disposto con altre norme del codice, non avrebbe consentito, secondo il giudice *a quo*, l'applicazione al condannato di una misura di sicurezza diversa da quella custodiale. Nel dettaglio, l'art. 219 c.p. stabilisce che il condannato, per delitto non colposo, ad una pena diminuita per infermità psichica, è ricoverato in una casa di cura e custodia per un tempo non inferiore ad un anno, quando la pena stabilita dalla legge non è inferiore a cinque anni di reclusione e, ex comma 2, se si tratta di un altro reato, per il quale la legge stabilisce la pena detentiva, il ricovero in una casa di cura e custodia è ordinato per un tempo non inferiore a sei mesi; tuttavia il giudice, secondo il terzo comma, può sostituire alla misura del ricovero quella della libertà vigilata. Orbene, il giudice *a quo* rilevava come, per costante giurisprudenza, il calcolo della "pena stabilita dalla legge" ai fini delle determinazioni di cui all'art. 219 c.p. dovesse essere effettuata sulla base delle regole previste in tema di prescrizione dall'art. 157 c.p. ora, l'art. 6 l. n. 251/05 ha modificato l'art. 157 c.p. nel senso di escludere dal computo le diminuzioni operanti per effetto delle circostanze attenuanti, riverberando effetti anche sui criteri di calcolo validi per l'art. 219 c.p. Nel caso concreto da cui la questione ha preso le mosse, pur se il condannato, giudicato responsabile del delitto di cui all'art. 609 *quater* c.p., aveva ottenuto l'applicazione di diverse attenuanti, il combinato disposto delle disposizioni e delle tesi ermeneutiche richiamate imponeva di tenere in considerazione il solo minimo edittale della pena base comminata da tale delitto (5 anni) anche ai fini dell'art. 219 c.p., precludendo così l'applicabilità del relativo comma 3 e rendendo irrogabile, ai sensi del comma 1, la sola misura custodiale. Tutto ciò pur se, anteriormente alla riforma dell'art. 157 c.p., nei casi analoghi era lasciata al giudice l'alternativa tra misura custodiale e libertà vigilata: soluzione considerata illogica dal ricorrente specie ove la presenza di più attenuanti avesse costituito indice di modesta pericolosità sociale, come tale arginabile con una misura di sicurezza meno restrittiva. Ampiamente sull'argomento, RESCIGNO, *Dal preteso principio secondo cui spetta ai giudici ricavare principi dalle sentenze della Corte e manipolare essi stessi direttamente le disposizioni di legge per renderle conformi a tali principi*, in *Giur. Cost.*, 2009, p. 2412.

¹⁹³ Il riferimento, nel caso concreto sopra descritto, è a due pronunce precedenti (sentenze n. 253/2008 e 367/2004) in cui la Corte aveva dichiarato illegittime altrettante disposizioni che imponevano al giudice l'adozione di una misura di sicurezza detentiva, pur quando una misura meno drastica fosse capace al contempo di soddisfare le esigenze di cura del soggetto interessato e di controllo della sua pericolosità sociale. Sulla base di esse, la Corte nella decisione n. 208/2009 enuncia l'esistenza di un principio generale di rilievo costituzionale, in materia di misure di sicurezza, volto ad escludere ogni automatismo che imponga al giudice di adottare una misura detentiva. Ma le premesse di tale ragionamento non hanno condotto all'esito di una pronuncia di accoglimento omogenea alle precedenti, ossia una sentenza manipolativa che dichiarasse l'art. 219 c.p. illegittimo nella parte in cui non lasciava al giudice alcuna alternativa tra misura custodiale e non, bensì, come detto, ad una sentenza di inammissibilità, motivata dal fatto che il giudice remittente avesse omesso di interpretare l'art. 219 c.p. alla luce del suddetto principio costituzionale.

conformi al principio¹⁹⁴. È evidente il rischio insito in tale procedimento di esegesi, posto che il potere manipolativo dovrebbe essere riservato al massimo alla Consulta, le cui sentenze di accoglimento rappresentano il solo rimedio apprestato dall'ordinamento in caso di insuperabile difformità del testo di legge al disposto costituzionale.

La portata di questo sviluppo estremo dell'interpretazione adeguatrice è facilmente intuibile¹⁹⁵: l'estensione ai giudici dei comuni compiti di giustizia costituzionale, mediante l'introduzione di una sorta di controllo diffuso di legittimità, porta gli stessi non solo ad erodere le competenze proprie della Corte Costituzionale, ma soprattutto ad operare pericolose invasioni nell'ambito legislativo, laddove siano chiamati a forzare il testo al di là di ogni confine interpretativo.

Ora, le delineate intrusioni dei giudici ordinari e costituzionali sui contenuti delle norme penali rappresentano forme di erosione della riserva di legge attinenti alla fase genetica delle disposizioni stesse, determinando malfunzionamenti interni ai meccanismi di produzione e offuscando la funzione garantista del controllo democratico¹⁹⁶.

Passando più propriamente alla Corte Costituzionale, va ricordato come, in ossequio al principio della riserva di legge, essa non può creare norme incriminatrici, né ampliare quelle esistenti a casi non prescritti, né incidere *in peius* sulla pena o comunque sulla punibilità; in realtà essa attualmente, per i poteri demolitori che le conferisce la Costituzione e per quelli creativi che è venuta via via acquisendo, pare porsi in naturale concorrenza con il legislatore. Basti, infatti, osservare come anche il più ordinario dei suoi responsi, ossia l'ablazione di una norma incostituzionale, privi l'ordinamento di un

¹⁹⁴ E non c'è dubbio che nel caso della sentenza 208/2009 si tratti di potere manipolativo posto che l'art. 219 c.p. impone inequivocabilmente l'adozione di una misura detentiva, senza alternativa alcuna.

¹⁹⁵ Per completezza va detto che un ragionamento analogo a quello contenuto nella sentenza 208/2009 la Corte l'aveva fatto anche nella più nota decisione n. 322/2007 in merito all'art. 609 *sexies* c.p. La formulazione testuale di tale norma esclude perentoriamente l'invocabilità dell'errore sull'età dell'offeso nei reati sessuali commessi in danno di minori infraquattordicenni. Anche in tal caso ci si è trovati dinanzi ad un insanabile contrasto col principio di colpevolezza come sancito nella fondamentale sentenza n. 264/1988, che la Corte ha risolto, sorprendentemente, con una pronuncia di inammissibilità. Parimenti a quanto avvenuto nella decisione n. 208/2009, qui la Corte ha rimproverato il giudice di non avere esperito il tentativo di interpretazione adeguatrice, facendo, in particolare, riferimento ad un principio elaborato in una precedente pronuncia della Corte avente ad oggetto il diverso tema dell'*error iuris*. Con l'effetto di pervenire ad una vera e propria rottura dalla lettera dell'art. 609 *sexies* c.p. il cui testo letterale perentoriamente non lascia adito a soluzioni esegetiche diverse da quella che esclude ogni rilevanza all'errore sull'età, sia esso scusabile e dunque incolpevole o non lo sia; rottura, anche in tal caso, eventualmente consentita solo alla Suprema Corte con una sentenza manipolativa. A commento di tale decisione, RISICATO, *L'errore sull'età tra error facti ed error iuris: una decisione timida o storica della Corte Costituzionale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2007, p. 1461; PITTARO, *La Consulta introduce nei reati sessuali l'ignoranza inevitabile dell'età del minore*, in *Fam. dir.*, 2007, p. 988.

¹⁹⁶ IADICCIO, *La riserva di legge nelle dinamiche di trasformazione dell'ordinamento interno e comunitario*, cit., p. 54.

elemento elaborato dal legislatore¹⁹⁷. Essendo però essa sfornita di quella legittimazione democratica di cui è investito il legislatore nazionale, la sua attività può porsi in contrasto con la riserva di legge penale¹⁹⁸. Non è dunque casuale l'atteggiamento di prudenza e *self restraint* mantenuto in questi anni dalla Corte di legittimità¹⁹⁹, che ha ripetutamente ribadito l'impossibilità di adottare pronunce che possano creare nuove norme *in malam partem*²⁰⁰. Di più, nelle numerose dichiarazioni di inammissibilità del ricorso, in nome della tutela di beni giuridici importanti, taluni hanno letto una ferma difesa del principio di legalità da parte della Suprema Corte. Dietro la soluzione formalmente processuale dell'inammissibilità, trasparirebbe la priorità del principio di legalità quale affermazione della competenza esclusiva del legislatore in ordine alle scelte di criminalizzazione²⁰¹.

¹⁹⁷ In materia di diritto penale, il sindacato della Corte di legittimità è sempre andato nella classica direzione liberale di controllo delle disposizioni impugnate alla stregua di principi di garanzia e in particolare di quello di uguaglianza. Numericamente sono prevalse le sentenze di rigetto, ma vi sono state anche sentenze di accoglimento che hanno espunto dal sistema figure di reato superate o marginali, ma anche delitti di particolare valore simbolico, come il plagio, il concubinato, l'adulterio e il vilipendio alla religione.

¹⁹⁸ Per una recente eccezione, DE VERO, *Corso di diritto penale*, Torino, 2004, p. 253.

¹⁹⁹ A circa cinquant'anni dall'entrata in funzione della Corte Costituzionale, nel quadro che emerge il posto occupato dal diritto penale non occupa uno spazio cospicuo. Nei suoi confronti la Corte fin dall'inizio è stata animata, salvo che per disposizioni palesemente incostituzionali, da un senso di rispetto. Dietro la soluzione formalmente processuale di inammissibilità traspare per l'appunto la priorità del principio di legalità, quale affermazione della competenza esclusiva del legislatore in ordine alle scelte di criminalizzazione. "Solo il legislatore può, nel rispetto dei principi della Costituzione, individuare i beni da tutelare mediante la sanzione penale e le condotte, lesive di tali beni, da assoggettare a pena, nonché stabilire quantità e qualità delle relative pene edittali". In questi termini si è espressa la Corte Costituzionale, nella sentenza n. 447/1998 sulla riforma dell'abuso d'ufficio e analogamente nella recente decisione n. 161/2004 in tema di false comunicazioni sociali. In argomento anche VASSALLI, *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 24 e PULITANO', *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 484.

²⁰⁰ Per tale atteggiamento di *self restraint*, alla giurisprudenza della Corte sono stati mossi rilievi critici di segno diverso: quanto ai contenuti, di procedere in modo cauto, forse troppo, con esiti di blanda cosmesi di un sistema bisognoso di ben altre riforme; quanto al metodo, di aver utilizzato criteri poco formalizzati e molto valutativi, ad alto tasso di politicità come il bilanciamento degli interessi e il giudizio di ragionevolezza. Sull'argomento si vedano le osservazioni di PULITANO', *Appunti su democrazia penale, scienza giuridica, poteri del giudice*, in AA.VV., *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, cit., p. 136 e, sempre dello stesso Autore, *Sull'interpretazione e gli interpreti della legge penale*, in DOLCINI-PALIERO, *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, vol. I, p. 671. Bisogna però anche dire che, se argomenti valutativi sono stati usati per riequilibrare situazioni che nessuno avrebbe più giudicato equilibrate, le questioni di legittimità su questioni calde sono state accolte sulla base di criteri forti. Emblematica in tal senso la sentenza sul vilipendio della religione, dichiarato incostituzionale alla stregua del principio di laicità dello Stato, combinato al principio di uguaglianza, non nella sua versione allargata del controllo di ragionevolezza, ma nel nucleo duro di divieto di discriminazioni (sentenza n. 508 del 2000 che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 402 c.p.).

²⁰¹ Così Corte Cost., n. 447/1998 sulla riforma dell'abuso d'ufficio: "solo il legislatore può, nel rispetto dei principi della Costituzione, individuare i beni da tutelare mediante la sanzione penale e le condotte, lesive di tali beni, da assoggettare a pena, nonché stabilire qualità e quantità delle relative pene". Tale linea è stata riaffermata nella recente sentenza n. 161/2004 in tema di false comunicazioni sociali, unitamente alla riaffermazione della sindacabilità delle norme di favore, sulla condivisibile premessa della distinzione fra norme di favore ed elementi di selezione dei fatti meritevoli di tutela che il legislatore ritenga di introdurre in sede di descrizione della fattispecie astratta, nell'esercizio di scelte discrezionali primarie, di sua esclusiva competenza". L'unica decisione rivoluzionaria in materia penale resterebbe quella adottata con la sentenza n. 364/1988 con cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 5 c.p. nella parte in cui non esclude dall'inescusabilità dell'ignoranza della legge penale l'ignoranza inevitabile della legge. Essa è stata

Se ciò è vero, occorre comunque riconoscere che, pur nell'ambito delle pronunce produttive di effetti in *bonam partem*, la Corte, rimediando alla fissità degli interventi demolitori assegnatili dalla Costituzione, ha escogitato negli anni decisioni di altro genere, che hanno implicato risultati non puramente ablativi della disposizione ma modificativi della realtà normativa.

Il riferimento va alle sentenze additive o riduttive: togliendo o aggiungendo una parte del testo, una parola, una frase ovvero dichiarando illegittima una norma "nella parte in cui prevede" o "non prevede" qualcosa, la Corte la riporta in linea con la Costituzione.

Sarebbe facile, come fa notare un celebre Autore²⁰², sostenere che la riduzione del testo normativo non pone problemi in quanto consistente in un semplice *minus* rispetto alla totale ablazione, mentre li pone l'addizione, perché l'aggiunta di termini prima assenti è opera originale della Consulta. In entrambi i casi, in verità, al di là delle singole parole, se si guarda al significato ricavabile dalla loro connessione, si evince come entrambe le sentenze siano a loro modo creative, nel senso che la norma risultante dalla manipolazione²⁰³ del testo, che resta nell'ordinamento fino ad un successivo intervento del legislatore, è diversa dalla precedente.

Innumerevoli in tal senso sono state le decisioni che hanno ridotto l'ambito applicativo della fattispecie, quindi in *bonam partem*, ma attraverso l'aggiunta di un ulteriore elemento essenziale del reato; per non parlare di quelle che hanno rimodulato la pena, non certamente inventandosi *ex novo* la cornice edittale, bensì mutuandola da una fattispecie

rivoluzionaria nel senso che ha per la prima volta riconosciuto il principio di colpevolezza come principio costituzionale fondamentale e nonché qualificato la responsabilità penale personale ex art. 27 Cost. come responsabilità per fatto proprio colpevole; ad ogni modo qualche prodromo di cambiamento di indirizzo era presente, seppur non dichiarato in modo esplicito, anche in diverse sentenze interpretative di rigetto precedenti (tra le quali la sentenza n. 259/1976 in tema di confisca e la n. 42/1965 riguardante l'art. 116 c.p.).

²⁰² ROMANO, *Complessità delle fonti e sistema penale. Leggi regionali, ordinamento comunitario, Corte Costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 552.

²⁰³ Per alcuni le sentenze manipolative non sembrano invadere il campo del legislatore: la riscrittura parziale di una legge, la cui unica plausibile alternativa sarebbe una dichiarazione di illegittimità totale, coinvolgente anche elementi non viziati da illegittimità, pare la soluzione che più di ogni altra riduce l'impatto della sentenza sul tessuto legislativo. All'opposto, un consistente filone dottrinale ritiene le sentenze manipolative, anche in *bonam partem*, non compatibili col principio di legalità. Ciò può essere sostenuto in singoli casi, in cui la manipolazione operata dalla Corte ha conservato spezzoni di vecchie incriminazioni, trapiantandole in un diverso contesto (è quanto accaduto, ad esempio) in alcune sentenze in materia di sciopero, su cui PULITANO', *Sciopero e categorie penalistiche*, in *Riv. giur. Lav.*, 1982, p. 321). A tali tesi, comunque, si oppone che, al piano formale, più che un'invasione del campo legislativo, le sentenze manipolative in *bonam partem* (di restrizione dell'area dell'illecito o di mitigazione delle sanzioni) possono essere tendenzialmente valutate come una linea di conservazione di soluzioni legislative del passato, non del tutto ritenute obsolete ovvero come correzione, fondata sul principio di uguaglianza, di imperfezioni tecniche o disarmonie interne al sistema. Anche laddove sono state introdotte soluzioni fortemente manipolative, ciò è avvenuto in chiave di razionalizzazione sistematica delle scelte del legislatore o comunque di introduzione di soluzioni costituzionalmente obbligate. Sul punto, PUGIOTTO, *Sentenze normative. Legalità delle pene e dei reati e controllo sulla tassatività delle fattispecie*, in *Giur. Cost.*, 1994, p. 4199.

simile. Da non dimenticare, poi, le pronunce che, seppur ablative con effetti *in bonam partem*, hanno disposto l'eliminazione di una fattispecie di reato per la sua intrinseca irragionevolezza, con ciò contestando attraverso questo elastico parametro la scelta di criminalizzazione del legislatore²⁰⁴.

Anche le sentenze interpretative di rigetto possono essere valutate in maniera analoga²⁰⁵. Fin dalla prima sentenza relativa alla determinatezza di una norma penale²⁰⁶, e fino a decisioni recenti²⁰⁷, la Corte di legittimità ha pronunciato una lunga serie di sentenze di rigetto, anche su disposizioni la cui interpretazione è stata sempre particolarmente controversa²⁰⁸, facendo leva sulla possibilità di precisare le fattispecie in sede di esegesi giudiziale. Nella dottrina tale impostazione è stata fortemente criticata, sulla scorta dell'osservazione per cui lasciare la tipizzazione delle fattispecie penali incerte al diritto vivente determina "una ipervalutazione del ruolo della giurisprudenza ordinaria, alla quale vengono in definitiva implicitamente attribuiti una responsabilità e dei compiti surrogatori rispetto all'obbligo legislativo di corretta formulazione delle norme penali"²⁰⁹. In realtà, la giurisprudenza costituzionale sul principio di precisione manifesta un *self restraint* che poggia sulla ben comprensibile preoccupazione di non aprire vuoti di tutela, se non per vizi contenutistici. In quest'ottica si può leggere il non infrequente ricorso a sentenze interpretative di rigetto che, senza incidere formalmente sul tessuto legislativo, danno all'interprete indicazioni necessarie a salvare da applicazioni incostituzionali. Dunque, per

²⁰⁴ Questo è quanto accaduto, ad esempio, in tema di mendicizia non invasiva, dichiarata incostituzionale con sentenza 28 dicembre 1995, n. 519, e di possesso ingiustificato di valori, dichiarato illegittimo dalla pronuncia 2 settembre 1996, n. 370.

²⁰⁵ Secondo parte della dottrina essi non si contrappongono al legislatore ma ad interpretazioni che sarebbe incostituzionale seguire e che possono essere scartate senza bisogno di incidere sul testo di legge. Sul punto, SS.UU., 31 marzo 2004, n. 23016, in *Guida dir.*, 2004, n. 22, p. 64, ha affermato il principio di diritto per cui "le sentenze interpretative di rigetto della Corte Costituzionale non hanno efficacia *erga omnes* e determinano solo un vincolo negativo per il giudice del procedimento in cui è stata sollevata la relativa questione. In tutti gli altri casi il giudice conserva il potere di interpretare in piena autonomia le disposizioni di legge, purchè ne dia una lettura costituzionalmente orientata, ancorchè differente da quella indicata nella decisione interpretativa di rigetto".

²⁰⁶ Sentenza Corte Cost. n. 27/61, in *Giur. Cost.*, 1961, p. 537, con nota di Esposito: anche quando le norme si limitano ad una descrizione sommaria, l'interprete è chiamato ad "attuare il procedimento ordinario di interpretazione, anche se diretto ad operare l'inserzione del caso concreto in una fattispecie molto ampia e non di agevole interpretazione".

²⁰⁷ Corte Cost., sent. n. 5/2002, relativa all'immigrazione, in *Cass. pen.*, con nota di CERASE e di GROSSO, in *Giur. Cost.*, 2004, p. 97.

²⁰⁸ Ad esempio, le sentenze n. 44/1966 in materia di sfruttamento della prostituzione, la n. 188/1975 sul vilipendio, la n. 42/1972 sul comune sentimento del pudore e la n. 79/1982 in materia di armi.

²⁰⁹ PALAZZO, *Orientamenti dottrinali ed effettività giurisprudenziale del principio di determinatezza-tassatività in materia penale*, in AA.VV., *Le discrasie fra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, 1991, p. 56.

Formattato: Tipo di carattere:
(Predefinito) Arial, Italiano (Italia)

Formattato: Tipo di carattere:
(Predefinito) Arial, Italiano (Italia)

taluni, esse non si contrapporrebbero al legislatore, ma ad interpretazioni del giudice *a quo*²¹⁰.

Su un altro versante si pone infine la questione della sindacabilità delle c.d. norme penali di favore e dunque delle c.d. questioni *in malam partem*²¹¹. Fermo restando che in ogni

²¹⁰ SS.UU., 31 marzo 2004, n. 23016, in *Cass. pen.*, 2004, p. 2702, ha riaffermato il principio per cui “le sentenze interpretative di rigetto della Corte costituzionale non hanno efficacia *erga omnes* e determinano solo un vincolo negativo per il giudice del procedimento in cui è stata sollevata la relativa questione. In tutti gli altri casi il giudice conserva il potere di interpretare in piena autonomia le disposizioni di legge, purchè ne dia una lettura costituzionalmente orientata, ancorchè differente da quella indicata nella decisione interpretativa di rigetto”.

²¹¹ Ci si è chiesti, in particolare, se essa possa dichiarare incostituzionale le norme penali favorevoli, estendendo così l'area della punibilità a condotte non previste dal legislatore o inasprendo la sanzione penale. Ed invero, una volta espulsa dall'ordinamento la norma favorevole, per effetto della sentenza di incostituzionalità, quel determinato fatto di reato non risulterebbe più lecito o scusato o non punibile, ovvero risulterebbe punibile in modo più severo. Sul tema dell'ammissibilità di un sindacato di costituzionalità *in malam partem* si registra un'evoluzione nell'ambito della stessa giurisprudenza costituzionale.

In una prima fase, la Corte, investita di questioni di tal tipo, le dichiarava inammissibili per difetto di rilevanza: l'eventuale pronuncia di incostituzionalità non avrebbe prodotto effetti sul giudizio *a quo*, in quanto la disciplina penale più sfavorevole conseguente alla decisione della Corte non avrebbe potuto trovare applicazione nel caso concreto a causa dell'ostacolo opposto dal principio di irretroattività di cui all'art. 25, co. 2, Cost. (Ad esempio, Corte Cost., 14 aprile 1976, n. 85 ha dichiarato inammissibile per difetto di rilevanza la questione di costituzionalità dell'art. 44, comma 1, lett. a) n. 580/1967, poiché “i principi generali vigenti in materia di non retroattività delle sanzioni più sfavorevoli al reo, desumibili dall'art. 25, comma 2, Cost., impedirebbero in ogni caso che un'eventuale sentenza, anche di accoglimento, possa produrre un effetto pregiudizievole per l'imputato nel processo penale presente dinanzi al giudice *a quo*”).

In seguito, all'opposto, si è rilevato che il requisito della rilevanza deve essere riferita alla norma piuttosto che all'esito del giudizio, nel senso che la questione è rilevante ogni volta che abbia ad oggetto una norma il cui giudice debba fare applicazione nel giudizio principale. Nel dettaglio, come affermato dalla fondamentale sentenza 23 novembre 2006, n. 394, ferma restando l'assoluta intangibilità del principio in forza del quale nessun soggetto potrebbe essere condannato, o condannato con pena più severa, per un fatto non costituente reato o costituente uno meno grave nel momento in cui è stato commesso, anche le pronunce concernenti le norme penali di favore potrebbero influire sull'esercizio della funzione giurisdizionale sotto diversi profili. In primo luogo perché anche le norme penali di favore fanno parte del sistema e quindi lo stabilire gli effetti che produce il loro annullamento è problema che il giudice deve risolvere caso per caso. In secondo luogo, perché tale giudizio di legittimità potrebbe concludersi con una sentenza interpretativa di rigetto in grado di influire non poco sulle premesse su cui si fondava l'ordinanza di remissione. Escluso, dunque, che il sindacato di costituzionalità *in malam partem* sia precluso da ragioni processuali, la tesi dominante ritiene che il vero ostacolo a tale tipo di decisione sia costituito dal principio della riserva che assegna al Parlamento il monopolio nella produzione incriminatrice. Ciò implica, come d'altronde ribadito nella recente sentenza citata, che alla Corte non solo è vietato di introdurre nuove sanzioni penali, ma anche di estendere quelle esistenti a casi non previsti o ad incidere in modo peggiorativo sulla risposta punitiva. Tuttavia, ferma restando, nei limiti anzidetti, l'inammissibilità di un sindacato *in malam partem*, l'esigenza di evitare la creazione di aree sottratte al controllo costituzionale, ha indotto la Corte di legittimità ad introdurre una distinzione tra norme penali di favore e normativa penale favorevole. Nel dettaglio, mentre le prime creano una disciplina particolare a favore di una determinata cerchia di soggetti, e sono come tali soggette al vaglio di ragionevolezza, le seconde non sono derogatorie e pertanto sfuggono alla censura di incostituzionalità per disparità di trattamento. In altri termini, mentre la norma di favore trova il suo *tertium comparationis* nella disciplina generale derogata; la norma favorevole è tale invece solo se rapportata ad una aspettativa di legislazione più severa. Partendo da questa distinzione la Corte ha chiarito che il principio di legalità non preclude lo scrutinio di costituzionalità, anche *in malam partem*, delle norme penali c.d di favore, in quanto esso si connette all'ineludibile esigenza di evitare la creazione di zone franche dell'ordinamento, sottratte al controllo di costituzionalità, entro le quali il legislatore potrebbe di fatto operare svincolato da ogni regola, stante l'assenza di uno strumento che permetta alla Corte di riaffermare il primato della Costituzione sulla legge ordinaria. La preclusione del sindacato di costituzionalità *in malam partem* porterebbe all'incongruenza di ritenere il legislatore vincolato al rispetto dei precetti costituzionali se effettua scelte di aggravamento del sistema sanzionatorio, mentre privo di qualsiasi vincolo quando dalle sue opzioni derivi un trattamento più favorevole.

caso mai l'eventuale sentenza di accoglimento potrebbe produrre un effetto sfavorevole nel giudizio *a quo*, va al riguardo premesso che nonostante ciò le questioni *in malam partem* si ritengono ormai ammissibili. D'altra parte l'impossibilità di sindacare pronunce *in malam partem* produrrebbe l'inaccettabile situazione per cui il legislatore, introducendo norme penali, sarebbe tenuto ad osservare la Carta fondamentale quando aggrava il trattamento sanzionatorio, potendo invece liberamente violarla quando lo attenua.

Chiarito un tanto, il problema è piuttosto quello di un'eventuale lesione della legalità dovuta al fatto che la caducazione della norma di favore, comportando la riespansione della norma più generale e più sfavorevole, rimette in discussione l'assetto legislativo delle scelte di criminalizzazione con effetti futuri *in malam partem*, ancorchè senza formale creazione di nuove fattispecie.

A chiarire tale questione è intervenuta direttamente la Corte Costituzionale che, con la famosa sentenza in tema di falsi elettorali dell'8 novembre 2006, n. 394²¹², ha ribadito

In accordo all'esigenza evidenziata, è ora affermazione ricorrente che il principio di legalità impedisce sicuramente alla Corte di configurare nuove norme penali, ma non impedisce decisioni ablative di norme che sottraggono determinati gruppi di soggetti o di condotte alla sfera applicativa di una norma, accordando loro un trattamento più benevolo. In simili frangenti, difatti, la riserva al legislatore sulle scelte incriminatrici resta salva: l'effetto *in malam partem* non discende dall'introduzione di nuove norme o dalla manipolazione di norme esistenti da parte della Corte, la quale si limita a rimuovere la disposizione giudicata lesiva dei parametri costituzionali; esso rappresenta, invece, una conseguenza dell'automatica riespansione della norma generale o comune, dettata già dallo stesso legislatore, al caso oggetto di una incostituzionale disciplina derogatoria. Tale riespansione costituisce una reazione naturale dell'ordinamento alla scomparsa della norma incostituzionale: reazione che si avrebbe in ugual modo anche qualora la fattispecie derogatoria fosse più grave. In tal caso però a riespandersi sarebbe la norma generale meno grave, senza quindi che si concreti qualsiasi intervento creativo o additivo della Corte. Con riguardo ai criteri identificativi delle norme penali di favore, la Corte ha avuto modo di sottolineare come occorra distinguere tra previsioni normative che delimitano l'area di intervento di una norma incriminatrice, concorrendo alla definizione della fattispecie di reato, e quelle che invece sottraggono una certa classe di soggetti o di condotte all'ambito di applicazione di altra norma, maggiormente comprensiva. Solo a queste ultime si attaglia, in effetti, la qualificazione di norme penali di favore; non, invece, alle prime che si traducono in dati normativi espressivi di una valutazione legislativa in termini di meritevolezza o di bisogno di pena, idonea a caratterizzare una precisa scelta politico-criminale. Scelta cui la Corte non potrebbe, senza esorbitare i propri compiti, esercitare ed invadere il campo riservato dall'art. 25, comma 2, Cost. al legislatore, una diversa strategia di criminalizzazione volta ad ampliare, tramite ablazione degli elementi stessi, l'area di operatività della sanzione (Cosi', Corte Cost., 1 giugno 2004, n. 161, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 1497, con nota di GIUNTA). Inoltre, la nozione di norma penale di favore è la risultante di un giudizio di relazione tra due o più norme compresenti nell'ordinamento in un dato momento storico, rimanendo escluso che detta qualificazione possa essere fatta discendere dal raffronto tra una norma vigente e una anteriore, sostituita dalla prima con effetti di restringimento dell'area di rilevanza penale o di mitigazione della risposta punitiva. In tal caso, difatti, la richiesta di sindacato *in malam partem* mirerebbe non già a far riespandere la portata di una norma tuttora presente nell'ordinamento, quanto piuttosto a ripristinare la norma abrogata, espressiva di scelte di criminalizzazione non più attuali: operazione, questa senz'altro preclusa alla Corte, in quanto chiaramente invasiva del monopolio del legislatore su queste scelte. Sulla tematica, GAMBARDELLA, *Specialità sincrona e specialità diacronica nel controllo di costituzionalità delle norme penali di favore*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 467; DI GIOVINE, *Il sindacato di ragionevolezza della Corte Costituzionale in un caso facile. A proposito della sentenza n. 494/2006 sui falsi elettorali*, cit., p. 110; GIOVAGNOLI, *Studi di diritto penale, parte generale*, cit., p. 118.

²¹² Tale pronuncia ha suscitato un vivo interesse da parte della dottrina. Tra i molti, DE MARTINO, *Brevi osservazioni in tema di norme penali di favore e di reati strumentali*, in *Giur. cost.*, 2006, p. 4170; LA ROSA, *La condivisibile ragionevolezza sulle norme penali di favore*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 333; MANES, *Norme*

come la configurazione delle ipotesi criminose e la determinazione delle relative sanzioni rientrino nella discrezionalità del legislatore, essendo gli apprezzamenti in ordine alla meritevolezza e al bisogno di pena tipicamente politici; un loro sindacato è possibile solo ove essi trasmodino nell'irragionevolezza e nell'arbitrio.

Quando ciò accade, il principio di legalità impedisce al giudice delle leggi di configurare nuove norme penali, ma non gli preclude decisioni ablativo di norme che sottraggono determinati gruppi di soggetti o di condotte alla sfera applicativa di una norma più generale, accordando loro un trattamento più benevolo.

All'uopo occorre operare una distinzione tra norme penali di favore e norme semplicemente favorevoli.

Queste ultime sono quelle che concorrono alla definizione della fattispecie di reato, esprimendo una precisa scelta politica del legislatore in termini di meritevolezza di pena e che, pertanto, mai potrebbero essere incise da una valutazione diversa della Corte di legittimità. Invero, un sindacato *in malam partem* qui invaderebbe il monopolio legislativo sulle scelte di criminalizzazione, in quanto determinerebbe il ripristino di una norma abrogata, espressiva di scelte punitive non più attuali²¹³.

Diverso è invece il caso delle norme penali di favore, ossia quelle che sottraggono determinati gruppi di soggetti o di condotte alla sfera applicativa di una norma comune più generale, accordando loro un trattamento più benevolo. La compresenza nell'ordinamento della norma di favore e di quella più generale, in rapporto di specialità tra loro, fa sì che, la dichiarazione di illegittimità della prima provochi la naturale riespansione della seconda.

In simili frangenti, dunque, pare che la riserva di legge resti salva, derivando l'effetto *in malam partem* non dalla manipolazione della fattispecie da parte della Corte di legittimità, ma dall'automatica riespansione della norma più generale dettata dal legislatore.

Se tale intervento non implica la creazione di una nuova fattispecie, ad ogni modo la breccia è aperta nel muro della legalità: invero, sotto il profilo formale, anche la norma speciale contribuisce a delimitare l'ambito applicativo di quella generale e, sotto il profilo sostanziale, il giudizio di ragionevolezza sulla norma di favore ha comunque ad oggetto le scelte di criminalizzazione del legislatore.

penali di favore, no della Consulta, in *Dir. giust.*, 2006, fasc. 46, p. 28; PECORELLA, *Pronunce in malam partem e riserva di legge in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 343.

²¹³ Pur nella pregevolezza della decisione, si è tuttavia sostenuto che come non è possibile sindacare la norma favorevole in quanto determinerebbe la riespansione della norma abrogata, non più coerente con le attuali scelte di criminalizzazione, un'analoga riflessione dovrebbe essere svolta anche per le norme di favore, dal momento che anche la norma generale, che verrebbe a ritrovare applicazione in seguito all'abrogazione di quella speciale più favorevole, potrebbe non essere più rispondente alla moderna politica criminale.

Certamente ciò significa intaccare il monopolio legislativo della produzione penale, ma non anche necessariamente una caduta di democraticità di quelle scelte, nella misura in cui da un lato si allarga lo spettro degli interessi che vengono in gioco e dall'altra si tratta di valori costituenti la democrazia costituzionale e la cui attuazione non può essere certo sottratta alla Corte proprio in una materia così delicata come quella penale.

Da tutto ciò si evince, ancora una volta, come la riserva di legge pare avere subito una duplice virata che ha modificato se non la sua intensità, sicuramente la sua direzione.

Per un verso, la riserva ha virato dal contenuto democratico della legge penale al procedimento di formazione al suo controllo. Ridimensionatasi la presunzione della democraticità dei contenuti della legge, l'asse della garanzia si è collocato piuttosto nella possibilità di partecipazione e controllo che offre l'*iter* legislativo.

Per altro verso, la riserva di legge ha virato dal monopolio del legislatore statale alla partecipazione di plurimi soggetti, sia interni che esterni all'ordinamento nazionale, nella produzione del diritto penale: senza che per ciò solo si debba ritenere necessariamente pregiudicato il loro tasso di democraticità, posto che il pluralismo istituzionale non è affatto incoerente con l'integrazione di più punti di vista nella decisione legislativa finale.

Certamente, sia l'una che l'altra delle due direzioni in cui si è trasformata la riserva di legge aprono lo scenario di una democraticità più complessa.

Passando al ruolo dei giudici²¹⁴, ci si è chiesti se precisione e tassatività del precetto, principi altrettanto fondamentali, possono oggi cedere il passo a nuovi valori emergenti

²¹⁴ In materia occorre focalizzare, *in primis*, i presupposti affinché si possa ottenere che una preposizione penale descriva in modo preciso il fatto e le sue conseguenze sanzionatorie, onde il principio di legalità sia rispettato nel suo profilo sostanziale di garanzia. La certezza non può essere certo ritrovata nella formalizzazione del discorso normativo: il principio di determinatezza non implica, infatti, l'estromissione di tutti gli elementi valutativi o del momento interpretativo nell'applicazione giudiziale, bensì l'esigenza di ragionevolezza e di coerenza della scelta legislativa, sufficientemente evidente nel significato di effettivo disvalore. Tenendo conto di ciò è evidente che la questione attinente alla determinatezza della legge penale non può risolversi a livello di fattispecie astratta, ma sul piano del costante confronto, sia in sede di formulazione legislativa che di applicazione giudiziale, tra la proposizione prescrittiva e l'esperienza nel diritto vivente. Infatti, con l'applicazione il giudice non si limita solo a sussumere il caso concreto nella norma astratta, bensì determina anche un adattamento, provocato dal fatto che ogni particolare implica un arricchimento o, in caso di cattiva interpretazione, un peggioramento del generale. L'arricchimento della legge avviene quando dal fatto emerge un profilo di giuridicità di cui il legislatore non ha tenuto conto nella formulazione astratta della fattispecie. La misura della giustizia, infatti, non è stabilita una volta per tutte dalla legge, ma è definita dalla stessa in correlazione con la giuridicità intrinseca della relazione tra le persone nell'esperienza di vita di tutti i giorni. Vi è così interrelazione tra il fatto concreto e la fattispecie astratta perché la dimensione giuridica del fatto è in grado di influenzare, attraverso la mediazione interpretativa del giudice, la dimensione giuridica della norma. La dottrina italiana ha molto insistito su questo tema, soprattutto a partire dall'insegnamento di BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1965. Si veda altresì, PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979; RONCO, *Il principio di tipicità della fattispecie penale nel diritto vigente*, Torino, 1979; PALAZZO, *Orientamenti dottrinali ed effettività giurisprudenziale del principio di determinatezza-tassatività*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 327; MOCCIA, *La promessa non mantenuta. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001.

nella prassi applicativa e se la c.d. legalità penale legislativa debba essere sostituita da una legalità giudiziale²¹⁵.

Si tratta di interrogativi a cui sembra darsi sicura risposta positiva da parte di coloro che segnalano il tendenziale predominio del diritto giurisprudenziale²¹⁶. All'uopo si chiama in causa la categoria della c.d. precomprensione ermeneutica, secondo la quale assumono valore, nel momento dell'interpretazione e dell'applicazione del diritto penale, le vedute personali del giudice, le preoccupazioni per le conseguenze che può avere la decisione all'esterno e sul reo, le aspettative di alcuni gruppi sociali e via discorrendo²¹⁷.

In conclusione, si giunge ad un'interpretazione dinamica della fattispecie astratta, in cui il giudice è chiamato a ricostruire, più che a rinvenire, le regole applicabili²¹⁸.

Un atteggiamento prudenziale proviene invece da chi, pur fautore e sostenitore di queste tendenze interpretative, segnala come sia opportuno mantenere delle proporzioni, in quanto solo nei casi complessi la giurisprudenza potrebbe svolgere un ruolo per così dire creativo²¹⁹.

A prescindere dall'entità maggioritaria o minoritaria delle interpretazioni creative, va osservato come esse siano più diffuse nell'ambito del diritto penale artificiale²²⁰. Invero,

²¹⁵ Questi sono i problemi che si pone in chiave critica RAMPIONI, *In nome della legge (ovvero considerazioni in tema di interpretazione creativa)*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 312.

²¹⁶ In tal senso FIANDACA, *Il diritto penale tra legge e giudice*, Padova, 2002 e ILLUMINATI, *In nome del popolo*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 371.

²¹⁷ In argomento FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 353, secondo il quale si "assisterebbe ormai a una crisi profonda del monopolio e della funzione orientativa delle leggi penali scritte e, di conseguenza, ad un tendenziale predominio del diritto penale giurisprudenziale e del processo. Da qui, un peso politico-istituzionale in crescita della magistratura rispetto a quello, tradizionalmente prevalente, del legislatore: con tutte le immaginabili ricadute in termini di divisione dei poteri istituzionali e di valenza attuale del principio di legalità in materia penale". Più diffusamente sul punto, FIANDACA (a cura di), *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, Padova, 1997, p. 1. Per quanto poi attiene al progetto della Commissione bicamerale volto ad introdurre un'apposita disposizione costituzionale che obbligasse ad un'interpretazione restrittiva del diritto penale, si veda FIANDACA, *La giustizia penale in bicamerale*, in *Foro it.*, 1997, V, p. 161; DI GIOVINE, *L'evoluzione dell'art. 25 Cost. nel pensiero del nuovo costituente*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 356; PULITANO, *Quali riforme in materia penale dopo la bicamerale*, in *Foro it.*, 1998, V, p. 288; PALAZZO, *Le riforme costituzionali proposte dalla commissione bicamerale (diritto penale sostanziale)*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 33.

²¹⁸ Al proposito si osserva che "mentre la legge e il Parlamento che la produce si fanno portatori spesso di interessi particolari, solo per necessità generalizzati nella soluzione, la magistratura si rende interprete dei diritti di tutti": Così DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, cit., p. 169.

²¹⁹ Sul punto si veda le osservazioni di MAZZACUVA, *A proposito dell'interpretazione creativa in materia penale: nuova garanzia o rinnovata violazione di principi fondamentali?*, in DOLCINI-PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., p. 441.

²²⁰ Si pensi alla disciplina dei reati informatici, prima del tutto carenti rispetto al montare del fenomeno, poi introdotti mediante un intervento *ad hoc* volto a colmare la lacuna. Esempi non mancano però neanche a livello codicistico basti pensare alle problematiche esegetiche circa il concorso esterno nel reato associativo e il reato di corruzione che ha perso via via tipicità, quanto al rinvenimento di un vero atto d'ufficio, per eventuali esigenze applicative emergenziali. Sui due argomenti, rispettivamente, CAVALIERE, *Il concorso eventuale nel reato associativo, le ipotesi delle associazioni per delinquere e di tipo mafioso*, Napoli, 2003 e FORNASARI-LUISI (a cura di), *La corruzione: profili storici, attuali, europei e sovranazionali*, Padova, 2003.

l'assenza qui di un sicuro riferimento fattuale nella descrizione del comportamento incriminato riduce i margini di oggettività della fattispecie e rende possibili le più diverse esegesi. Le vicende interpretative riguardanti singole disposizioni risultano così spesso contrassegnate, più che dai normali canoni ermeneutici nella ricerca della soluzione più valida, dall'utilizzo dei detti strumenti per giustificare la propria personale convinzione nella repressione del fenomeno criminoso concreto.

Tale attività creativa finisce per produrre un'ulteriore dilatazione del sistema criminale già esteso in maniera intollerabile²²¹, ponendosi in contrasto col principio di tassatività della norma incriminatrice nonché con l'esigenza, sottesa al principio di certezza, a che il sistema penale sia preciso e tassativo nel suo complesso, ossia sia contenuto entro i limiti di fatti realmente significativi e di lesioni di beni di interesse costituzionale. Infatti, quanto più si infoltisce la gamma degli illeciti penali, anche in chiave interpretativa, tanto meno il cittadino è posto in grado di discernere il lecito dall'illecito.

Comunque anche il divieto di qualsivoglia interpretazione giudiziale creativa non può cancellare il dato che il diritto penale oggi sia incerto. Ciò è dovuto anche al fatto che le norme penalmente rilevanti hanno fonte composita, passandosi da quelle di origine sovranazionale a quelle di grado secondario, come circolari e regolamenti. La produzione legislativa statale diventa sussidiaria, sia in senso verticale che orizzontale. Il precetto diventa incerto non per la sua intrinseca fumosità, essendo anzi tali norme molto minuziose, ma per un avvicinarsi di fonti che continuamente rinviano ad altre²²².

²²¹ Rimane sul punto fondamentale l'opera di PALIERO, *Minima non curat praetor*, Padova, 1985.

²²² Come già detto, la riserva di legge dovrebbe assicurare un vaglio di natura democratica, cioè la possibilità di controllo delle leggi da parte dell'opinione pubblica. Invero, secondo tradizionale impostazione, la riserva di legge è chiamata ad assolvere un duplice compito. In primo luogo rendere possibile il controllo preventivo ed *in itinere* della norma penale, consentendo all'opinione pubblica eventualmente di reagire ancor prima della sua approvazione, esercitando pressioni dirette ad ottenere una modifica. In secondo luogo, la riserva, implicando la pubblicità dei lavori legislativi e dunque l'almeno teorica conoscibilità delle motivazioni alla base delle scelte in materia penale, potrebbe attivare il circuito della responsabilità politica al momento della successiva scelta dei rappresentanti.

In definitiva: decadimento della capacità rappresentativa del Parlamento e della sua centralità; perdita di supremazia della legge nel quadro della gerarchia delle fonti in materia penale; malfunzionamento dei controlli democratici durante l'*iter* di approvazione della normativa. Questo insieme di fattori endogeni all'ordinamento statale, ha indotto la dottrina penalista a denunciare senza mezzi termini "il *deficit* di democraticità che affligge il diritto penale d'oggi". Va ad ogni modo precisato che lo scadimento dei meccanismi di controllo democratico non ha precluso il perseguimento della *ratio* di tutela dei diritti sottesa alla riserva di legge, ma ne ha solo spostato il baricentro alle fasi di controllo successivo di competenza della Corte Costituzionale e della magistratura in sede di attivazione del controllo incidentale di legittimità. Sennonché, tale spostamento del baricentro garantista da una fase all'altra del regime tipico della legge, oltre a rappresentare una conseguenza della crisi della componente democratica della riserva, finisce per costituire spesso una concausa. In questi termini, PALAZZO, *Introduzione ai principi di diritto penale*, cit., p. 235; della stessa opinione anche FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, cit., p. 1268. Sulla tematica, in via più generale, MELONCELLI, voce *Pubblicità (dir. pubbl.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1988, vol. XXXVII, p. 1027.

Ed un altro fattore di incertezza che ricade sull'interpretazione è dato, appunto, dalla precarietà della norma.

L'idea illuministica della legge penale come norma stabile, come codificazione di valori, sarebbe tramontata a favore di una concezione che la vede come un manufatto da elaborare e verificare: la legge nasce come sperimentale e si affida all'inevitabile verifica della pratica²²³.

Ad ogni modo ciò non può legittimare una funzione creativa dell'interpretazione, dovendo essa arrestarsi all'accertamento di una lacuna, senza spingersi a forgiare un precetto non contemplato.

D'altra parte l'esigenza di certezza sembra riaffiorare inevitabilmente nella società moderna. Nella ricerca della certezza che viene a mancare, il cittadino tenta allora di produrla da sé, in via pattizia e privata: da qui il proliferare di protocolli di comportamento nei più svariati settori, di codici di condotta elaborati per sindaci di società, per medici e banche, di comitati etici e deontologici e di conferenze in cui esperti cercano previamente di raggiungere un accordo al fine di impedire derive interpretative.

Si segnala, da ultimo, una caduta complessiva della legalità, innanzitutto per la perdita di consistenza dello stesso principio democratico tradizionale, poi per la trasformazione del sistema delle fonti e l'alterazione dell'originario equilibrio legge-potere giudiziario.

2.4.6 Le leggi penali *ad personam*

Da qualche tempo in Italia e all'estero²²⁴ la dottrina penalistica e quella costituzionale sono percorse da dubbi circa l'attualità della riserva in materia penale nell'attuale contesto storico-politico²²⁵.

Tra i costituzionalisti spesso si afferma la superiorità del diritto di formazione giurisprudenziale, a causa della profonda diffidenza verso la legge che si alimenta "di una profonda diffidenza verso il legislatore, per definizione in balia di maggioranze irrazionalmente mutevoli ed emotive e naturalmente privo, rispetto alle materie da regolare, della indispensabile consapevolezza tecnica, posseduta invece da tutti i veri professionisti del diritto (tra i quali i magistrati, i tecnici, i sapienti)"²²⁶.

²²³ SGUBBI, *Il diritto penale incerto ed inefficace*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 1193.

²²⁴ In Germania, ad esempio, nel congresso dei professori tedeschi di diritto penale, svoltosi a Trier nel 1989, evocarono formule come crepuscolo della legge e di perdita di autorità di autorità progressiva da parte del legislatore penale. In questo senso, KREY, *Gesetzestreue und Strafrecht*, in *ZStW*, 1989, p. 872. A livello nazionale si veda MARINUCCI, *Sui rapporti tra scienza penale italiana e legislazione*, in AA.VV. (a cura di GROSSI), *Giuristi e legislatori. Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto. Atti dell'incontro di studio, Firenze 26-28 settembre 1996*, Milano, 1997, p. 458.

²²⁵ DOLCINI, *Leggi penali ad personam, riserva di legge e principio costituzionale di uguaglianza*, in AA.VV., *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, cit., p. 59.

²²⁶ Così ZANON-BIONDI, *Diritto costituzionale nell'ordine giudiziario*, Milano, 2002, p. 5.

Quanto all'ambito penale si è parlato di "incapacità del Parlamento di compiere scelte politico-criminali coerenti e definite"²²⁷ e di "svalutazione della riserva di legge"²²⁸, individuandone le cause, tra le altre, nel ruolo autoreferenziale dei partiti politici, che ostacola il rapporto rappresentanti-collettività, nel ridimensionamento del ruolo di opposizione delle minoranze nel processo di produzione legislativa e nella concentrazione di mezzi di comunicazioni di massa in mano a gruppi politicamente orientati in grado così di distorcere il controllo dell'opinione pubblica sull'attività parlamentare²²⁹ e nella proliferazione di leggi formalmente generali e astratte, ma modulate su specifici casi giudiziari²³⁰. A quest'ultimo proposito si parla di leggi su misura o *ad personam*, proprio per evidenziare come le norme vengano create sulla figura di un determinato soggetto eccellente per fondare sulla stessa legge l'impunità per fatti pregressi e per quelli futuri²³¹. Un primo esempio di tale tipologia normativa viene comunemente rinvenuto nella riforma dei reati societari del 2002, varata mentre era in corso più di un procedimento penale per falso in bilancio nei confronti del Presidente del Consiglio e di persone di spicco a lui vicine²³². La critica si fondava sulla ineffettività *a priori* della nuova disciplina, vuoi in

²²⁷ FIANDACA, *La legalità penale negli equilibri del sistema politico-istituzionale*, in *Il diritto penale tra legge e giudice*, Torino, 2002, p. 3.

²²⁸ PALAZZO, *Introduzione ai principi del diritto penale*, cit., p. 230.

²²⁹ GARLAND, *La cultura del controllo*, Milano, 2004, p. 73.

²³⁰ PUGIOTTO, *La parabola della legge sulle rogatorie internazionali*, in *Studium iuris*, 2003, p. 708.

²³¹ La XVI legislatura potrebbe invero essere qualificata come la legislatura della legalità, nel senso cioè, si badi bene, di un generale intento di riaffermare il primato della legge, del legislatore della maggioranza parlamentare sull'esorbitanza del potere giudiziario, del suo spazio discrezionale, della sua libertà interpretativa.

Tale legalismo in funzione antiguidiziaria della precedente legislatura ha assunto però toni poco conformi al costituzionalismo penale. Non che si sia avuto un impiego abnorme della decretazione d'urgenza, anzi la maggior parte delle più significative riforme della passata legislatura sono avvenute con legge ordinaria. Ma con un atteggiamento sostanzialmente poco democratico, di totale indifferenza nei confronti non solo dell'opposizione, ma anche della scienza penale, che ha raggiunto il culmine nella produzione di leggi penali *ad personam*²³¹. Più preciso sul punto, PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio fondamentale*, in *Quad. fior.*, 2007, p. 1281.

²³² Tra le molte voci critiche, ALESSANDRI, *False comunicazioni sociali in danno dei soci e dei creditori*, in ALESSANDRI (a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società, d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61*, Milano, 2002, p. 181; MARINUCCI, *Depenalizzazione del falso in bilancio con l'avvallo della SEC: ma è proprio così*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 137; PULITANO, *La riforma del diritto penale societario. Tra dictum del legislatore e ragioni del diritto*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2002, p. 934. A favore della riforma, invece, CARACCIOLI, *Falso in bilancio; dietro le polemiche norme più coerenti alla realtà societaria*, in *Guida dir.*, 2001, n. 36, p. 10; MUSCO, *I nuovi reati societari*, Milano, 2002.

ragione degli elementi quantitativi²³³ che restringono a dismisura l'ambito applicativo delle nuove figure di reato, vuoi in ragione dei risibili livelli sanzionatori adottati²³⁴.

Quanto alle pene, esse risultano fissate in totale spregio dei canoni della ragionevolezza, sotto il profilo di un'equilibrata tutela dei beni giuridici²³⁵: in particolare, evidenzia ciò il confronto della cornice edittale prevista dall'art. 2621 c.c. (arresto da un giorno ad un anno e sei mesi) e quello dell'art. 707 c.p. per il possesso ingiustificato di chiavi o grimaldelli (arresto da sei mesi a due anni). Per non menzionare poi i termini di prescrizioni brevissimi, al massimo di quattro anni e mezzo²³⁶.

Circa gli esiti della riforma, si è rilevato come i procedimenti per false comunicazioni sociali iscritti al 30 giugno 2002 erano 280, quelli iscritti nei dodici mesi successivi solo 32; di questi ultimi ben il 92% è stato definito con archiviazione o sentenza di non luogo a procedere, mentre solo l'8% è approdato ad una sentenza di condanna o di assoluzione nel merito²³⁷.

Un secondo esempio si può ricavare dall'emendamento al progetto di legge di riforma della disciplina della recidiva presentato al fine di introdurre una super attenuante a beneficio di imputati ultrasessantacinquenni, mai condannati in precedenza con sentenza definitiva, applicabile tutte le volte in cui si proceda per un reato punito in astratto con una pena non eccedente i venti anni di reclusione²³⁸: in deroga alla disciplina del concorso di circostanze eterogenee dettata dall'art. 69 c.p., tale attenuante avrebbe dovuto

²³³ Secondo CRESPI, *Il falso in bilancio e il pendolarismo delle coscienze*, in *Riv. soc.*, 2002, p. 458, "quando un legislatore fissa soglie quantitative per stabilire fin dove gli amministratori possono impunemente rubare e quando, invece, rischiano di passare (anche) ufficialmente per ladri, è la coscienza della società c.d. civile ad oscillare vertiginosamente". È segno di un Paese che null'altro sembra preoccuparsi se non di legalizzare l'illegalità permanente: la riforma di cui si sta parlando è appunto un modello di traduzione in termini normativi della cultura dell'illegalità.

²³⁴ Questi e altri profili sono, per i detti motivi, stati portati all'attenzione della Corte Costituzionale e della Corte di Giustizia. Sulla tematica, INSOLERA, *Democrazia, ragione e prevaricazione*, Milano, 2003, p. 13; SALCUNI, *Le false comunicazioni sociali: questioni di legittimità costituzionale e obblighi comunitari di tutela*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 843. Su alcune questioni la Corte di legittimità si è pronunciata con la sentenza 1 giugno 2004, n. 161 dichiarando, tra l'altro, inammissibile il motivo relativo alle soglie quantitative proprio rispetto alla riserva di legge, in quanto un eventuale accoglimento avrebbe comportato un ampliamento dell'ambito della rilevanza penale delle false comunicazioni sociali.

²³⁵ Per PEDRAZZI, *In memoria del falso in bilancio*, cit., p. 1370, si tratta di "una controriforma che scalza quella che sul piano della teoria e della prassi era la pietra d'angolo del diritto penale societario, al punto di mettere in forse la stabilità e la legittimazione dell'intero edificio".

²³⁶ Di termini "pressochè fulminanti" parla PULITANO', *False comunicazioni sociali*, in ALESSANDRI (a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società*, cit., p. 174.

²³⁷ LUNGHINI, *La riforma del falso in bilancio, riflessioni dopo un anno di esperienza, relazione al convegno su Riforme in atto: riflessi nell'evoluzione dei reati fallimentari*, Como, 17 ottobre 2003.

²³⁸ Trattasi di un emendamento alla proposta di legge Cirielli, presentata il 29 novembre 2001 dall'onorevole di Forza Italia Mario Pepe.

obbligatoriamente prevalere su qualsiasi aggravante, a prescindere quindi da qualsiasi valutazione discrezionale del giudice²³⁹.

Il conflitto di tale emendamento con i principi cardine del sistema penale è apparso sotto più punti di vista.

In primo luogo, essa, che troverebbe applicazione obbligatoriamente in casi oggi riconducibili alle attenuanti generiche di cui all'art. 61 *bis* c.p., confligge con la disciplina del concorso di circostanze, non esistendo, infatti, nel nostro ordinamento una circostanza a cui sia assicurata *ex lege* la prevalenza rispetto ad altre di segno opposto. L'effetto della riforma sarebbe quello irragionevole di assicurare, indipendentemente da qualsiasi valutazione in concreto da parte del giudice, che l'ultrasessantacinquenne incensurato, qualsiasi reato abbia commesso, sia assoggettato alla pena prevista per il reato semplice ridotta fino ad un terzo, quand'anche con la attenuante in esame concorrano più aggravanti talmente significative da comportare un'autonoma cornice edittale o addirittura una pena di specie diversa rispetto a quella del reato semplice²⁴⁰.

Secondariamente mai in precedenza il legislatore aveva ritenuto di sottrarre alla disciplina dell'art. 69 c.p. una circostanza attenuante, avendolo previsto solo in relazione a ben determinate e serie aggravanti²⁴¹.

In terzo luogo, palese è parsa la contraddizione rispetto alle indicazioni unanimesi di politica criminale che sottolineano l'esigenza di interventi legislativi volti a garantire la tenuta general preventiva del sistema penale, oggi compromessa da un intollerabile grado di incertezza della pena²⁴²: ciò non solo nel *quantum* della sanzione, visto che pene severe minacciate dalla legge si traducono spesso in poco più che nulla nella concreta esecuzione, ma già in ordine all'*an*, anche a causa della disciplina della prescrizione del

²³⁹ D'altra parte, nella decisione del 5 dicembre 1985, Puggelli, in *Giust. pen.*, 1986, II, c. 639, la Cassazione ha espressamente affermato che "l'incensuratezza non può essere decisiva per la concessione delle attenuanti generiche".

²⁴⁰ BOSCARRELLI, *La disciplina del concorso complesso di circostanze nel quadro dei vizi tecnici del codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, p. 1256; FIERRO CENDERELLI, *sub art. 69*, in MARINUCCI-DOLCINI (a cura di), *Codice penale commentato*, cit., p. 723.

²⁴¹ Ad esempio, l'aggravante della finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento democratico di cui all'art. 1 legge 6 febbraio 1980, n. 15 o quella dell'uso della forza di intimidazione e della finalità di agevolazione delle associazioni mafiose ai sensi dell'art. 7 legge 12 luglio 1991, n. 203.

²⁴² DOLCINI, *Il castigo sia moderato, ma certo*, in AA.VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Atti del convegno di studio di Casarano-Gallipoli, 27-29 ottobre 2000, Milano, 2002, p. 31; GIUNTA, *L'effettività della pena nell'epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 414; PALIERO, *Metodologie de lege ferenda: per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 525; DOLCINI, *Le misure alternative oggi: alternative alla detenzione o alternative alla pena?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 857.

reato, prevedendo termini che mal si conciliano coi tempi necessari a far luce sulla responsabilità²⁴³.

Di fronte al fenomeno patologico delle leggi *ad personam* e all'esigenza di contrastarlo, bisogna far leva sui principi fondamentali vigenti nel nostro sistema.

Sul principio di uguaglianza, ad esempio, di recente ha fatto leva la Corte Costituzionale per dichiarare l'illegittimità del lodo Maccanico-Schifani²⁴⁴ e del lodo Alfano²⁴⁵, che prevedevano la sospensione per l'intera durata del mandato di tutti i processi penali nei confronti dei Presidenti di Camera, Senato, Consiglio dei Ministri, Corte Costituzionale e della Repubblica.

La Corte ha, innanzitutto, rilevato che nell'ordinamento sono sì presenti ipotesi di sospensione del processo per ragioni soggettive, ma esse sono finalizzate di regola a realizzare le condizioni perché il processo abbia svolgimento ed esito regolari. Ciò non esclude, d'altra parte, secondo la Corte, che possano anche essere previsti casi di sospensione finalizzati a soddisfare esigenze *extraprocedurali*, ma ciò implica la necessità di un attento vaglio dei presupposti e delle finalità perseguite da tali discipline. Nel caso di specie la finalità sarebbe stata quella di assicurare il sereno svolgimento del mandato, finalità che la Corte ha giudicato insufficiente a dare un fondamento di legittimità ex art. 3 Cost. alla disciplina sottoposta al suo vaglio, posto che il principio di uguaglianza rispetto alla giurisdizione si colloca a livello più elevato nel sistema costituzionale, in quanto principio fondante dello Stato di diritto.

In effetti, il principio di uguaglianza è in grado di opporre un ostacolo di portata generale a tutte le leggi *ad personam*: allorché il legislatore dimentica che i connotati fondamentali della legge sono la generalità e l'astrattezza, per modellare discipline sull'interesse personale di questo o di quel cittadino, e la deroga non trova un fondamento di legittimità all'interno del sistema, quella legge dà vita ad un privilegio personale, integrando una violazione dell'art. 3 Cost. Non sono, infatti, uguali davanti alla legge quei cittadini nel cui personale ed esclusivo interesse vengano create discipline che della legge hanno la forma, ma non la sostanza.

²⁴³ Un'idea approssimativa del ruolo svolto dalla prescrizione, ad esempio in materia di corruzione, può trarsi dagli esiti delle inchieste milanesi di Mani pulite: secondo quanto riferito da Gherardo Colombo in un convegno presso l'Università di Milano Bicocca, la quota di procedimenti conclusi, ad oggi, con la dichiarazione di estinzione del reato per intervenuta prescrizione è pari circa al 40% e si calcola sia destinata a raggiungere un valore prossimo al 60%.

²⁴⁴ Corte Costituzionale, 20 gennaio 2004, n. 24, a proposito del quale DI CHIARA, *Osservatorio della Corte Costituzionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 273; GIOSTRA, *Sospensione del processo a tutela delle cariche istituzionali?*, in *Dir. giust.*, 2004, p. 26; MARZADURI, *La motivazione sorvola sui punti giuridici più caldi*, in *Guida dir.*, 2004, n. 5, p. 57; PUGIOTTO, *Sulla immunità delle alte cariche: una sentenza di mezzi silenzi*, in *Dir. giust.*, 2004, p. 10.

²⁴⁵ Corte Costituzionale, sentenze n. 24/2004 e n. 262/2009.

Anche la riserva di legge in materia penale, d'altra parte, può opporre ostacoli alla creazione di leggi *ad personam*: è infatti del tutto ragionevole pensare che la pubblicità che accompagna l'*iter* parlamentare di formazione delle leggi costituisca un freno ad interventi sul diritto vigente ispirati da interessi particolari²⁴⁶. Invero, pur con tutti i suoi difetti, la legge, fra gli atti normativi, "continua a possedere una qualità irrinunciabile nelle democrazie contemporanee: quella di scaturire da un procedimento di formazione pubblico e trasparente, che si svolge in Parlamento, e potenzialmente al cospetto dell'opinione pubblica, e che coinvolge l'intera rappresentanza politica, composta da maggioranza e minoranze. Questa qualità procedimentale della legge può essere svilita finché si vuole, ma resta di importanza centrale"²⁴⁷.

2.4.7 La legislazione penale compulsiva e la legislazione dell'emergenza

L'idea di un codice che contenga l'intero scibile penalistico pare attualmente un'utopia, di grande *phatos* culturale, ma smentita dalla realtà degli ordinamenti positivi. Questo perché un ordinamento penale si sviluppa, anche se non piace, per crescita naturale settoriale e non di dogmi universali; ciò quanto meno perché difetta di quel consolidamento di valori su cui ogni singola norma del codice deve assolutamente contare²⁴⁸.

In tal senso esemplificativa è l'incursione del diritto penale, ma non del codice penale, in settori che prima ne erano assolutamente liberi: la riservatezza, innanzitutto, in tema di meritevolezza di pena, prima che nuovi strumenti aggressivi venissero a minacciare

²⁴⁶ Di recente Niccolò Ghedini, deputato di Forza Italia nonché difensore di Berlusconi nel processo SME, nell'intervista pubblicata dal giornalista CAPORALE, in *Il venerdì di Repubblica*, 16 aprile 2004, p. 47, ha ammesso tranquillamente la presenza nella produzione parlamentare degli ultimi anni di leggi *ad personam*, dovute alla necessità di difendersi con tutte le armi di fronte all'aggressione della minoranza, scatenata nelle aule giudiziarie.

²⁴⁷ Testualmente, ZANON-BIONDI, *Diritto costituzionale dell'ordine giudiziario*, cit., p. 5.

²⁴⁸ Secondo PALIERO, *Riforma penale in Italia e dinamica delle fonti: una paradigmatica*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2004, p. 1012, a livello comparatistico è possibile rintracciare tre diversi tipi di criteri regolativi dei rapporti tra il corpo normativo codicistico e la legislazione *extra codicem*. Il primo, di prevenzione, è di tipo esaustivo e prevede che tutta la materia stia all'interno del codice: qui, venendo a mancare un raccordo tra diritto penale codicistico e legislazione speciale, il collegamento si verrebbe a creare mediante il diritto sanzionatorio. All'opposto si colloca il modello integrato il quale prevede tante minimali parti speciali, ciascuna avente una propria parte generale *ad hoc*; rispetto a tale paradigma di codificazione, i rapporti del codice con il diritto sanzionatorio, da un lato, e con la legislazione speciale, dall'altro appaiono paritetici, non gerarchizzabili razionalmente. Nel mezzo si pone il modello più diffuso a c.d. struttura gerarchico-piramidale variabile o ad espansione contingentata, in cui il codice ha una sua riconosciuta centralità e la legislazione *extra codicem* è immessa nel sistema secondo limiti stabiliti da apposite regole. A sua volta, il sistema assume una struttura piramidale, nella quale il vertice è senz'altro occupato dal codice, ma il confine rispetto al corpo della piramide non è fisso ma varia al variare della politica criminale.

In argomento anche GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2001; ID., *Codici: qualche conclusione tra un millennio e l'altro*, in CAPPELLINI-SORDI (a cura di), *Codici. Una riflessione di fine millennio*, Milano, 2002, p. 579.

questo bene; la bioetica, esempio tipico di valori non ancora consolidati ma che inducono forti domande e bisogni di pena, come si è avuto modo di osservare in merito alla controversa questione della fecondazione assistita; il diritto penale sportivo: ciò che diverte come passatempo diventa, nella sua dimensione economico-sociale, un induttore di forti domande di pena.

L'abnorme sviluppo della legislazione penale speciale si caratterizza non solo per l'aspetto quantitativo, ma anche per i suoi risvolti qualitativi sotto il profilo sia di politica criminale che di tecnica legislativa²⁴⁹. Diversi sono gli indicatori di questo processo erosivo dei connotati tipici del modello classico di diritto penale della protezione dei beni giuridici²⁵⁰: l'emersione e l'espansione di beni giuridici ad ampio spettro, di natura collettiva o superindividuale (ambiente, territorio, salute) privi di un reale substrato materiale concretamente aggredibile; la connessa proliferazione di fattispecie di pericolo astratto e di

²⁴⁹ FIANDACA-MUSCO, *Perdita di legittimazione del diritto penale?*, in *Riv. it. dir. pen. e proc.*, 1994, p. 23.

²⁵⁰ Oggi la dottrina focalizza i suoi studi soprattutto sui principi consistenti più che altro in direttive di politica criminale destinate ad incidere più o meno direttamente sui contenuti delle opzioni criminalizzatrici, quali i principi di offensività e di *extrema ratio*. (Si veda, ad esempio, PULITANO', voce *Politica criminale*, in *Enc. dir.*, Milano, 1985, XXXIV, p. 73; PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 430; MOCCIA, *Politica criminale e riforma del sistema penale*, Napoli, 1984.)

Tali canoni non appartengono alla categoria dei principi espressi e neppure hanno natura normativa, nel senso cioè che la loro osservanza non si impone al legislatore con forza cogente, come avviene, ad esempio, per il principio di legalità. Essi costituiscono piuttosto dei corollari di una relazione logica di adeguatezza allo scopo, nel senso che la loro osservanza nella formazione della legge penale si pone come strumento e garanzia di una migliore efficacia della legge medesima. Premesso un tanto, il primo canone che interessa segnalare riguarda l'elaborazione delle norme punitive di parte speciale, definibile della "costruzione tipologica della fattispecie". Certamente la formulazione del reato per tipi è innanzitutto uno strumento per realizzare pienamente il principio di legalità, ma prima ancora è un requisito interno al funzionamento stesso del precetto penale. È indubbio che il tipo condiziona la formulazione della fattispecie, ma prima ancora esprime l'idea fondamentale di un'omogeneità di disvalore accomunante l'eterogeneità naturalistica delle condotte. Tale omogeneità valutativa fondante il tipo è ciò che, da un lato, consente di rendere afferrabile la fattispecie ai consociati, facendo sì che la norma che lo contiene possa funzionare effettivamente come precetto, e, dall'altro, permette al legislatore di assicurare al legislatore il rapporto di proporzione tra gravità dell'illecito e gravità della sanzione, nel presupposto che il compasso editale di quest'ultima debba essere contenuto entro un arco ragionevole. Orbene, non vi è dubbio che la formulazione legislativa del tipo è un problema di natura linguistica, ma prima di essere formulato, il tipo deve essere pensato alla luce della realtà. Attualmente sembrano essere due le situazioni più ricorrenti in cui il legislatore nazionale si allontana dalla costruzione tipologica della fattispecie. Per un verso, vi è la situazione di forte tensione emotiva suscitata da gravi fatti cui il legislatore intende fornire una risposta rapida. Conseguenze ultime di un simile modo di legiferare, sono la moltiplicazione delle fattispecie, spesso poi di infrequente applicazione, nonché le difficoltà di coordinamento tra norme convergenti sulla medesima materia. Per altro verso, vi sono le situazioni di obiettiva complessità della materia da disciplinare, spesso caratterizzata da una sorta di artificialità, e quindi scarsa afferrabilità, degli interessi in gioco. È evidente, come in tali casi, il ricorso alla sanzione penale appaia ridursi all'uso di uno strumento rafforzativo dei meccanismi di governo delle attività socialmente rilevanti. Il recupero del criterio tipologico nella fase di formazione della legge penale non è semplice, non solo perché appare insufficiente il controllo successivo esercitabile sul piano della legalità-determinatezza della fattispecie, ma soprattutto perché si tratta di un canone metodologico, inesperto e privo di forza normativa. Un recupero del canone tipologico si potrebbe forse ottenere se la progettazione legislativa di natura penale cessasse di essere dispersa tra i vari uffici legislativi dei Ministeri di volta in volta competenti, per trovare un passaggio obbligato in organi più sensibili alle esigenze proprie della legislazione penale. Sul tema si veda, in dottrina, SGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, Bologna, 1990 e, in giurisprudenza, Corte Costituzionale, sentenza 16 maggio 1989, n. 247, consultabile in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 1194, in tema di frode fiscale.

fattispecie omissive proprie, ad esempio, nell'ambito del diritto penale economico; la conseguente bagatelizzazione del diritto penale e perdita di legittimazione della pena; la mancanza di reale efficacia dell'intervento penale e il prevalere di una sua funzione simbolica.

Un altro settore in cui è andata registrandosi una profonda divaricazione rispetto ai principi idealtipici del diritto penale classico è costituito dalla normativa dell'emergenza. Il legislatore dell'emergenza privilegia una concezione accentuatamente strumentale del diritto penale: l'obiettivo prevalente a cui tendere è quello di usare lo strumento penale come mezzo efficace, o almeno simbolico, di lotta contro il crimine e di difesa della società, mettendo in secondo piano le istanze di giustizia ed equità del trattamento punitivo nel caso concreto.

Come evidenziato da un'attenta dottrina, se si osserva lo sviluppo della legislazione penale nei vari corpi normativi, esso appare riconducibile a due direttrici alternative, che riflettono il problema di adattamento reciproco tra parte generale esistente e parte speciale in evoluzione, sia a livello strutturale che contenutistico²⁵¹.

Da una parte le c.d. mutazioni genetiche, in base alle quali la parte generale subisce un vero e proprio mutamento adattativo derivante dagli *inputs* provenienti dall'evoluzione della parte speciale e rispondenti ad una logica di sistema. Al riguardo si pensi ai classici reati di lesioni e omicidio quando vengono inquadrati nella sfera di responsabilità del produttore: qui il modello di evento viene deformato e si trasforma in modello di rischio; la causalità, da paradigma sequenziale chiuso si converte nello schema aperto delle reti causali dai bandoli inestricabili; il dolo da volontà di evento di trasfigura in consapevolezza del rischio²⁵².

Dall'altra parte le deformazioni temporanee della parte generale che rispondono ad una logica politica contingente. Esemplificative in tal senso la legislazione antiterrorismo e quella sulla criminalità organizzata, che certamente deformano irreparabilmente la parte generale. Questa opera di rimodellamento ermeneutico, tutta condotta a spese della certezza del diritto, ha creato così, da tempo, un *sub* sistema chiuso, di fonte prevalentemente giurisprudenziale, che esprime un corpo normativo diverso rispetto ai principi comuni.

²⁵¹ Al di là delle differenze tra i due tipi di alterazione, comune sembra la causa: invero, il più delle volte, ad innescare il processo di trasformazione è proprio un'esigenza processuale, segnatamente probatoria, che non può più essere efficacemente soddisfatta coi vecchi paradigmi di diritto sostanziale.

²⁵² PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale*, 2004, p. 140.

Il dato che, però, appare più preoccupante è che, se in passato la sicurezza era argomento circoscritto a singoli settori delle leggi speciali o dell'ordine pubblico, oggi sembra il centro delle attenzioni del legislatore penale e dell'opinione pubblica. Quasi ogni tematica può essere letta dall'angolo visuale della sicurezza, vale a dire della garanzia delle condizioni affinché determinati beni giuridici siano preservati da attacchi e aggressioni, prima ancora che da eventi lesivi²⁵³. Da qui il menzionato proliferare di normative, oltre che nel contrasto di fenomeni internazionali di sicuro rilievo per i diritti fondamentali, come il terrorismo, la tratta di esseri umani, la pedopornografia o il traffico internazionale di armi e stupefacenti²⁵⁴, dove la tutela si spinge verso spinte di anticipazione dell'illecito a carico del mero consumatore, anche sul versante dei reati colposi o di quelli di impresa e in contesti dove il rischio è allocato al di fuori di contesti specificamente criminali o di danno. La sicurezza del lavoro, del prodotto, della *privacy*, della circolazione stradale, dei dati informatici, degli alimenti, dell'ambiente, dell'informazione societaria ne rappresentano l'emblema²⁵⁵.

Naturalmente quest'ansia preventiva sposta l'accento delle incriminazioni dall'evento lesivo alla condotta pericolosa e a volte addirittura alle condizioni prodromiche che riguardano l'organizzazione concreta di condotte devianti (dolo) e la regolazione di sociale di condotte *standard* (colpa): dall'evento al pericolo, dagli atti preparatori agli accordi, dalla colpa al rischio, dai beni da proteggere al disvalore dell'azione, dal fatto offensivo agli autori pericolosi.

L'uso dello strumento penale, in questa direzione, fa parte della tradizionale disponibilità di un mezzo a basso costo, come è stato tradizionalmente quello penale, per tranquillizzare la paura prima ancora che per neutralizzare rischi, pericoli ed eventi lesivi; d'altro canto il diritto penale è il ramo dell'ordinamento più segnato da bisogni di controllo dell'irrazionale.

²⁵³ DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3558.

²⁵⁴ RUGA RIVA, *La nuova legge sulla droga: una legge stupefacente in nome della sicurezza pubblica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 234; MANES, *La riforma della disciplina sanzionatoria in materia di stupefacenti*, in INSOLERA (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, Bologna, 2006, p. 119.

²⁵⁵ Riguardo a tali categorie di reato pare più opportuno parlare, più che di diritto penale di pericolo, più propriamente di diritto penale del rischio, la cui disciplina costituisce la risposta più logica e sicura, a livello penale, alle scarse tenute della causalità e della sua prova rispetto ai classici delitti di evento in settori eziologici multifattoriali e complessi: disancorati dalla causalità e da una colpa fondata su regole cautelari a base scientifica, gli illeciti c.d. di rischio introducono criteri di imputazione oggettiva (aumento del rischio) o soggettiva (mera precauzione) che infrangono i tradizionali parametri del fatto proprio, dell'offensività e della colpevolezza. Ampiamente, in argomento, DONINI, *Modelli di illecito penale minore*, in DONINI-CASTRONUOVO, *La riforma dei reati contro la salute pubblica. Sicurezza del lavoro, sicurezza alimentare, sicurezza dei prodotti*, Bologna, 2007, p. 258; PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale*, Bologna, 2004, p. 480; DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Bologna, 2004; PIGHI, *Sicurezza, legalità e coesione sociale*, Milano, 2006.

Con il passare del tempo, le ripetute riflessioni della dottrina contro l'uso inflazionistico e meramente simbolico di un diritto penale votato all'inefficacia, hanno fatto sì che si affermasse presso i *media* e il legislatore l'idea che la vera prevenzione si debba effettuare rendendo più efficace ed effettiva la pena²⁵⁶.

L'effettività della sanzione sarebbe garanzia dell'efficacia della prevenzione, o almeno della prevenzione che si può pretendere da un diritto penale ormai orientato a costruire fattispecie prodromiche e anticipate, non perché cariche di disvalore in sé, ma in quanto utili in chiave preventiva.

Le tendenze tratteggiate trovano riscontro nei dati normativi di ogni ordinamento riguardanti la lotta al terrorismo, introdotti in generale dopo l'11 settembre 2001²⁵⁷: data la dimensione che il pericolo qui può raggiungere, si è posta l'esigenza di una risposta preventiva accentuata, che controlli alla radice le fonti di rischio, piuttosto che i pericoli concreti. Il problema è in che misura ciò spetti al diritto penale anziché all'azione preventiva di *intelligence* e polizia: quando un ordinamento penale punisce anche il semplice consenso-accordo che una persona dà per essere addestrata, in futuro, come terrorista (art. 270 *quinquies* e 304 c.p.), è ormai oltre la soglia del diritto penale della volontà e dell'intenzione o della pericolosità soggettiva e il terrorista *in pectore* è già trattato penalmente come un nemico dello Stato.

Bisogni impellenti di tranquillizzare l'opinione pubblica, prima ancora che di contrastare efficacemente fenomeni sociali, sollecitano le risposte dei vari pacchetti sicurezza che periodicamente il Governo, a qualsiasi fazione appartenga, introduce nel sistema. Che si tratti di criminalità di strada a base violenta o di quella più organizzata, di semplici furti o scippi, di stranieri illegalmente presenti nel territorio, di recidivi, di reati sessuali o incidenti sul lavoro, il *passapartout* mediatico di tutte le misure di lotta è appunto la sicurezza. In questa accezione la sicurezza è sinonimo di ordine pubblico ideale in quel dato contesto storico: non importa che cosa sarà scelto tra sei mesi o un anno per colmare quel bisogno securitario.

Espressione tipica del nuovo clima di securitarismo, a livello internazionale, è la disciplina dell'immigrazione, su cui oggi si vincono o comunque si scommettono le elezioni politiche.

²⁵⁶ Secondo MANTOVANI, *Insicurezza e controllo della criminalità*, in VINCIGUERRA-DASSANO (a cura di), *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, cit., p. 489, il diffuso senso attuale di insicurezza non è il mero prodotto dell'amplificazione mediatica della criminalità, essendo riconducibile a due fenomeni: l'aumento quantitativo della criminalità, soprattutto di quella diffusa e dal peggioramento qualitativo della stessa, sempre più immotivatamente e sproporzionatamente violenta, crudele, spregiudicata.

²⁵⁷ SPATARO, *Le forme attuali di manifestazione del terrorismo nell'esperienza giudiziaria: implicazioni etniche, religiose e tutela dei diritti umani*, in DE MAGLIE-SEMINARA (a cura di), *Terrorismo internazionale e diritto penale*, 2007, p. 173.

Emblematico al riguardo il recente pacchetto sicurezza²⁵⁸, il quale ha introdotto nel codice penale un'aggravante, di cui ampiamente in seguito, a carico dello straniero irregolare rispetto a qualsiasi reato, doloso o colposo, commesso, con equiparazione al latitante o all'evaso, ma in assenza di precedenti titoli di provvedimenti restrittivi e con presunzione di una diversa e maggiore capacità criminale. Una sorta, insomma, di diritto penale di classe: la sicurezza come mera pubblica sicurezza dell'ordine pubblico e l'equiparazione dei poveri, dei neri e degli immigrati ai delinquenti, le eterne classi pericolose da cui occorre proteggere la gente per bene²⁵⁹.

2.4.8 Il diritto penale d'autore

Strettamente connesso al tema della normativa securitaria, è quello definito diritto penale d'autore, dove si è puniti per quel che si è, non per quel che si fa.

È certo che in qualche misura infiltrazioni penali di questo tipo vi siano state e siano inevitabili anche nel diritto penale liberal-garantista²⁶⁰. È quasi scontato che nella prassi applicativa e nella produzione normativa non possano riscontrarsi tutti i caratteri di un diritto penale, proprio perché è un modello ideale che deve confrontarsi con la mutevole realtà.

Evocative del tipo d'autore appaiono, ad esempio, i reati a base pornografica, di maltrattamenti in famiglia, in materia di immigrazione e determinate fattispecie a tutela delle personalità dello Stato o dell'ordine pubblico, ma anche le figure del delinquente abituale, professionale, per tendenza e del recidivo. Né va poi trascurato il fenomeno della tendenza della prassi a fare del riferimento all'autore un criterio sovente decisivo per l'affermazione della responsabilità²⁶¹.

È innegabile però che i primi sintomi di una deriva verso il tipo di autore si manifestano con la legislazione di contrasto alle più gravi forme di criminalità organizzata, al centro della quale campeggiano le già menzionate figure associative di cui agli artt. 416 *bis* e 270 *bis* c.p.

In tali fattispecie, il fatto tipico si decompone in formule che, nel tentativo di imbrigliare il fenomeno sociologico, finiscono per mettere in primo piano l'autore, prima e ancor più del

²⁵⁸ D.l. n. 92 del 2008, conv. in l. n. 125/2008 che ha introdotto all'art. 61, n. 11 bis c.p. l'aggravante *de quo*. Sul punto PULITANO, *Tensioni vecchie e nuove sul sistema penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2008.

²⁵⁹ CAPUTO, *L'emergenza sicurezza. Appunti su securitarismo e politiche del diritto*, in *Quest. Giust.*, 2007, p. 1098.

²⁶⁰ FLORA, *Verso un diritto penale del tipo di autore?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 559.

²⁶¹ DI GIOVINE, *Introduzione alla prostituzione minorile: un caso esemplare di de contestualizzazione del tipo legislativo ad opera del giudice di legittimità*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 2417.

fatto; da qui il diffondersi di una prassi applicativa votata, in contrasto col principio di tassatività, alla ricerca di dati probatori in grado di etichettare un determinato soggetto come mafioso, anziché di criteri identificativi della condotta partecipativa.

Accanto alle fattispecie identificative del mafioso e del terrorista, la giurisprudenza crea poi altre figure, tutte tipologicamente soggettive, del concorrente esterno e del fiancheggiatore, sfruttando la combinazione tra l'art. 110 c.p. e le singole fattispecie associative.

Tuttavia, è stata proprio la più recente normativa, in sinergia con la spinta devastante dei *mass-media*, ad introdurre un'alluvionale sequenza di figure di autore.

Procedendo per ordine, una prima situazione di rischio di deriva del sistema verso le insidiose spiagge del diritto penale d'autore è stata creata con l'introduzione della responsabilità amministrativa da reato ad opera della l. 231/2001, la quale ha fondato la responsabilità dell'ente su un difetto di organizzazione, dunque su una colpa organizzativa, che altro non è che la trasposizione della colpa d'autore, della colpa per il modo di essere o di vivere.

Di poco successiva la legge ex Cirielli, n. 251/2005, tra le cui disposizioni spiccano quelle sulla recidiva, che non solo condizionano pesantemente la fruizione delle misure alternative e impediscono la sospensione temporanea dell'esecuzione della pena anche quando il condannato potrebbe in astratto beneficiare di istituti che gli consentirebbero di espirla in ambiente libero o semi-libero, ma soprattutto allungano irragionevolmente i tempi di prescrizione del reato. Ne discende così un trattamento complessivo del recidivo che risponde alla logica tipica della legislazione californiana *three strikes and you are out*²⁶²: dopo tre condanne sei fuori dal gioco, da qualsiasi possibilità di rientrare nella normale vita civile.

A tale normativa fa seguito la l. 13 febbraio 2006, n. 59 che, sotto la spinta di gravi fatti di cronaca ampliati dall'opinione pubblica, allarga le maglie della legittima difesa in ambito domiciliare. Essa, infatti, introduce una presunzione assoluta di proporzione all'interno di una figura che pare prescindere altresì dai canonici requisiti della necessità di difendersi e della altrimenti inevitabilità dell'offesa ingiusta. A prescindere dalle interpretazioni correttive che si sono registrate, è fuor dubbio che anche tale intervento riformatore si sia ispirato alla logica per cui determinate categorie di soggetti meritano un trattamento eccezionale, derogatorio rispetto alla disciplina che vale per tutti gli altri soggetti sacrificabili per legittima difesa.

²⁶² DELLA BELLA, *Three strikes and you are out: la guerra al recidivo in California e i suoi echi in Italia*, in *Riv. it.*, 2007, p. 832.

Infine, pressoché in contemporanea, ordinanze sindacali anti lavavetri²⁶³; disegni legge in materia di espulsione²⁶⁴; l'introduzione della già ricordata figura dell'associazione per finalità di terrorismo, in funzione anti integralismo islamico; la riformulazione della fattispecie di produzione di materiale pornografico (art. 600 ter c.p.), in un testo che ora rischia di allargare eccessivamente il suo ambito di estensione; l'introduzione del delitto di pornografia virtuale (art. 600 quater c.p.), incriminante più un vizio che un fatto avente del disvalore²⁶⁵; i recenti pacchetti sicurezza, scagliatisi in particolare contro l'ubriaco al volante²⁶⁶.

Preliminarmente occorre premettere che l'idea di un necessario ripristino della certezza della pena, pilastro della prevenzione generale, non deriva certo da deliri dell'opinione pubblica. Sull'irriconecibilità della pena scontata in concreto e quella minacciata in astratto c'è un generale consenso. Basti pensare che, ad esempio, un omicidio doloso aggravato tanto da meritare l'ergastolo, attraverso il giudizio di prevalenza delle attenuanti ex art. 69 c.p., giudicato in un rito abbreviato, può essere condannato a poco più di nove anni di reclusione; scontati la metà dei quali, a loro volta riducibili di tre mesi all'anno in forza dell'istituto della liberazione anticipata, il reo può essere ammesso al regime della semilibertà (quindi dopo circa quattro anni) e può scontare gli ultimi tre anni di pena in regime di affidamento in prova al servizio sociale.

Tuttavia ciò non legittima affatto il ricorso ad una legislazione che si avventuri sui terreni insidiosi del diritto penale del tipo d'autore²⁶⁷.

2.4.9 Il diritto penale incerto ed inefficace

Una ragione molto significativa dell'incertezza del diritto pena è la scomparsa dello Stato sovrano. La certezza del diritto penale è nata e vissuta su un presupposto: la legge come atto di uno Stato sovrano che ha un efficacia di tipo territoriale nei confronti dei soggetti che operano in tale ambito²⁶⁸.

Questo era uno dei connotati fondamentali dell'Illuminismo, ma ora, come visto, certo non è così.

²⁶³ Ordinanze del Sindaco di Firenze n. 2007/774 e n. 2007/833.

²⁶⁴ D.l. 1 novembre 2007, n. 181, non convertito in legge, ma riproposto con d.l. 29 dicembre 2007, n. 249.

²⁶⁵ PISTORELLI, *Attenzione spostata sulla perversione del reo*, in *Guida dir.*, 2006, n. 9, p. 51.

²⁶⁶ D.d.l. governativo 30 ottobre 2007 lett. h).

²⁶⁷ PALIERO, *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed effetti penali dei media)*, in *Scritti per Stella*, Napoli, I, p. 289.

²⁶⁸ SGUBBI, *Il diritto penale incerto ed efficace*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 1193.

La sovranità statale è minata dai noti fenomeni della globalizzazione; il legislatore, come figura unitaria, è scomparso, sostituito da una pluralità di fonti; la produzione legislativa statale è diventata sussidiaria non solo in senso verticale, ma anche in orizzontale.

Non si tratta solo del venire meno della divisione dei poteri, con il Parlamento che diventa giudice attraverso le commissioni di inchiesta e coi giudici che si fanno legislatori, il fenomeno è più esteso. Basti pensare alle autorità amministrative indipendenti che sono indubbiamente legislatori: l'autorità garante introdotta dalla legge sulla *privacy* produce di continuo norme regolamentari²⁶⁹; ma allo stesso tempo è giudice che irroga sanzioni.

Inoltre, oggi il precetto comportamentale deriva da una pluralità di fonti, tra le quali la legge non è neppure oramai la più significativa. L'intreccio di varie fonti rende incerto il profilo della disciplina comportamentale, non tanto per la fumosità del precetto, nella maggior parte dei casi al contrario estremamente minuzioso, ma per un avvicinarsi di fonti che continuamente rinviano ad altre.

Un altro fattore di incertezza è dato dalla precarietà della norma: l'idea illuministica della codificazione stabile di valori e principi è tramontata. La norma penale è ora in continuo divenire, nasce come sperimentale e spesso ha vita breve, diventando rapidamente desueta o gettata via perché non è riuscita a produrre i risultati auspicati.

Anche il c.d. politeismo dei valori dà un contributo all'incertezza del diritto penale. La certezza della legge è data infatti non solo dalla tassatività e dalla determinatezza del testo formale, ma anche, e questo anzi era forse il dato più cogente per il giudice, dai presupposti di tipo sociale e culturale che una società omogenea condivideva. L'attuale pluralismo dei valori rende, invece, difficile il compito del legislatore di risolvere il conflitto e per questo esso affida tale compito al giudice, che cercherà di decidere nel contesto della situazione concreta. Qualcuno al proposito ha parlato di un'etica situazionale per descrivere il fenomeno per cui la norma *agendi* è individuata *ex post* dal giudice che la concretizza e al contempo la crea.

Un altro aspetto da tenere in considerazione è il relativismo: non esistono più valori assoluti e precetti validi in assoluto; questi ultimi prevalgono finché non incontrano un valore che sia prevalente. Il disvalore del fatto non risiede nell'offesa come tale, ma nel creare un pregiudizio insostenibile, oltre il tollerabile: non sta nel drogarsi, ma nel farlo

²⁶⁹ CASSESE, *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, p. 606; NOTARO, *Autorità indipendenti e norma penale. La crisi del principio di legalità nello Stato policentrico*, Torino, 2010, p. 26, secondo cui tale tecnica "espressiva della frantumazione delle sedi decisionali" fa sì che "la norma penale si disorienta, scontando una certa precarietà".

senza utilizzare le siringhe messe a disposizione; sta nell'omicidio commesso senza rispettare le regole sull'eutanasia.

Oggi poi si assiste al fenomeno del distacco dei diritti e degli obblighi dalla legge: le norme comportamentali, con i loro divieti e obblighi, non stanno nella legge, ma fuori da essa. L'osservanza della legge non mette più al riparo il cittadino da problemi penali. Allora in questo contesto rovesciato, il problema penalistico si pone in un'ottica inversa: se si è sempre detto che la certezza del diritto penale serve a prevedere come l'autorità userà la sua forza coercitiva, oggi questo non vale più: da un lato i precetti sono vaghi ed indeterminati, dall'altro l'osservanza della regola normativa non rappresenta un criterio valido per valutare il comportamento individuale.

Anche le incertezze scientifiche contribuiscono all'incertezza penale. Ad esempio, si dice che il diritto penale deve occuparsi anche delle vittime del futuro. Ora, un importante fattore di certezza operativa del diritto penale è costituito dalla centralità del singolo e specifico fatto: la condotta umana, la causalità, l'evento, l'elemento psicologico si apprezzano tradizionalmente in un arco temporale concentrato di valutazione e verifica.

Oggi, nel contesto della società del rischio, la prospettiva è mutata radicalmente, rilevando anche i rischi non conosciuti, o non identificati con sicurezza scientifica, al momento della condotta, rischi che possono concretizzarsi in un danno in un futuro vicino, ma anche lontano. Certo, il diritto penale non può occuparsi delle vittime future, però è difficile conciliare questa doverosa preoccupazione con il dogma del fatto su cui poggiano tutte le fondamentali garanzie penali. Elettrosmog, amianto, mucca pazza, uranio impoverito, uso dei cellulari, clonazione, organismi geneticamente modificati: anche se è incerta la loro pericolosità, in ogni caso si discute di eventuali danni futuri.

Qui si pone allora l'arduo compito di individuare il parametro in base a cui il giudice deve oggi giudicare la condotta umana. Se il giudice effettua il suo giudizio, *ex post*, in base al principio di precauzione, sarà orientato a configurare un obbligo di attivarsi nel momento in cui uno studio scientifico anche non accreditato dice che c'è pericolo. E tale conclusione potrà anche retroagire, con riferimento al comportamento posto in essere anni prima, realizzando con ciò una cripto retroattività penalmente rilevante, dovuta alla retroattività non del precetto, bensì della valutazione giudiziale del rischio.

Il fenomeno è insidioso, perché non concerne la legge. Invero, non siamo di fronte né ad un nuovo precetto applicato a fatti pregressi, né ad operazioni di interpretazione o di creazione analogica effettuate dal giudice sul diritto positivo, ma di fronte ad una scoperta

tecnico-scientifica che avviene in sede giudiziale. Le risultanze di tale scoperta retroagiscono dall'esterno sul diritto positivo e inducono il giudice, *ex post*, a rimodulare i parametri della colpa generica e a ricostruire le situazioni di fatto che danno luogo ad obblighi di agire. La scienza e la tecnica trionfano sulla legge.

Con ciò, vengono eluse le tradizionali garanzie, non solo sottese al principio della riserva di legge, ma anche quelle insite nel divieto di retroattività e di analogia forgiate per l'operatività della legge penale. L'imputato, privato di tali garanzie, potrà difendersi solo con argomenti di tipo soggettivo, quali la buona fede, la non conoscenza, la non rimproverabilità, la non esigibilità.

Il principio precauzionale può condurre ad una valutazione del rischio di tipo sociologico: può essere addirittura sufficiente che l'opinione pubblica percepisca emotivamente l'esistenza di un rischio. Così ragionando, gli obblighi di attivarsi nascono dalla realtà sociale e nascono anche prima della legge che imponga una soglia positivizzata di accettabilità del rischio.

Ciò che si evince da tutto ciò è che la vecchia idea della prevenzione generale, della intimidazione, del messaggio non ha più senso perché il messaggio per essere obbedito dovrebbe essere certo, dotato di un minimo di riconoscibilità.

Si dice che la prevenzione generale deve essere letta in termini pedagogici, cioè nel senso non tanto di intimidazione e deterrenza, quanto piuttosto di educazione dei cittadini ai valori che stanno alla base della legislazione penale. Ma ciò presuppone un'omogeneità di valori che ora non c'è più. Conseguentemente il diritto penale incerto determina il sorgere di una responsabilità individuale attraverso l'incertezza legislativa. L'incertezza favorisce la crescita spirituale dei cittadini che devono capire da soli cosa è lecito e cosa illecito. Il diritto penale diventa deontologia.

Il diritto penale incerto produce poi una singolare effettività in termini di educazione. La famosa sentenza n. 364/1988 della Corte Costituzionale sull'art. 5 c.p. vedeva il diritto penale incerto come fattore di promozione dell'informazione giuridica: il cittadino ha il dovere di informarsi secondo le proprie capacità. In tale pronuncia emergeva l'idea di un diritto che non mira ad educare ai valori, che non mira alla deterrenza e alla intimidazione: ma un diritto penale che, in quanto incerto, stimola all'educazione giuridica tutti i consociati. Se il cittadino non si informa viola il principio dell'art. 2 Cost. sui doveri di solidarietà, non perché trasgredisce il precetto, ma perché non si informa.

Se la certezza non è più un connotato della legge statale, deve essere la società civile ad operarsi per ripristinarla. Il cittadino è chiamato necessariamente ad una produzione

giuridica secondaria, cioè a produrre certezza visto che la legge non la fornisce. Basti vedere lo sviluppo dei protocolli di comportamento nei più svariati settori: codici di condotta elaborati per i sindaci di società, per i medici, per le banche; i comitati etici; i comitati deontologici; le *consensus conferences* in cui gruppi di scienziati cercano di raggiungere un accordo circa lo stato attuale della scienza in ordine alla pericolosità di cose e attività.

La supremazia della legislazione è andata in crisi di fronte al prevalere di fonti *extralegislative* e del diritto giurisdizionale. Ecco allora che il diritto penale incerto determina l'effetto per cui il cittadino viene chiamato a produrre certezza e a recuperare tramite formazioni secondarie e settoriali quel livello di prevedibilità operativa che la legge non è più in grado di assicurare.

2.5 I fattori esogeni alla base della crisi della legalità

Ai descritti fattori endogeni, come anticipato, se ne affiancano altri di natura esogena, spesso capaci, in combinazione coi primi, di azzerare o quasi la discrezionalità del Parlamento nell'effettuazione delle scelte di incriminazione²⁷⁰. L'oggetto dell'indagine deve allora concentrarsi sui vincoli imposti dalle Convenzioni internazionali²⁷¹ nonché dall'incidenza, sempre crescente a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, dell'Unione europea e delle sue fonti sul diritto penale statale²⁷².

²⁷⁰ Al riguardo si è affermato che, se i fattori endogeni implicano necessariamente la compromissione delle istanze garantiste proprie della riserva di legge, non è detto che quelli esogeni producano gli stessi esiti negativi. Infatti, la riserva di legge parlamentare non è altro che una delle possibili concretizzazioni del principio di legalità, con la conseguenza per cui al suo indebolimento non per forza consegue la violazione delle istanze garantiste correlate a tale principio. Questo perché il principio della riserva di legge deve contemperarsi con altri importanti principi comunitari, come quello di attribuzione, che disciplina il riparto di competenze tra Unione e Stati e che ora all'art. 4 TFUE prevede espressamente anche il settore penale, quello del primato delle fonti UE, quello dell'interpretazione conforme delle norme nazionali e, infine, il principio di fedeltà, per cui gli Stati, una volta cedute sfere di sovranità all'Unione, si impegnano poi ad adottare tutte le misure necessarie a garantire l'esecuzione degli obblighi derivanti dai Trattati e dalle fonti secondarie. Ciò, comunque, sempre salvo il rispetto del nocciolo duro della nostra Costituzione, come previsto dal meccanismo dei c.d. contro limiti. In tali termini, D'AMICO, *La legalità penale europea*, in *Rass. parl.*, 2004, p. 931.

²⁷¹ Con particolare riferimento agli obblighi di incriminazione imposti al legislatore dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ancor prima della equiparazione dei suoi contenuti ai principi generali della UE ai sensi dell'art. 6 TUE come modificato a Lisbona, si veda NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006, p. 255; VIGANO', *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 42; ID., *Il diritto penale sostanziale italiano davanti ai giudici della CEDU*, in *Giur. merito*, 2008, p. 81.

²⁷² D'AMICO, *Il principio di legalità in materia penale tra Corte Costituzionale e Corti europee*, in AA.VV., *Le Corti dell'integrazione europea: avvicinamenti, dialoghi, assonanze*, a cura di ZANON, Napoli, 2006, p. 157; MANACORDA, *L'efficacia espansiva del diritto comunitario sul diritto penale*, in *Foro it.*, 1995, IV, p. 55; BERNARDI, *Codificazione penale e diritto comunitario. I – la modificazione del codice penale ad opera del*

2.5.1 L'Unione europea

Nell'affrontare il tema della legalità penale non si può, oggi, trascurare la prospettiva europea. Il diritto penale europeizzato esiste quale riflesso sia di un complesso intrecciarsi di fenomeni normativi nazionali e sovranazionali, sia dell'attività delle Corti di Giustizia²⁷³. Prendendo le mosse dalle recenti riforme comunitarie²⁷⁴, si può osservare come la fase attuale di sviluppo del diritto penale europeo sembri imprimere una decisiva accelerazione alla lunga agonia del principio di riserva di legge nazionale in materia penale. Questa affermazione risulta avvalorata da diversi dati di fatto: l'entrata in vigore della prima direttiva di armonizzazione penale²⁷⁵, emanata in seguito alla celebre sentenza con la quale la Corte di Giustizia ha annullato la decisione quadro in materia di protezione dell'ambiente mediante il diritto penale²⁷⁶; l'adozione, avvenuta o imminente, di direttive della medesima specie²⁷⁷; l'eliminazione della struttura a pilastri con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e, nel quadro di una competenza penale concorrente tra Unione e Stati membri, la conseguente normalizzazione del ricorso alle direttive nel settore della cooperazione penale²⁷⁸, in particolare per il riavvicinamento sia delle fattispecie di reato rientrati in sfere criminali particolarmente gravi a livello transnazionale o in settori già oggetti di armonizzazione, sia delle relative sanzioni²⁷⁹; infine, gli ambigui margini

diritto comunitario, Ferrara, 1996; GRASSO, *Introduzione: diritto penale e integrazione europea*, in AA.VV., *Lezioni di diritto penale europeo*, cit., p. 1.

²⁷³ FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, in *Quad. fiorentini*, Milano, 2007, p. 1272.

²⁷⁴ Ad ogni modo anche nella Ue esiste il principio di legalità penale. Prima del Trattato di Lisbona lo si riteneva parte del diritto primario, in quanto sancito dall'art. 7 CEDU e in quanto facente parte delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri; ora, invece, è sancito, seppure indirettamente, dal nuovo art. 6 TUE che attribuisce lo stesso valore giuridico dei Trattati alla Carta dei diritti fondamentali della UE e quindi anche al principio di legalità. Sul punto, ampiamente, GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, p. 84.

²⁷⁵ Direttiva 2008/99/CE, 19 novembre 2008, in *GU* L 328, 6 dicembre 2008. Per un *excursus* di tale evoluzione giurisprudenziale, si veda BERNARDI, *L'armonizzazione delle sanzioni in Europa: linee ricostruttive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 111.

²⁷⁶ CGCE 13 settembre 2005, Commissione c. Consiglio, causa C-176/03, in *GU* C 315, 10 dicembre 2005.

²⁷⁷ Cfr. la direttiva 2009/52/CE, 19 giugno 2009, che introduce norme minime relative a sanzioni e provvedimenti nei confronti di datori di lavoro che impiegano cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, in *GU* L 168, 30 giugno 2009, i cui artt. 9-10 impongono agli Stati membri sanzionare penalmente determinate tipologie di violazioni del divieto generale di impiego sancito dall'art. 3 nonché la direttiva 2009/48/CE, 18 giugno 2009, sulla sicurezza dei giocattoli, in *GU* L 170, 30 giugno 2009. Quanto alla legislazione in preparazione si veda la proposta di direttiva di Parlamento e Consiglio che modifica la direttiva 2005/35/CE relativa all'inquinamento provocato dalle navi e all'introduzione di sanzioni per le violazioni.

²⁷⁸ Cfr. artt. 82 ss TFUE. Certo, l'attuazione delle direttive negli ordinamenti nazionali richiede pur sempre un atto normativo di recepimento, ma solitamente trattasi di intervento per lo più formale che non è certo sufficiente a soddisfare la *ratio* che sottende il principio della riserva di legge in materia penale come tradizionalmente concepito.

²⁷⁹ Il punto non è di poco conto, ove solo si consideri come la Corte di Giustizia avesse invece escluso che, nel precedente quadro delle fonti, le direttive potessero spingersi fino alle previsioni del tipo e del livello delle sanzioni penali applicabili. Sul punto CGCE, 23 ottobre 2007, Commissione c. Consiglio, causa C-440/05, in *GU* C 315, 22 dicembre 2007.

interpretativi lasciati dalla formulazione del Trattato stesso rispetto alla configurazione di una competenza penale persino diretta dell'Unione²⁸⁰.

Procedendo per ordine, la discrezionalità del legislatore interno sulle scelte di nuove incriminazioni è risultata fortemente compromessa ad opera del legislatore comunitario sia attraverso l'uso di regolamenti che di direttive contenenti veri e propri obblighi di punire.

In nome del famoso *deficit* democratico che caratterizza gli organi comunitari e la loro produzione normativa, resta ferma l'impossibilità per i regolamenti, in quanto direttamente applicabili, di prevedere sanzioni penali aventi efficacia immediata nel nostro ordinamento. Diversamente però stanno le cose per le direttive e le decisioni quadro in quanto atti normativi che hanno bisogno di un atto interno dello Stato per la loro trasposizione o per il loro recepimento nell'ordinamento nazionale. Dunque, in apparenza tutto sembrerebbe formalmente in ordine con la riserva di legge in materia penale, posto che una sanzione criminale per l'osservanza di un precetto di derivazione europea troverebbe necessariamente la sua fonte in un atto legislativo interno.

Ma, dagli anni Ottanta le, istituzioni comunitarie tendono a rivolgere sempre più frequentemente richieste agli Stati di apprestare, con adeguate sanzioni, la tutela di beni che, pur rientranti nella competenza comunitaria, hanno però legami meno diretti con l'ordinamento comunitario. Sanzioni che, secondo una clausola di stile, devono essere efficaci, dissuasive e proporzionate. Sorge allora il problema se esistono degli obblighi di penalizzazione derivanti dal diritto comunitario.

Per la verità, fino almeno all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, non è dato riscontrare nei Trattati istitutivi norme che impongono un siffatto obbligo. Di regola, l'affermata esigenza di una tutela adeguata lascia tuttavia al legislatore nazionale la scelta del tipo di sanzioni da adottare. Inoltre, si può dire che non si tratti di veri e propri obblighi di criminalizzazione, derivando, in verità, l'obbligo di allestire una tutela adeguata dei precetti di origine europea per gli Stati membri dal più generale obbligo di buona fede e lealtà. Infine, la Corte di Giustizia ha indicato quale criterio materiale per il corretto adempimento di tale obbligo di adeguata tutela quello di assimilazione, per dire cioè che lo

²⁸⁰ L'art. 86 TFUE prevede l'adozione di regolamenti che definiscano i reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione. Ciò nonostante l'obiezione notoriamente incentrata sull'affermato *deficit* democratico del *law making process* europeo. Tra i sostenitori, GRASSO, *La Costituzione per l'Europa e la formazione di un diritto penale dell'Unione europea*, in AA.VV., *Lezioni di diritto penale europeo*, a cura di GRASSO-SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea*, Milano, 2005, p. 388; PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa, 2009, p. 15; DRAETTA, *Elementi di diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale. Ordinamento e struttura dell'Unione europea*, Milano, 2009, p. 79.

Stato è tenuto a prevedere un apparato di tutela corrispondente a quello adottato nell'ordinamento nazionale per la protezione di beni giuridici simili²⁸¹.

Questa in sintesi, la situazione fino al 2005, anche se non può essere sottaciuta la crescente insistenza delle direttive nel reclamare sanzioni adeguate, effettive e dissuasive. Con la famosa sentenza della Corte di Giustizia del 13 settembre 2005 sui reati ambientali, viene espressamente ammessa la possibilità che una direttiva comunitaria preveda il ricorso alla sanzione penale a salvaguardia dei suoi precetti.

Ci si è chiesti allora se l'evidente obbligo di penalizzazione sia compatibile con la riserva di legge in materia penale per il fatto che comunque la direttiva necessita di un atto di trasposizione per operare nel nostro sistema. Se la riserva significa mantenere nel monopolio del legislatore statale le scelte di criminalizzazione, è ben difficile ritenere che in questo caso il legislatore abbia nella sua disponibilità l'opzione penale, che viene imposta dalla direttiva.

E a neutralizzare la possibilità che ha il legislatore di rifiutare la trasposizione sta la responsabilità per inadempimento che verrebbe a gravare sullo Stato. In definitiva, dunque, gli obblighi di penalizzazione contenuti nelle direttive privano il legislatore nazionale del monopolio nella produzione legislativa penale. Sarebbe poi illusorio parlare di una sorta di riparto delle competenze tra legislatore comunitario, legittimato a fare le sole scelte di penalizzazione, e quello interno, chiamato a tradurre tecnicamente a livello nazionale quelle opzioni, dal momento che la *ratio* garantistica della riserva di legge è proprio quella di concentrare nell'organo parlamentare le scelte di politica criminale, ben potendo la loro traduzione tecnica essere demandata ad altri organi, come dimostra il meccanismo della delega legislativa.

Venendo alle decisioni quadro, esse sembrano destare meno problemi poiché, in quanto espressione della normale attività di collaborazione tra gli Stati, possono entrare nei vari ordinamenti solo in seguito ad un atto legislativo di recezione, senza che il mancato adempimento sia fonte di responsabilità giuridica per lo Stato. Vero tutto ciò sul piano delle regole formali, è altrettanto incontestabile l'impressione che oggi la politica criminale italiana non possa più prescindere nelle sue scelte dalle indicazioni comunitarie. E trattando le decisioni quadro materie a cui la dimensione europea è diventata imprescindibile, è chiaro che una disciplina ispirata esclusivamente ad opzioni nazionali rischia di essere per ciò solo inadeguata. Ecco, dunque, che le scelte di criminalizzazione

²⁸¹ SAMMARCO, *Armonizzazione europea delle sanzioni, pluralità di ordinamenti giuridici e sistema delle fonti*, in VINCIGUERRA-DASSANO (a cura di), *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, cit., p. 927.

elaborate in sede europea, pure nell'ipotesi in cui vengano per una seria ragione rifiutate, non possono non influenzare la politica criminale nazionale.

A tal punto occorre chiedersi se all'erosione del monopolio legislativo conseguente alla politica criminale europea corrisponda proporzionalmente anche una caduta della democraticità sostanziale delle scelte penali. Premessa ineludibile del discorso è che i modelli della democraticità europea non possono essere gli stessi di quelli della democraticità interna. Per contro, non è certo contestabile il famoso *deficit* democratico che affligge gli organi europei, ma a compensare ciò sta quel processo di democratizzazione dei processi decisionali europei: si va dalla procedura di codecisione che vede il parlamento europeo coinvolto ormai nella maggioranza delle decisioni adottate e delle materie di competenza dell'Unione, al coinvolgimento dei parlamenti nazionali nella fase ascendente della produzione normativa comunitaria.

Oltre a tali strumenti di democratizzazione, il fatto che talune scelte penali non siano più nell'esclusiva disponibilità nazionale non significa per ciò solo una caduta della democraticità. Che l'Europa abbia da dire la sua condizionando il nostro legislatore significa che oltre quello parlamentare si è aperto un altro foro di dibattito delle scelte penali. In tal senso, il processo decisionale europeo, non solo è in sé complesso, ma coinvolge altresì numerose istituzioni. Se il grado di pubblicità non è così mediatico come a livello interno, il controllo assicurato dalla sede europea si presenta più penetrante ed effettivo rispetto a quello nazionale.

Tornando ai modelli normativi, vi è un altro meccanismo europeo che contribuisce ad insediare il monopolio legislativo penale, questa volta però sul piano interno. Come è risaputo, lo straordinario numero di direttive comunitarie, ha costretto il legislatore italiano ad adottare un sistema che per la loro trasposizione si avvale di una delega legislativa, c.d. legge comunitaria. Essendo annuale, la delega riguarda una molteplicità non indifferente di direttive e quindi di materie molto eterogenee. Con la conseguenza che, nonostante il progressivo sforzo di affinamento dei criteri di delegazione concernenti le scelte sanzionatorie anche penali, quei criteri si rivelano in ogni caso relativamente indeterminati così da porre sostanzialmente nelle mani del potere esecutivo le scelte di criminalizzazione.

Questo quadro, dopo l'avvento del Trattato di Lisbona, pare ulteriormente aggravato.

Si è, infatti, visto, come la potestà punitiva nazionale risulti non solo compressa, ma addirittura esclusa in radice nelle ipotesi in cui le condotte vietate e persino le relative sanzioni vengano definite direttamente da un regolamento comunitario. Come noto, in

vista della tutela di beni giuridici europei, l'ordinamento UE risulta dotato di un autonomo sistema di sanzioni che, seppure esclusivamente aventi natura patrimoniale o interdittiva²⁸², sono dotate di un coefficiente di afflittività particolarmente elevato: la pressoché indiscussa assenza di una competenza penale diretta dell'Unione anteriormente al Trattato di Lisbona ha infatti precluso l'adozione di norme penali europee immediatamente efficaci negli ordinamenti interni. Tra le innovazioni più controverse del nuovo Trattato, però, spicca proprio quella relativa all'eventuale attribuzione al legislatore europeo di una competenza penale diretta dell'Unione nel settore della tutela degli interessi finanziari della UE. Non è pertanto da scartare l'ipotesi che la radicale esclusione del contributo del legislatore nazionale nella definizione di precetto e sanzione, a seguito del varo di un regolamento UE dotato di norme punitive, possa riguardare in futuro anche il settore penale.

Al di là di questa ipotesi, poi, la dottrina ha messo in luce da tempo l'influenza esplicata sugli ordinamenti penali nazionali dai regolamenti UE, con conseguente restrizione della discrezionalità del legislatore interno²⁸³. È risaputo che il principio di fedeltà comunitaria di cui all'art. 10 TCE racchiude in sé l'obbligo da parte degli Stati membri di apprestare un'adeguata tutela sanzionatoria alla normativa europea.

Ora, è vero che le fonti comunitarie lasciano il più delle volte ampi margini di discrezionalità agli Stati, sia limitandosi ad imporre l'obbligo di punire con sanzioni "adeguate", "proporzionate", "dissuasive" o "efficaci", sia perché ai regolamenti UE è preclusa la possibilità di contenere norme corredate da sanzioni penali; tuttavia, proprio sulla base dello stesso art. 10 TCE, la Corte di Giustizia ha elaborato due fondamentali principi volti a limitare la discrezionalità dei legislatori nazionali.

Si allude al principio di assimilazione, in virtù del quale le violazioni del diritto comunitario devono essere punite nei vari Paesi con sanzioni analoghe a quelle previste per le violazioni del diritto interno simili per natura e gravità e al principio di efficacia-proporzionalità, in virtù del quale tali sanzioni devono essere comunque effettive, adeguate alla gravità del fatto e dissuasive²⁸⁴.

²⁸² MAUGERI, *Il sistema sanzionatorio comunitario dopo la Carta europea dei diritti fondamentali*, in AA.VV., *Lezioni di diritto penale europeo*, cit., p. 99; BERNARDI, *I tre volti del diritto penale comunitario*, cit., p. 339.

²⁸³ Sull'influenza incriminatrice dei regolamenti, BERNARDI, *Profili di incidenza del diritto comunitario sul diritto penale agroalimentare*, in *Annali dell'Università di Ferrara – Scienze giuridiche*, vol. XI, Ferrara, 1997, p. 148.

²⁸⁴ Per tutte, CGE, 21 settembre 1989 Commissione c. Repubblica ellenica, C-68/1988, in *Racc.*, 1989, p. 2965. Ulteriori rinvii giurisprudenziali sono citati da BERNARDI, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, II, 2002, p. 488.

Di conseguenza, pur quando le fonti di diritto derivato non contengano affatto indicazioni sanzionatorie, ovvero queste siano del tutto vaghe, il primo dei suddetti principi obbliga gli Stati membri ad introdurre sanzioni penali per punire le violazioni del diritto comunitario tutte le volte in cui le violazioni del diritto interno simili per natura e gravità siano assoggettate a sanzioni siffatte; il secondo dei principi detti comporta poi un obbligo analogo in tutti i casi in cui la notevole gravità delle violazioni del diritto UE escluda che una sanzione penale si riveli proporzionata²⁸⁵.

In tutte queste ipotesi, dunque, l'opzione incriminatrice viene sostanzialmente imposta al legislatore interno.

Occorre poi aggiungere che quest'ultimo gode di margini di apprezzamento molto ridotti anche nella formulazione della fattispecie penale. In effetti, qualora il precetto comunitario cui dare attuazione risulti contenuto in un regolamento, il primato e la diretta applicabilità di tale fonte europea sul diritto interno precludono sia la rielaborazione del precetto medesimo sia la sua fedele riproduzione da parte del legislatore interno, perché tali opzioni "nazionalizzatrici" comporterebbero l'inaccettabile risultato di sottrarre il precetto non solo all'interpretazione centralizzata della Corte di Giustizia, ma anche a modifiche successive da parte del legislatore comunitario²⁸⁶.

In sostanza, quindi, per sanzionare penalmente le violazioni dei precetti contenuti nei regolamenti comunitari deve tendenzialmente farsi ricorso alla tecnica del rinvio alla fonte europea da parte di una norma interna di carattere meramente sanzionatorio. Tale tecnica, oltre a privare il legislatore nazionale della discrezionalità punitiva, desta svariate questioni di compatibilità con il principio della riserva di legge nazionale.

La fondatezza di tali dubbi è evidente nelle ipotesi di rinvio generico a disposizioni comunitarie di futura emanazione, dove al legislatore nazionale viene sottratto ogni margine di controllo sulla selezione dei comportamenti penalmente vietati, e di rinvio c.d. formale a disposizioni comunitarie già esistenti, che determina la continua mutevolezza del precetto penale a seguito delle modifiche operate dalla normativa comunitaria successiva, senza alcun intervento del legislatore nazionale. Meno problematico, invece, risulta il rinvio c.d. recettizio a disposizioni UE già esistenti, che consente di cristallizzare il contenuto precettivo della norma oggetto del rinvio medesimo²⁸⁷.

²⁸⁵ CGE, 28 gennaio 1999, C-77/97, *Unilever*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, p. 447, con nota di RIONDATO.

²⁸⁶ Su questo tema, BERNARDI, *La difficile integrazione tra diritto comunitario e diritto penale: il caso della disciplina agroalimentare*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 997.

²⁸⁷ Per il vero, neppure le ipotesi di rinvio recettizio sono andate esenti da critiche sotto il profilo della piena compatibilità con il contenuto sostanziale della riserva di legge, come spiegato da SOTIS, *Diritto comunitario e giudice penale*, in *Corr. merito*, 2008, n. 2, p. 17.

Infine, la discrezionalità degli Stati può risultare ridotta anche nella configurazione qualitativa dell'apparato sanzionatorio a tutela delle norme comunitarie. Non mancano infatti regolamenti contenenti puntuali istruzioni su tipologia, entità e specifiche finalità delle sanzioni penali²⁸⁸.

Laddove tali puntuali indicazioni si sommano ai principi di assimilazione e proporzione, è chiaro che il contributo del legislatore nazionale nella determinazione di precetto e di sanzione è praticamente nullo; ciò è tanto più vero se si considera anche l'istituto della procedura d'infrazione pendente sugli Stati membri nel caso di mancato o inadeguato adempimento dell'obbligo di attuazione sanzionatoria delle fonti regolamentari.

Quanto agli obblighi di incriminazione imposti tramite direttive UE, preme sottolineare come, per l'orientamento antecedente al Trattato di Lisbona, la potestà di armonizzazione penale mediante direttive potesse esplicarsi anche in materie diverse da quella ambientale, purchè tale armonizzazione risultasse indispensabile alla realizzazione di politiche atte a perseguire scopi essenziali e trasversali della Comunità²⁸⁹. In linea con tale orientamento, di conseguenza, pur mancando in capo al legislatore comunitario una competenza penale generalizzata in tutte le materie contemplate dal TCE, era già aperto il varco per un progressivo e difficilmente controllabile travaso di tale competenza dal terzo al primo pilastro, con conseguente passaggio dalle decisioni quadro alle direttive, cioè a fonti con un maggiore coefficiente di vincolatività.

I dubbi circa la compatibilità con la riserva di legge nazionale sia degli obblighi di penalizzazione imposti indirettamente dalla Corte di Giustizia sia delle ipotesi di rinvio non possono che risultare mutuabili ai vincoli di penalizzazione imposti mediante direttive di armonizzazione sanzionatoria. Vero è che tali direttive non pregiudicano il diritto dei cittadini a che le fattispecie vengano definite dai rappresentanti democraticamente eletti, in quanto l'armonizzazione richiede l'intervento attuativo dei vari parlamenti, ma è altresì vero che la potestà attuativa di questi ultimi appare superata nella sostanza, laddove sia venuto meno il controllo sulle scelte di penalizzazione da parte dell'organo nazionale

²⁸⁸ A titolo esemplificativo, si segnala l'art. 3 del reg. CEE n. 2262/84 che prevede misure speciali nel settore dell'olio d'oliva, il quale impone agli Stati membri di sanzionare le infrazioni al regime d'aiuto dei produttori con sanzioni pecuniarie proporzionali alla dimensione dell'infrazione commessa o dell'aiuto indebitamente commesso. Recentemente il regolamento CE n. 1224/09, che istituisce un regime di controllo comunitario per garantire il rispetto delle norme della politica comune della pesca, prevede che i responsabili vengano puniti secondo quanto previsto dall'art. 44 del reg. CE n. 1005/2008 che prevede una vasta gamma di sanzioni accessorie di contenuto afflittivo a volte elevatissimo, come il sequestro del peschereccio, la confisca di attrezzi da pesca o i prodotti della pesca vietata, la revoca dell'autorizzazione di pesca e l'impossibilità dal diritto di riottenere e il divieto di fruire di sovvenzioni pubbliche.

²⁸⁹ SIRACUSA, *Verso la comunitarizzazione della potestà normativa penale: un nuovo tassello della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 241.

democraticamente eletto a favore dell'organo comunitario²⁹⁰. I Parlamenti nazionali si limitano in queste circostanze a veicolare nell'ordinamento interno quella stessa scelta, la cui mancata trasposizione potrà dar luogo ad una procedura d'infrazione²⁹¹.

Il ridimensionamento del ruolo del Parlamento nelle scelte punitive appare poi particolarmente evidente nel caso italiano, ove, giova ribadirlo, l'attuazione del diritto comunitario è rimesso ad un'apposita legge comunitaria con cadenza annuale, caratterizzata dalla presenza di numerose deleghe legislative al Governo: da un lato, i vincoli imposti dalle fonti europee riducono assai la discrezionalità del legislatore interno, dall'altro quest'ultimo, attraverso deleghe poco stringenti, lascia all'esecutivo l'esercizio della maggior parte dello spazio residuo di discrezionalità²⁹².

Tali osservazioni paiono acquistare nuovo vigore con il Trattato di Lisbona, il quale, oltre ad aver eliminato la struttura a Pilastri, ha previsto una espressa base giuridica per l'adozione di direttive di armonizzazione penale. Il riferimento va all'art. 83.1 TFUE, relativamente a nove sfere di grave criminalità internazionale, e all'art. 83.2 TFUE, limitatamente ai settori già oggetto di misure di armonizzazione, qualora il riavvicinamento delle legislazioni nazionali in materia penale si riveli indispensabile per garantire l'attuazione efficace di una politica europea.

La fondazione di una competenza penale europea, seppure indiretta, di così vasta portata non potrà che determinare un'ulteriore compressione della discrezionalità dei Parlamenti interni nelle scelte di incriminazione e, dunque, della portata effettiva della riserva di legge parlamentare interna in materia penale²⁹³.

²⁹⁰ Favorevole allo sviluppo delle competenze penali dell'Unione, SICURELLA, *Eppure si muove: alla ricerca di un nuovo equilibrio nella dialettica tra legislatore comunitario e legislatore nazionale nella tutela degli interessi dell'Unione europea*, in AA.VV., *Per un rilancio del progetto europeo*, a cura di GRASSO-SICURELLA, Milano, 2008, p. 216. Con varietà di accenti, DEL TUFO, *Il diritto penale sommerso: diritto europeo e modifiche al sistema penale*, in *Dir. pubbl. comp. eu.*, 2001, p. 1015; MAGI, *Attribuzione alla nuova Unione di poteri normativi in materia penale nonostante un persistente deficit democratico: possibile contrasto con il principio costituzionale della riserva di legge?*, in *Dir. pubbl. comp. eu.*, 2008, p. 1545.

²⁹¹ Sottolinea però la limitatezza dei rimedi esperibili in caso di inadempimento degli obblighi comunitari di tutela penale, in quanto non suscettibili di esecuzione in forma specifica, PAONESSA, *La discrezionalità del legislatore nazionale nella cornice dei vincoli comunitari di tutela*, in *Criminalia*, 2007, p. 409.

²⁹² DEL TUFO, *La comunitarizzazione del diritto penale sommerso*, cit. p. 1016; ROMANO, *Complessità delle fonti e sistema penale*, cit., p. 551.

²⁹³ Al riguardo, non pare che la previsione del Trattato di Lisbona della c.d. clausola di salvaguardia di cui all'art. 83.3., che consente ad uno Stato membro di determinare la sospensione della procedura legislativa ordinaria quando reputi l'atto in corso di adozione confliggente con un aspetto fondamentale del proprio ordinamento, sia sufficiente per sé di garantire il rispetto del principio della riserva di legge. Invero, tale clausola, che rappresenta uno strumento derogatorio ad una regola attributiva di competenza, potrà essere invocata solo per singoli progetti di direttive i cui contenuti abnormi siano in contrasto con i nostri canoni costituzionali, non certo in via sistematica per lamentare la violazione della riserva di legge ogniqualvolta si discuta dell'adozione di una direttiva di armonizzazione penale. Peraltro si è osservato già da tempo come la riserva non possa essere invocata tra i contro limiti alla potestà attribuita dai Trattati alle fonti comunitarie: in effetti, la cessione all'Unione di competenze in materia penale non determina l'automatica fuoriuscita dai limiti segnati dall'art. 11 per il solo fatto del trapasso di quote di discrezionalità sulle scelte punitive ad un

Oltre alla previsione della direttiva come strumento ordinario di armonizzazione penale e, dunque, di esercizio di una competenza penale indiretta, la nuova disciplina del TFUE lascerebbe intravedere, secondo alcuni, l'eventualità che l'Unione possa esercitare anche una competenza penale diretta, mediante la fonte regolamentare.

Più nel dettaglio, l'art. 83 TFUE prevede che l'esercizio delle competenze dell'Unione in materia di armonizzazione del diritto penale degli Stati avvenga attraverso direttive contenenti norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni, ciò sia per l'armonizzazione delle normative interne riguardanti sfere di criminalità che presentano una dimensione transnazionale, sia per l'avvicinamento delle disposizioni penali nazionali che si rivela indispensabile per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione in un settore che è già stato oggetto di armonizzazione²⁹⁴.

Per dovere di precisione va ricordato, comunque, che l'art. 83.3 attribuisce ad ogni Stato membro la possibilità di utilizzare il cosiddetto "freno di emergenza" ogniqualvolta ritenga che il progetto di direttiva in esame incida su aspetti fondamentali del proprio ordinamento penale: in tali ipotesi, la procedura legislativa viene sospesa e la questione rimessa al Consiglio europeo e, in caso di persistente disaccordo, un gruppo di almeno nove Stati membri può attivare la procedura di cooperazione rafforzata.

Quanto alla più problematica eventualità che l'Unione possa esercitare una competenza penale diretta, viene in gioco l'art. 86 TFUE che attribuisce alla UE la competenza ad istituire, con regolamento, una procura per combattere i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione nonché quella di definire i reati che saranno giudicati da tale Procura. È allora evidente l'effetto dirompente che si verrebbe a creare se si interpretasse tale disposizione nel senso che l'Unione possa usare la fonte regolamentare, in quanto tale direttamente applicabile nei vari Stati senza bisogno dell'atto di recepimento necessario invece per le direttive di armonizzazione, per creare *ex novo* fattispecie penali in caso di lesione di interessi finanziari. Di recente, però, è stata formulata un'ulteriore ricostruzione, per la quale la norma in esame attribuirebbe alla UE la competenza, limitatamente al settore detto, ad adottare regolamenti in materia penale, ma con esclusivo riferimento all'adozione dei precetti, non delle relative sanzioni²⁹⁵; per questa via verrebbe meno la

ente che non riproduce il meccanismo interno di produzione normativa penale; tale fuoriuscita si verifica solo quando il legislatore UE eserciti la suddetta discrezionalità in modo incompatibile con i principi costituzionali fondamentali. In tal senso, BALDUZZI-SORRENTINO, *Riserva di legge*, cit., p. 1222. Di contrario avviso, invece, SOTIS, *Il trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 337; PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale*, cit., p. 20.

²⁹⁴ Sul requisito dell'indispensabilità come filtro selettivo, SOTIS, *Il trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, cit., p. 335.

²⁹⁵ SOTIS, *Il trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, cit., p. 399.

questione della compatibilità con l'art. 25, comma 2, Cost. perché il reo verrebbe comunque punito da una legge dello Stato entrata in vigore prima del fatto commesso. Vero è che tale soluzione esegetica pare in grado di superare i dubbi sulla conformità col principio di legalità come interpretato dalla Corte di Giustizia che, giova ripeterlo, esclude che una fonte europea possa determinare o aggravare la responsabilità penale di un soggetto indipendentemente da un provvedimento nazionale di attuazione; ma allo stesso tempo va segnalato che l'adozione del regolamento dovrebbe avvenire attraverso una procedura speciale, richiedente il voto unanime del Consiglio e la mera approvazione del Parlamento (art. 86.1. TFUE), ossia con una procedura assai meno democratica di quella legislativa ordinaria, l'unica in grado di garantire il massimo coinvolgimento dell'organo rappresentativo. Senza parlare, poi, dell'esito pratico singolare come quello dell'introduzione nei sistemi nazionali di precetti penali immediatamente vigenti e vincolanti, eppure inefficaci e imperfetti fino all'intervento del legislatore nazionale²⁹⁶.

Alla luce del quadro descritto, non c'è dubbio sul fatto che l'affermarsi del diritto penale UE contribuisca notevolmente ad aggravare la crisi del principio di riserva di legge nazionale. Infatti, come si è visto, da un lato l'armonizzazione penale attraverso regolamenti e direttive comporta una sostanziale sottrazione delle scelte di penalizzazione al legislatore nazionale, ciò nonostante il suo maggiore coinvolgimento formale nel procedimento legislativo europeo, dall'altro il Trattato di Lisbona ha fornito un'espressa base giuridica per l'uso generalizzato delle direttive quali fonti per l'armonizzazione del diritto penale. Di conseguenza, rispetto al previgente sistema di armonizzazione, non può non notarsi come quello attuale sia: dotato di fondamento giuridico più solido; esperibile con riferimento ad un elenco di settori più vasto e ulteriormente ampliabile; più penetrante, in quanto attinente sia ai precetti che alle sanzioni, mentre in passato l'armonizzazione di queste ultime era affidata agli strumenti del terzo pilastro; più praticabile rispetto a quello attuabile mediante decisioni quadro, dato che l'adozione di direttive non richiede l'unanimità ma la maggioranza qualificata del Consiglio; maggiormente vincolante per gli Stati membri, considerata l'esperibilità della procedura d'infrazione nelle ipotesi di mancato recepimento negli ordinamenti interni.

E di fronte a tutto ciò non pare che il recupero del ruolo dei Parlamenti nazionali nella fase ascendente dei procedimenti legislativi, secondo quanto previsto dal Trattato, seppure

²⁹⁶ Infatti, mentre nel caso di attuazione di direttive il legislatore nazionale conserva la possibilità concreta di adottare una legge successiva di depenalizzazione della norma interna attuativa di quella europea, non è così per i regolamenti che, in quanto fonti gerarchicamente superiori, non possono essere abrogati da una legge nazionale. In tale ipotesi resterebbe per lo Stato la sola possibilità di modificare l'apparato punitivo sostituendo alla sanzione penale quella amministrativa, ottenendo per tal via un effetto di depenalizzazione.

funzionale ad incrementare il *deficit* di democraticità della UE, sia in grado di compensare la notevolissima perdita di sovranità del legislatore nazionale sulle opzioni di politica criminale²⁹⁷.

Una notazione merita anche lo strumento delle decisioni quadro previste in quello che era il terzo pilastro. Infatti, è appena il caso di sottolineare che la cancellazione di tale pilastro e del relativo sistema di fonti, conseguentemente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, non ha certo rimosso le numerose decisioni quadro varate dal Consiglio a partire dal 2000, che restano tutt'ora in vigore²⁹⁸.

Sul punto va ricordata una celebre pronuncia del 2007²⁹⁹, relativa all'armonizzazione del diritto penale in materia di inquinamento provocato dai trasporti marittimi, in cui la Corte di Giustizia aveva escluso la competenza comunitaria ad imporre al legislatore nazionale l'adozione di determinati livelli sanzionatori; l'omogeneizzazione di tali livelli, in particolare

²⁹⁷ Alcuni, per salvare la legittimità degli interventi comunitari in materia penale, fanno leva sulle novità apportate dal Trattato di Lisbona sulle fasi ascendente e centralizzata. Con riferimento alla fase ascendente, infatti, proprio la ridefinizione del ruolo dei Parlamenti nazionali nell'elaborazione della legislazione europea può essere annoverata tra le innovazioni più significative del Trattato, finalizzata a compensare il progressivo passaggio di competenze dagli Stati alle Istituzioni. In particolare, per consentire agli organi rappresentativi nazionali di avere contezza della legislazione europea in preparazione, è previsto l'obbligo di inviare ai Parlamenti nazionali tutti i progetti di atti legislativi e il divieto di porre gli stessi in discussione prima che siano trascorse otto settimane dall'invio. All'uopo, entro tale termine, viene attribuito ai Parlamenti nazionali il diritto di esprimere un parere sulla compatibilità di tale progetto di legge rispetto ai principi di sussidiarietà e di riparto di competenze (Al riguardo si veda l'articolata procedura prevista dal TUE e in particolare dai primi due protocolli al Trattato, l'uno dedicato al "ruolo dei parlamenti nazionali nell'Unione europea", l'altro alla "applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzione"). Inoltre, con specifico riferimento ai settori della cooperazione giudiziaria in materia penale e di polizia, l'art. 7.2. del secondo protocollo al Trattato ha abbassato da un quarto ad un terzo la quota dei Parlamenti nazionali il cui parere negativo sul rispetto del principio di sussidiarietà comporta l'obbligo di riesame dei progetti di atti legislativi. Per la verità, i diversi meccanismi di intervento delle assemblee interne non implicano un autentico potere interdittivo rispetto alle procedure di adozione degli atti, posto che il mantenimento di una proposta dipende pur sempre dalla volontà delle istituzioni UE, quanto piuttosto di un potere di segnalazione che comunque incide non poco sulle procedure stesse, rallentandole, sospendendole e aggravandole mediante l'imposizione di controlli aggiuntivi.

Passando alla fase centralizzata, l'attenzione va focalizzata sulle regole per l'adozione degli atti legislativi attinenti alla materia penale. Innanzitutto la procedura legislativa ordinaria è diventata il meccanismo generale di adozione degli atti legislativi UE, che viene ora esteso a numerosi settori tra cui quello penale ex art. 82 TFUE. La particolarità di tale procedimento è che vede Parlamento e Commissione sullo stesso piano: in mancanza di un voto favorevole di entrambe le istituzioni l'atto non può essere adottato. Anche sul punto non sono comunque mancate le critiche incentrate sul fatto che comunque il Parlamento resta privo del potere di iniziativa legislativa, riservata alla Commissione, e soprattutto sull'incapacità del Parlamento UE di svolgere un effettivo ruolo rappresentativo dei cittadini dell'Unione, stante la mancanza di una dialettica tra partiti, tra maggioranza e opposizione²⁹⁷. BOSE, *La sentenza della Corte Costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona e il suo significato per la europeizzazione del diritto penale*, in *Criminalia*, 2009, p. 267.

²⁹⁸ Sul punto, in particolare, l'art. 10 delle disposizioni transitorie al Trattato di Lisbona: "1. A titolo di misura transitoria e in ordine agli atti dell'Unione nel settore della cooperazione di polizia e della cooperazione giudiziaria in materia penale adottati prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, le attribuzioni delle istituzioni alla data di entrata in vigore di detto trattato sono le seguenti: le attribuzioni della Commissione sull'attivazione della procedura d'infrazione non sono applicabili e le attribuzioni della Corte di Giustizia, nella versione antecedente al Trattato di Lisbona, restano invariate, anche nel caso in cui siano state accettate in forza dell'art. 35, par. 2. in ogni caso la misura transitoria di cui al paragrafo 1 cessa di avere effetto cinque anni dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona".

²⁹⁹ CGE 23 ottobre 2007 C- 440/05, in *GU* C315 22 dicembre 2007.

dei massimi edittali, invece, in svariate sfere di criminalità avrebbe dovuto essere perseguita attraverso le decisioni quadro del terzo pilastro.

Però anche queste fonti, pur necessitando l'intervento attuativo del legislatore interno, hanno sottratto sostanzialmente a quest'ultimo la discrezione relativa alle opzioni punitive e, in numerose occasioni, anche la scelta delle sanzioni applicabili, specie nella determinazione dei massimi edittali. L'osservazione della prassi legislativa interna, peraltro, rivela come il più delle volte le decisioni quadro, al pari delle direttive, siano state trasposte nell'ordinamento interno in modo automatico, attraverso un procedimento davvero poco compatibile con lo spirito della riserva di legge³⁰⁰.

Vero è che il sistema del terzo pilastro non godeva di strumenti idonei ad assicurare la vincolatività delle decisioni quadro sancita dall'art. 34.2 lett. b) TUE, non essendo rinvenibile nell'ambito di tale sistema alcun corrispondente della procedura d'infrazione esperibile ai sensi dell'art. 226 ss. TCE in caso di mancata o inadeguata attuazione delle fonti di primo pilastro³⁰¹; la trasposizione nell'ordinamento interno di un atto del terzo pilastro risultava in sostanza affidata alla buona volontà dei singoli Stati. Va tuttavia segnalato come l'obbligo di interpretazione conforme del diritto interno anche ai contenuti delle decisioni quadro, sancito dalla Corte europea nella celebre sentenza Pupino³⁰², abbia conferito agli atti del terzo pilastro una capacità di penetrazione negli ordinamenti interni non così differente da quella propria degli atti comunitari. Oltretutto, non può sfuggire come, in relazione ai summenzionati atti, i giudici nazionali fossero e siano indotti ad intraprendere percorsi di interpretazione adeguatrice, forieri di effetti non dissimili rispetto a quelli segnalati in merito all'estremizzazione dell'ermeneutica giudiziaria costituzionalmente orientata.

Ancora più significativa è la già menzionata sentenza emessa dalla Corte di Giustizia, il 13 settembre 2005 nella causa C-176/03, con cui essa ha annullato la decisione quadro del Consiglio 2003/80/GAI, relativa alla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale, ritenendo che questa materia rientrasse nel primo anziché nel terzo pilastro. Trattasi questo di un vero e proprio *leading case*, avendo per la prima volta la Corte di Giustizia riconosciuto la possibilità per il legislatore europeo di adottare provvedimenti in relazione al diritto penale, venendo così ad incidere nel complesso rapporto tra diritto penale

³⁰⁰ DEL TUFO, *Il diritto penale sommerso*, cit., p. 8.

³⁰¹ BERNARDI, *Il ruolo del terzo pilastro UE nella europeizzazione del diritto penale. Un sintetico bilancio alla vigilia della Riforma dei Trattati*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2007, p. 1169.

³⁰² CGCE, 16 giugno 2005, causa C-105/03; in dottrina, AA.VV., *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, a cura di SGUBBI-MANES, Bologna, 2007.

nazionale e comunitario³⁰³. È all'evidenza il legislatore nazionale il destinatario di tali obblighi di tutela penale, obblighi che dovrebbe rendere operativi facendo salvo, attraverso il suo filtro, il rispetto del principio della riserva, ma è altrettanto indubitabile che tali obblighi derivano da una decisione giurisprudenziale. Quella della Corte è insomma una pronuncia intrisa di decisionismo, ma che reclama normativismo perché presuppone che l'unica via per raggiungere l'obiettivo dell'uniformità giuridica in materia di ambiente sia rappresentata dall'emanazione di provvedimenti in relazione al diritto penale degli Stati membri. Come si diceva, con tale sentenza, si è attribuita per la prima volta competenza penale in capo alla UE e, in particolare, al Consiglio, organo privo di rappresentatività in quanto carente di rappresentatività democratica, essendo composto da Ministri degli Stati membri, e alla Commissione, anch'essa derivazione dell'esecutivo.

Al cuore del problema c'è dunque, ancora una volta, il rispetto della riserva di legge in materia penale e di conseguenza quello della gerarchia delle fonti tra ordinamento nazionale e europeo. Infatti, in tal caso si ha un rispetto formale del principio di cui all'art. 25 Cost., che coprirebbe solo l'*iter* di formazione della legge, i cui contenuti però maturano in ambito sovranazionale, con sostanziale elusione del significato precettivo dell'intero principio di legalità³⁰⁴.

Nell'affrontare le questioni attinenti all'ordinamento europeo non si può poi non considerare l'obbligo di interpretazione conforme gravante sui giudici.

Tendenzialmente l'esegesi conforme alle fonti comunitarie non può, in assenza di una norma nazionale di recepimento, determinare di per sé o aggravare, la responsabilità penale di un individuo. Tuttavia, pur essendo esclusa l'analogia di norme nazionali per rendere l'ordinamento interno adempiente rispetto ai vincoli comunitari, già il ricorso all'interpretazione estensiva può determinare un ampliamento dell'area penalmente rilevante, ad esempio, rispetto ai confini tracciati sul punto dalla giurisprudenza interna³⁰⁵.

³⁰³ La sentenza C-176/03 della Corte di Giustizia, che può essere considerata come pietra angolare rispetto alla creazione di un obbligo comunitario diretto di penalizzazione, si inserisce in una tradizione giuridica trasversale, perché comune, per certi aspetti di *civil law* e *common law*. Questa pronuncia si inserisce peraltro in un filone giurisprudenziale di avanguardia inaugurato con la nota sentenza del mais greco, il cui contenuto è stato poi trasfuso nel Trattato di Maastricht, nell'art. 209A TCE e proseguito con la sentenza Unilever, in tema di pubblicità ingannevole, che può essere espressione del primo obbligo di penalizzazione individuato dalla Corte. Sulla tematica SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione Europea*, Milano, 2005, p. 205.

³⁰⁴ VIGANO', *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1433.

³⁰⁵ Segnala i rischi connessi ad un'interpretazione comunitariamente conforme, MANES, *L'incidenza delle decisioni quadro sull'interpretazione in materia penale: profili di diritto penale sostanziale*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1158. La recente sentenza 6 ottobre 2009, n. 38691 delle Sezioni Unite, con commento di MANES, *Nessuna interpretazione conforme al diritto comunitario con effetti in malam partem*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 101, ha poi escluso, in ossequio al principio di legalità, che l'obbligo di interpretazione conforme della

Ciò senza considerare i labili confini esistenti tra analogia ed interpretazione estensiva, implicanti il rischio che il principio di legalità venga surrettiziamente violato attraverso incursioni del ragionamento analogico nell'applicazione estensiva delle norme nazionali.

E neppure si può escludere che il giudice nazionale, nel tentativo di adattare gli atti interni di recepimento di decisioni quadro, addivenga a forme esegetiche *contra legem*. Questa situazione pare, in particolare, essersi verificata con riferimento alla normativa di adozione del mandato d'arresto europeo³⁰⁶. Al proposito il legislatore nazionale, basandosi sulla compatibilità della decisione quadro ai principi inderogabili dell'ordinamento processuale interno, nell'atto di recepimento ha inserito numerosi motivi di rifiuto della consegna della persona ricercata, ma la Cassazione ha sovente interpretato le norme interne al fine di adeguarle alla decisione quadro in modo *contra legem*, con effetti sostanzialmente disapplicativi dei motivi di rifiuto privi di corrispondenza nella suddetta decisione quadro, dunque con effetti *in malam partem*³⁰⁷.

È evidente allora come l'estensione dell'obbligo di interpretazione conforme anche agli atti del terzo pilastro possa ingenerare invasioni di campo tra atti normativi europei, legislazione penale e esegesi giurisprudenziale: un'interpretazione conforme a tutti i costi che determina ulteriori e poco controllabili momenti di erosione delle prerogative del legislatore interno.

Tale ultime considerazioni offrono lo spunto per una breve riflessione al *vulnus* subito dalla legalità processuale penale interna dal limitrofo ambito della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo.

Sotto tale profilo, è significativo rammentare quelle decisioni in cui, a fronte di sentenze della Corte EDU volte a rilevare come le condanne pronunciate nell'ordinamento interno fossero giunte all'esito di procedimenti penali non rispettosi della legalità processuale convenzionale³⁰⁸, i giudici nazionali hanno rimosso i giudicati per conformarsi alle

legislazione interna alla decisione quadro possa condurre ad un qualunque risultato in *malam partem*, che determini cioè effetti ampliativi della punibilità, anche qualora a tale risultato non si pervenga attraverso un ragionamento apertamente analogico.

³⁰⁶ Legge 22 aprile 2005, n. 69, in *GU*, 29 aprile 2005, n. 98.

³⁰⁷ Sul punto, SPAGNOLO, *Il mandato d'arresto europeo e le condizioni ostative alla consegna: prime pronunce giurisprudenziali e primi contrasti interpretativi*, in *Leg. pen.*, 2007, p. 559. È il caso, ad esempio, della sentenza che ha in sostanza neutralizzato il controllo sui gravi indizi di colpevolezza da parte del giudice italiano prescritto dall'art. 17 l. 69/05 (Cass., 26 settembre 2005, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3772) e di quella che, in contrasto con l'art. 18 lett. e) della legge attuativa, ha ritenuto eseguibile la consegna della persona ricercata anche ad uno Stato, come il Belgio, la cui legislazione non prevede termini massimi di custodia cautelare, purchè previsto un termine temporale implicito (Cass., 30 gennaio 2007, in *Cass. pen.*, 2007, p. 1911).

³⁰⁸ In particolare dell'art. 6.

summenzionate decisioni pronunciate a Strasburgo³⁰⁹. Tutto ciò in contrasto col principio di intangibilità del giudicato e a dispetto dell'assenza di un apposito rimedio normativo nel diritto nazionale: vale a dire attraverso interpretazioni largamente estensive di istituti come l'incidente di esecuzione o il ricorso straordinario per Cassazione³¹⁰. Insomma un vero e proprio uso distorto di strumenti pensati dal nostro legislatore a tutt'altri fini, se non addirittura una pura creazione giurisprudenziale³¹¹.

Un ultimo aspetto degno di nota, connesso alla necessità di gestire un diritto penale europeizzato, è il sorgere tra gli studiosi dell'esigenza, tra l'altro, di ripensare i concetti penalistici in un'ottica trasversale; da qui la necessità di un progressivo riavvicinamento tra le diverse tradizioni giuridiche di *civil law* e di *common law*³¹². A questa prospettiva di

³⁰⁹ A titolo esemplificativo, Cass. pen., 1 dicembre 2006, Dorigo, in *Cass. pen.*, 2007, p. 1445; Cass., 12 novembre 2008, Drassich, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1458.

³¹⁰ GIALUZ, *Il riesame del processo a seguito di condanna della Corte di Strasburgo: modelli europei e prospettive italiane*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1844; CARNEVALE, *Corte europea e iniquità del giudicato penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 1229.

³¹¹ KOSTORIS, *Diversa qualificazione giuridica del fatto in Cassazione e obblighi di conformarsi alle decisioni della Corte europea dei diritti dell'Uomo: considerazioni sul caso Drassich*, in *Giur. it.*, 2009, p. 2511.

³¹² SCHMITT, *Le categorie del politico*, 1972, p. 247 aveva elaborato in argomento una tripartizione: se a fondamento del diritto vi è una norma avremo un modello di tipo normativista; se una decisione avremo il c.d. decisionismo; se si fonda su un ordinamento o una struttura concreta si ha un pensiero giuridico fondato sull'ordinamento concreto. Quest'ultimo appare come il risultato di interventi correttivi apportati al paradigma normativista: l'ispirazione illuministica secondo cui a governare è la legge non sembra avere retto alla realtà e alla prassi.

Un tanto premesso, va altresì precisato che nello spazio giuridico europeo il principio di legalità non ha una dimensione propriamente orizzontale. Come è noto, infatti, il principale parametro attraverso il quale vengono comunemente distinti i Paesi di *common law* e di *civil law* è costituito dal diverso ruolo giocato dal principio di legalità nella genesi delle fattispecie penali. Nei sistemi di *civil law* è la legge l'unica fonte del diritto penale; i giudici non possono creare fattispecie penali, perché ciò contrasterebbe con il principio di legalità. Nei paesi di *common law*, invece, il giudice sarebbe il vero artefice della legge. In realtà i confini non sono così netti. Modulando i parametri dell'interpretazione estensiva e modificando i confini con l'analogia, anche la nostra giurisprudenza ha in qualche modo sollecitato l'introduzione di norme incriminatrici, talvolta anticipando alcuni tratti della tipicità formale di queste ultime: si pensi, ad esempio, alla giurisprudenza in tema di crimini informatici, introdotti mediante il grimaldello delle fattispecie a tutela del patrimonio. Dall'altra parte, il ricorso sempre più significativo a leggi penali scritte da parte dei paesi di *common law* fa propendere per un ideale di convergenza tra i due modelli, che finirebbero per differenziarsi per la dimensione quantitativa delle due fonti di produzione del diritto e per il diverso grado di uniformità nella produzione giurisprudenziale. Inoltre, per il solo fatto della presenza di una codificazione scritta non si può affermare che il principio di legalità sia meglio rispettato nei Paesi di *civil law*. In Italia, l'irrinunciabile principio di interpretazione della legge penale scritta, che subisce come principale limite esterno il divieto di analogia, fa sì che numerosi contrasti giurisprudenziali rendano problematico proprio il rispetto di quella esigenza di certezza del diritto sottesa al principio del *nullum crimen sine lege*, come peraltro ha dimostrato la sentenza della Corte Cost. n. 364/1988 in tema di errore inevitabile sul precetto penale. Inoltre, proprio la grave crisi in cui versa la legalità penale alimenta tendenze centrifughe della giurisprudenza. Da ciò si evince che in ogni ordinamento c'è una componente decisionistica ineliminabile. Al cuore del problema c'è dunque il rispetto del principio della riserva di legge in materia penale e di conseguenza quello della gerarchia delle fonti tra diritto nazionale e comunitario. Infatti, in questo caso si ha un rispetto formale del principio della riserva di legge, che coprirebbe solo l'iter di formazione della stessa, i cui contenuti però maturano in ambito sovranazionale, con sostanziale delusione del significato precettivo dell'intero principio di legalità³¹². Per un approfondimento della tematica si rinvia a VIGANO', *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1433; CADOPPI, *Materiali per un'introduzione allo studio del diritto penale comparato*, Padova, 2001, p. 474; MANNOZZI-CONSULICH, *La sentenza della*

riavvicinamento, invero, da qualche tempo concorrono anche la giurisprudenza della Corte di Strasburgo e l'attività giudiziale della Corte di Giustizia di Lussemburgo. Come è stato ben osservato, al di là degli aspetti tecnico-normativi, quel che emerge come dato saliente è "una spinta poderosa nel senso di una maggiore osmosi e armonizzazione fra giurisprudenze nazionali e giurisprudenze sovranazionali nel campo dei diritti fondamentali e il significato culturale che essa assume". Da un lato gli *standards* elaborati a livello europeo vincolano di fatto e di diritto le giurisprudenze nazionali, dall'altro queste concorrono continuamente alla definizione di quegli stessi *standards*, in un processo di tipo circolare³¹³.

Le Corti europee hanno dovuto mediare tra due tradizioni ordinamentali in cui il principio di legalità è concepito in materia differente, essendo negli ordinamenti di *common law*, come noto, la legalità non affidata alla riserva di legge scritta come avviene nei sistemi di *civil law*.

Orbene, in una prospettiva di mediazione, la giurisprudenza europea ha finito col privilegiare, più che la forma, il nucleo minimo sostanziale del principio in esame, ritenendo, nello specifico, che il diritto fondamentale di ciascun cittadino alla previa conoscenza o conoscibilità dei fatti penalmente vietati sia sufficientemente garantito dalla loro predeterminazione normativa, senza che sia necessario che l'atto fonte sia costituito da una legge parlamentare³¹⁴. Di più, sul versante europeo, la crisi della dimensione democratica della legalità si aggrava, tendendo a profilarsi una chiara tendenza a valorizzarne soprattutto l'aspetto garantistico-liberale: insomma, ciò che davvero conta è che il cittadino sia posto in condizione di calcolare in anticipo il concreto rischio penale, a tutela della certezza di libere scelte d'azione; non è, invece, necessario che i presupposti contenutistici della responsabilità penale vengano deliberati mediante un atto normativo espressione della volontà popolare³¹⁵.

Questo stato dei fatti sembra convergere nel suffragare una presa d'atto: nell'attuale momento storico il principio di riserva di legge in materia penale continua ad assolvere una funzione garantisco-liberale di salvaguardia dei diritti di libertà e di autodeterminazione del singolo; esso non riesce, invece, a mantenere l'ulteriore promessa di garantire un'autentica legittimazione democratica delle scelte di politica penale.

Corte di Giustizia C-176/03: riflessi penalistici in tema di principio di legalità e politica dei beni giuridici, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2006, p. 903.

³¹³ ONIDA, *I diritti umani in una comunità internazionale*, Bologna, 2005, p. 79.

³¹⁴ NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'Uomo e diritto penale*, cit., p. 56.

³¹⁵ PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regola iuris*, in *Dir. pen. e sist. cost.*, 2005, p. 55.

2.5.2 La CEDU

Sebbene la Convenzione europea dei diritti dell'uomo sia stata ratificata dall'Italia, già con la legge n. 848/1955, il tema della sua influenza sul diritto penale italiano è di recente emersione³¹⁶.

Sulla questione pare opportuno chiedersi in che termini dall'adesione alla CEDU possano incombere vincoli sul legislatore nella fase di predisposizione delle norme e sul giudice ordinario nella fase di interpretazione delle stesse. Entrambe le tipologie di vincoli, si noti, se sono da tempo pacifiche dal punto di vista dell'ordinamento europeo, che non ha ormai dubbi sulla vincolatività della CEDU e della relativa giurisprudenza negli Stati membri, non lo sono altrettanto nell'ordinamento italiano, dove all'atteggiamento di apertura della giurisprudenza italiana, fa da contraltare una risposta di tendenziale arroccamento in difesa della sovranità da parte della Corte Costituzionale³¹⁷.

Prima di affrontare nel merito la questione, pare opportuna una previa disamina circa i controversi rapporti tra la Convenzione e l'ordinamento nazionale³¹⁸.

Per un primo orientamento, seguito ripetutamente dalla Corte Costituzionale, alla Convenzione va riconosciuta natura di normativa costituzionale derivata, posto che "il nuovo testo dell'art. 117 Cost. se, da una parte, rende inconfutabile la maggior forza di resistenza delle norme CEDU rispetto a leggi ordinarie successive, dall'altra attrae le stesse nella sfera di competenza di questa Corte, poiché gli eventuali contrasti non generano problemi di successione delle leggi nel tempo o valutazioni sulla rispettiva collocazione gerarchica delle norme in contrasto, ma questioni di legittimità costituzionale"³¹⁹.

Nel dettaglio, per la Corte, le norme CEDU, in quanto norme pattizie, non rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 10 co. 1 Cost., in quanto quest'ultimo, con l'espressione norme del diritto internazionale generalmente riconosciute, fa riferimento alle sole norme consuetudinarie e dispone solo per esse l'adattamento automatico. In

³¹⁶ Tra i primi, PALAZZO-BERNARDI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la politica criminale italiana: intersezioni e lontananze*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1988, p. 30; DEL TUFO, *Il diritto penale italiano al vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo: attuazione dei principi della Convenzione e ruolo del giudice interno*, in *Crit. dir.*, 2000, p. 457.

³¹⁷ VIGANO', *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 46.

³¹⁸ GAROFOLI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Roma, 2011, p. 13.

³¹⁹ Corte Cost., 24 ottobre 2007, nn. 347 e 348.

conseguenza di tale esclusione le norme CEDU non possono essere assunte come parametri di legittimità costituzionale o come norme interposte ex art. 10 Cost.³²⁰.

Allo stesso tempo non rileva neanche la disposizione di cui all'art. 11 Cost., non essendovi stata alcuna accettazione di limitazione alla sovranità dello Stato per effetto dell'adesione alla Convenzione. La ritenuta non operatività della disposizione anzidetta conduce la Corte di legittimità ad escludere, diversamente da quanto avviene in caso di conflitto tra una norma nazionale e una comunitaria, che il giudice nazionale possa disapplicare la previsione normativa interna confliggente con quella della CEDU.

La Corte ha tuttavia chiarito che l'art. 117 Cost. co. 1 Cost., laddove, a seguito della novella operata dalla l. cost. n. 3/2001, condiziona l'esercizio della potestà legislativa dello Stato e delle Regioni al rispetto degli obblighi internazionali, tra cui quelli derivanti dalla CEDU, se per un verso rende inconfutabile la maggior forza di resistenza delle norme CEDU rispetto a quelle ordinarie successive, per altro verso attrae eventuali contrasti con norme ordinarie nella sfera di sua competenza. Sicchè, qualora il recepimento di una pronuncia della Corte di Strasburgo comporti un sospetto di legittimità costituzionale, il giudice italiano, chiamato ad applicare la norma, deve rimettere gli atti alla Corte Costituzionale. Ad ogni modo prima di operare tale rinvio, il giudice *a quo* è tenuto, secondo il canone ermeneutico dell'interpretazione costituzionalmente orientata, a valutare se non sia consentita un'interpretazione della disposizione controversa compatibile con quel principio sovranazionale.

Ecco, quindi, che i principi della Convenzione, oltre che atteggiarsi a canoni alla stregua dei quali verificare la tenuta costituzionale delle disposizioni nazionali, divengono parametri di interpretazione delle stesse e, in ultima analisi, fattore di adeguamento dell'ordinamento italiano.

Per una differente ricostruzione, di recente accolta in taluni arresti della giurisprudenza amministrativa³²¹, il tema dei rapporti tra l'ordinamento nazionale e CEDU è mutato di prospettiva a seguito dell'entrata in vigore il 1 dicembre 2009 del Trattato di Lisbona. In particolare si fa perno sull'art. 6 del detto Trattato che, se prima si limitava ad affermare che l'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla CEDU, attualmente, viceversa, sancisce che "l'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia

³²⁰ MORI, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo, Patto delle Nazioni Unite e Costituzione Italiana*, in *Riv. Dir. Int.*, 1983, p. 309, nonché SORRENTI, *Le Carte internazionale dei diritti umani: un'ipotesi di copertura costituzionale a più facce*, in *Pol. Dir.*, 1997, p. 3459.

³²¹ Tar Lazio 18 maggio 2010, n. 11984 e, ancor prima, Cons. Stato, sez. IV, 2 marzo 2010, n. 1220, che, nell'affrontare un'intricata ipotesi di accessione invertita, fa "applicazione degli artt. 6 e 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (diventata direttamente applicabile nel sistema nazionale a seguito della modifica dell'art. 6 del Trattato, disposta dal Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1 dicembre 2009)".

dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali" e, secondo il comma 3, "i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali". Tale riconoscimento dei diritti fondamentali sanciti dalla CEDU come principi interni al diritto dell'Unione ha immediate conseguenze di assoluto rilievo, in quanto le norme della Convenzione divengono immediatamente operanti negli Stati membri e quindi nel nostro ordinamento nazionale ai sensi dell'art. 11 Cost.

Seguendo la riportata impostazione, quindi, il giudice nazionale sarebbe tenuto a disapplicare la norma interna confliggente con i diritti fondamentali garantiti dalla CEDU.

La tesi non ha persuaso chi ha osservato che il Trattato di Lisbona ha introdotto due importanti modifiche all'art. 6 detto, uno concernente la CEDU e uno la Carta di Nizza. Ebbene, ad avviso di un'attenta dottrina, diverso è il valore giuridico che assumono la Carta di Nizza e la CEDU. La prima acquisisce "lo stesso valore giuridico dei Trattati", così divenendo diritto comunitario, con la conseguenza che una legge interna contrastante con una norma della Carta di Nizza ben potrà essere disapplicata dal giudice nazionale. Diverso sarebbe, invece, il rilievo della CEDU, avendo il Trattato dell'Unione, per come modificato dal Trattato di Lisbona, solo consentito, così superando la tradizionale *querelle*, l'adesione dell'Unione alla CEDU. Sicchè, non sarebbe da condividere l'idea dell'intervenuta equiparazione della CEDU al diritto comunitario, avendo il Trattato di Lisbona solo riconosciuto che i diritti fondamentali, garantiti dalla CEDU e risultanti dalle tradizioni comuni degli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione europea in quanto principi generali³²².

Posto un tanto quanto alla ricostruzione del rapporto intercorrente tra CEDU e ordinamento nazionale, di seguito è consentito dare atto del possibile rilievo penale delle norme della Convenzione.

Dunque, se si conviene con la tesi che riconosce la possibilità che la contrarietà alla CEDU si traduca nell'incostituzionalità della legge interna, sembrano spalancarsi ampi spazi per la dichiarazione di illegittimità costituzionale di norme italiane contrastanti con i divieti di violazione dei diritti fondamentali da parte dello Stato mediante sanzione penale nonché i divieti di incriminazione di condotte costituenti esercizio di diritti fondamentali della CEDU. Più complesso, invece, pare farsi il discorso nel caso di violazione degli obblighi di incriminazione, non potendo la Corte Costituzionale in tal caso sostituirsi al

³²² CELOTTO, *Il trattato di Lisbona ha reso la CEDU direttamente applicabile nell'ordinamento italiano?*, in www.neldiritto.it

legislatore³²³ e non volendolo, soprattutto, fare. Infatti, come visto, anche in una sua recente pronuncia la Corte di legittimità ha ribadito che le proprie decisioni non possono determinare la reviviscenza di norme incriminatrici che si assumano illegittimamente abrogate da un legislatore incurante dei propri obblighi di incriminazione³²⁴.

Al contrario, se si fa leva sulla tesi, ad oggi seguita dalla Corte Costituzionale, della non equiparabilità tra CEDU e diritto comunitario, si possono ricavare diverse conseguenze.

In primo luogo, di fronte a norme incriminatrici suscettibili di colpire condotte che costituiscono esercizio di un diritto riconosciuto dalla CEDU, il giudice penale interno sarà tenuto a compiere un bilanciamento tra l'interesse tutelato dalla norma incriminatrice e il diritto di volta in volta in considerazione, al fine di determinare se la condotta nel caso concreto risulti o no scriminata dall'esercizio di un diritto, tenendo conto dei criteri enunciati dalla norma pertinente della CEDU e della loro interpretazione da parte della Corte di Strasburgo. Con l'avvertenza che le indicazioni della CEDU e della giurisprudenza sono volte a fissare uno *standard* minimo di tutela, restando libero lo Stato di fornirne un livello superiore.

Un settore in cui è evidente l'influenza della CEDU sul giudice nazionale è quello del diritto di cronaca, relativamente al quale la Corte di Strasburgo tende a sottoporre la limitazione del diritto operata dalla norma penale ad un rigoroso vaglio circa la sua effettiva necessità rispetto alle esigenze di tutela della reputazione individuale, contemplata quale limite alla libertà di espressione dall'art. 10 CEDU. In particolare, in materia di critica politica a mezzo stampa, allorchè essa abbia ad oggetto apprezzamenti di valore e non si basi su dati falsi, la Corte di Strasburgo ha spesso affermato la necessità di considerare leciti apprezzamenti lesivi della reputazione dai toni anche aspri e aggressivi, in termini che sarebbero stati considerati dalla nostra giurisprudenza come travalicanti il limite della continenza formale³²⁵.

Nel condizionare gli sviluppi del diritto penale nazionale, un rilievo centrale è destinato ad assumere, l'art. 7 della CEDU che "non si limita a proibire l'applicazione retroattiva del diritto penale a detrimento dell'imputato, ma consacra, in modo più generale, il principio di

³²³ SOTIS, *Obblighi comunitari di tutela e opzione penale: una dialettica perpetua?*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2002, p. 216.

³²⁴ Corte Cost., sent. n. 394/2006, in cui la Corte rivendica ampi spazi di sindacato sulle c.d. norme penali di favore, non ritraendosi di fronte alla prospettiva di determinare con le sue decisioni un ampliamento dell'area penalmente rilevante, ma precisando che il proprio sindacato non può estendersi a norme incriminatrici che abbiano sostituito, abrogandole e determinando una disciplina più favorevole, norme incriminatrici penali preesistenti.

³²⁵ L'impatto che le norme CEDU hanno nel condizionare l'interpretazione delle norme penali da parte dei giudici interni viene in considerazione anche nella disciplina della legittima difesa, dell'uso legittimo delle armi e del diritto del paziente a rifiutare il trattamento medico. In argomento, VIGANO', *Diritto penale sostanziale e convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 42.

legalità in ordine ai delitti e alle pene e quello che impone la non applicazione analogica della legge penale a detrimento dell'imputato, derivandone un illecito che deve essere definito in modo chiaro³²⁶. Per vero, trattasi di principio che non presenta caratteri di innovatività, sembrando piuttosto confermare un dato comune al patrimonio giuridico dei vari Stati; si è pertanto ritenuto che la sua inclusione nella Convenzione sia stata dettata dall'esigenza di assicurare la positivizzazione di una sorta di minimo comune denominatore di legalità, visto che esso si atteggia in termini decisamente differenti all'interno degli ordinamenti di *common law* e di *civil law*.

Nonostante l'aspetto apparentemente non innovativo, la giurisprudenza attorno all'art. 7 CEDU ha sortito un effetto di rafforzamento della portata garantistica della legalità come positivizzata nei vari ordinamenti, per un verso, estendendo l'ambito applicativo del detto principio oltre gli illeciti e le sanzioni qualificati come penali dal diritto interno; per altro verso, ha valorizzato gli aspetti qualitativi della legalità, non più circoscritti alla determinatezza della norma, ma concernenti anche la prevedibilità delle fonti legali e della relativa giurisprudenza³²⁷.

Quanto alla prima, giova considerare che l'art. 7 CEDU si estende, al di là delle qualificazioni interne, a tutte le norme considerate intrinsecamente penali in base alla concezione autonomista elaborata dalla Corte di Strasburgo, secondo cui il diritto penale interno costituisce un punto di partenza, non di arrivo; per contro, le nozioni di pena e di reato ai fini del rispetto della CEDU derivano dall'esegesi autonoma della Corte, libera di andare oltre le apparenze e valutare se una misura costituisce una pena in base ai criteri della natura dell'illecito e della gravità della sanzione³²⁸. Trattasi di criteri che possono essere utilizzati solo per estendere le garanzie dell'art. 7 CEDU ad illeciti non qualificati come tali a livello interno, ma non invece per precludere l'applicabilità delle suddette garanzie convenzionali a taluni illeciti considerati penali secondo il diritto nazionale.

In tal modo, i giudici di Strasburgo sono pervenuti, ad esempio, ad attribuire carattere di sanzione penale, e non amministrativa, alla confisca urbanistica, conseguente al reato di lottizzazione abusiva, di cui all'art. 44, co. 2, D.P.R. n. 380/2001³²⁹. Nel caso di specie, gli

³²⁶ BERNARDI, *Il principio di legalità dei reati e delle pene nella Carta europea dei diritti: problemi e prospettive*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, p. 673.

³²⁷ PALAZZO-BERNARDI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la politica criminale italiana: intersezioni e lontananze*, cit., p. 35; BERNARDI, *Commento sub art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in BARTOLE-CONFORTI-RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 253.

³²⁸ Corte europea, 2 settembre 1988, Lauko c. Slovenia, in *Racc.*, 1998, par. 53.

³²⁹ Decisioni del 30 agosto 2007 e del 20 gennaio 2009, entrambe relative al caso Punta Perotti. In argomento, BALSAMO, *La speciale confisca contro la lottizzazione abusiva davanti alla Corte europea*, in

elementi valorizzati dalla Corte al fine di riconoscere la natura penale della confisca disposta in caso di lottizzazione abusiva sono il suo collegamento con un reato accertato dal giudice penale, lo scopo della misura, avente fini repressivi e preventivi, invece che riparatori, la sua gravità, la rubrica “sanzioni penali” operata dall’art. 44 D.P.R. n. 380/2001.

La giurisprudenza europea in tema di sanzioni penali appare gravida di interessanti prospettive anche con riferimento alla responsabilità amministrativa da reato di cui al d.lgs. n. 231/2001, risultando il relativo sistema riconducibile al concetto sostanziale di materia penale elaborato dalla Corte di Giustizia: del tutto indipendentemente, dunque, dalla qualificazione formale adottata dal legislatore italiano³³⁰.

Il secondo effetto di rafforzamento della portata garantistica della legalità, come detto, attiene al principio di prevedibilità della norma penale, a sua volta articolato, dalla giurisprudenza CEDU, al momento formativo della disposizione e al momento interpretativo della stessa.

Per quel che attiene alla tecnica di elaborazione della norma penale, il principio di prevedibilità presuppone la determinatezza della disposizione incriminatrice, come noto, già corollario del principio di legalità ai sensi dell’art. 25, co. 2, Cost. Nel dettaglio la giurisprudenza CEDU richiede che l’illecito penale sia chiaramente definito dalla legge, precisando che il termine legge vada inteso in senso ampio, come tale comprensivo anche della consuetudine, della definizione meramente giurisprudenziale e del *common law*³³¹. Quanto al tasso di determinatezza richiesto alla norma penale, la Corte ritiene si possa considerare tale solo quella enunciata con una precisione tale da permettere al cittadino di regolare la propria condotta, sempre che ciò non si traduca in una rigidità eccessiva che determini l’incapacità ad adattarsi ai mutamenti di situazione.

Sul versante dell’interpretazione, il principio di determinatezza reca con sé quello dell’interpretazione ragionevole della norma penale, necessaria perché possa risultare prevedibile l’ambito applicativo della stessa. Se certo la prevedibilità della norma è esclusa nei casi di applicazione analogica, l’esame della giurisprudenza CEDU rivela anche una certa avversione per l’interpretazione estensiva, ammessa laddove questa costituisca una prassi consolidata o risulti plausibile alla luce delle mutate situazioni storico-sociali.

Cass. pen., 2008, p. 3504; ANGELILLIS, *Lottizzazione abusiva: la natura giuridica della confisca all’esame di Cedu e Corte Costituzionale*, in Cass. pen., 2008, p. 4333.

³³⁰ AMARELLI, *Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità degli enti*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2006, p. 159.

³³¹ Corte, 15 novembre 1996, Cantoni c. Francia, in Racc., 1996, par. 30.

Ritornando al discorso iniziale, l'attenzione va posta sui vincoli derivanti dall'adesione alla CEDU per il legislatore e per il giudice italiani, rispettivamente nelle fasi di apposizione e di applicazione di norme incriminatrici e scriminanti.

Cominciando dalla prima fase, i vincoli riscontrabili sono di tre tipi: divieti di violazione diretta dei diritti fondamentali da parte dello Stato mediante la sanzione penale; divieti di incriminazione di condotte che costituiscono esercizio di diritti fondamentali; obblighi di incriminare condotte lesive di diritti fondamentali³³².

Il primo tipo di essi si riferisce alla stessa sanzione penale, la cui inflizione ed esecuzione per sua stessa natura interferisce con il godimento di quasi tutti i diritti fondamentali tutelati dalla CEDU.

Alcuni dei divieti di incriminazione previsti dalla CEDU³³³ appaiono scontati nell'ordinamento italiano, che parimenti rigetta la pena di morte e i trattamenti contrari al senso di umanità, e che in più stabilisce che le pene debbano tendere alla rieducazione del condannato.

La conclusione che il diritto europeo nulla abbia da dire al penalista italiano in materia di sanzioni penali pare però affrettata. Alla luce del concetto sostanziale di illecito penale e di pena elaborato dalla CEDU, pare, ad esempio, che almeno le misure di sicurezza previste per i condannati riconosciuti imputabili e, specie la confisca, debbano ritenersi sanzioni penali secondo il diritto europeo, come tali assoggettate alle garanzie di cui agli artt. 6 e 7 CEDU.

Un secondo ordine di vincoli per il legislatore concerne il divieto di incriminare condotte che costituiscano esercizio dei diritti fondamentali riconosciuti dalla CEDU come, ad esempio, la libertà di pensiero, di coscienza e di religione (art. 9), la libertà di espressione (art. 10), la libertà di riunione e di associazione (art. 11), il diritto al matrimonio (art. 12)³³⁴

Questa tipologia di vincoli appare, allo stato, la meno interessante dal punto di vista penale interno: da un lato, infatti, i diritti fondamentali in questione trovano analogo riconoscimento nella nostra Costituzione, che dunque si pone come referente immediato per il vaglio di legittimità delle scelte legislative di criminalizzazione; dall'altro lato, questi diritti fondamentali sono ampiamente suscettibili di bilanciamento con una serie di contro interessi indicati dalla stessa norma che riconosce il diritto; in più, la giurisprudenza

³³² NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, cit., 20; DEL TUFO, *Il diritto penale al vaglio della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: attuazione dei principi della Convenzione e ruolo del giudice interno*, in *Crit. dir.*, 2000, p. 245; ID., *La tutela della libertà delle persone e l'Europa*, in *Quest. Giust.*, 2004, p. 265; BERNARDI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la politica criminale italiana: intersezioni e lontananze*, in *Riv. int. Dir. uomo*, 1988, p. 30.

³³³ Artt. 5, 7 e 14 CEDU sul divieto di discriminazione e sul divieto della tortura e di trattamenti disumani.

³³⁴ DE SALVIA, *La giurisprudenza di Strasburgo sui diritti dell'uomo*, in *Giust. pen.*, 2000, c. 149.

europea si mostra propensa ad avvallare le scelte di criminalizzazione operate dagli Stati. A titolo meramente esemplificativo sono passate indenni al vaglio della Corte di Strasburgo le fattispecie di vilipendio alla religione e di atti osceni.

Venendo al terzo ordine di limiti, è noto che la consolidata giurisprudenza europea ritiene che dal catalogo dei diritti riconosciuti dalla CEDU derivino per gli Stati non solo obblighi c.d. negativi, consistenti cioè in divieti di violare tali diritti fondamentali attraverso condotte di propri organi legislativi, esecutivi e giudiziari, ma anche obblighi positivi di tutela, cioè di impedire la lesione di tali diritti da parte di terzi. Tali obblighi sono dedotti dall'obbligo generale di rispetto dei diritti fondamentali posto a carico di ciascuno Stato membro ex art. 1 CEDU.

Fermo restando che, in linea di principio, la scelta su quale strumento sanzionatorio adottare per la tutela dei diritti fondamentali rientra nella discrezionalità di ogni singolo Stato, la Corte europea ha in varie occasioni ribadito la responsabilità dello Stato resistente che avesse violato i propri obblighi positivi di tutela del diritto di volta in volta in questione, omettendo di predisporre adeguate sanzioni di carattere penale per la violazione del diritto medesimo. Il che si traduce, in pratica, nell'affermazione di un obbligo di incriminazione a carico dello Stato relativamente a tale violazione³³⁵.

La conseguenza in parola è stata per la prima volta affermata in merito alla vicenda di una diciassettenne olandese affetta da un handicap fisico, che era rimasta vittima di abusi sessuali. Dal momento che la legislazione olandese condizionava la punibilità di tale reato alla querela di parte e prevedeva altresì che la stessa fosse presentabile dai genitori solo nel caso in cui la vittima non avesse compiuto sedici anni, nel caso concreto non era stato possibile perseguire penalmente l'autore del fatto. Su ricorso del padre della minore, la Corte ritenne che l'assetto della materia avesse causato una lesione del diritto al rispetto della vita privata della ragazza ex art. 8 CEDU, sotto il profilo della violazione da parte dei Paesi Bassi del proprio obbligo positivo di predisporre una tutela adeguata, segnatamente di natura penale, contro tutte le violazioni del diritto in questione ad opera di terzi, stimando insufficiente la sola tutela risarcitoria civile³³⁶.

A tali casi hanno fatto seguito altri numerosi, da cui è possibile evincere dei profili comuni di notevole interesse anche per il diritto penale Italiano. Primo, ogni Stato membro ha un obbligo di tutela effettiva di tutti i diritti di fonte CEDU; secondo, tale obbligo deve essere

³³⁵ Sugli obblighi di penalizzazione incombenti in forza della CEDU si veda CHENAI, *Obblighi di criminalizzazione tra sistema penale italiano e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Leg. pen.*, 2006, p. 178.

³³⁶ X e y contro Paesi Bassi, 26 marzo 1985. Casi analoghi sono quelli Makaratzis c. Grecia, 20 dicembre 2004, Nachova c. Bulgaria, 6 giugno 2005 e Siliadin c. Francia, 26 luglio 2005, su cui ampiamente NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, cit., p. 98.

adempito attraverso la predisposizione di misure a livello legislativo, in grado di assicurare una adeguata prevenzione e repressione; terzo, in taluni casi tale obbligo può essere adempito soltanto mediante la predisposizione di una tutela di carattere penale di tali diritti.

La discrezionalità dello Stato nel decidere se, in presenza di quali presupposti e in che misura assicurare tutela penale ai diritti fondamentali di fonte CEDU non può, dunque, essere intesa come assoluta: eventuali scelte del legislatore interno di non sottoporre a sanzione penale determinate condotte lesive di diritti fondamentali potranno, infatti, essere sanzionate dalla Corte Europea.

Il caso più eclatante di persistente inadempimento, da parte dello Stato italiano, dei propri obblighi di tutela penale riguarda l'omessa incriminazione della tortura ex art. 3 CEDU. È vero che atti di tortura rientranti nella definizione di cui alla Convenzione non sfuggono in assoluto, nell'ordinamento italiano, alla sanzione penale, potendo essere qualificati come atti di violenza privata o ai sensi delle norme sulle percosse o sulle lesioni, aggravate, ex art. 61 n. 9 c.p., dall'abuso dei poteri inerenti alla qualità di pubblico ufficiale dell'agente³³⁷. Ma è evidente la radicale inadeguatezza delle sanzioni previste dalle anzidette disposizioni rispetto all'enorme gravità del fatto, solo che si consideri che il diritto a non essere sottoposti a tortura è uno dei pochissimi diritti fondamentali sottratto a qualsiasi bilanciamento con interessi confliggenti (art. 15 CEDU) e dunque può essere qualificato come diritto assoluto³³⁸.

Venendo ora ai vincoli per il giudice interno, va ricordato che la CEDU è stata ratificata in Italia in forza della legge ordinaria n. 848/1955. Dunque, se il rango meramente ordinario di tale legge di autorizzazione alla ratifica è stato utilizzato come argomento per escludere che le norme CEDU abbiano diretto rilievo costituzionale, non c'è dubbio, per converso, che ad esse debba essere riconosciuta natura di norme sì ordinarie, ma appartenenti a pieno titolo all'ordinamento italiano e, come tali, immediatamente vincolanti per il giudice.

³³⁷ Del tutto inappropriato è invece il frequente riferimento che la dottrina fa del reato di abuso di autorità contro arrestati o detenuti, che si riferisce soltanto alle indebite ulteriori restrizioni di libertà di movimento di persone già sottoposte a limitazioni di libertà per effetto di un legittimo provvedimento dell'autorità. Per puntuali riferimenti, VIGANO', sub art. 608 c.p., in MARINUCCI-DOLCINI, *Codice penale commentato*, cit., p. 4205.

³³⁸ Un altro esempio può essere costituito dalla legittima difesa, le cui prime proposte di riforma, legittimanti l'uccisione di chi aggredisce un bene meramente patrimoniale, avrebbero esposto l'Italia a una violazione dell'art. 2 CEDU, sottraendo indebitamente alla sanzione penale condotte lesive del diritto alla vita, in esito ad un bilanciamento tra interessi confliggenti difforme da quello imposto dall'art. 2 CEDU. Sul punto, si rinvia a VIGANO', *Spunti per un progetto alternativo di riforma della legittima difesa*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., p. 2038.

Il punto fu d'altronde affermato con particolare nettezza dalle Sezioni Unite già nel 1988³³⁹ e ribadito successivamente tanto dalle sezioni semplici che dalla Corte Costituzionale³⁴⁰.

Non è del tutto chiaro, tuttavia, quali siano le esatte implicazioni della giurisprudenza relativa all'immediata applicabilità delle norme CEDU.

Sostanzialmente non è problematica l'ipotesi in cui la diretta applicazione della norma CEDU intervenga a colmare una lacuna della normativa italiana.

Secondariamente dal principio della diretta applicazione può dedursi facilmente l'obbligo di interpretazione conforme alla CEDU: se le norme CEDU sono incorporate nell'ordinamento italiano, già elementari esigenze di ordine sistematico impongono al giudice di privilegiare il significato che consenta di armonizzare le diverse normative, evitando conflitti. Senza poi contare che, ove si riconoscesse rango costituzionale alle norme CEDU, o comunque un ruolo decisivo nell'interpretazione delle stesse norme costituzionali, l'esigenza di un'esegesi conforme alla CEDU deriverebbe dallo stesso obbligo di interpretazione costituzionalmente orientata, che incombe pacificamente sul giudice ordinario.

Più delicato è invece il quesito se in tale opera di interpretazione conforme il giudice italiano sia vincolato, oltre che ai dati normativi, anche a quelli giurisprudenziali forniti dalla Corte di Strasburgo. Il nodo problematico poi non concerne l'obbligo di dare esecuzione alla decisione nel singolo caso concreto, sancito espressamente dall'art. 46 CEDU, quanto l'esistenza o meno di un vincolo per il giudice di rispettare gli orientamenti consolidati nella giurisprudenza di Strasburgo. La recente giurisprudenza nazionale, in base alla considerazione che l'Italia aderendo alla CEDU ha implicitamente riconosciuto il ruolo in un certo senso sovraordinato dei suoi organi giurisdizionali nella definizione di quei diritti, ha affermato l'obbligo per il giudice di conformarsi alle indicazioni della giurisprudenza di Strasburgo non solo nell'applicazione delle norme CEDU, ma anche delle norme interne specificatamente miranti ad assicurare tutela effettiva ai diritti CEDU³⁴¹.

La questione più scottante consiste, però, nella possibilità, tuttora controversa, per il giudice italiano di applicare direttamente la norma CEDU, disapplicando contestualmente una norma italiana con essa incompatibile, secondo il meccanismo consolidato in materia

³³⁹ SS.UU., 23 novembre 1988, in *Cass. pen.*, 1989, p. 1419 relativa al caso Polo Castro, in cui la Corte, nel silenzio della normativa allora vigente, riconobbe l'ammissibilità di un ricorso per Cassazione da parte di un soggetto colpito da un ordine di arresto emanato da un'autorità straniera proprio dalla forza immediatamente precettiva per il giudice italiano dell'art. 5 CEDU, che attribuisce ad ogni singolo privato della libertà il diritto di presentare ricorso.

³⁴⁰ Cass. Pen., sez. I, 12 maggio 1993, Medrano, in *Cass. pen.*, 1994, p. 439 e Corte Costituzionale, sent. 10/1993, in relazione al diritto costituzionale di difesa letto alla luce dell'art. 6 CEDU. In dottrina CONFORTI, *Diritto internazionale*, 2002, p. 320.

³⁴¹ SS.UU., 26 gennaio 2004, n. 1338, 1339, 1340 e 1341, in *Giust. civ.*, 2004, p. 907.

di norme comunitarie direttamente applicabili o dotate di effetto diretto. Ma, se per queste ultime tale effetto è doveroso ai sensi del richiamo alla limitazione di sovranità di cui all'art. 11 Cost., l'applicazione di tale clausola alla CEDU è, come visto, tutt'altro che pacifica.

Rispetto alla CEDU il problema sembrerebbe doversi porre negli stessi termini delle normali vicende di successione nel tempo di norme di pari grado, con la conseguenza che il giudice ordinario dovrebbe disapplicare norme precedenti l'incorporazione della CEDU nell'ordinamento italiano, in quanto implicitamente abrogate con l'entrata in vigore della l. n. 848/1955; mentre un tale effetto dovrebbe essere senz'altro escluso in relazione a norme entrate in vigore successivamente. Ciononostante, in talune occasioni la giurisprudenza italiana ha proceduto alla disapplicazione anche di norme successive contrastanti con la CEDU, o quanto meno ha affermato in via di *obiter dictum* l'obbligo per il giudice di procedere in tal senso³⁴².

Di contrario avviso un'altra parte della dottrina³⁴³, secondo cui la soluzione del riconoscimento del rango costituzionale delle norme in esame, o almeno della loro funzione di strumento interpretativo degli stessi principi costituzionali, pare obbligata laddove si voglia evitare la legittimazione di un sindacato della normativa ordinaria di convenzionalità diffuso, ossia lasciato nella piena discrezionalità del giudice del caso concreto, e in più avente ad oggetto non già norme dettagliate e precise, come sono i regolamenti e le direttive *self executing*, bensì norme di principio aperte a bilanciamenti del tutto discrezionali.

Tra i corollari sopra enunciati, quello più gravido di conseguenze nella materia penale è soprattutto quello della necessità di un'interpretazione conforme alla CEDU delle norme penali da parte del giudice.

Di fronte, in particolare, a norme incriminatrici suscettibili di colpire condotte che costituiscono esercizio di un diritto riconosciuto dalla CEDU, il giudice penale interno sarà tenuto a compiere un bilanciamento tra l'interesse tutelato dalla norma incriminatrice e il diritto di volta in volta in considerazione, al fine di determinare se la condotta nel caso concreto risulti o meno scriminata dall'esercizio di un diritto, tenendo conto di quanto

³⁴² Corte App. Firenze, 20 gennaio 2005, n. 11, in www.dirittiuomo.it, ha disapplicato, in ossequio ai principi sanciti dalla giurisprudenza europea in tema di tutela del diritto di proprietà, la normativa italiana in tema di indennizzo da occupazione appropriativa, riconoscendo piena tutela al privato. Nella giurisprudenza di legittimità, Cass. civ., sez. I, 19 luglio 2002, n. 10542, in *Corr. giur.*, 2003, p. 769; Cass. civ., sez. I, 11 giugno 2004, n. 11096, in *Corr. giur.*, 2004, p. 1467. Ad ogni modo la giurisprudenza più recente ha sconfessato tale impostazione, sollevando questione di legittimità costituzionale sull'occupazione acquisitiva e chiedendo un intervento idoneo a far luce, una volta per tutte, sulla collocazione della CEDU nel sistema delle fonti. Così, Cass. civ., ord. 20 maggio 2006, n. 11887: "il Collegio non ritiene che nella specie possa disapplicarsi una legge vigente nello Stato, per far riemergere la disciplina previgente".

³⁴³ VIGANO', *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 90.

enunciato nella CEDU e della loro esegesi ad opera della giurisprudenza di Strasburgo. Con l'avvertenza che le indicazioni fornite dalla CEDU e dalla giurisprudenza relativa costituiscono uno standard minimo di tutela del diritto fondamentale, ferma restando la possibilità per gli Stati di fornire un livello più alto.

Un campo particolarmente fecondo per saggiare le potenzialità offerte da un'auspicabile maggiore apertura della nostra giurisprudenza ordinaria alla CEDU è costituito, come detto, dai reati che incriminano forme di manifestazioni del pensiero, dai delitti contro l'onore a quelli di oltraggio.

In queste fattispecie il problema centrale è bilanciare il diritto alla libera manifestazione del pensiero di cui all'art. 21 Cost. con i contrapposti interessi di volta in volta tutelati dalla norma penale. I giudici lo hanno fatto, da un lato, riconoscendo che la libertà di manifestazione del pensiero soggiace a limiti ulteriori rispetto a quello del buon costume sancito dall'art. 21 Cost., dall'altro, elaborando dei criteri che consentano di decidere nella direzione della tutela della manifestazione del pensiero piuttosto che nella tutela del bene protetto dalla norma penale. Così, nella materia dei diritti contro l'onore, la giurisprudenza ha elaborato i criteri della verità, dell'interesse pubblico e della continenza proprio per decidere tra la punibilità ai sensi degli artt. 594 e 595 c.p. o la loro scriminazione ai sensi dell'art. 21 Cost.

Proprio rispetto a tali delitti, si è già dato conto, come il riferimento alla giurisprudenza di Strasburgo in tema di libertà di espressione ex art. 10 CEDU potrebbe condurre a qualche cambio di rotta. Muovendo dal carattere di diritto fondamentale della libertà di espressione, la Corte di Strasburgo tende a sottoporre la limitazione del diritto operata dalla norma penale ad un rigoroso vaglio circa la sua effettiva necessità rispetto alle esigenze di tutela della reputazione individuale³⁴⁴. In particolare, in materia di critica politica a mezzo stampa, ove essa abbia ad oggetto apprezzamenti di valore e non si basi su fatti falsi, la Corte europea ha spesso affermato la necessità di considerare leciti apprezzamenti lesivi della reputazione dai toni anche assai aspri e aggressivi³⁴⁵, in termini tali che sarebbero certamente considerati dai giudici italiani come travalicanti il limite della continenza.

Ad ogni modo va sottolineato come lo strumento dell'interpretazione conforme non può e non deve condurre l'interprete a forzare le norme incriminatrici vigenti al pur nobile scopo

³⁴⁴ Si veda, sul punto, la giurisprudenza citata da ASHWORTH-EMMERSON, *Human Rights Act and Criminal Justice*, 2001, p. 241 e da CARETTI, sub art. 10, in BARTOLE-CONFORTI-RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, 2001, p. 340.

³⁴⁵ Così già il *leading case* *Lingens c. Austria*, 8 luglio 1986. In senso analogo, *Vogt c. Germania*, 2 settembre 1996.

di assicurare una tutela adeguata ai diritti fondamentali riconosciuti dalla CEDU nel caso concreto: alla mancanza di un'adeguata tutela di un diritto CEDU può porre infatti rimedio solo il legislatore penale, non certo il giudice mediante interpretazioni analogiche contrabbandate per interpretazioni conformi alla CEDU³⁴⁶.

³⁴⁶ Questo è quanto accaduto in Cass. pen., sez. IV, 2 maggio 2003, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, p. 597, in tema di uso legittimo delle armi di cui all'art. 53 c.p. Gli errori sono stati ampiamente rilevati in dottrina e in particolare da MARI, *Uso delle armi; come la Convenzione inciampò sulle fonti comunitarie*, in *Dir. e giust.*, 2003, p. 19; TAMIETTI, *Un caso di cattiva applicazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo tra confusione con il diritto comunitario e interpretazione restrittiva del diritto alla vita*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 3838; RANZATO, *Uso delle armi per effettuare un arresto legale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, p. 601.

3. LA SOFT LAW

3.1 Una premessa

Il descritto stato di crisi del principio di legalità è costretto, altresì, a fare i conti, o forse ne è proprio la causa, con il diffondersi, nel nostro ordinamento, di un nuovo fenomeno: il (o anche la) *soft law*, locuzione traducibile in italiano come diritto leggero, ovvero morbido, ovvero soffice, ovvero attenuato.

In via del tutto generale, va premesso come con tale espressione si intenda far riferimento ad una moltitudine variegata di atti *latu sensu* normativi, accomunati dall'assenza del requisito della forza cogente, che, appunto, sembrava essere l'essenza della nozione di norma giuridica.

Alla luce di tale definizione risulta allora evidente come affrontare la tematica della *soft law* significhi affrontare un paradosso.

Innanzitutto perché all'interno di tale categoria vengono ricompresi una congerie di atti che, seppur privi di efficacia obbligatoria, dispiegano comunque degli effetti giuridici.

Ma, soprattutto, tale ambiguità emerge, con immediatezza dall'accostamento dell'aggettivo *soft* al termine *law*: il diritto è, infatti, per tradizione considerato *hard*, ossia obbligatorio³⁴⁷.

Secondo l'impostazione maggioritaria, infatti, un *soft law* privo di effetti legali non è *law*, laddove un *soft law* fornito di essi è sicuramente *hard law*.

Nonostante tale posizione prevalente, alcuni studiosi negli anni Settanta del secolo scorso hanno cominciato a prospettare la possibilità di immaginare l'esistenza di un *tertium genus* di fonte di produzione del diritto³⁴⁸.

Tale spunto è stato immediatamente raccolto dalla dottrina che si occupava di studi giuridici sovranazionali³⁴⁹, la quale ha focalizzato la sua analisi soprattutto sull'individuazione degli aspetti negativi e positivi legati alla proliferazione del detto fenomeno, senza però curarsi di razionalizzarli o categorizzarli. E proprio tale aspetto rappresenta una delle più evidenti lacune delle numerose indagini concernenti il tema del diritto soffice.

³⁴⁷ Si vedano in particolare le posizioni assunte da ARANGIO RUIZ in occasione del dibattito del 1973 della Hague Academy, *The protection of the Environment and International Law*, cit., p. 540 e da THURER, *Soft law eine neue Form von Volkerrecht*, in *Revue de Droit Suisse*, 1985, p. 432.

³⁴⁸ In particolare WELLENS – BORCHARDT, *Soft law in European Community law*, in *European Law Review*, 1989, vol. 14, p. 267.

³⁴⁹ BALDWIN – HOUGHTON, *Circular arguments: the status and legitimacy of administrative rules*, in *Public Law*, 1986, p. 293

Ad ogni modo, per comprendere la reale portata del fenomeno in oggetto, si deve necessariamente prendere le mosse dalle più generali trasformazioni del paesaggio giuridico dei nostri tempi. Il diritto leggero, infatti, può essere visto come una forma giuridica che emerge in risposta alla complessità giuridica della globalizzazione. E, via via che il rapporto tra diritto e legislazione si allenta, la legislazione morbida si riproduce in tutti i vari livelli della giuridicità contemporanea, nazionale, internazionale, comunitaria e transnazionale.

Sul piano del cambiamento di paesaggio, due aspetti sono particolarmente degni di attenzione.

Innanzitutto, con la legislazione *soft* ci si trova, in un certo senso, quasi al rovesciamento dell'idea kelseniana secondo cui il momento più significativo e caratterizzante della produzione giuridica è quello normativo, mentre quelli interpretativo, applicativo e giudiziario sarebbero delle mere conseguenze: nel diritto morbido non conta la formulazione della regola, ma gli effetti pratici che essa riesce a produrre.

Questo si comprende se si tiene conto della già evidenziata, e sempre crescente, difficoltà della fonte legislativa a funzionare come era stata pensata in epoca illuminista, in quanto non riesce più ad essere quella fonte giuridica esaustiva e totalizzante, che riflette la posizione giuridica dello Stato. Da questo punto di vista, non è casuale che la riflessione sulla legislazione morbida sia stata elaborata essenzialmente in quegli ambiti che hanno un rapporto problematico con il diritto inteso secondo un'accezione imperativa. Questa è tipicamente la situazione che si presenta nell'ambito del diritto internazionale, ma anche in quello comunitario e dell'economia³⁵⁰.

Secondariamente, lo sviluppo del diritto soffice testimonia la possibilità di ingresso nel circuito della giuridicità di soggetti nuovi, non sempre formalmente titolari delle competenze necessarie per produrre un diritto "a denominazione di origine controllata"³⁵¹. Ciò implica anche la creazione di un circuito giuridico che attiva logiche e processi che superano il criterio essenziale dell'obbedienza. In pratica, non si tratta solo di un percorso di perdita del carattere verticale del diritto, ma anche in un certo senso di un rimodellamento del suo criterio di legittimazione, che non è più affidato alla forma, ma

³⁵⁰ Il ricorso al *soft law* in ambito internazionale rappresenta anche un tentativo per fuoriuscire dal circuito per cui la stessa legittimità del diritto internazionale convenzionale era dipendente in gran parte dagli Stati. Nell'ambito comunitario, invece, lo sviluppo di norme soffici è individuabile nella considerazione che tra i diversi Stati è più facile condividere progetti non fondati sulla forza. A livello economico non si riscontrano problemi in quanto la sua produzione, in quanto non legata alla sovranità, è intrinsecamente *soft*, ossia affidata essenzialmente alla convenienza dei soggetti.

³⁵¹ L'espressione è di FERRARESE, *Soft law: funzioni e definizioni*, in SOMMA, *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, p. 75.

piuttosto ad un contenuto o a delle modalità che sappiano riscuotere l'adesione dei destinatari, indipendentemente dalla previsione di sanzioni.

Consequenziale a tali considerazioni relative alle caratteristiche fondamentali del diritto morbido si è posto, come si approfondirà in seguito, l'interrogativo se il *soft law* sia intrinsecamente estraneo al mondo del diritto oppure se le perplessità manifestate dalla dottrina tradizionalistica siano frutto di un mero pregiudizio. Ciò sposta l'attenzione sull'analisi di quelle che sono le caratteristiche classiche che consentono di attribuire ad una disposizione la caratterizzazione di norma giuridica.

Brevemente, si anticipa che l'impostazione classica considera precetti dotati di giuridicità tutti quei comandi coattivi che non riguardano casi singoli o persone individuate, ma concernono fattispecie ipotetiche e categorie tipiche di destinatari³⁵². Pertanto, i caratteri costitutivi della norma giuridica sono stati individuati nella positività, nell'esteriorità, nella generalità e nell'astrattezza.

Una norma è, dunque, giuridica se è coattiva ed è coattiva se l'ordinamento ha predisposto gli strumenti di volta in volta più opportuni affinché il precetto sia eseguito o sia osservato anche contro la volontà del destinatario, eventualmente in via coercitiva.

È proprio il potenziale ricorso in ultima istanza a tali strumenti a distinguere una regola giuridica da altri tipi di comandi di natura sociale, etica, morale o religiosa. Qualora, infatti, la violazione della norma non consenta il soddisfacimento o la protezione dell'interesse che si vuole tutelare, la sanzione consentirà di ristabilire l'equilibrio assicurato dal rispetto del valore considerato meritevole di protezione da parte dell'ordinamento giuridico.

Le difficoltà che incontra la dottrina ad ammettere che gli atti di diritto soffice producano diritto e siano, come tali, fonti di norme giuridiche non risiedono nel contenuto e nella struttura lessicale. Ed invero, la tesi dominante distingue anche all'interno della categoria delle norme giuridiche le regole incondizionate da quelle condizionate³⁵³: gran parte delle norme che esprimono un enunciato volto ad orientare il comportamento sociale dei destinatari, quali ad esempio le disposizioni di principio, presentano un linguaggio indicante solo un fine da perseguire che le collocano, per il loro carattere non condizionale, tra una formulazione giuridica e l'espressione di una volontà politica³⁵⁴.

Né tantomeno rappresenterebbe uno sbarramento assoluto la mancanza di previsione di una chiara e puntuale sanzione in caso di inosservanza dei precetti di *soft law*: certo, gli

³⁵² MARTINEZ, *Diritto costituzionale*, Milano, 1998, p. 56.

³⁵³ PASTORE, *Soft law, gradi di normatività, teoria delle fonti*, in *Lav. dir.*, 2003, p. 11.

³⁵⁴ Sul tema, GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998, p. 57; VIOLA – ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma, 1999, p. 367.

effetti giuridici del diritto morbido sono indiscutibilmente attenuati soprattutto in virtù del fatto che non sono accompagnati da alcun tipo di sanzione intesa nel senso classico del termine, ma allo stesso tempo non si può disconoscere che l'eventuale violazione dei precetti in esame non produca conseguenze pratiche concrete. I destinatari della normativa attenuata, infatti, come si vedrà, sono soggetti indiscutibilmente ad una *soft obligation*, la quale può senza dubbio ingenerare sanzioni di natura economica, politica o talvolta anche amministrativa che, pur non statuite da un'autorità giurisdizionale, condizionano ed incidono su azioni e comportamenti dei destinatari.

D'altronde nel nostro ordinamento sono rinvenibili tutta una serie di regole che pur avendo indiscutibilmente natura giuridica non sono supportate da una specifica sanzione volta a tutelarne il rispetto e l'esecuzione³⁵⁵. Tra queste, ad esempio, le norme istituzionali, organizzative, permissive, definitorie, programmatiche, ove la sanzione, pur non essendo direttamente presente in un unico disposto normativo, è in ogni caso presente come elemento sistemico.

Evidente è allora come la gradazione dei livelli di vincolatività tra norme giuridiche, cui inevitabilmente rinvia la dicotomia *soft law-hard law*, non è elemento nuovo e sconosciuto al mondo del diritto. Ed è per tale ragione che pare ormai recessiva la dottrina pubblicistica tradizionale secondo cui il coniugare un esiguo potenziale autoritativo ad un livello variabile di effettività e di rilevanza giuridica farebbe sorgere l'impressione che il *soft law* resti ai margini del campo delle vere fonti del diritto³⁵⁶.

3.2. Origine della *soft law*

Come accennato, *soft law* è una espressione di elaborazione dottrinale³⁵⁷, entrata di recente nel linguaggio del diritto, che trova il suo fondamento nell'analisi della complessa

³⁵⁵ MARTINEZ, *Diritto costituzionale*, cit., p. 58; BOBBIO, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, 1994, p. 188.

³⁵⁶ Di quest'opinione, PASTORE, *Soft law, gradi di normatività, teoria delle fonti*, cit., p. 11, che sostiene che forse si potrebbe parlare di elusività del *soft law*. Ma tale carattere sfuggente della nozione "non appare una ragione determinante al fine di minimizzare la funzione che un diritto elastico, dissociato dalla rigidità della legge e rimesso alla prassi interpretativa, può svolgere. Nello scenario odierno, infatti, il diritto tende ad accentuare le proprie valenze interattive e comunicative, proceduralizzandosi e d assumendo moduli interpretativi più fluidi.

³⁵⁷ Il termine nasce nell'ambito della dottrina internazionalistica e prende una forma abbastanza definita nell'ordinamento comunitario. Tra la vasta lettura internazionale si veda BAXTER, *International law in Her Infinite Variety*, in *29ICLQ*, 1980, p. 549; ELIAS-LIM, *General principles of Law, Soft law and the identification of International Law*, in *28NYIL*, 1997, p. 4. A livello nazionale, per una puntuale panoramica relativa agli orientamenti dottrinali sul tema, POGGI, *Soft law nell'ordinamento comunitario*, AA.VV., *L'integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionali*, Padova, 2007, p. 372.

attività giuridica contemporanea³⁵⁸. Essa non allude ad un concetto stabile e ben sedimentato, avendo, al contrario, nell'uso corrente un significato non univoco oltre che atto a ricomprendere i fenomeni più disparati³⁵⁹. Ad ogni modo si concorda nel ritenere che il diritto soffice indichi un insieme variegato di atti e fatti *latu sensu* normativi, caratterizzati in negativo dal non essere spiccatamente autoritativi, vincolanti; ad onta della detta mancanza tali atti, pur non creando di per sé diritti e obblighi, sono tuttavia in grado di produrre determinati effetti dal punto di vista giuridico, trasformandosi in certi casi, grazie al loro uso da parte degli organi competenti, in diritto immediatamente precettivo³⁶⁰. In questo senso, si sostiene che il diritto attenuato svolgerebbe un ruolo nella formazione delle norme generali e, complessivamente, nell'elaborazione di *standard* uniformi³⁶¹ che riflettono l'interesse della comunità mondiale nella sua lenta ma progressiva evoluzione verso una fase di collaborazione attiva³⁶².

Tornando alle origini³⁶³, va precisato che la nozione *soft law* nasce, negli anni Settanta³⁶⁴, in seno alla dottrina internazionalistica anglosassone³⁶⁵ per alludere ad alcuni tipi di atti

³⁵⁸ BIN, *Soft law, no law*, in SOMMA, *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2009, p. 28, ritiene *soft law* e *governance* due parole sicuramente connesse: *soft law* rappresenta una produzione di regole che avviene per canali diversi dalle procedure formali tipiche delle istituzioni costituzionali di governo e rinvia piuttosto a modi nuovi, comunque diversi di gestire processi decisionali complessi, la *governance* appunto. "Soft law allude ad un certo superamento del ruolo dell'*hard law*, ossia del diritto proveniente dalle istituzioni politiche e governante al superamento delle procedure con cui quelle istituzioni decidono". In quest'ottica la globalizzazione sarebbe il trionfo del mercato e il mercato è il concorrente della politica; esso produce da sé le proprie regole, indipendentemente dagli interessi della politica. Non è un caso che il regno della *governance* sia l'Unione europea: anzi la *governance* europea sarebbe proprio il rimedio al cosiddetto *deficit* democratico della Comunità. In scala nazionale, le autorità amministrative indipendenti sono il modello di questo progetto: in determinate materie lo Stato tende a ritirarsi dall'intervento diretto, affidando i compiti di regolazione a soggetti che, pur istituiti e disciplinati per legge, si collocano fuori dal sistema dell'autorità pubblica. Il potere normativo di tali autorità sembra trarre legittimazione, anziché dal tradizionale circuito politico, dal basso e ciò per almeno due motivi: vuoi perché l'attribuzione di tale potere è finalizzata alle esigenze che emergono dal settore da regolare, vuoi perché la regolazione dello specifico segmento di mercato verso cui si rivolge l'autorità indipendente è generalmente partecipata e condivisa dagli operatori del settore. Quello che secondo l'Autore rileva, sia in ambito internazionale che interno, è l'osmosi pubblico-privato, ossia che il fenomeno *de quo* "non si limita a delimitare l'ambito di vigenza delle norme imposte dal potere politico agli operatori del mercato, ma agisce persino nel senso opposto di imporre cioè le regole di mercato al potere politico".

³⁵⁹ MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Milano, 2008.

³⁶⁰ DI STEFANO, *Origini e funzioni del soft law in diritto internazionale*, in *Lav. Dir.*, 2003, p. 18.

³⁶¹ Si pensi, ad esempio, alle norme a tutela dei diritti umani o a protezione dell'ambiente.

³⁶² PASTORE, *Il diritto internazionale in un mondo in trasformazione*, in *Ars interpretandi*, 2001, p. 158; FRANCONI, *International Soft Law*, in LOWE-FITZMAURICE, *Fifty years of the International Court of Justice*, Cambridge, 1996, p. 167.

³⁶³ GIARO, *Dal soft law moderno al soft law antico*, in SOMMA, *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, cit., p. 84, ritiene che, seppure il concetto di diritto morbido sia relativamente recente, ciò non implica necessariamente la novità dell'oggetto. In tal senso, il suo monumento più risalente sarebbe la codificazione promulgata dal re Hammurabi nel 18 secolo a.C., la quale contiene anche nella sua parte prescrittiva numerose prescrizioni prive di sanzioni. Come *soft law* per eccellenza, secondo l'Autore, va qualificato il diritto romano classico in cui il processo formativo della *communis opinio* equivaleva alla sua graduale positivizzazione per via del discorso giurisprudenziale. Il diritto giurisprudenziale romano apparteneva, assieme con il *judge made law* inglese, ai sistemi giuridici aperti, contrapposti a quelli continentali chiusi per via della codificazione. Solo l'età tardoantica comportò il passaggio dal diritto

accomunati dalla mancanza di uno dei caratteri tipici della generalità delle norme giuridiche, qual è l'efficacia immediatamente vincolante. Questa genesi non deve destare meraviglia, essendo evidente come il sorgere di questo genere di atti sia intimamente correlato coi caratteri del diritto internazionale e con le sue fonti³⁶⁶: il diritto internazionale, privo sia di un legislatore centrale che di organi esecutivi, è infatti un *soft law* per eccellenza.

Dopo un primo periodo in cui la locuzione è rimasta confinata in tale ambito, essa ha cominciato ad essere utilizzata anche nel discorso dottrinario concernente il diritto comunitario e i vari diritti nazionali, fatto che ha determinato la progressiva estensione del suo significato. Sotto tale punto di vista, anche la Costituzione, colma di enunciati non perfettamente normativi, quali principi, scopi e valori, è stata ritenuta espressione del diritto soffice; lo stesso deve dirsi anche per gli atti derivanti dal nuovo modo di *governance* europeo, basato sul meccanismo dell'autoregolamentazione.

In questa progressiva dilatazione del suo significato si è giunti ad indicare con l'espressione *soft law* un insieme eterogeneo di atti normativi che per qualche motivo non era possibile ricondurre alla normale tipologia delle fonti per via della tenue efficacia giuridica oppure del carattere partecipativo dell'*iter* di adozione. Un insieme di casi normativi privi di un elemento positivo differenziale, caratterizzati soltanto in negativo: una mera categoria residuale, composta da tutti quei fenomeni normativi all'apparenza anomali sotto uno dei citati profili³⁶⁷. Vengono insomma qui in rilievo tutte quelle regole di condotta sfornite di forza normativa cogente che si contrappongono alle norme che, in quanto

giurisprudenziale a quello legislativo, pienamente realizzato da Costantino il Grande (306-377 d.C.). Sopravvenne quindi l'epoca della legislazione chiusa in un sistema a normatività forte, finché la *soft law* giurisprudenziale non rinacque nella scuola dei glossatori bolognesi.

Alcune caratteristiche del diritto morbido come attualmente concepito sono fatte altresì discendere dal pluralismo giuridico tipico dell'epoca medievale che, come allora ha prodotto la *lex mercatoria*, può ora condurre ad una disciplina del mercato nel senso voluto dalla comunità mercantile. Secondariamente, è parso anche che la normazione leggera muova dal pensiero ottocentesco ed in tal senso ben può contribuire ad un diritto capace di combinare efficienza mercantile e solidarietà sociale.

³⁶⁴ CINI, *From soft law to hard law?: discretion and rule making in the Commission's State Aid Regime*, in *EUI Working papers*, 2000, n. 35, p. 4.

³⁶⁵ Il primo vero teorico in materia è stato il Professore Dupuy il quale pubblicò per la prima volta le sue analisi nel 1973 nella sua raccolta del dibattito della *Hague Academy* sul *The protection of the Environment and International Law*, Sijthoff, Leiden, 1975, p. 623; dello stesso Autore anche *Droit déclaratoire et droit programmatore: de la costume sauvage à la soft law*, in *L'élaboration du droit International public, Colloque de Toulouse, Société Française de Droit International*, Pedone, Paris, 1975, p. 132.

³⁶⁶ Per DI STEFANO, *Origini e funzioni del soft law*, in *Lav. dir.*, 2003, p. 18, la storia del concetto di *soft law* è relativamente recente, risalendo ad enunciazioni orali fatte durante gli anni Settanta nell'ambiente del diritto internazionale pubblico dal giurista britannico McNair.

³⁶⁷ COSTANZO, *Hard law e soft law: il senso di una distinzione*, in COSTANZO-MEZZETTI-RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, Torino, 2006, p. 262.

creatrici di obblighi o di diritti vincolanti, vengono definite di *hard law*: la cifra fondamentale è qui costituita dall'effettività³⁶⁸.

Anche questa prima indicazione di massima è stata, però, oggetto di diversa esegesi. Infatti, la mancanza di carattere autoritativo degli strumenti morbidi è stata interpretata da un lato con riferimento agli effetti, non immediatamente vincolanti³⁶⁹; dall'altro, invece, la carenza in parola è stata ricostruita con riferimento al loro *iter* di adozione, caratterizzato dall'intervento degli stessi soggetti regolati³⁷⁰.

Prima di scendere nel merito di tale dicotomia, va precisato come entrambe tali opzioni ermeneutiche poggino su un presupposto comune, quale la natura consensuale di questo fenomeno: il consenso ha invero un ruolo di primo piano alternativamente nel momento creativo o, stante la mancanza di strumenti di coazione, nel momento applicativo delle regole.

L'esigenza di specificare cosa si intenda con l'espressione diritto soffice induce a prendere posizione in merito alla dicotomia accennata sulla base di due considerazioni.

In primo luogo, va rilevato come l'espressione diritto leggero sia nata in seno alla dottrina internazionalistica proprio per differenziare le normali fonti del diritto internazionale, come consuetudini e trattati, da alcune manifestazioni normative più recenti, prive di efficacia immediatamente vincolante. D'altra parte, nel sistema delle fonti del suddetto ordinamento, la partecipazione dei soggetti regolati all'*iter* formativo non è in grado di svolgere alcuna funzione discretiva rispetto agli atti di diritto morbido, stante la natura pattizia, e quindi partecipata, dei trattati internazionali.

La seconda osservazione poggia invece sulla differenza che passa tra le nozioni di *soft law* e di *self* e *reflexive regulation*³⁷¹: mentre la seconda inerisce alle metodologie per il tramite delle quali viene posta in essere la regolamentazione, distinguendo tra atti ad

³⁶⁸ BALANDI-BANO, *Chi ha paura del soft law*, in *Lav. e dir.*, 2003, p. 4.

³⁶⁹ PASTORE, *Soft law, gradi di normatività e teoria delle fonti*, cit., p. 5.

³⁶⁹ KIRTON-TREBILCOCK, *Hard choices and Soft law in Sustainable Global Governance*, Aldershot, 2004, p. 8; SENDEN, *Soft law in European Community Law*, Oxford, 2004, p. 113.

³⁶⁹ Per completezza così SNYDER, *Soft law and Institutional Practice in the European Community Law*, in MARTIN (a cura di), *The construction of Europe: Essays in Honour of Emile Noel*, Dordrecht, 1994, p. 198; PASTORE, *Soft law, gradi di normatività e teoria delle fonti*, cit., p. 5.

³⁷⁰ KIRTON-TREBILCOCK, *Hard choices and Soft law in Sustainable Global Governance*, Aldershot, 2004, p. 8; SENDEN, *Soft law in European Community Law*, Oxford, 2004, p. 113.

³⁷¹ Per completezza, è opportuno specificare che con la nozione di *self regulation* si allude a quei casi in cui un gruppo di soggetti, o una formazione esponenziale degli stessi, pone autonomamente le regole che lo riguarda, in modo libero o nel quadro dei principi guida posti dal legislatore. Sull'argomento, CAFAGGI, *Crisi della statualità, pluralismo e modelli di autoregolamentazione*, in *Pol. Dir.*, 2001, p. 547; BRONZINI, *Dall'Habeas Corpus all'habeas mentem. Soft law e autoregolamentazione nel lavoro postfordista*, in *Dem. Dir.*, 1996, p. 225.

Formattato: Tipo di carattere: (Predefinito) Arial, Inglese (Regno Unito)

Formattato: Tipo di carattere: (Predefinito) Arial, Inglese (Regno Unito)

Formattato: Tipo di carattere: (Predefinito) Arial, Inglese (Regno Unito)

Formattato: Tipo di carattere: (Predefinito) Arial, Inglese (Regno Unito)

Formattato: Tipo di carattere: (Predefinito) Arial, Inglese (Regno Unito)

origine autoritativa e quelli frutto di procedimenti partecipativi, la categoria del diritto morbido sembra far leva sulla particolare efficacia giuridica delle norme³⁷².

3.3 Definizione di *soft law*

Come accennato, una delle esigenze maggiormente avvertite quando ci si accinge a parlare di diritto attenuato è quella di comprendere effettivamente di cosa si tratti, quale sia cioè l'oggetto specifico dello studio: ai fini della qualificazione di un atto come *soft*, se alcuni si basano sull'assenza dell'efficacia vincolante, altri guardano alla sua autorità, al suo contenuto, alla sua efficacia: l'eterogeneità appare dunque un suo tratto peculiare.

Quello in esame, invero, configura un concetto utilizzato comunemente in accezioni differenti³⁷³.

Alcuni lo configurano come un contenitore che racchiude in sé una tipologia peculiare di atti e dunque di vere fonti, seppure assolutamente caratteristiche, di diritto.

Altri, al contrario, sostengono che il *soft law* delinea nient'altro che una tecnica normativa, una modalità di produzione di norme.

Una differente dottrina poi considera tale concetto come espressione di una particolare tipologia di norme giuridiche, di una moderna nozione di diritto inteso come insieme complesso di norme e di regole morbide, le quali si pongono come precetti dotati di una loro indiscutibile giuridicità, pur non presentando le caratteristiche tipiche delle norme giuridiche individuate dalla tradizionale e consolidata dottrina pubblicistica.

Questi differenti tentativi di inquadramento³⁷⁴ lasciano però ancora insoluto il quesito di fondo di cosa sia il *soft law*, di quali siano le sue caratteristiche fondamentali.

³⁷² Detto in altre parole, un atto di autoregolamentazione ha effetti *inter partes* e non può vincolare terzi; di conseguenza, dal punto di vista pratico uno strumento di *soft regulation* può essere di *soft law*. Tuttavia, la coincidenza non può essere considerata necessaria né può far confondere le due categorie.

³⁷³ Ampiamente, DE LUCA, *Il soft law*, tesi dottorale, Napoli, 2007, p. 10.

³⁷⁴ Le varie interpretazioni sopra riportate, se considerate nel loro insieme, hanno il pregio di mostrare tutte le possibili manifestazioni di *soft law* attualmente rinvenibili nella prassi istituzionale nazionale e sovranazionale contemporanea, ma allo stesso tempo non danno contezza di quelli che sono i tratti peculiari dell'intero fenomeno in esame. Più precisamente la teoria a sostegno della tipologia particolare di fonte coglierebbe solo tale aspetto, senza considerarne di ulteriori. Ugualmente può dirsi dell'impostazione di quanti considerano la *soft law* soltanto una tecnica di regolazione, operando per tal via una commistione tra l'oggetto della propria analisi e il più ampio *genus* della *soft regulation*. Con quest'ultimo termine si intende far riferimento a norme legislative, o anche provenienti da autorità regolative istituzionali come le autorità indipendenti, meno dettagliate, caratterizzate da una formulazione ampia e generale che deve essere riempita di contenuto ad un diverso livello di produzione regolativa, ma che comunque sono pur sempre norme cogenti di *hard law*. Il *soft law* ricomprende, invece, una varietà talmente eterogenea di fenomeni che non può essere semplicisticamente soffocata in una nozione di nuova e peculiare tecnica di regolamentazione.

I primi tentativi di descrivere il concetto si rinvengono ancora una volta nella dottrina internazionalistica.

Alcuni Autori hanno ritenuto che l'elemento peculiare fosse il contenuto non sufficientemente preciso e il contenuto vago ed indefinito, tanto da attribuire a tali norme valore programmatico e non normativo³⁷⁵.

Altra dottrina ha considerato caratteristico il tratto della esistenza di norme che non creano diritti e obblighi giustiziabili³⁷⁶.

Maggiormente completa e idonea a sintetizzare tutte le caratteristiche comuni alla complessa fenomenologia del diritto attenuato è parsa quella successivamente affermata tra gli studiosi internazionali, secondo cui il fenomeno rappresenta un insieme di "*rules of conduct which in principle, have no legally binding force but which nevertheless may have practical effect*"³⁷⁷.

Detto altrimenti, quando si parla di *soft law* si intende far riferimento ad un complesso di strumenti, tecniche regolative e fonti di produzione contenenti regole di condotta che, pur assumendo forma scritta in documenti ufficiali privi di forza legale vincolante, nondimeno sono in grado di ottenere degli effetti pratici concreti, quali la capacità di indirizzare e orientare i comportamenti dei destinatari dei loro precetti.

Insomma il tratto peculiare è quello di essere costituito da dichiarazioni, sorrette da un intento normativo (nel senso di volto ad influenzare la condotta dei destinatari), definite come carenti di una piena forza giuridica vincolante, anche perché spesso consistenti in raccomandazioni o indicazioni di un corso d'azione come auspicabile, senza che la mancata adesione da parte dei destinatari generi l'obbligo di far seguire una sanzione prestabilita³⁷⁸.

L'elemento caratteristico fondamentale che emerge è, invero, la capacità effettiva di talune regole, contenute in strumenti privi di forza giuridica vincolante, di influenzare i comportamenti degli attori privati o istituzionali destinatari, pur non prevedendo una specifica sanzione giuridica in caso di mancato rispetto dei precetti in esse contenute³⁷⁹.

³⁷⁵ DUPUY, *Droit declaratoire et droit programmatore: de la costume sauvage à la soft law*, cit., p. 140.

³⁷⁶ TAMMES, *Soft law*, in *Essays on International and Comparative Law in honour of Judges Erades*, Nijhoff, The Hague, 1983, p. 187.

³⁷⁷ Così SNYDER, *Soft law and Institutional Practice in the European Community*, in MARTIN, *The construction of Europe: Essays in honour of Emile Noel*, Dordrecht, Kluwer Academic Publisher, 1994, p. 198, secondo il quale il diritto leggero, pur implicando degli impegni, è più di una dichiarazioni di intenti, ma meno di una proposizione giuridica in senso pieno; in pratica un'entità intermedia tra diritto e non-diritto. Identica definizione è fatta propria da TRUBEK – COTTREL – NANCE, *Soft law, hard law and European Integration: toward a Theory of Hybridity*, Jean Monnet Working Paper, New York, 2005.

³⁷⁸ LA SPINA – MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Il Mulino, 1998, p. 87.

³⁷⁹ Per FERRARESE, *Soft law: funzioni e definizioni*, in SOMMA, *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, cit., p. 72, il fatto che diritto morbido si presenti come una forma di diritto che implica degli

Siffatte regole contribuiscono dunque a creare un diritto che pur non avendo una forza vincolante ed un'attenuata coercibilità, nondimeno produce indiscutibili effetti giuridici pratici.

Si tratta dunque, come evidenziato in precedenza, di un fenomeno per certi versi paradossale, visto che esso è caratterizzato da un'assenza, l'assenza di forza cogente. Al contempo, tuttavia, pare esserci anche una presenza peculiare, ossia quella di produrre effetti pratici, nonostante, o forse proprio a causa, di tale assenza³⁸⁰. Dunque, la rilevanza giuridica della normativa leggera è affidata proprio alla sua presunta capacità di arrivare all'effetto finale, senza passare per i consolidati percorsi istituzionali e senza assumere quelle sembianze formali che tradizionalmente conferivano al vecchio diritto legislativo il requisito che Kelsen definiva della validità³⁸¹. Proprio nella mancanza della kelseniana validità, che è il tratto maggiormente caratterizzante di una norma di diritto, si può registrare il più significativo distacco dalle forme più consolidate di diritto.

Va altresì ribadito che il fenomeno in menzione comprende in sé un'infinita varietà di manifestazioni, difficilmente identificabili in base ad un comune criterio che vada oltre la definizione "per difetto" sopra data e che, a dispetto di tale eterogeneità, c'è un relativo accordo sulla definizione del *soft law* come una forma di diritto che implica alcuni obblighi o impegni, ma non li accompagna con sanzioni e che, nonostante questo, o forse proprio per questo, mira al raggiungimento di effetti pratici.

Questa peculiarità ha sollevato, in più occasioni, dubbi sull'identità giuridica del diritto leggero. Come si è affermato fin dall'inizio³⁸², esso è più di una dichiarazione di intenti, ma meno di una proposizione giuridica in senso pieno; un'entità intermedia, tra diritto e non diritto.

Il fatto che il diritto morbido si presenti come una forma di diritto che implica degli impegni, ma che non prevede contestualmente delle sanzioni per il loro mancato inadempimento, porta a far sì che, in rapporto ad essa, più che a far riferimento alla tradizionale categoria di efficacia giuridica, sia opportuno riferirsi all'idea del successo, che è categoria estranea

impegni, ma che contestualmente non preveda delle sanzioni per il loro inadempimento, porterebbe a far sì che più che far riferimento alla tradizionale categoria dell'efficacia giuridica, ci si riferisca a quella del "successo" che è categoria del tutto estranea al linguaggio giuridico, ma che evidenzia la capacità di produrre effetti pratici.

³⁸⁰ FERRARESE, *Soft law: funzioni e definizioni*, cit., p. 71.

³⁸¹ Secondo FERRARESE, *Soft law: funzioni e definizioni*, cit., p. 71, ciò non vuol dire che in tali ipotesi manchino del tutto le procedure, ma piuttosto che queste vengono definite contestualmente alla creazione delle varie forme di *soft law*.

³⁸² Uno dei primi a parlare, con riferimento all'Unione europea, è stato SNYDER, *Soft law and Institutional Practices in the European Community Law*, cit., p. 191.

al bagaglio giuridico. Si tratta insomma di riferirsi agli effetti pratici, all'effettività del diritto *soft*, per valutare il suo successo.

Descritti i caratteri della legislazione morbida è necessario soffermarsi brevemente sugli effetti giuridici da essa scaturenti. Con riguardo agli effetti dei singoli strumenti si distingue preliminarmente tra quelli di carattere più propriamente giuridico e quelli di natura politica o sociale. In relazione a questa seconda categoria, viene in rilievo il fatto che, in molti casi, le metodologie di adozione degli atti *soft* e le finalità sottese sono tali da ingenerare un elevato tasso di adesione spontanea. Questa circostanza ha due tipi di conseguenze: innanzitutto, essa permette agli strumenti in esame di svolgere la propria funzione regolatoria pur in assenza di meccanismi di coazione. Inoltre, essa è potenziata dal generale effetto imitativo che regole di condotta di un certo qual seguito inducono all'interno della platea dei destinatari. Questo effetto, che ha carattere propriamente sociale, non è tuttavia irrilevante per il diritto. Infatti, anche l'osservanza delle norme di *hard law* si vale, almeno di massima, di questo genere di effetti, mentre i meccanismi di carattere coattivo vengono in rilievo soltanto in via residuale. Anzi, sembra opportuno notare come la sanzione sia finalizzata a rafforzare da un lato l'adempimento e, dall'altro, queste stesse prassi imitative; parallelamente queste ultime sembrano essere il primo fattore atto a garantire l'effettività della generalità delle norme giuridiche.

Se, come detto, questo genere di effetti ha natura *in primis* sociale, non pare possibile negare loro un autonomo rilievo giuridico. Infatti, la giuridicità di una norma può essere ricostruita secondo due diverse prospettive, interna ed esterna³⁸³. La prima di esse consiste nella predisposizione psichica dei consociati ad osservare una certa disposizione, in quanto giuridica; predisposizione dovuta a diversi fattori, quali il riconoscimento di una norma quale regola di convivenza o l'aspettativa generalizzata in ordine a un certo comportamento alla sua doverosità o anche alla sua regolarità³⁸⁴. Da questa prospettiva è da osservare come, da un lato, la generalità degli atti leggeri ponga norme che sono rivolte ad influenzare la condotta dei componenti di una data comunità e, per l'altro, come questa influenza sia finalizzata al raggiungimento degli scopi della comunità medesima. In virtù di questo fattore, dal punto di vista teorico, queste norme sono in grado di ingenerare quell'aspettativa, presso i consociati, in ordine alla loro generale osservanza da parte degli altri soggetti regolati e, in ultima analisi, la medesima *opinio iuris* in cui si sostanzia l'aspetto interno.

³⁸³ ALEXY, *Concetto e validità del diritto*, cit., p. 12.

³⁸⁴ LUHMANN, *Sociologia del diritto*, Bari, 1977, p. 125.

Dal punto di vista del concreto operare della normativa leggera e dell'adesione spontanea dei regolati alle norme da essi posti, è inoltre possibile osservare come la maggioranza degli strumenti in esame abbia un legame privilegiato con gli interessi e gli obiettivi dei soggetti cui la regolazione è indirizzata; ciò si verifica principalmente secondo due schemi. Il primo, che ha trovato particolare sviluppo in ambito sovranazionale, consiste nel tentativo di ingenerare una condivisione delle finalità perseguite tramite l'adozione dell'atto. Il secondo schema, invece, consiste nell'andare ad incidere sopra una realtà in cui gli interessi dei soggetti coinvolti dalla regolazione hanno già una propria autonoma fisionomia; qui l'atto di diritto morbido si pone come strumento aggiuntivo attraverso cui tali soggetti sono posti nelle condizioni di raggiungere in modo efficace i propri obiettivi.

Venendo agli effetti *latu sensu* politici, vi è da notare che le norme soffice possono ingenerare un circolo in cui le diverse norme così poste, dopo un certo periodo di applicazione, vengono inserite in ordinari atti di *hard law*. I motivi di detto indurimento possono essere i più disparati: da un lato, il primo periodo di applicazione potrebbe rendere manifesta l'esigenza di dare efficacia giuridica piena ad alcune norme in virtù di una loro applicazione non sufficientemente generalizzata; qui l'indurimento deriva dunque dal fallimento della norma soffice nel raggiungere i fini sottesi alla regolazione. D'altro canto potrebbe darsi il caso diametralmente opposto in cui la disposizione abbia dato una prova di sé talmente soddisfacente da meritare l'inserimento in atti normativi tendenzialmente più stabili. In detta eventualità lo strumento soffice può essere considerato alla stregua di legge sperimentale³⁸⁵, essendo in un primo momento le norme sancite per essere sottoposte alle prova dei fatti rispetto ai fini perseguiti. Naturalmente il valore della fase sperimentale non è assoluto e va vagliato caso per caso: infatti, per quanto l'adozione di uno strumento leggero abbia un impatto tendenzialmente minore rispetto ad un atto di *hard law*, è nondimeno indubitabile che detto impatto vi sia e che anche l'adozione di un nuovo atto di diritto attenuato determini un ulteriore incremento della complessità della regolazione, contribuendo inoltre al ben noto fenomeno dell'inflazione normativa³⁸⁶.

Se quelli di cui si è appena dato conto ineriscono solo parzialmente alla sfera del diritto, vi sono altri effetti tipici degli strumenti di *soft law* che hanno invece valore intimamente giuridico.

³⁸⁵ Disposizioni sperimentali atipiche. Difatti, di solito, esse sono limitate nel tempo o nello spazio, non certo in uno specifico carattere delle norme da esso poste. In merito al concetto di legislazione sperimentale, si veda PAGANO, *Introduzione alla legistica*, Milano, 2004, p. 65.

³⁸⁶ Sul quale, tra i tanti, TIVELLI, *La fiera delle leggi*, Bologna, 2006, p. 904.

Il primo di tali effetti a venire in rilievo è l'effetto liceità, secondo cui la condotta del soggetto, conforme alla norma soffice, è da considerarsi legittima qualora questi abbia adempiuto in buona fede alle norme in parola. In tal caso, vengono in rilievo due principi, quali la tutela dell'affidamento e la buona fede. Quanto al primo, va detto che quando l'agente tiene una condotta, nella convinzione della sua conformità al diritto, ma che in realtà è in contrasto con altre disposizioni, pure se poste da atti aventi forza di legge, esso non può essere foriero di sanzione. Dal punto di vista del concorso tra fonti, occorre precisare: infatti l'antinomia tra una norma leggera, che comanda o permette una certa condotta, e quella *hard*, che invece lo vieta, non può essere risolta attraverso il criterio gerarchico, nonostante l'astratta supremazia delle seconde³⁸⁷. Sul punto occorre distinguere tra ordinamenti sovranazionali e nazionali. Nel primo, la necessità che gli Stati conformino la propria condotta al secondo dei citati principi non permette che un ordinamento lamenti una violazione da parte di un altro Paese degli obblighi verso di essi contratti, se l'inadempimento è causato dall'esecuzione di norme volute anche dal primo di questi.

Per ciò che concerne i sistemi nazionali, la prevalenza dell'atto morbido consegue alla disapplicazione della norma *hard* giustificata dall'obiettiva situazione di dubbio su ciò che sia diritto. In pratica, se l'adozione dello strumento leggero determina una maggiore complessità della normativa che si impone ad un soggetto, le conseguenze di detto complicarsi non debbono andare a nocimento della certezza del diritto³⁸⁸ e dell'affidamento che i destinatari della regolazione abbiano fatto su questa e sull'efficacia dell'atto soffice.

In conseguenza di quanto appena specificato è da notare come, a differenza di quanto accade nel diritto internazionale, negli ordinamenti nazionali gli strumenti soffici non abbiano una funzione permissiva e di conseguenza non diano ai destinatari la facoltà di tenere il comportamento così comandato, pur se contrario ad altre norme, qualora essi siano consapevoli di tale contrarietà. Più restrittivamente essi hanno un effetto legittimante, non permettendo che un soggetto in buona fede patisca delle conseguenze giuridiche di carattere negativo.

Un altro profilo degno di menzione è quello del rapporto con le altre norme di cui l'ordinamento si compone, rapporto raggruppabile in quattro categorie.

³⁸⁷ Sul punto, la supremazia gerarchica delle norme *hard* non permette nemmeno l'applicazione del criterio di specialità.

³⁸⁸ Sul tema della certezza del diritto si veda, con riferimento al contesto europeo, ALPA, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, in *Rass. For.*, 2006, p. 307.

In primo luogo vi sono le norme di riconoscimento, tramite cui la norma leggera è inserita all'interno del sistema delle fonti nazionali.

Il secondo tipo di rapporto tra atti *soft* e *hard* è quello integrativo; più precisamente l'atto soffice interviene a specificare alcune norme immediatamente vincolanti che sono caratterizzate da formulazione ampia o in termini di principi.

Il terzo genere di relazioni ha carattere complesso che si realizza nel momento in cui lo strumento morbido ha un rapporto diretto con norme *hard* che pongono situazioni giuridiche in capo agli stessi destinatari dell'atto. Detta funzione ha carattere alternativo rispetto alla normale regolazione di stampo autoritativo: invero, lo strumento morbido si sostituisce alla legislazione *hard*, la quale, al più, può veicolare quelle disposizioni necessarie a garantire un certo controllo sociale in ordine al rispetto di norme leggere o a riconoscerne in via successiva gli effetti.

La quarta funzione degli atti soffici può infine essere definita come comparativa, la quale ha una doppia finalità: da un lato quella di orientare le scelte dei consociati, indirizzandole verso quelle ritenute migliori, dall'altro di permettere una valutazione dell'operato di questi soggetti da parte dei consociati.

3.4 Soft law e sistema delle fonti

Alla luce delle considerazioni svolte, emerge un'immagine del diritto morbido come un insieme eterogeneo di fonti di produzione di regole che assurgono al rango della giuridicità, sia pure di una giuridicità attenuata, nel momento in cui diventano concretamente efficaci ed effettive.

Sembrerebbe, dunque, di trovarsi al cospetto di fonti atto.

Ma di tali strumenti di produzione del diritto non vi è menzione alcuna in nessuna norma giuridica sulle fonti del diritto che, in ogni ordinamento statale, internazionale e comunitario, è istituzionalmente deputata all'individuazione formale e definitiva degli atti o dei fatti in grado di essere la scaturigine di regole di condotta giuridicamente rilevanti.

Probabilmente sussiste una forma di timore a cristallizzare in una formula giuridica l'esistenza, incontestabile di fatto, di strumenti in grado di produrre un diritto attenuato oltre che una vera e propria riluttanza a sancire per iscritto un'espressione ossimorica che vede il sostantivo diritto accompagnato da un aggettivo classicamente in contrasto con esso, quale attenuato o piuttosto morbido o leggero; tale elaborazione, infatti, rappresenterebbe

l'ammissione di una sconfitta e la distruzione ufficiale di oltre un secolo di cultura fondata sul positivismo giuridico.

Invero, secondo la teoria tradizionale formale e prescrittiva delle fonti, fonte del diritto è solo l'atto o il fatto abilitato dall'ordinamento a produrre norme giuridiche, cioè ad innovare l'ordinamento stesso³⁸⁹. Con maggior grado di esplicitazione, fonte del diritto è ogni strumento espressamente autorizzato dall'ordinamento ad introdurre modifiche ed innovazioni allo stesso, a prescindere da qualsiasi valutazione di natura sostanziale circa il contenuto del precetto³⁹⁰.

In ossequio a tale impostazione, per una corrente esegetica minoritaria la normativa soffice allora non avrebbe nulla a che fare con le fonti del diritto, ossia col diritto *hard*, potendo, al massimo, incidere nel processo interpretativo dello stesso sotto diversi aspetti³⁹¹. Al proposito si è sostenuto che la separazione dei poteri staccerebbe il mondo dei testi, da cui si possono ricavare le norme, dal processo di produzione delle stesse, cioè dall'interpretazione; solo in quest'ultimo campo la normativa leggera potrebbe assumere qualche valenza³⁹².

Anzitutto, la normativa attenuata potrebbe rilevare come materiale strumentale alla ricostruzione dell'intenzione del legislatore, nella misura in cui la si ritenga utile alla ricomprensione della legge. Questo potrebbe almeno valere per il *pre-law* (l'esempio, in ambito europeo, va a libri bianchi, libri verdi, programmi di azione, comunicazioni istituzionali, ecc.), ma con il limitato valore che può essere riconosciuto all'intenzione del legislatore da un ordinamento in cui prevale la *ratio* oggettiva e l'interpretazione costituzionalmente, e ora anche comunitariamente, orientata. Gli strumenti per ricostruire la validità del legislatore, infatti, "costituiscono un valido supporto per l'individuazione del significato dei termini utilizzati, che va ritenuto in quello fatto palese dal significato delle parole, secondo la connessione di esse, e dall'intenzione del legislatore (art. 12 disp. prel.

³⁸⁹ BIN-PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2002, p. 267; per BIN, *Soft law, no law*, in SOMMA, *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, cit., 35, Chiedersi se il *soft law* rientri o meno tra le fonti del diritto è un problema non solo teorico, ma anzi con rilevanti conseguenze pratiche. Ad esempio, il giornalista che si attiene alle regole del codice deontologico relativo al trattamento dei dati personali, approvato dall'ordine cui appartiene con la pretesa di contemperare i diritti fondamentali della persona con il diritto dei cittadini all'informazione e con la libertà di stampa, può ciononostante incorrere in un comportamento illecito? Può l'atto "di indirizzo e coordinamento" essere fatto valere come fonte di norme direttamente applicabili, immediatamente vincolanti e dotate di efficacia *erga omnes*? Scorrendo i massimari di giurisprudenza sul punto ci si imbatte in continui dilemmi che si collocano lungo il discrimine tra ciò che è che non è atto normativo, dilemmi a cui i giudici spesso offrono risposte tra loro antitetiche.

³⁹⁰ Tra i sostenitori di tale impostazione, ZAGREBELSKY, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Torino, 1984; ALPA, *I principi generali e le fonti del diritto*, in *Pol. dir.*, 1992, p. 653; PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996.

³⁹¹ BIN, *Soft law, no law*, in SOMMA, *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, cit., p. 37.

³⁹² BIN, *Soft law, no law*, in SOMMA, *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, cit., p. 37.

c.c.), ma non possono impedire che la disposizione, quando il suo tenore letterale non sia univoco, vada intesa in modo compatibile con i valori ed i principi sovraordinati sanciti dalla Carta Costituzionale³⁹³.

Per quanto riguarda gli atti di *post-law* (come, ad esempio, linee guida, direttive interpretative, circolari, ecc.), sembrerebbe ricadersi nel tradizionale problema se il singolo atto sia qualificabile come fonte *sublegislativa*.

I documenti di diritto leggero potrebbero però rilevare nell'interpretazione delle leggi sotto l'ulteriore profilo di strumenti utili alla conoscenza della situazione di fatto in cui opera la disposizione, cioè degli usi, delle prassi, delle tabelle e strumenti simili. Ma anche questa è parsa una prospettiva tradizionale, in fondo, in quanto attinente alla considerazione delle buone pratiche, delle regole tecniche, degli usi e delle prassi invalsi: non sono più normativi e, soprattutto, non possono deviare l'attenzione del giudice dal controllo sulla legalità dei comportamenti, legalità che resta definita nei termini di *hard law*.

Il vero problema è costituito dal c.d. *para-law*, ossia gli strumenti alternativi ad atti vincolanti, quali raccomandazioni, pareri, comunicazioni non interpretative, ecc.³⁹⁴, dove è difficile distinguere tra carattere normativo e non. Per il diritto tutti questi sono fatti nudi e crudi: il che non significa affatto che siano privi di rilevanza, poiché contribuiscono a organizzare la realtà a cui la norma giuridica, alla quale però essi non concorrono a formare, dovrà essere applicata.

Sicuramente maggioritaria è la tesi che reputa l'assunto per cui fonte del diritto può essere solo il fatto o atto previsto come tale da una norma di riconoscimento in contrasto con il panorama giuridico contemporaneo, il quale fornisce il quadro di una giuridicità multiforme, elaborata da soggetti spesso non abilitati da alcuna norma sulla produzione e secondo procedure non codificate a priori, ma di fatto produttiva di regole di condotta di natura giuridica.

Si assiste, dunque, alla conclamata impossibilità di ricondurre il sistema delle fonti di qualsivoglia ordinamento giuridico contemporaneo a delle semplicistiche elencazioni fondate sul criterio del *nomen iuris* o sul procedimento di formazione o sull'organo competente. Da ciò la conseguente presa d'atto che il termine fonte diviene un concetto che rimanda a quell'insieme variegato ed eterogeneo di fattori che influiscono sulla produzione delle norme. Così, accanto ad atti che forniscono in via diretta ed immediata

³⁹³ Così Trib. Cagliari, 22 settembre 2007, n. 2508 in tema di fecondazione assistita.

³⁹⁴ Per un'analisi della terminologia utilizzata si veda POGGI, *Soft law nell'ordinamento comunitario*, cit., p. 369.

all'operatore del diritto la norma giuridica, ve ne sono altri che offrono solo degli orientamenti, delle aspirazioni, da cui poi l'interprete dovrà ricavare la norma di diritto.

Il processo ermeneutico che ha condotto a tale presa d'atto è stato lungo e faticoso e di seguito si cercherà di darne contezza.

Esso ha preso le mosse dalla nozione condivisa di diritto soffice, quale categoria di atti *latu sensu* normativi, il cui carattere differenziale consta nella carenza di efficacia immediatamente vincolante. Da ciò, conseguentemente, l'attenzione su cosa consista tale elemento differenziale.

Dal punto di vista teorico, il concetto di efficacia giuridica può essere definito come la capacità della norma di prevedere in astratto e come necessario che ad un fatto reale consegua una determinata conseguenza³⁹⁵, restando al momento impregiudicato il tema dell'effettività in concreto.

Dire che una norma riconnette una certa conseguenza ad una determinata fattispecie non si presta a letture intermedie. D'altra parte, individuare l'efficacia non immediatamente vincolante nell'essere detta conseguenza non necessaria ma soltanto opportuna o consigliata non è parso in alcun modo sostenibile alla luce degli strumenti di cui si compone il fenomeno in parola: essi non contengono né consigli né esortazioni, ma disposizioni formulate in modo prescrittivo, con valore *erga omnes*, al pari delle disposizioni di *hard law*.

Da ciò la conseguenza per cui il carattere differenziale del diritto soffice dunque non insiste sull'efficacia giuridica strettamente intesa e va ricercato altrove; più precisamente esso sarebbe da imputare non già alle singole disposizioni e a ciò che ne discende, bensì alla natura degli atti e alla loro capacità di imporsi coattivamente ai propri destinatari.

L'espressione efficacia non immediatamente vincolante andrebbe quindi intesa in senso atecnico, come assenza di reazione al mancato adempimento delle norme poste.

Il carattere peculiare appena descritto del diritto morbido è tale da far dubitare della stessa giuridicità dei suoi strumenti, fatto che ha imposto la necessità di svolgere alcune considerazioni, di ordine teorico e filosofico, per comprendere quale sia il fondamento di tale dubbio. La risposta a tale quesito è di primo rilievo poiché qualora sanzione o coazione dovessero essere considerati elementi caratterizzanti e irrinunciabili della norma giuridica in sé considerata, lo sforzo di ricostruire il diritto leggero nei termini di fonte del diritto sarebbe vano.

Sul carattere differenziale della norma giuridica si contendono il campo diverse tesi.

³⁹⁵ Sul punto si veda l'ampia esposizione di FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1965, vol. XIV, p. 432.

Per la prospettiva c.d. contenutistica, tipica del giusnaturalismo, il diritto positivo si caratterizza per la sua affinità con una determinata idea di giustizia³⁹⁶.

Vi è poi la visione formale, secondo cui le norme giuridiche coincidono con il significato delle locuzioni contenute in particolari atti, adottati da organi a ciò preposti, secondo determinate procedure³⁹⁷.

Un'ulteriore prospettiva, definita funzionalista, fa invece perno sulla considerazione per cui il diritto è una tecnica sociale che serve ad influire sulla condotta umana e ne valorizza i legami con l'ordinamento cui si rivolge e che contribuisce a creare³⁹⁸. Sotto quest'angolo visuale il carattere giuridico della norma consiste nella sua funzione di indirizzare il comportamento dei consociati nel loro agire all'interno dello Stato.

Infine, vi è la teoria c.d. coercitiva, affermata nell'ambito dello Stato assoluto del XVII secolo, secondo cui il carattere differenziale del diritto è l'imperatività, con la connessa coazione, intesa quale capacità della norma di imporsi ai destinatari, a prescindere dalla loro volontà, la quale rinvia allo Stato, quale soggetto detentore esclusivo della forza necessaria ad indirizzare nei fatti la condotta dei consociati³⁹⁹.

All'interno di tale teoria vi è una corrente che nega che il carattere imperativo discenda dalla natura coattiva dello stesso; al contrario, l'imperatività della norma è fatta discendere dalla stessa struttura linguistica della disposizione e non dalla presenza di strumenti di coazione, i quali si pongono solo come eventuali⁴⁰⁰.

La separazione tra il concetto di imperatività e di coattività della norma è di primaria importanza per il tema in esame. Infatti, da un lato, l'imperatività gioca il proprio ruolo sul solo versante del dover essere, mentre la possibilità di dare esecuzione alle norme tramite gli opportuni strumenti coattivi ha la diversa funzione di garantire che il mondo dell'essere a quello si conformi. Dall'altro, consegue che si possono enucleare due diverse accezioni

³⁹⁶ Tale dottrina ha cercato di dare al diritto un aggancio esterno rispetto al sistema giuridico in sé considerato. Ampiamente sulla tematica, BARBERIS, *Filosofia del diritto*, Bologna, 2000, p. 40.

³⁹⁷ Si tratta della prospettiva che poggia sull'elemento definitorio del diritto che ALEXY, *Concetto e validità del diritto*, Torino, 1997, p. 3, chiama la positività autoritativa o conforme all'ordinamento.

³⁹⁸ Si rinvia a MODUGNO, *Teoria generale del diritto*, Torino, 2000, p. 40.

³⁹⁹ Essa nasce con il pensiero di Hobbes e, ripresa da Bentham, trova compiuta teorizzazione nelle opere di Austin, *Delimitazione del campo della giurisprudenza*, Bologna, 1995. Se la tesi di Austin costituisce l'archetipo delle teorie imperative di origine anglosassone, nell'Europa continentale esse trovano compiuta elaborazione nella dottrina tedesca. Sul punto BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Torino, 1979, p. 172, secondo cui la più matura elaborazione della concezione coercitiva del diritto va individuata nell'opera del tedesco Jhering, secondo il quale lo Stato si caratterizza proprio per il fatto di detenere il potere coattivo, il quale è disciplinato dalla norma giuridica. Per inciso si noti come si verifica qui un'inversione di rapporto tra mezzo e fine rispetto alla tradizione per cui la coazione, da carattere differenziale della norma, atto a garantirne l'effettività, si trasforma in essere, in ultima analisi, la stessa ragion d'essere del diritto.

⁴⁰⁰ Secondo THON, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, Padova, 1951, p. 14, "dagli imperativi propriamente detti sono da separarsi concettualmente le conseguenze, che da parte dell'ordinamento sono minacciate per una trasgressione degli stessi".

del carattere imperativo della norma, una minima che consiste nella semplice formulazione di un comando, l'altra più intensa che richiede anche la predisposizione di apparati sanzionatori.

Secondo la dottrina prevalente, la prima delle accennate ricostruzioni sull'imperatività della norma pare preferibile. Senza volere considerare gli strumenti di diritto leggero, infatti, la seconda di esse subisce eccezioni anche di rilievo: si pensi alle norme costituzionali che prevedono principi, il cui invero pratico è rimesso alle successive scelte del legislatore e al fatto che la posizione del Parlamento non ammette coazioni sul punto; o anche al mancato esercizio della delegazione legislativa da parte del Governo oppure alle norme di diritto internazionale. Inoltre essa ha il pregio di essere coerente con la nozione di efficacia giuridica su cui ci si è precedentemente soffermati.

Il tema dell'ammissibilità di atti normativi giuridici privi di efficacia immediatamente vincolante ha richiesto di interrogarsi anche sul rapporto intercorrente tra diritto, potere e forza.

I rapporti tra diritto e potere possono essere ricostruiti almeno in due modi differenti. Secondo una prima lettura il diritto nasce come metodo attraverso il quale il potere viene concretamente esercitato; qualora questa visione venga intesa in senso stretto appare evidente che la coazione si pone come elemento fondamentale e imprescindibile del fenomeno giuridico⁴⁰¹.

Da altra prospettiva si osserva, al contrario, che il potere esiste all'interno di una collettività tendenzialmente stabile, dotata di una propria organizzazione minimamente formalizzata ed è anch'esso un prodotto dell'operare di norme giuridiche⁴⁰². In questa ricostruzione del rapporto, diritto e potere sono entrambi due strumenti attraverso cui l'ordinamento sceglie e persegue finalità sue proprie.

Le due ricostruzioni non si escludono a vicenda, potendo tranquillamente coesistere; anzi, dall'analisi dell'evoluzione storica delle forme di Stato, si può osservare dapprima il potere sovrano affermarsi in quanto accentrato e libero da vincoli⁴⁰³, per subire poi tanto limitazioni procedurali e sostanziali, quanto un processo di progressiva diffusione territoriale e soggettiva⁴⁰⁴.

⁴⁰¹ In tal senso NEUMANN, *Lo Stato democratico e lo Stato autoritario*, Bologna, 1973, p. 30.

⁴⁰² ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1946, p. 80.

⁴⁰³ Si allude a quel mutamento genetico dello Stato di diritto determinato in primo luogo dal riconoscimento dei diritti fondamentali, che si suole definire Stato costituzionale.

⁴⁰⁴ I due accennati processi sono correlati, poiché la diffusione del potere non è altro che una conseguenza di uno degli stati avanzati della sua limitazione, vale a dire quella che discende dalla valorizzazione piena della dignità umana. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi: saggi di diritto costituzionale*, Milano, 1969, p. 12.

Questo modificarsi della relazione tra potere e diritto si riverbera sul rapporto tra questo e gli strumenti, coattivi o sanzionatori, atti a garantirne la concreta applicazione: nel momento in cui il potere precede il diritto, esso fonda il proprio carattere autoritario sulla minaccia di una sanzione, la quale diviene altresì il carattere differenziale della norma giuridica; viceversa, qualora abbia carattere legittimo, esso è creato e, di conseguenza, limitato dal diritto. Specularmente, la forza diviene piuttosto l'oggetto della norma, non il suo tratto peculiare. In altra prospettiva, il diritto è ciò che pone le regole sull'uso legittimo della forza all'interno di una data collettività.

La sottile differenza tra il sostenere che il diritto si componga di regole garantite dalla forza o sull'uso della stessa è di non breve momento. Difatti, secondo la prima tesi, la coazione viene ad essere un elemento esterno alla norma, che ne garantisce l'applicazione effettiva; al contrario, la seconda impostazione ha il pregio di definire il diritto a partire dal contenuto suo proprio⁴⁰⁵.

Il problema tra forza e diritto, se affrontato in relazione alle singole norme, è probabilmente destinato a non avere soluzione, in quanto il diritto contemporaneo mostra di essere un fenomeno complesso. Tuttavia, se la forza è l'oggetto immediato di sole alcune specifiche norme, la coazione risulta essere un elemento immanente dell'ordinamento e come tale si riverbera su tutte le norme di questo⁴⁰⁶. D'altra parte, tutte le norme giuridiche possono potenzialmente influire sul concreto esercizio della coazione o, più propriamente, sulle scelte degli organi dello Stato; è ciò in via diretta o, come avviene nel caso della normativa soffice, in via soltanto mediata.

Così impostato il rapporto tra diritto e forza, la principale motivazione tesa a negare valore giuridico alle norme contenute negli atti di *soft law* sembra venire a cadere. Ciò non vuol dire che qualunque atto affine al mondo del diritto sia da considerarsi per ciò stesso giuridico, quanto invece che si è risolta positivamente una questione pregiudiziale.

Tre inveri sono le considerazioni positive sull'asserita giuridicità delle norme di diritto attenuato.

In primo luogo, vengono in rilievo i caratteri differenziali della norma giuridica, vale a dire la formulazione imperativa di cui si è detto, la generalità e l'astrattezza delle prescrizioni in cui essa si sostanzia e l'esteriorità del comportamento comandato. La loro possibile riferibilità al fenomeno oggetto di studio è considerata pacifica.

⁴⁰⁵ Secondo BOBBIO, *Diritto e forza*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, I, p. 540, "se il diritto è l'insieme delle norme che regolano la coazione o l'esercizio della forza, ciò significa che la coazione o la forza costituiscono la materia specifica delle norme giuridiche allo stesso titolo che il linguaggio è la materia specifica della grammatica".

⁴⁰⁶ MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, cit., p. 22.

Secondariamente viene in rilievo la funzione ricoperta dalle norme in esame. Nel momento in cui questa si sostanzia nel porre norme pratiche, finalizzate alla tutela di determinati interessi, esse possono essere considerate costitutive di un ordine volontario oggettivo in grado di determinare il carattere giuridico delle medesime⁴⁰⁷.

Il terzo elemento da porre in rilievo concerne il legame degli strumenti leggeri con l'ordinamento giuridico in generale. Esso può essere costituito, per gli atti espressivi di quel determinato ordinamento statale, da una disposizione dell'ordinamento di appartenenza, la quale si pone come norma di riconoscimento⁴⁰⁸. Invece, per ciò che riguarda gli ordinamenti giuridici diversi, vi è la necessità di un mero rinvio ad essi da parte di una norma dell'ordinamento in cui vengono concretamente applicati⁴⁰⁹.

In entrambi i casi, l'esistenza di tali legami tra l'atto di diritto soffice e le fonti tipiche di un determinato ordinamento ha un duplice rilievo.

In primo luogo, esso attrae lo strumento in parola all'interno del sistema normativo, con l'effetto di renderlo parte integrante di esso. In questo modo è lo stesso ordinamento positivo a determinare la giuridicità dello strumento *soft*⁴¹⁰.

In secondo luogo, il legame di questi atti con un particolare ordinamento si pone in relazione con la loro applicazione giudiziale. Infatti, da un lato, l'esistenza di una norma di riconoscimento o di rinvio facilita il fatto che l'atto di diritto leggero venga in rilievo in sede giurisdizionale; dall'altro, in assenza di questi legami, l'applicazione giudiziale diviene parametro fondamentale per asserirne, almeno in via potenziale, la natura di fonti di diritto. I caratteri delineati che qualificano il diritto morbido, vale a dire l'efficacia non immediatamente vincolante, la presenza di effetti giuridici indiretti, l'esistenza di una norma di riconoscimento, hanno consentito un'ulteriore considerazione. Questi strumenti hanno la capacità di porre norme che, all'interno dell'ordinamento, godono dei medesimi caratteri di quelle *hard*, pur nelle diversità attinenti all'efficacia giuridica. Anzi, esse sono in grado di intervenire sull'ordinamento, innovandone le norme. Se questo è vero, è parso conseguenza necessaria riconoscere al diritto soffice la natura di fonte del diritto, che,

⁴⁰⁷ MODUGNO, voce *Norma*, cit., p. 330.

⁴⁰⁸ Almeno a voler intendere che norma di riconoscimento sia quella che istituisce una fonte del diritto, specificando inoltre quali soggetti siano deputati a porla in essere.

⁴⁰⁹ Secondo RESCIGNO, *L'atto normativo*, Bologna, 1998, p. 175, l'espressione rinvio è usata in senso ampio, cioè non si tratta dell'appropriarsi di un contenuto prescrittivo che è stato formulato in un atto diverso, bensì e più pianamente nel conferire valore di norma, valesse sul piano dell'ordinamento generale, ad una disposizione di un ordinamento diverso, similmente a quanto disposto dalle norme di diritto internazionale privato.

⁴¹⁰ Risolvendosi, dunque, il problema della giuridicità in quello della validità. Sul punto BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, Torino, 1958, p. 41.

seppure atipica e incapace di porre in essere quell'efficacia perfetta, comunque presenta i caratteri fondamentali della generalità delle fonti giuridiche⁴¹¹.

L'inserzione degli strumenti di diritto morbido nel sistema delle fonti del diritto ha spinto poi a dare qualche valutazione sopra il loro ruolo all'interno di esso. Sul punto è possibile osservare come due tematiche principali mettano in difficoltà il principio regolatorio classico, costituito nel comando di stampo autoritativo e corredato da sanzione da parte del potere sovrano e che trova nella legge la propria principale applicazione. Dette difficoltà, nel momento in cui richiedono strumenti regolatori più innovativi, costituiscono la ragion d'essere della progressiva diffusione degli strumenti *soft*.

Procedendo con ordine, la prima problematica cui si allude è costituita dalla mondializzazione dei rapporti umani di cui la globalizzazione dei commerci costituisce l'esempio più evidente. Di fronte a tale fenomeno emerge con chiarezza quanto i confini nazionali divengano sempre più evanescenti e, in parallelo, come la sovranità, quale categoria giuridico-politica fondamentale fino ad oggi riconosciuta, sia in fase di progressivo sgretolamento⁴¹².

Il secondo problema che si pone agli ordinamenti giuridici consiste nella crescita della domanda di formazione, la quale sempre più riguarda anche ambiti che per i loro peculiari caratteri difficilmente si prestano ad essere assoggettati a previsioni puntuali. Si pensi alla condotta del pubblico funzionario: qui appare impossibile predisporre norme analitiche e puntuali, tese a regolamentare tutte le possibili condotte, dovendo, al contrario, la regolamentazione lasciare al dipendente la possibilità di adeguare il proprio comportamento alle molteplici esigenze al caso concreto⁴¹³. A questo fenomeno consegue l'emergere di un'ulteriore tematica, quale quella dell'efficienza della regolazione. La tendenza ad espandere l'oggetto della regolazione tendenzialmente a tutto l'esistente

⁴¹¹ La nozione di fonte può, d'altra parte, essere intesa in sensi più o meno ampi, sino a quella, tipica del realismo giuridico, per cui essa consiste in tutto ciò che può fungere da base per la decisione giudiziale. Sul punto CRISAFULLI, voce *Fonti del diritto*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1968, vol. XVII, p. 933; MODUGNO, voce *Fonti del diritto*, in *Enc. Giur.*, Torino, 1989, vol. XII, p. 1.

⁴¹² O, quantomeno, si è fortemente affievolito il rapporto tra sovranità e territorio. Sulla tematica si rinvia a TARUFFO, *Sui confini*, Bologna, 2002, p. 110; FLICK, *Globalizzazione delle regole e fondazione dei valori: l'esperienza europea*, in *Pol. Dir.*, 2002, p. 199; DELLA CANANEA, *I pubblici poteri nello spazio giuridico globale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, p. 22, secondo il quale la globalizzazione determina l'erosione del principio di territorialità del diritto. Al proposito si è coniata l'espressione di "diritto cosmopolitico", come evidenziato da PIZZORUSSO, *La problematica delle fonti all'inizio del XXI secolo*, in www.associazione-deicostituzionalisti.it.

⁴¹³ RODOTA', *La vita sociale e le regole*, Milano, 2006, p. 9. Detta tendenza sembra avere una duplice causa: da un lato la necessità di imbrigliare in uno schema astratto la mutevolezza dell'agire sociale di determinate categorie di soggetti. In quest'ottica lo strumento di *soft law* si pone come modello comportamentale sulla base del quale valutare le diverse condotte concrete. Dall'altro lato vi è l'esigenza da parte degli stessi operatori cui l'atto *soft* si rivolge di avere una guida, un ausilio nello svolgimento delle proprie funzioni, in grado di garantire un certo livello di certezza.

contribuisce a rendere cruciale il rapporto delle regole con le finalità effettivamente raggiunte. Lo strumento di diritto attenuato, sotto questo aspetto, si dimostra particolarmente duttile: infatti, la mancanza di effetti giuridici vincolanti, unita alla presenza di effetti indiretti, lascia ai diversi soggetti regolati il compito di valutare autonomamente l'opportunità di seguire la regolamentazione.

Quello che va precisato è che il diritto soffice si dimostra intimamente correlato con le altre norme dell'ordinamento. Ciò che emerge è una regolazione complessa, multiforme e composita, posta in essere per il tramite di strumenti assai diversi tra loro, dall'efficacia giuridica parimenti differenziata, che ha nelle prescrizioni di carattere imperativo le proprie maglie fondanti, sulle quali si innestano altre norme che in sé non sono vincolanti ma trovano in quelle il fondamentale essenziale dei propri particolari effetti giuridici, a loro volta non omogenei.

La legislazione leggera, insomma, affianca ed integra, come si avrà modo di vedere, le norme di carattere *hard*, rispondendo ad esigenze di regolamentazione in modo ora più puntale, ora con strumenti più flessibili.

D'altro parte questo modello regolatorio definibile a rete sembra riprodurre, sul piano delle fonti, il pluralismo degli ordinamenti giuridici e la loro sempre più stretta correlazione; parimenti, il complessivo sistema delle fonti, oltre ad aver acquisito un livello di complessità assai elevato, sembra aver perso quel carattere fondamentale unitario⁴¹⁴.

Più in generale è lo stesso concetto di norma giuridica a mutare, ad affrancarsi da una valenza esclusivamente precettiva, per acquisirne una più elastica.

3.5 Il superamento del sistema gerarchico verso uno a normatività graduata

L'eterogeneità, come visto, appare un tratto peculiare del diritto morbido: esso può essere soffice con riguardo alla sua autorità, al suo contenuto, alla sua efficacia e alla sua mancanza di coattività. Il coniugare un esiguo potenziale autoritativo ad un livello variabile di effettività e di rilevanza giuridica ha fatto sorgere l'impressione che il diritto morbido resti ai margini delle vere fonti del diritto.

⁴¹⁴ "Al punto che l'immagine che ne scaturisce sembra essere quella resa da uno specchio infranto". Così BRECCIA, *Immagini della giuridicità contemporanea tra disordine delle fonti e ritorno al diritto*, in *Pol. Dir.*, 2006, p. 366. Nello stesso senso anche MODUGNO-NOCILLA, *Crisi della legge e sistema delle fonti*, in *Dir. soc.*, 1989, n. 3, p. 411.

Alla base di tale approccio stava, come visto, l'idea che, poiché la vincolatività e la coercibilità si pongono come connotati tipici del diritto, siffatte regole elastiche, la cui ottemperanza ha carattere per lo più volontario, che insistono sulla persuasione piuttosto che sulla coerenza, non sarebbero state regole giuridiche⁴¹⁵.

Detta teoria, giova ripeterlo, non teneva però conto del fatto che le regole soffici trovano applicazione, divenendo efficaci: giudici, legislatori, arbitri, operatori del diritto trasformano, in relazione alle esigenze concrete, criteri non cogenti in norme definite⁴¹⁶.

All'interno di questa dinamica, che vede venir meno il monopolio legislativo statale, con la conseguente incertezza nella gerarchia delle fonti⁴¹⁷ e che risulta accentuata dai processi di globalizzazione, i quali instaurano multiformi rapporti dialettici tra diversi produttori di diritto e tra componenti formali e informali, la giuridicità è venuta a perdere i suoi connotati *hard*, i cui tratti sono rappresentati dal nesso esclusivo con la sovranità, dalla verticalità, dalla gerarchia dalle fonti, dalla coattività⁴¹⁸.

Il primato del diritto legislativo è insidiato ed eroso, in quanto troppo rigido ed incapace di seguire i percorsi più articolati e complessi; il sistema delle fonti si destruttura e si sbriciola, tendendo le fonti a fuggire da un ordine fisso di tipo piramidale verso uno di tipo reticolare. In quest'ottica il diritto soffice ben esprime l'immagine di una normatività che si allontana dalla stretta coerenza impositiva e sanzionatoria, per disporsi come un tessuto a rete, orizzontale, che si lascia integrare dalle opzioni dei vari soggetti giuridici. Ciò, comunque, sempre nel rispetto di determinati "noccioli duri", caratterizzati da una normativa *hard*, come la Carta Costituzionale, l'insieme dei diritti fondamentali, le norme internazionali e comunitarie, le sentenze giudiziarie.

⁴¹⁵ FERRERI-PIZZORUSSO, *Le fonti del diritto italiano*, in SACCO, *Trattato di diritto civile*, Torino, 1998, p. 299.

⁴¹⁶ Emblematica, a questo proposito, con riferimento specifico all'utilizzo di atti non aventi effetti giuridici vincolanti che operano quali strumenti integrativi o interpretativi di atti vincolanti, è la già menzionata sentenza Grimaldi del 13 dicembre 1989 (causa C-322/88), in cui la Corte di Giustizia afferma che le raccomandazioni, benché non siano vincolanti ai sensi dell'art. 189, comma 5, del Trattato CEE, non possono per questo essere considerate atti privi di qualsiasi effetto giuridico, dal momento che "giudici nazionali sono tenuti a prendere in considerazione le raccomandazioni ai fini della soluzione della controversie sottoposte al loro giudizio, in particolare quando esse sono di aiuto nell'interpretazione di norme nazionali adottate allo scopo di garantire la loro attuazione, o mirano a completare norme comunitarie aventi natura vincolante". In ambito nazionale, nello stesso senso, anche Cass. civ., sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748, secondo la quale sebbene il Parlamento non abbia autorizzato la ratifica della Convenzione di Oviedo, da ciò "non consegue che essa sia priva di qualsiasi effetto nel nostro ordinamento. Difatti, all'accordo concluso sul piano internazionale, ma non ancora eseguito sul piano interno, può assegnarsi una funzione ausiliaria sul piano interpretativo: essa dovrà cedere di fronte a norme interne contrarie, ma può e deve essere utilizzato nell'interpretazione di norme interne al fine di dare a queste una lettura il più possibile ad esso conforme".

⁴¹⁷ ZACCARIA, *Trasformazione e riarticolazione delle fonti del diritto, oggi*, in *Ragion pratica*, 2004, p. 109; FERRAJOLI, *Principia iuris*, Roma, 2007, I, p. 924; VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto*, Torino, 2007, p. 272.

⁴¹⁸ FERRARESE, *Il diritto al presente*, Bologna, 2002, p. 147.

Insomma, allo stato attuale, pare proprio che nei sistemi giuridici convivano e interagiscano tra loro, nella stessa rete, diversi livelli, di *hard law*, ad alta vincolatività, e di normativa leggera, dotati di una flessibilità connessa ad esigenze difficilmente ingabbiabili entro schemi troppo rigidi.

Va detto che il diritto ha da sempre fatto riferimento a varie tipologie di norme al fine di influenzare le condotte e le ha ordinate secondo la loro differente forza obbligatoria⁴¹⁹. Quindi, si può affermare che la gradazione dei livelli di vincolatività, a cui allude la distinzione tra *hard law* e *soft law*, non è cosa nuova.

Pertanto, come ribadito già molte volte, la stessa formulazione degli atti soffici non appare essere una caratteristica distintiva e saliente, essendo i principi, ad esempio, tipicamente norme senza fattispecie o a fattispecie aperta e abitualmente formulati in un linguaggio valutativo o ottativo, con l'indicazione di un fine da conseguire. E non va dimenticato che spesso gli atti di *soft law* enunciano disposizioni di principio.

Tutto ciò conferma l'idea che i materiali che compongono il mondo giuridico sono molto più complessi e articolati rispetto a quanto tradizionalmente e semplicisticamente prospettato dalla dogmatica; va allora colta la valenza propria del diritto attenuato, ricerca che pare condurre al punto in cui il tema delle fonti si interseca con quello dell'interpretazione.

Prima di entrare nel vivo della questione, va ancora una volta ribadito come il diritto morbido sia tipicamente costituito da testi che sono in qualche senso giuridici perché entrano in quella prassi che chiamiamo diritto. L'elasticità, la flessibilità, l'indeterminatezza e la vaghezza dei suoi scopi sono relativi sia alle condizioni di sua applicazione che al modello di condotta prescritto. Senza dubbio, il diritto soffice, nelle sue molteplici manifestazioni, in quanto diritto scritto non obbligatorio *prima facie*, prescrive, anche se in maniera attenuata, qualcosa, un fine, un atteggiamento da assumere, un programma da seguire, un aspetto da tenere in considerazione.

Il diritto morbido, dunque, fa parte del *corpus* normativo ed entra nel processo di positivizzazione: è, come si è detto, una fonte del diritto, nel senso che è ritenuto capace di generare, in qualche modo regole giuridiche⁴²⁰.

Per arrivare alla descrizione reticolare del panorama giuridico attuale parte della dottrina è partita dalla distinzione tra nozione materiale e formale di fonte.

⁴¹⁹ Infatti nel mondo del diritto esistono anche comandi, divieti, ordini, intimazioni, precetti, istruzioni, direttive, raccomandazioni, pareri, proposte, richieste, istanze, ammonimenti, ecc.

⁴²⁰ PASTORE, *Il soft law nella teoria delle fonti*, in SOMMA, *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, cit., p. 128.

Come noto, la prima denota ogni atto o fatto che produce diritto: cioè, per sapere se un certo atto è fonte o meno, occorre identificare il suo contenuto, se atto, o il suo risultato, se fatto. La seconda fa riferimento ad ogni atto o fatto autorizzato a produrre, e non già effettivamente produttivo, norme, indipendentemente dal contenuto o dal risultato; ne segue che per sapere se un certo fatto o atto sia fonte del diritto basta guardare se nell'ordinamento di riferimento vi sia una norma sulla produzione che autorizza l'atto o fatto in questione a produrre diritto⁴²¹.

Orbene, proprio tale distinzione tra fonte in senso formale e in senso materiale sarebbe venuta meno alla luce del panorama giuridico odierno, caratterizzato da fonti di fatto non inquadrabili in nessuna gerarchia, fonti *extra ordinem* operanti sulla base del principio di effettività e fonti atipiche, come quelle di diritto leggero, che evidenziano viepiù il ruolo dell'interpretazione; insomma una rete in cui interagiscono tutte le norme grazie soprattutto all'opera ermeneutica. Gli interpreti, infatti, di fronte alla molteplicità delle fonti, formali ed informali⁴²², ed al loro flusso continuo e incontrollabile, devono previamente individuare il dato cui riferire il lavoro di attribuzione dei significati. Al tradizionale compito di trarre la norma dalla fonte si affianca, dunque, quello del reperimento della fonte stessa, che va costruita⁴²³. Si assiste insomma ad un processo di revisione delle fonti verso un ordinamento aperto, dove accanto alle norme formali si collocano quelle accettate dalla comunità giuridica, ricomprendendo anche delle fonti informali.

Fonte è allora un termine che rimanda all'insieme dei fattori che influiscono sulla produzione delle norme e questa influenza può variare: vi sono fonti che forniscono all'operatore giuridico immediatamente una norma valida e fonti che offrono soltanto indicazioni, orientamenti, indirizzi, da cui essi devono poi trarre le norme. Le fonti presentano così gradi diversi di oggettivizzazione, ma si pongono tutte come risorse ufficiali da cui trarre le regole. Queste ultime, nel contempo, sono frutto di interpretazione e di decisione, operanti come ragioni che sostengono le soluzioni giuridiche.

L'uso delle fonti dunque rinvia al momento applicativo e interpretativo, nel senso che la ricerca delle fonti diviene una questione di interpretazione e applicazione del diritto, a

⁴²¹ MODUGNO, voce *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, in *Enc. dir.*, Milano, vol. I, 1997, p. 586; GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998, p. 57.

⁴²² Le prime consistenti in atti o fatti soggetti a condizioni definite di validità, le seconde concretizzandosi in atti o fatti privi di forme giuridiche normativamente predisposte, dotate di qualche grado di effettività. Sul punto, FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., p. 418.

⁴²³ VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto*, cit., p. 271.

monte del quale vi sono materiali eterogenei che formano un materiale normativo in potenza da attualizzare⁴²⁴.

Da questo angolo visuale il diritto positivo appare come un'impresa solidale di soggetti, istituzionali e non, che, con la loro attività ermeneutica, articolano il discorso delle fonti all'interno di una prassi in cui la normatività giuridica si pone come il risultato di valori complessi che si combinano tra loro. In questa prospettiva, l'operare del diritto morbido conferma come la teoria delle fonti non possa essere considerata come statica e a sé stante, essendo palese come si intrecci con la teoria dell'interpretazione.

Il diritto appare come un tessuto, una rete di interrelazioni, dove regolazioni morbide, fluide ed elastiche, che giocano vari ruoli, rispondendo alle richieste di flessibilità provenienti da contesti sociali sempre più complessi, convivono con discipline pienamente obbligatorie. La normatività risulta, in tale quadro, non monolitica, ma caratterizzata da un notevole tasso di gradualità⁴²⁵.

Quindi, incrinata l'unità e la rigidità del sistema delle fonti, l'ordinamento vive nel rapporto che lega i molteplici e diversamente vincolanti atti di normazione con le attività interpretative che da essi si sviluppano. L'effettività, perciò, viene in rilievo, non solo come risposta di obbedienza alle norme da parte dei destinatari, ma anche come riposta riconoscimentale dei consociati che, partendo da elementi infrastatali, statuali, sovranazionali, costituiscono ermeneuticamente un ordine giuridico che presenta un intrinseco carattere dinamico⁴²⁶.

Soft law e *hard law*, così, vengono a convivere come plessi normativi spesso intrecciati nei processi di articolazione progressiva dell'ordinamento giuridico, contribuendo, con gradi più o meno intensi di giuridicità e in relazione ai concreti ambiti sociali e alle specifiche regole, ad orientare i comportamenti.

Ecco perché parte della dottrina ha affermato di recente che col termine *soft law* non si vuole confezionare un ossimoro o un paradosso, bensì celebrare l'avvenuto superamento del tradizionale modello occidentale e statalista di produzione del diritto secondo i canoni del positivismo legislativo⁴²⁷.

⁴²⁴ VIOLA-ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma, 1999, p. 316.

⁴²⁵ RUGGERI, *Prospettive metodiche di ricostruzione del sistema delle fonti e Carte internazionali dei diritti*, in *Ragion pratica*, 2002, p. 73; BRECCIA, *Immagini della giuridicità contemporanea tra disordine delle fonti e ritorno al diritto*, in *Pol. Dir.*, 2006, p. 364.

⁴²⁶ Così, PERLINGIERI, *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 203.

⁴²⁷ SOMMA, *Some like it soft. Soft law e hard law nella costruzione del diritto privato europeo*, in SOMMA, *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, cit. p. 153.

In particolare si è osservato che da molti punti di vista la decadenza di quel modello è un fatto consolidato, giacchè è a tutti evidente che i comportamenti dei consociati non sono indirizzati unicamente dalle fonti formali di produzione mediatamente o immediatamente riconducibili allo Stato. E non potrebbe essere diversamente: il tipo di Stato a cui fa riferimento il positivismo legislativo non conosce limiti esterni, se non contratti su un piano di parità con gli altri Stati, ed è modellato sullo schema della tripartizione dei poteri, funzionale alla repressione dei corpi intermedi.

Diverso è il modello di Stato chiamato in causa dalle attuali riflessioni sulla normativa soffice, sia essa evocata in alternativa o in combinazione con l'*hard law*: è uno Stato sociale ed è permeabile a forme interne ed esterne di sovranità.

È altresì apparso palese come il superamento nel senso indicato del tradizionale modello di produzione del diritto implichi anche una diversificazione degli strumenti attraverso cui si mira ad ottenerne l'osservanza, certo non riconducibili unicamente alla coercizione statale. Si delinea in tal modo il carattere distintivo del diritto morbido, fonte non vincolante secondo i canoni tradizionali, ma pur sempre giuridicamente rilevante, parte di un complesso e flessibile sistema di regole dotate di differente intensità prescrittiva, in cui la normatività è graduata. Un sistema, pare opportuno ribadire, definibile a rete, e non più a piramide, che conosce anche nodi duri, ma che sempre più si arricchisce di elementi soffici⁴²⁸.

All'interno di tale corrente di pensiero, merita essere riportato il ragionamento di quegli studiosi più propensi ad immaginare, piuttosto che una netta demarcazione tra *hard* e *soft law*, una linea di continuità che muove dalla piena vincolatività del precetto fino ad arrivare a forme regolative più leggere.

Con maggior precisione, secondo tale impostazione nell'uso corrente si intrecciano due diversi criteri definitivi: da un lato, con più frequenza, si fa ricorso ad un criterio procedurale che porta alla definizione elementare di diritto leggero come norme non vincolanti per i destinatari, prive cioè di una sanzione in caso di violazione e non giustiziabili davanti all'autorità giudiziaria; dall'altro lato, in forme meno esplicite, si pone il parametro sostanziale che riferisce la leggerezza ai contenuti vaghi, indeterminati, con ampi spazi per l'interpretazione e l'applicazione.

⁴²⁸ Se così stanno le cose, stupisce ancora meno che le prime riflessioni intorno alla *soft law* si siano sviluppate nell'ambito del diritto internazionale pubblico, materia desiderosa di emanciparsi dal diritto statale e nel contempo incapace di creare un ordine dotato di una reale forza coercitiva.

Spostandosi su un piano diverso, poi, si nota che il significato non si esaurisce in tali accezioni, riferendosi la morbidezza non solo ad uno specifico complesso di norme, ma anche al metodo con cui tali regole vengono prodotte e utilizzate.

Un tanto rilevato, ci si è allora chiesti se il diritto soffice si espande laddove non vi sia la possibilità di una legislazione *hard*. Tendenzialmente si è portati ad immaginare un rapporto di opposizione tra le due, eppure se si guarda al diritto internazionale e a quello europeo questa idea può essere facilmente smentita.

Nel diritto internazionale, si può parlare, come emerge dal quadro precedentemente descritto, di “un intreccio dinamico tra obblighi *hard* e obblighi soffici”, simile a quello esistente tra diritto statale e diritto internazionale. Difatti, è raro trovare una legislazione attenuata che viva da sola; essa, invece, viene usata più frequentemente sia in precedenza e in funzione di preparazione dell'*hard law* sia come supplemento di vario tipo ad uno strumento giuridico *hard*⁴²⁹. Nel diritto internazionale i *non binding agreements*, come si vedrà in seguito, per lo più non sono un'alternativa alla legislazione o agli accordi vincolanti, ma rappresentano piuttosto “il primo importante elemento di un processo evolutivo, che forgia le relazioni giuridiche tra molteplici attori, facilitando e, in qualche modo rafforzando, l'effettività e l'efficienza del *policy-making* transnazionale”⁴³⁰.

Analogamente, in Europa, il diritto leggero va letto non in rapporto di contrapposizione alla legislazione, ma quasi di funzionalità rispetto a questa. Ciò appare maggiormente chiaro se si tiene conto della invalsa tripartizione tra funzioni *pre-law*, *para-law* e *post-law*⁴³¹. Infatti, in ben due ipotesi, la prima e l'ultima, si può parlare di un rapporto di collaborazione che la *soft law* svolge rispetto alla legislazione *hard*.

Secondo una diversa impostazione, invece, la diffusione del diritto morbido avrebbe molto a che vedere con il nuovo rilievo assunto dagli aspetti funzionali, piuttosto che strutturali del diritto; essi inseriscono il fenomeno *de quo* in quel percorso di allontanamento dalla tradizione giuspositivista che conduce, come indicato da Bobbio, “dalla struttura alla funzione del diritto”. Detto altrimenti, con la normativa soffice si sarebbe, in un certo senso, di fronte al rovesciamento del tradizionale modo di pensare il diritto: piuttosto che pensarlo soprattutto come struttura, ossia come coerente articolazione di norme in un tessuto

⁴²⁹ Così, SHELTON, *Commitment and Compliance*, Oxford, 2003, p. 10.

⁴³⁰ Sempre SHELTON, *Commitment and Compliance*, Oxford, 2003, p. 75.

⁴³¹ Si ricorda che la funzione *para-law* viene svolta quando il diritto leggero consiste in documenti preparatori o informativi sulle leggi che sono in fase di elaborazione: essa dunque precede le leggi e appresta un terreno di comunicazione, informazione e elaborazione. La funzione *para-law* nasce come una vera alternativa alla legislazione, temporanea o definitiva. Infine, la funzione *post-law* si verifica quando la *soft law* mira ad integrare, modificare o conferire maggiore effettività a leggi già esistenti.

unitario, si guarda ad esso prevalentemente come funzione, ossia come capacità di prestazione di compiti.

In particolare due aspetti paiono principali per ciò che concerne le prestazioni funzionali della normativa leggera: le differenze funzionali rispetto al diritto legislativo e la varietà di funzioni che essa può assolvere rispetto al monofunzionalismo che era tipico delle leggi.

Il diritto attenuato, in quest'ottica, si presta assai bene anche a descrivere una giuridicità multifunzionale anziché monofunzionale, a differenza del diritto normativo che mirava soprattutto ad ottenere l'obbedienza, ossia a condotte conformi alle prescrizioni; da qui l'insistenza di Kelsen sulle sanzioni, intese come strumenti necessari per riscuotere l'obbedienza da parte dei destinatari. Vi era in tal senso una coincidenza tra fini e funzioni del diritto: l'ordine funzionale delle norme, tipico del diritto, corrispondeva alla capacità di produrre un orientamento sociale⁴³²; accanto a questa funzione preminente e presupposta potevano poi convivere altre, come quella di legittimazione del potere e di risoluzione dei conflitti.

Quanto al diritto soffice, si può ben osservare come esso risponda a molteplici ordini di funzioni, che possono anche prescindere da quella orientativa. Se, come si è già detto prima, la normativa leggera può essere vista come una forma giuridica che emerge in risposta alla complessità giuridica della globalizzazione, l'allargamento dello spettro delle sue funzioni corrisponde a due ragioni principali: da un lato, la diversificazione e l'espansione della platea dei destinatari; dall'altro lato, l'indebolimento della capacità prescrittiva del diritto, che richiede di essere compensata e sostenuta da altri modi di radicamento. Per quanto attiene al primo aspetto, basti pensare al fatto che il diritto morbido, in genere, non si rivolge ai cittadini di un dato territorio, come faceva il diritto legislativo statale, ma proprio a quegli Stati che in passato si ritenevano esenti da scrutini. Quanto al secondo aspetto, il diritto leggero, rinunciando alle sanzioni, punta sullo sviluppo di altre capacità per farsi ascoltare e ricevere applicazione.

Venendo più specificatamente alle funzioni in grado di compensare la debole capacità orientativa della normativa soffice, tradizionalmente ne vengono individuate quattro.

Innanzitutto, la normativa morbida può svolgere una funzione di tipo comunicativo, ossia indirizzata a promuovere la partecipazione e l'informazione del suo stesso *iter* formativo e sui suoi scopi o linee evolutive. La comunicazione, a sua volta, può avere diversi caratteri e destinatari. Può essere rivolta a promuovere la trasparenza dell'*iter* istituzionale e incentivare la partecipazione dei cittadini e può dunque riguardare il circuito istituzionale o

⁴³² Ampiamente sulla tematica, FERRARI, *Funzioni del diritto*, Roma, 1995.

la società. Questi due fini possono anche convergere in un indirizzo politico di *governance*⁴³³.

Accanto a questa, si può parlare anche di una funzione di socializzazione ai valori che le regole leggere vogliono mettere in moto. Come è noto, il processo di socializzazione, per essere efficace, non può affidarsi solo a sanzioni e misure punitive: al fine di promuovere l'interiorizzazione di determinati *standards* e valori occorrono anche l'incentivazione e l'esempio, attraverso un percorso di graduale assimilazione degli stessi. L'utilità di tale funzione appare evidente se solo si tiene conto che gli Stati hanno tradizioni giuridiche assai diverse: la *soft law* in tal senso servirebbe ad attenuare le diversità e predisporre un percorso di crescente familiarizzazione con determinati fini o obiettivi perseguiti dalle regole.

Un'ulteriore funzione che il diritto attenuato può svolgere è quello di orientare l'interpretazione delle sue stesse regole. Questa funzione può realizzarsi soprattutto quando il diritto morbido fa riferimento ad una legislazione già varata (*post-law*) e rispetto alla quale esprime modalità interpretative o corregge quelle sbagliate che si sono affermate.

Infine il diritto leggero risponde anche a quel criterio di incrocio tra modalità proprie dello Stato di diritto e modalità di *governance* proprie della globalizzazione. Questo incrocio è oggi indispensabile per impostare il tema della re-istituzionalizzazione dei poteri, che necessariamente richiede un ripensamento degli strumenti giuridici e delle loro funzioni tradizionali: "l'estrema complessità dei dispositivi che sono già su piazza porta a temere che la ragione, anche da sveglia, possa allevare dei mostri. Si può avere paura di questo mostro o questo è una risposta al grande disordine di un mondo senza bussola?"⁴³⁴.

3.6 La *soft law* nei vari ordinamenti

Come più volte ricordato, il diritto leggero trae origine proprio in ambito internazionale.

Il nesso tra il fenomeno in esame e il diritto trova nell'ordinamento internazionale chiara manifestazione nel fatto che il ricorso alla *soft law* è coerente alla definizione e al perseguimento di obiettivi di portata generale nell'ambito di singole tematiche. Esso risponde principalmente alle aspettative degli Stati i quali, anziché vincolarsi con atti di *hard law*, sempre più frequentemente preferiscono raggiungere intese di massima su

⁴³³ Ad esempio, i *Green Papers* e i *White Papers*, emanati dalla Commissione Ue, si rivolgono ad entrambi gli uditori e promuovono al contempo un circuito di informazione interna e di comunicazione esterna.

⁴³⁴ DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit. La refondation des pouvoirs*, Paris, 2007, p. 97.

principi e regole in via di formazione o su meccanismi morbidi di attuazione degli impegni assunti. Ciò allo scopo di graduare l'assunzione di obblighi internazionali in specifiche materie, quali, tra le altre, il diritto internazionale dell'ambiente, dell'economia e i diritti dell'uomo⁴³⁵.

Il diritto leggero è sempre più adoperato anche nell'ambito dell'Unione europea. Anche qui il riferimento va a regole di condotta, in linea di principio, non dotate di forza giuridicamente vincolante, ma, non di meno, produttive di effetti pratici⁴³⁶, aventi valore prevalentemente funzionale, ossia volti a raggiungere fini specifici in determinati settori, unificando, armonizzando, coordinando e cooperando. Un significativo esempio è costituito dalle raccomandazioni della Commissione e del Consiglio che, tracciando linee guida, possono riguardare ampie aree di strategia politica, in prospettiva di coordinamento dei rapporti tra gli Stati. Ma, in tale ottica, non vanno scordati i codici di condotta, i libri verdi, i libri bianchi, le azioni di programma, le comunicazioni, le risoluzioni, gli orientamenti, i pareri, le dichiarazioni, le istruzioni che operano nella prassi delle istituzioni Ue. Spesso si tratta di indicazioni che, come si avrà modo di vedere, vengono trasformate, attraverso decisioni giudiziali, legislative e amministrative, in *hard law*⁴³⁷.

Il diritto morbido ha preso di recente piede anche nei vari ordinamenti nazionali. Diversi, infatti, in quest'ambito, sono i fenomeni che rispondono ad un bisogno di flessibilità e di articolazione dell'intervento regolativo. Si allude, *in primis*, alle esperienze connesse al diffondersi di organismi, come le autorità indipendenti ed i comitati etici, chiamati a fissare e far rispettare regole deontologiche e comportamentali per determinate professioni o attività, sovente attraverso la formulazione di pareri, direttive, raccomandazioni, che escludono una stretta disciplina vincolante, ma che comunque sono produttive di effetti nel mondo giuridico⁴³⁸. Secondariamente ci si riferisce a quelle forme di autodeterminazione normativa, richiedenti discipline leggere, flessibili ed elastiche come risposta alla complessità degli assetti sociali⁴³⁹. Le norme soffici, poi, vengono utilizzate in alcuni settori per indirizzare l'attività dei destinatari senza imporre un determinato obiettivo, ma comunque spingendoli al conseguimento dello stesso⁴⁴⁰.

È evidente come dal quadro sopra descritto emerga un mutamento del modello di regolazione: non più incentrato su norme rigide che si impongono alla generalità e su

⁴³⁵ DISTEFANO, *Origini e funzioni del soft law in diritto internazionale*, in *Lav. e dir.*, 2003, p. 17.

⁴³⁶ SNYDER, *Soft law e prassi istituzionale nella Comunità europea*, in *Soc. dir.*, 1993, p. 80.

⁴³⁷ Sempre SNYDER, *Soft law e prassi istituzionale nella Comunità europea*, cit., p. 97.

⁴³⁸ PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997, p. 61.

⁴³⁹ RODOTA', *Diritto, scienza, tecnologia*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, p. 362.

⁴⁴⁰ BANO, *Diritto del lavoro e nuove tecniche di regolamentazione: il soft law*, in *Lav. dir.*, 2003, p. 70.

fattispecie analitiche, ma attento all'esigenza di fare della normazione uno strumento capace di adattarsi a dinamiche sociali, economiche, tecnologiche in continua evoluzione, nonché idoneo a tener conto dei vari interessi in gioco e ad orientare, senza costringere, verso determinati scopi la condotta dei destinatari.

In tal modo, l'elasticità e la versatilità dello strumento giuridico consentono di conciliare l'intervento normativo con le molteplici manifestazioni di pluralismo caratterizzanti la moderna società, evitando che il diritto si ponga come fattore di rigidità.

In questo panorama, caratterizzato dalla relativizzazione del principio di tipicità delle forme e della forza normativa, nonché dalla crescente varietà delle regole giuridiche, ben si colloca il diritto attenuato: esso rappresenta uno dei fattori con cui si concretizza oggi la normatività di un sistema giuridico.

3.6.1. La *soft law* in ambito internazionale

Venendo più specificatamente a trattare del diritto internazionale, le sue caratteristiche e il suo sistema delle fonti sono argomenti noti⁴⁴¹.

Questo ordinamento, in particolare, è composto da soggetti, quali gli Stati, tributari della sovranità, intesa come inesistenza giuridica di soggetti sovraordinati ad essi. Infatti, la comunità internazionale ha un carattere strutturalmente anarchico, in virtù del fatto che essa risulta sprovvista di organismi in grado di obbligare i soggetti che ne fanno parte a tenere una data condotta⁴⁴².

Tale carattere si riverbera naturalmente sul sistema delle fonti sotto un duplice aspetto.

Sotto il primo profilo, il sistema delle fonti internazionali non conosce, salvo eccezioni, atti produttivi di norme giuridiche, adottati da organi internazionali, che siano dotati di efficacia vincolante.

Quanto al secondo aspetto, va precisato che se gli atti immediatamente precettivi creano sicuramente obblighi, nel contempo essi non sono in quanto tali immediatamente sanzionabili, almeno sul piano internazionale⁴⁴³. Questo perché i meccanismi di coazione

⁴⁴¹ Sul quale, per tutti, FERRERI, voce *Fonti del diritto (dir. int)*, in *Enc. dir.*, Milano, 2007, p. 637; si veda altresì MONACO, voce *Fonti del diritto. Diritto internazionale*, in *Enc. giur.*, Roma, vol. XIV, 1989.

⁴⁴² E ciò sia in astratto, stante l'assenza di un legislatore internazionale, che in concreto, considerato il carattere relativo e flessibile della legalità internazionale. In argomento PANEBIANCO, *Prelezioni di diritto internazionale*, Napoli, 2007, p. 32; TANZI, *Introduzione al diritto internazionale contemporaneo*, Padova, 2006, p. 66.

⁴⁴³ Ad ogni modo, la carenza in punto di sanzione è compensata in ambito internazionale dal fatto che vi è una corrispondenza quasi perfetta tra regolatori e regolati, il che favorisce il più alto tasso di osservanza. Tuttavia, è di prima intuizione come le norme di *hard* e di *soft law* si differenzino sul piano dell'efficacia, immediatamente vincolante o meno, piuttosto che su quello dell'effettività.

delle norme internazionali cogenti sono essenzialmente di due tipi. Il primo ha natura strettamente giuridica e consiste nel fatto che sono gli stessi giudici degli Stati ad applicare questo genere di norme. Il secondo, estraneo all'ambito proprio del diritto, fa riferimento ai c.d. meccanismi di autotutela, in virtù dei quali lo Stato parte di un trattato ha la possibilità di reagire in via diretta al mancato adempimento di una delle altre parti, adottando opportune contromisure.

Alla luce di quanto detto è evidente come la demarcazione tra *soft* e *hard law* in ambito internazionale sia molto meno netta che negli ordinamenti statali: tralasciando le consuetudini, la necessità di una determinazione ad impegnarsi per dar luogo a norme, *ex ante*, e la mancanza di efficaci meccanismi di coazione, *ex post*, rende l'efficacia vincolante degli atti un qualcosa di tutto sommato evanescente sotto il profilo della realizzazione delle esigenze cui la norma mirava.

Vista l'eterogeneità di atti compresi nella categoria degli atti attenuati⁴⁴⁴, la dottrina internazionalistica si è per molto tempo dedicata all'arduo compito di darne una definizione onnicomprensiva, arrivando alla fine ad individuare quattro aspetti peculiari del fenomeno⁴⁴⁵. In primo luogo, il diritto soffice nascerebbe dai lavori di organi di organizzazioni internazionali e non dalla spontanea iniziativa degli Stati. Secondariamente, esso sarebbe creato da soggetti di diritto internazionale, ad eccezione dei codici di condotta, prodotti con l'ausilio di soggetti privati. In terzo luogo, la normativa leggera non seguirebbe tutti i passaggi del processo di formazione delle fonti giuridiche internazionali, né deriverebbe da altre fonti formali tra quelle indicate dall'art. 38 dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia⁴⁴⁶; semmai fungerebbe da sintomo rivelatore di una consuetudine o di un principio generale o di uno strumento preparatorio di una

⁴⁴⁴ Così, in ambito internazionalistico, sono raccolte in tale categoria le dichiarazioni di principi dell'Assemblea delle Nazioni Unite, insieme alle risoluzioni, agli inviti, ai voti, agli appelli. Vi rientrano anche le norme convenzionali, i *non bindings agreements*, le risoluzioni, le raccomandazioni e le dichiarazioni di principi di organizzazioni o conferenze internazionali, aventi un valore non obbligatorio, ma meramente esortativo, d'indirizzo o programmatico, che veicolano nuove esigenze di regolamentazione, nonché quelle norme non ancora produttive di effetti giuridici, in quanto contenute in accordi non ancora entrati in vigore. Se, poi, si volge lo sguardo alla struttura delle fonti del diritto internazionale, il soft law starebbe ad indicare tutti quegli atti e procedure che si trovano fuori dal quadro delle fonti indicato dall'art. 38 dello Statuto della Corte internazionale di Giustizia.

Esemplificativa in tal senso la sentenza Grimaldi del 13 dicembre 1989 (causa C-322/88), laddove la Corte di Giustizia afferma che le raccomandazioni, benché non siano vincolanti ai sensi dell'art. 189, comma 5, del Trattato CEE, non possono per questo essere considerate atti privi di qualsiasi effetto giuridico, dal momento che "giudici nazionali sono tenuti a prendere in considerazione le raccomandazioni ai fini della soluzione della controversie sottoposte al loro giudizio, in particolare quando esse sono di aiuto nell'interpretazione di norme nazionali adottate allo scopo di garantire la loro attuazione, o mirano a completare norme comunitarie aventi natura vincolante".

⁴⁴⁵ THURER, voce *Soft law*, in *Encyclopedia of Public International law*, 2000, IV, p. 452.

⁴⁴⁶ L'art. 38 è tradizionalmente utilizzato dalla dottrina internazionalistica per individuare le fonti di diritto internazionale. Esso prevede che le Corti, nel decidere le questioni sottoposte al suo vaglio, applichi le convenzioni internazionali, le consuetudini, i principi generali del diritto.

Formattato: Tipo di carattere:
(Predefinito) Arial

convenzione internazionale. Infine, tale fenomeno sarebbe contiguo al diritto, in quanto produttore alcuni effetti giuridici.

In base a tali peculiarità, i principali atti internazionali riconducibili al diritto soffice sono stati identificati negli atti delle organizzazioni internazionali e nei *non-binding agreements*, ossia accordi non vincolanti.

Quanto a questi ultimi⁴⁴⁷, la difficoltà di giungere ad un testo condiviso, su cui tutti gli attori convergano, suggerisce di attribuire agli stessi un carattere morbido, in modo tale da vincere le resistenze degli Stati che altrimenti non apporrebbero la firma. Quel poco che si perde sul piano dell'efficacia è con tutta probabilità compensato dalla promessa da parte degli attori di informare la propria condotta ai principi sanciti dall'atto. Infatti, il carattere differenziale dei *non binding agreements* risiede proprio nella volontà delle parti di coordinare l'intervento normativo e politico degli Stati in determinati settori particolarmente bisognosi di un'azione comune, ma senza obbligarsi a tenere una determinata condotta, bensì ponendo in essere un atto maggiormente flessibile, a maglie larghe, fatto di principi e regole generali, privo di obblighi specifici ma non per questo insuscettibile di indirizzare le scelte degli attori. Tali accordi, contenenti norme di natura programmatica e generica e non implicanti una responsabilità in capo agli Stati in caso di mancato adempimento, nondimeno determinano il convincimento in capo agli Stati che l'abbiano accettato a rispettarlo; la prassi dimostra tale andamento.

L'altro tipo di strumento di diritto leggero tipico del diritto internazionale è costituito, come detto, dagli atti delle organizzazioni internazionali. Il fenomeno è quanto mai eterogeneo, se si considera la molteplicità di organizzazioni esistenti e le differenze tra loro per fini, competenze e autorevolezza, ma comunque percorso dall'elemento unificante dell'assenza della dichiarazione di volontà degli Stati e al contempo dalla mancanza di un'investitura generale di poteri normativi in favore di questi organi. Detta circostanza rende necessario conferire ai singoli atti carattere non vincolante.

Un tanto premesso sulla generale categoria degli atti delle organizzazioni internazionali⁴⁴⁸, va precisato che all'interno di essa vengono poi in rilievo due strumenti principali: le risoluzioni e le raccomandazioni⁴⁴⁹.

⁴⁴⁷ La dottrina internazionalistica cominciò a notare la presenza di tali atti di natura convenzionale a partire dall'adozione dell'Atto finale della Conferenza di Helsinki del 1975 sulla Sicurezza e Cooperazione in Europa, consultabile in *International legal Materials*, 1975, p. 1293. sull'argomento, ampiamente, SCHACHTER, *Non-Conventional Concerted Acts*, in BEDJAOUI (a cura di), *International Law: Achievements and Prospects*, Dordrecht, 1991, p. 265.

⁴⁴⁸ Nell'impossibilità di fornire un elenco completo, si citano gli atti più importanti tra cui risoluzioni, codici di condotta, comunicazioni, accordi leali, atti che hanno forma di trattati e procedure di sorveglianza multilaterale. Sul punto si veda DE LUCA, *Il soft law*, cit., p. 36.

Le seconde sono atti sicuramente *soft*, in quanto la loro funzione è suggerire agli Stati partecipanti ad una data organizzazione internazionale di tenere una determinata condotta⁴⁵⁰ e, in particolare, di prendere specifiche determinazioni giuridicamente rilevanti sul piano interno. Esse sono tradizionalmente qualificate come atti soffici che, in modo strettamente funzionale agli scopi delle diverse organizzazioni internazionali, esprimono la volontà dell'organo adottante di indirizzare ed influenzare il comportamento degli Stati. D'altronde lo stesso nome raccomandazione suggerisce l'assenza di effetti giuridici vincolanti, a favore di un ruolo di indirizzo o di ammonimento nei confronti degli Stati membri dell'organizzazione internazionale. Questa funzione è stata evidenziata dalla dottrina italiana che, al proposito, ha parlato di effetto liceità: esso troverebbe fondamento giuridico nell'obbligo generale di cooperare con l'organizzazione internazionale di cui si è membri, nel rispetto del generale principio di buona fede che dovrebbe ispirare la condotta degli Stati.

Tra le raccomandazioni più importanti si rinvengono quelle dichiarative di principi, come ad esempio la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo adottata in seno all'ONU nel 1948: essa, nell'indicare per la prima volta i diritti inviolabili dell'uomo, è servita come base per la negoziazione di fondamentali trattati in materia. Spesso, dunque, nel processo di sviluppo di norme generali in materia di diritti della persona, una prima fase di elaborazione di diritto leggero rappresenta la regola. Ciò trova riscontro infatti anche nel rapporto tra la Dichiarazione del 1948 e i Patti delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici e sui diritti economici, sociali e culturali del 1966⁴⁵¹.

Le risoluzioni, al contrario, sono atti che, almeno in teoria, e cioè quando sia espressamente previsto dai trattati istitutivi dell'organizzazione internazionale adottante, può veicolare norme di *hard law*⁴⁵². Tuttavia, la ritrosia degli Stati ad assoggettarsi al potere normativo altrui è cosa nota, come testimoniato dal fatto che le organizzazioni internazionali provviste di simili attribuzioni siano eccezioni⁴⁵³.

⁴⁴⁹ Parte della dottrina preferisce riferirsi a raccomandazioni e decisioni. Si veda, ad esempio, NAPOLITANO, *Funzioni operative di azione diretta delle organizzazioni internazionali*, in *Comunità internaz.*, 1979, p. 404

⁴⁵⁰ "La raccomandazione è priva di effetti giuridici vincolanti, ma gioca un ruolo di indirizzo e di ammonimento nei confronti dei membri dell'organizzazione". Così DI STEFANO, *Origini del soft law in diritto internazionale*, in *Lav. dir.*, 2003, p. 21.

⁴⁵¹ TANZI, *Introduzione al diritto internazionale contemporaneo*, Padova, 2003, p. 181.

⁴⁵² Si pensi, a titolo di esempio, alle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza dell'ONU, di cui all'art. 41 della relativa Carta.

⁴⁵³ Tra le eccezioni si segnalano, oltre alle risoluzioni del Consiglio di sicurezza dell'Onu, i regolamenti dell'organizzazione mondiale della Sanità che sono vincolanti a meno che lo Stato non ponga espressa riserva entro un termine stabilito o non dichiari di rigettare il regolamento.

Il tratto che accomuna i *non binding agreements* e gli atti non vincolanti adottati dalle organizzazioni internazionali è il rilievo sull'affidamento degli Stati e la correlativa necessità che i diversi soggetti coinvolti informino le proprie condotte al principio di buona fede. Questo infatti è il fondamento dell'efficacia giuridica del genere di atti morbidi in parola. Il collegamento con detti principi è particolarmente chiaro nel caso degli accordi internazionali non vincolanti, mentre per le raccomandazioni e le risoluzioni delle varie organizzazioni si realizza in via diretta, per il tramite dell'accordo istitutivo di questi soggetti e della partecipazione degli stessi al procedimento di adozione degli atti medesimi. In sostanza, uno Stato non può, in buona fede, lamentarsi del comportamento di un altro soggetto, se questo è conforme a regole adottate da un'organizzazione internazionale di cui entrambi fanno parte e che essi, notazione questa decisiva, hanno contribuito attivamente ad adottare.

Se quanto detto attiene alla congerie di atti riconducibili alla nozione di diritto soffice, bisogna altresì considerare gli effetti che questi strumenti hanno nel processo evolutivo del diritto internazionale, il quale per venire incontro all'emergere di sempre nuove esigenze non può che incedere per piccoli passi. Questo procedere, infatti, trova negli strumenti leggeri un potente fattore di sviluppo, in grado di coniugare l'evoluzione sociale con la necessità di erodere, poco a poco, le resistenze dei vari Paesi⁴⁵⁴.

Le motivazioni di quanto sostenuto sono duplici: per un verso, la stipula di accordi non vincolanti permette, giova ribadirlo, di superare le resistenze di alcuni dei possibili Stati stipulanti a contrarre ad alcuni specifici obblighi; dall'altro il carattere non vincolante degli atti delle organizzazioni internazionali è diretta conseguenza dell'assenza di volontà da parte dei vari Stati di cedere parte della sovranità a loro favore.

Entrambi i due tipi di atti, oltre a produrre di per sé gli effetti detti, possono dare vita ad innovazioni del diritto internazionale di carattere immediatamente precettivo, seppure per vie diverse. In particolare, essi si pongono come disposizioni sperimentali sotto due diversi profili.

In primo luogo, questi atti pongono le norme che poi saranno proprie degli atti vincolanti, dando avvio ad un processo di apprendimento in ordine alla loro capacità di raggiungere gli scopi alla base della scelta di regolare. Nel caso essi si rivelassero insoddisfacenti, saranno semplicemente disattesi dai soggetti che dovrebbero rispettarli. Infatti, tali soggetti

⁴⁵⁴ Lo strumento soft sembra inserirsi all'interno di quel processo evolutivo di erosione della sovranità statale. Sull'argomento, SILVESTRI, *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, p. 3; ANDO', *Crisi della sovranità o ordine internazionale stato centrico? Tertium datur*, in *Pol. dir.*, 2003, p. 30.

tendenzialmente coincidono con coloro che pongono le norme e cercano tramite essi di perseguire determinati fini.

In secondo luogo, la sperimentazione ha anche un valore argomentativo. Se le norme poste dall'atto non vincolante sono in grado di raggiungere i fini che erano stati prefissati, in seguito sarà più agevole per i loro sostenitori convincere gli altri soggetti a novare la fonte in atti di *hard law*. Questa funzione assume ancora maggior rilievo ove solo si consideri che il consenso, in ambito internazionale, è un elemento fondamentale al fine di garantire l'effettiva osservanza delle norme da esso poste.

Con maggior grado di dettaglio, si è fatto cenno al fatto che la funzione in esame è svolta dai due generi di atti in esame attraverso due strade diverse: i *non binding agreements*, in virtù del fatto che si rivolgono ai soli soggetti che li hanno sottoscritti, si pongono solo come norme sperimentali, che possono acquisire carattere vincolante solo in seguito alla stipula di un nuovo e autonomo atto; per gli atti delle organizzazioni internazionali, invece, il discorso è più complesso. Posto che essi possono ben essere, analogamente agli accordi non vincolanti, la base per la stipula di un successivo trattato, essi possono anche da luogo, qualora l'organizzazione adottante abbia un'autorevolezza sufficiente, ad una consuetudine internazionale, a condizione che presentino entrambi i caratteri della *diuturnitas* e della *opinio iuris*.

Quanto sostenuto trova riscontro nella pratica. Ad esempio, in materia ambientale, la dichiarazione adottata a Stoccolma dalla Conferenza degli Stati sull'ambiente, indetta dall'ONU, ha sancito il divieto di recare, con la propria attività di sfruttamento delle risorse, nocimento all'ambiente di altri Stati; questo è il c.d. principio di divieto dell'inquinamento transfrontaliero che oggi è parte del diritto consuetudinario internazionale.

Un'ultima notazione va riservata alla funzione degli strumenti soffici. Innanzitutto, quello che si evince dall'analisi delle principali categorie di atti morbidi, è che il *soft law* svolge un ruolo decisivo nella ricostruzione del contenuto di una norma consuetudinaria, ora ribadendo principi già acquisiti, ora contribuendo alla loro cristallizzazione, ora ponendo le basi per una nuova regola. Esso poi funge da strumento preparatorio di trattati internazionali. Da ultimo, esso costituisce uno strumento interpretativo di norme positive di portata spesso altamente significativa, fino a svolgere persino un ruolo integrativo delle stesse; invero, la Corte internazionale di Giustizia ha fatto riferimento in varie occasioni a principi e atti di diritto leggero⁴⁵⁵.

⁴⁵⁵ In particolare si ricordano le argomentazioni sul valore delle risoluzioni dell'Assemblea generale nel caso delle attività militari in Nicaragua, in cui la Corte ha assegnato al *soft law* quel valore ricognitivo e probante dell'esistenza di norme consuetudinarie ed in generale dell'evoluzione del diritto internazionale.

Quanto alle conseguenze da ricondurre all'inosservanza di una regola *soft*, va rilevato come alcuni neghino rilevanza al diritto morbido proprio in ragione dell'assenza di conseguenze giuridiche in caso di violazione, mentre altri rilevino l'esistenza di meccanismi soffici di controllo ed esecuzione dell'osservanza di regole internazionali.

Il settore che più di altri evidenzia l'esistenza di tali sistemi è ancora una volta quello ambientale, dove il carattere flessibile e impreciso delle norme, il difficile accertamento dell'illiceità dei fatti che possono provocare danni ambientali, la complicata ricostruzione dell'eventuale attribuzione della responsabilità in capo agli Stati, spiegano la creazione di procedimenti meno stringenti rispetto alla responsabilità internazionale e il proliferare di efficaci strumenti di prevenzione.

La costituzione di organi preposti al monitoraggio dei comportamenti statali assicura, infatti, un valido strumento di composizione delle controversie in combinazione coi metodi classici della conciliazione e della mediazione e, in alcuni casi, tramite la clausola facoltativa di arbitrato. Inoltre la natura morbida delle regole istitutive e procedurali si attaglia spesso al carattere spesso non conflittuale degli stessi. In tal modo, simili meccanismi si trasformano da mezzi di composizione delle controversie in strumenti di cooperazione internazionale, promuovendo, ad esempio, il trasferimento delle tecnologie nell'ambito della gestione e conservazione delle risorse internazionali⁴⁵⁶.

In conclusione, si può sostenere che il diritto attenuato in ambito internazionale assolve ad un insieme eterogeneo di funzioni ed esigenze: in termini di raccomandazione, esso implica che la materia oggetto di regolazione esca dalla giurisdizione domestica per essere assoggettata alle relazioni internazionali; esso può essere utilizzato come base per emanare una legislazione nazionale al fine di rendere effettiva la regola di condotta; esso può costituire una cornice legale per future discussioni tra gli Stati; esso può creare l'aspettativa che gli Stati si conformeranno alle regole di condotta non ancora vincolanti in esso contenute; esso può, durante il processo di formazione di una normativa vincolante, avere un effetto di legittimazione della condotta degli Stati fino a che la nuova normativa non sia entrata in vigore; esso, ove creato da un'organizzazione internazionale, diventa obbligatorio per i suoi organi; esso può essere utilizzato come mezzo di interpretazione di una norma *hard*.

⁴⁵⁶ A titolo di esempio si veda il protocollo di Montreal del 1987 alla Convenzione di Vienna per la protezione della fascia d'ozono del 1985 che prevede una procedura attivabile da qualunque Stato del protocollo. Il ricorso viene poi trasmesso all'*Implementation Committee*, il cui compito principale è quello di condurre indagini sui fatti e proporre formule per la soluzione delle controversie di tipo conciliativo sulla base delle norme del Protocollo. Il rapporto finale viene presentato alla Conferenza delle parti che decide eventuali misure mirate a favorire l'adempimento; in tale sede potranno essere disposte misure di assistenza finanziaria e tecnica nei riguardi dello Stato in difficoltà.

Alla luce di quanto elencato, l'assolutezza dell'affermazione per cui il diritto attenuato non può spingere sulla creazione, sulla forza, sulla modifica o sulla estinzione di diritti e obbligazioni vincolanti del diritto internazionale pare essersi temperata. Certo, se è vero che a livello di fonti ufficiali il diritto soffice non ha la collocazione di un trattato o di una consuetudine, ponendo uno sguardo alla prassi è palese come esso, pur non avendo forza ufficiale di norma obbligatoria, acquista tale forza attraverso nella pratica, tutte le volte che gli Stati e le organizzazioni internazionali ne fanno uso.

3.6.2 La *soft law* in ambito europeo

Sarebbe errato affermato che il diritto morbido sia una novità nel diritto comunitario⁴⁵⁷. Il suo sistema formale delle fonti comprende, infatti, anche atti privi di efficacia vincolante: oltre ai regolamenti, alle direttive e alle decisioni, tutti atti vincolanti riconducibili all'*hard law*, si riscontrano raccomandazioni e pareri, sicuramente non vincolanti. Se, per certo, con questi ultimi atti siamo fuori dai confini dell'*hard law*, è altrettanto vero che l'ordinamento comunitario li riporta nell'alveo del sistema delle fonti.

Una conferma del fatto che, con le raccomandazioni e i pareri, ci muoviamo nell'ambito del diritto attenuato viene dalla nota sentenza Grimaldi, dove la Corte di Giustizia ha affermato che le raccomandazioni, nonostante la loro non vincolatività, "non possono considerarsi atti privi di qualsiasi effetto giuridico", dal momento che "i giudici nazionali sono chiamati a prenderle in considerazione per risolvere le controversie sottoposte al loro giudizio, in particolare quando le raccomandazioni stesse sono di aiuto nell'interpretazione di norme

⁴⁵⁷ Secondo POGGI, *L'integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionali*, Relazione tenuta al convegno annuale dell'associazione italiana dei Costituzionalisti, Catania, 14-15 ottobre 2005, il *soft law* in ambito europeo è nato dall'osservazione della realtà effettiva di atti e strumenti utilizzati dalle istituzioni UE. Va precisato che la Corte, fin dall'inizio, non ha mai classificato, a differenza della dottrina, taluni atti come di *soft law*. Tuttavia è proprio nella giurisprudenza comunitaria che tale categoria prende forma e, più precisamente, non appena la Corte, cambiando i suoi precedenti, inizia a dichiarare ricevibili ricorsi contro atti non nominati dai Trattati. Tale prospettiva è diventata in qualche misura inevitabile dopo il varo della politica giurisprudenziale sostanzialistica che consiste nel valutare se qualunque atto, indipendentemente dal suo *nomen* e dalla sua espressa previsione nei Trattati, miri a produrre effetti giuridici. Quando l'atto non nominato non è ritenuto produttivo di effetti lo dichiara irricevibile. Perciò il giudizio su atti che astrattamente non potrebbero produrre effetti giuridici, o perché atipici o perché privi della forma richiesta, costituisce il terreno in cui è possibile valutare la posizione della Corte sul *soft law*. Applicando costantemente il principio della prevalenza del contenuto sulla qualificazione formale dell'atto, dunque, la Corte ritiene ricevibili i ricorsi ogniqualvolta i ricorrenti dimostrino che gli atti siano produttivi di effetti giuridici (Trattasi questa di giurisprudenza costante: tra le altre sent. 31 marzo 1971, C-22/70; sent. 9 ottobre 1990, causa C-366/88). Non potendo collegare l'effetto dell'atto alla sua qualificazione formale, la Corte motiva la sua decisione sulla base dei principi di certezza, di cooperazione e di competenza (Sent. 6 aprile 2000, causa C-443/97 e sent. 9 ottobre 1990, causa C-366/88). Decidendo di vagliare gli atti indipendentemente dalla loro qualificazione formale, la Corte legittima la loro adozione, indipendentemente dunque dalla loro previsione nei Trattati.

nazionali adottate allo scopo di garantirne l'attuazione o mirano a completare norme comunitarie aventi natura vincolante⁴⁵⁸.

Ma oltre alle fonti tipizzate, sono rintracciabili altri atti riconducibili al concetto di *soft law*. Un esempio famoso è costituito dalla comunicazione della Commissione relativa alle conseguenze della sentenza della Corte europea Cassis de Dijon⁴⁵⁹, a cui ha fatto seguito l'adozione nel diritto comunitario del principio del mutuo riconoscimento; da quel momento la comunicazione è stata considerata un nuovo tipo di atto quasi normativo, segno dell'adozione da parte della Commissione di una nuova strategia per il completamento del mercato interno⁴⁶⁰.

Proseguendo in tale direzione, nella categoria del diritto soffice potrebbe ricondursi anche atti comunitari quali le risoluzioni e le comunicazioni, che completano il quadro giuridico attraverso cui si costruisce il c.d. *acquis communautaire*.

Il concetto di norme leggere, in definitiva, non è nuovo al diritto comunitario, nondimeno è innegabile che solo in tempi recenti si è iniziato a pensare ad esso come specifica tecnica di regolazione.

Difatti in ambito comunitario gli strumenti di diritto soffice trovano ampia applicazione, non solo, come visto, come atti giuridici formali, previsti dai Trattati istitutivi dell'Unione, ma anche come metodi suppletivi di intervento qualora le Istituzioni, in determinate materie, non siano tributarie di poteri specifici che giustifichino il ricorso ad atti di *hard law*.

Per affrontare tale tema occorre preliminarmente osservare come il sistema europeo delle fonti si caratterizzi per essere costruito sulla base degli effetti dispiegati dalle diverse misure, piuttosto che su base strettamente formale⁴⁶¹.

Parallelamente, i trattati istitutivi, nel momento in cui assegnano all'Unione la competenza in determinati settori, non sempre indicano gli atti da utilizzare a tal fine. Anzi, sul punto sono numerose le ipotesi in cui la scelta in ordine all'atto sia rimessa al soggetto adottante, sia in virtù del principio di sussidiarietà, sia per il tramite del generico riferimento "all'adozione di misure" che lascia ampia discrezione in ordine alla scelta⁴⁶². Di più,

⁴⁵⁸ Corte di Giustizia, 13 dicembre 1989, C-322/88, in *Racc.*, 1989, p. 4407.

⁴⁵⁹ Corte di Giustizia, 20 febbraio 1979, C-120/78, in *Racc.*, 1979, p. 649.

⁴⁶⁰ SNYDER, *Soft law e prassi istituzionale nella Comunità europea*, in *Sociologia del diritto*, 1993, p. 79.

⁴⁶¹ D'ATENA, *L'anomalo assetto delle fonti comunitarie*, in *Dir. Un. Eu.*, 2001, p. 592. La prospettiva sostanzialistica ora delineata affonda le sue radici nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, la quale, a partire dagli anni Settanta, ha dapprima iniziato a qualificare gli effetti degli atti comunitari indipendentemente dal loro nomen iuris e, in seguito, a dichiarare ricevibili o meno ricorsi contro qualsiasi tipo di atto, anche se non previsto nel Trattato, alla sola condizione che fosse produttivo di effetti giuridici.

⁴⁶² Infatti l'assetto delle fonti comunitarie, in virtù del carattere sostanzialistico di cui si è detto, risulta essere particolarmente flessibile, ben potendo gli organi UE utilizzare gli strumenti ritenuti più idonei, con il solo limite di non eccedere il proprio ambito di competenze, mentre l'errore in ordine all'atto in concreto adottato

l'accrescersi dei compiti assolti dalle Istituzioni UE ha talvolta dovuto fare i conti con l'assenza di specifici poteri in merito, carenza questa che ha trovato nel ricorso a strumenti di carattere non vincolante la propria naturale soluzione.

Da non dimenticare anche la nozione di politiche comunitarie, la quale sta ad indicare il processo di enucleazione delle norme comunitarie che prevede il coinvolgimento degli operatori privati nell'implementazione delle politiche e di conseguenza di un procedere improntato al coinvolgimento e alla ricerca di un consenso, piuttosto che alla semplice imposizione di stampo autoritativo⁴⁶³.

In ogni caso, come detto, nell'ordinamento comunitario, la mancanza di vincolatività degli atti soffici non implica che essi non diano origine ad effetti in grado di condizionare la condotta degli Stati, delle istituzioni e degli individui, anche se più attenuati rispetto a quelli abitualmente connessi alle norme cogenti; viene in evidenza, qui, la centrale questione circa il rapporto tra legalità, legittimità ed efficacia, che rinvia alla pratica riconoscimentale ed al consenso dei soggetti coinvolti⁴⁶⁴.

In questo orizzonte, tra l'altro, trova collocazione la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Essa, in quanto dichiarazione di alto valore politico può essere inquadrata tra gli atti di diritto attenuato, destinata, dunque, a produrre indirettamente effetti giuridici, sia sul versante dell'influenza sul procedimento legislativo comunitario, sia sulle norme, anche nazionali, in tema di diritti fondamentali, ponendosi come fonte ispirativa nella loro tutela.

Nell'ambito del diritto comunitario, comunque, il ricorso alla *soft law* assume, in coerenza coi tratti caratteristici di un tale ordinamento, un carattere prevalentemente funzionale, ossia volto a raggiungere obiettivi specifici in determinati settori, unificando, armonizzando, coordinando e cooperando.⁴⁶⁵ Tale tecnica presenta dei tratti tipici, consistenti nella tendenza a regolare per principi, con la formulazione di precetti in termini persuasivi, nel coinvolgimento di molteplici attori che operano a livelli e ambiti differenti e nella sottoposizione, in qualche misura, ad un controllo di legittimità da parte della Corte di

viene in rilievo solo ove si riverberi sugli effetti prodotti, risultando di converso trascurabile quando semplicemente concerne il nomen iuris.

⁴⁶³ Si veda, per tutti, TIBERI, *Il libro bianco sulla governante europea: verso un rafforzamento delle istanze democratiche dell'Unione*, in *Quad. Cost.*, 2002, p. 165.

⁴⁶⁴ BARBERA, *A che punto è l'integrazione delle politiche dell'occupazione nell'Unione europea?*, in *Dir. rel. Ind.*, 2000, p. 165.

⁴⁶⁵ Ne sono esempio le raccomandazioni, i pareri, le comunicazioni non interpretative, che si pongono come veri e propri atti alternativi alla legislazione. Va comunque sottolineato che le raccomandazioni svolgono anche una funzione *pre-law* e *post-law*.

Giustizia⁴⁶⁶. A loro volta poi gli atti ascrivibili a tale fenomeno possono rispondere a tre diverse funzioni già note⁴⁶⁷: quella *pre-law*, riguardante gli strumenti preparatori di atti giuridicamente vincolanti⁴⁶⁸; quella *post-law*, nella quale rientrano gli strumenti di interpretazione, di implementazione, di attuazione di atti vincolanti⁴⁶⁹; quella *para-law*, riguardante gli strumenti alternativi ad atti vincolanti⁴⁷⁰.

Queste sintetiche considerazioni, spiegano, almeno in parte, i motivi dell'ampio ricorso da parte della Ue a strumenti soffici e in particolare agli atti preparatori, tutti riconducibili al novero delle comunicazioni della Commissione. All'interno di tale categoria si distinguono i libri verdi, i libri bianchi e i piani di azione⁴⁷¹.

Sebbene abbiano funzioni in parte diverse, essi sono accomunati dal fatto di tendere al medesimo fine, cioè dar vita a processi decisionali partecipativi o comunque di dialogo in favore dei destinatari.

Essi inoltre si pongono in posizione consequenziale, seppure solo eventuale: i libri verdi hanno un valore definibile come ricognitivo, ricostruendo il quadro di riferimento e abbozzando le principali direttrici per arrivare ad una soluzione normativa; i libri bianchi, invece, si pongono in uno stadio più avanzato, essendo di solito adottati dopo un libro verde e illustrando, con un buon livello di dettaglio, la strategia e le linee fondamentali che si vuole perseguire in un dato settore⁴⁷². I piani d'azione hanno, per contro, una funzione

⁴⁶⁶ BANO, *Diritto del lavoro e nuove tecniche di regolamentazione: il soft law*, cit., p. 50; SOMMA, *Soft law sed law*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, p. 437.

⁴⁶⁷ PASTORE, *Il soft law nella teoria delle fonti*, cit., p. 11.

⁴⁶⁸ Si tratta, tipicamente, dei libri verdi e di quelli bianchi.

⁴⁶⁹ Il riferimento è a linee guida, codici di condotta e comunicazioni interpretative.

⁴⁷⁰ Ne sono esempio le raccomandazioni, i pareri, le comunicazioni non interpretative, che si pongono come veri e propri atti alternativi alla legislazione. Va comunque sottolineato che le raccomandazioni svolgono anche una funzione *pre-law* e *post-law*.

⁴⁷¹ In merito a tale specifica funzione del diritto morbido, si veda FERRARESE, *Soft law: funzioni e definizioni*, cit., p. 81, secondo cui "il processo di socializzazione, per essere efficace, non può affidarsi solo a sanzioni e misure punitive: al fine di promuovere l'interiorizzazione di determinati valori e standard di comportamento occorrono anche l'incentivazione e l'esempio, attraverso un percorso di graduale assimilazione degli stessi. L'utilità di questa funzione di socializzazione appare chiaramente quando si considera che gli Stati che fanno parte di un'organizzazione internazionale multilaterale o dell'Unione Europea hanno non solo diverse tradizioni giuridiche, ma anche diversi gradi di familiarità con le istituzioni tipiche di uno Stato di diritto".

Sempre secondo l'Autrice "lo spazio comunicativo serve ad attenuare le diversità e a predisporre un percorso di crescente familiarizzazione con determinati fini o obiettivi perseguiti dalle regole e coi valori sottesi alle stesse". In altre parole si può dire che "la *soft law* può essere rivolta a facilitare il percorso di apprendimento delle regole giuridiche, siano esse di carattere legislativo o patrizio, siano regole a propria volta *soft*". La comunicazione, poi, a sua volta, può avere caratteri e destinatari diversi: può essere rivolta a promuovere la trasparenza dell'iter istituzionale o ad incentivare la partecipazione dei cittadini o ad entrambe. Ad esempio, i *Green Papers* e i *White Papers*, emanati dalla Commissione UE, si rivolgono ad entrambi gli uditori e promuove al contempo un circuito di informazione interna e uno rivolto all'esterno.

⁴⁷² Essi possono venire in rilievo, ad esempio, per giustificare condotte degli Stati che, conformi alle linee del libro bianco, sarebbero altrimenti in contrasto con il diritto comunitario. Ad ogni modo tale funzione dei libri bianchi non va intesa in senso estensivo, non potendo essi mai modificare norme di *hard law*. Anzi, secondo la Corte di Giustizia, l'intenzione di modificare la normativa *hard*, esplicitata tramite l'adozione di un libro

parzialmente diversa, mirando a portare a conoscenza degli interessati, e in modo formalizzato, quali siano le determinazioni dell'organo adottante e permettendo così una loro valutazione.

Ulteriore categoria di atti morbidi di origine Ue è costituita da quelli che pongono norme non vincolanti, indirizzate ai soggetti del diritto comunitario. Nel dettaglio, si allude a raccomandazioni, linee guida, codici di condotta e, sotto certi aspetti, alle conclusioni del Consiglio europeo⁴⁷³. Questi atti sono assimilabili per il fatto di mirare ad indirizzare la condotta degli Stati e dei soggetti privati al fine di perseguire scopi politici della Comunità, senza tuttavia dar luogo all'adozione di norme immediatamente vincolanti e precettive.

Non si ricomprendono in questa categoria i pareri che, invece, non risultano avere i caratteri di astrattezza per rientrare nel novero degli strumenti leggeri.

Dal punto di vista formale va precisato che solo le raccomandazioni trovano nella normazione primaria la propria base giuridica, mentre gli altri sono atti atipici. In generale, se la raccomandazione è uno strumento di indirizzo, dal contenuto normativo meramente eventuale e che si pone come alternativa, seppure non immediatamente vincolante, agli atti normativi immediatamente precettivi, linee guida e codici di condotta hanno una funzione propriamente regolatoria, essendo utilizzati quasi esclusivamente negli ambiti in cui la Ue non può intervenire con strumenti vincolanti.

Concludendo, anche in ambito comunitario è possibile individuare molteplici funzioni attribuibili al diritto leggero: esso può rappresentare l'incentivo legale all'esercizio di nuove competenze in capo all'Unione; esso può servire come base legale per la promulgazione di legislazioni nazionali che si adeguino a tali regole; esso può fungere da base per future discussioni o trattative con gli Stati; esso può avere un legittimo effetto proibitivo o prescrittivo prima che tali norme acquistino forza vincolante; esso può essere utilizzato come strumento di interpretazione delle norme dei trattati o delle consuetudini, ferma restando il rispetto delle previsioni di natura *hard*.

3.6.3. La *soft law* nell'ordinamento italiano

Se il diritto attenuato è sempre più diffuso in ambito sovranazionale in quanto connaturato alla struttura di tale ordinamento, va osservato però come esso assuma contorni assai notevoli anche nel diritto interno.

bianco, è piuttosto una spia nel senso di ritenere che le posizioni giuridiche che si intende proteggere con l'intervento in esame non sono ancora tutelate sul piano del diritto comunitario.

⁴⁷³ Sulla cui natura si rimanda a CARCHIDI, *Il consiglio europeo*, Milano, 2007, p. 69.

La problematica che emerge con vigore quando si fa riferimento all'ordinamento statale riguarda però l'ontologica possibilità di ammettere l'esistenza di siffatto tipo di atti in un sistema giuridico che rinviene al suo interno tutti gli strumenti interpretativi in grado di colmare le lacune normative e tutti i criteri per risolvere antinomie tra regole di diverso rango o che si succedono nel tempo o che sono speciali.

Nonostante tali considerazioni, tuttavia, la prassi corrente ci pone di fronte ad un ampio panorama di atti persuasivi, collaborativi, esortativi, elaborati da enti istituzionali, associazioni di categoria, ordini professionali, Autorità amministrative indipendenti. Si badi, comunque, che in ambito nazionale, a differenza di quanto avviene in quello comunitario e in quello internazionale, mai atti soffici possono essere emanati dagli organi costituzionali, essendo i loro compiti e gli strumenti all'uopo utilizzabili espressamente previsti in Costituzione. A titolo esemplificativo, il Parlamento non solo è obbligato ad utilizzare le leggi formali, ma anche a rispettare il procedimento indicato in Costituzione e i principi costituzionali, pena la verificarsi di un vizio formale o materiale di incostituzionalità.

Un primo genere di atti soffici rinvenibile nei sistemi giuridici nazionali si caratterizza per svolgere una funzione regolatoria integrativa rispetto alle norme di legge: esso trova nei codici di comportamento della pubblica amministrazione il proprio principale archetipo⁴⁷⁴.

Nel nostro ordinamento i codici di comportamento per i dipendenti pubblici si sviluppano nella prima parte degli anni Novanta con l'emanazione del d.lgs. n. 29 del 3 febbraio 1993 e dal seguente decreto del Ministro della funzione pubblica del 31 marzo 1994 che adotta concretamente il previsto codice⁴⁷⁵. Gli obiettivi che si prefigge tale strumento sono due: per un verso, specificare obblighi e doveri dei dipendenti pubblici onde indirizzarne l'utilità, per altro verso costruire un insieme di regole *latu sensu* etiche al fine di guidare il modo di agire del personale pubblico in ossequio ai principi di onestà, spirito di servizio e buon andamento.

Per quanto concerne questo secondo aspetto, le norme del codice hanno innanzitutto la finalità di creare una sorta di *ethos* condiviso, il quale si sostanzia nella diffusione più ampia possibile tra i dipendenti dei valori accennati e di conseguenza di comportamenti virtuosi dei pubblici funzionari; meccanismi il cui carattere virtuoso risiede, in primo luogo,

⁴⁷⁴ Tale modello prima di trovare larga applicazione in buona parte degli ordinamenti europei, nasce e si sviluppa negli Stati Uniti. Sul punto FERRARI, voce *Pubblico impiego in diritto comparato*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1997, vol. X, p. 300.

⁴⁷⁵ Prima di esso, tale strumento era pressoché sconosciuto e poco diffuso anche nel settore privato, come testimoniato da MATTARELLA, *I codici di comportamento*, in *Riv. giur. Lav. prev. Soc.*, 1996, p. 246; VACCARO, *Note a margine dei codici di comportamento nel pubblico impiego*, in *Dir. lav.*, 1998, p. 420. Solo successivamente, con il d.lgs. n. 165/2001, viene estesa a tutte le amministrazioni la possibilità di dotarsi di propri codici integrativi a quello detto.

nel fatto che la diffusione rende marginale i comportamenti ad esso difformi, generando una sorta di riprovazione generale in ordine al loro mancato rispetto. Secondariamente, esso ha la funzione di specificare gli obblighi di servizio, la cui violazione può dar luogo, a talune condizioni, a responsabilità disciplinare; aspetto che mette in luce il rapporto di integrazione che può nascere tra *hard e soft law*.

Struttura in parte simile ai codici di comportamento presentano i codici deontologici degli ordini professionali, aventi il compito di regolamentare l'esercizio della professione, in conformità a determinati valori, in relazione ai rapporti con la clientela, coi colleghi e con l'ordine stesso.

In merito ad essi bisogna evidenziare che non appartengono all'ordinamento generale, bensì vengono in rilievo solo all'interno di quegli ordinamenti particolari che si è soliti chiamare ordini professionali⁴⁷⁶. D'altra parte le norme contenute nei codici hanno carattere precettivo solo rispetto agli iscritti al rispettivo ordine, i quali, tra l'altro, concorrono alla loro formazione.

Un ambito in cui i codici di condotta assumono un rilievo normativo di primo piano è la tutela della privacy⁴⁷⁷. Tralasciando i problemi sottesi alla tutela della riservatezza e al bilanciamento con gli interessi contrapposti, quello che qui preme evidenziare è il concorso in materia di una pluralità di fonti, dall'origine e dall'efficacia differenziata.

Nel dettaglio, va detto che nella normativa italiana, emanata nel 1996 e rielaborata, in ossequio agli obblighi derivanti dall'Unione europea⁴⁷⁸, dal legislatore delegato nel 2003, la fonte di rango legislativo, oltre a stabilire i principi generali in materia di trattamento, regola taluni aspetti critici e prevede poteri sanzionatori in capo ad una autorità appositamente costituita, al fine di reprimere eventuali comportamenti scorretti; la disciplina di dettaglio in specifici settori è affidata invece ad un modello regolatorio

⁴⁷⁶ In tale senso si sono espresse le Sezioni Unite, sentenza 12 dicembre 1995, n. 12723, secondo le quali la deontologia deriva dalla "potestà di autoregolamentazione che compete agli ordini professionali e che ha efficacia normativa, seppure limitata all'ordinamento particolare cui gli appartenenti all'ordine hanno dato vita". Il carattere separato della deontologia professionale è stato altresì affermato da autorevole dottrina, secondo la quale l'ordinamento generale riserva agli ordini e dunque all'autonomia di questi soggetti, la posizione di norme per il corretto esercizio della professione intellettuale, tuttavia senza assurgere tali regole a norme dell'ordinamento generale. Così, SANDULLI, *Regole di deontologia professionale e sindacato della Corte di Cassazione*, in *Giust. civ.*, 1961, p. 619.

⁴⁷⁷ COSTANZO, *La dimensione costituzionale della privacy*, in FERRARI, *La legge sulla privacy dieci anni dopo*, Milano, 2008, p. 54.

⁴⁷⁸ Infatti la prima legge in materia è la n. 675 del 31 dicembre 1996, emanata in esecuzione alla direttiva n. 46/1995. La legge citata ha subito successive modifiche, insieme alle quali è infine confluita nel d.lgs. n. 196 del 30.06.2003, recante il Codice in materia di protezione dei dati personali, c.d. codice privacy. In argomento, SIMONCINI, *I codici deontologici di protezione dei dati personali nel sistema delle fonti. L'emersione di un nuovo paradigma normativo?*, in DE SIERVO (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 1999*, Torino, 2000, p. 294.

definibile *per relationem*, incentrato sul ruolo dei codici deontologici e sui codici di buona condotta.

Detto questo è necessario soffermarsi sul rapporto tra la normativa di rango primario posta da fonti autoritative e norme autodisciplinari. La struttura del d.lgs. n. 196/2003 è sostanzialmente tripartita. La prima parte contiene i principi e le regole fondamentali relativi alla regolazione del trattamento dei dati, nonché le regole generali in ordine a tutti i trattamenti di dati; la seconda, invece, prende in considerazione i trattamenti di dati che presentano particolarità tali da giustificare una disciplina parzialmente derogatoria; nell'ultima parte, infine, vengono precisate le attribuzioni del garante.

Questa indicazione permette di operare una distinzione tra i codici deontologici e di buona condotta nominati, previsti dalla seconda parte della normativa, da quelli innominati di cui all'art. 12 del citato decreto⁴⁷⁹.

La differenza è di primo piano in quanto essi hanno una funzione regolatoria diversa. Infatti i codici deontologici e di buona condotta, adottati ai sensi del detto art. 12, possono avere solo una portata integrativa della disciplina generale, dettata dalle norme di rango legislativo; questa particolarità circoscrive il possibile ambito regolatorio dell'autonomia privata in virtù anche del fatto che la formazione primaria in parola si è caratterizzata fin dall'origine per l'elevato grado di specificità⁴⁸⁰.

Discorso differente è da farsi per i codici deontologici e di buona condotta di cui alla seconda parte del decreto, che sono stati enucleati in fasi successive dal legislatore delegato, sulla base di quanto inizialmente previsto solo per l'esercizio della professione giornalistica⁴⁸¹. Il trattamento dei dati inerenti all'esercizio di tale professione, infatti, non è assoggettato *in toto* al regime generale, dovendosi piuttosto coordinare con i principi e le libertà fondamentali sanciti in Costituzione e, segnatamente, con la libertà di stampa e con la libertà di manifestazione del pensiero.

⁴⁷⁹ SIMONCINI, *I codici deontologici di protezione dei dati personali nel sistema delle fonti*, in DE SIERVO (a cura di), *Osservatorio sulle fonti*, cit., p. 286.

⁴⁸⁰ Come notato da FRANCHI SCARSELLI, *La legge n. 675 del 1996 sulla privacy informatica. Note a commento di una legge difficile*, in *Autonomie loc. serv. Soc.*, 1997, p. 506, secondo il quale in tal caso "il legislatore finisce in effetti per articolare la normativa in sequel procedurali eccessivamente minuziose... scelta che appare in controtendenza rispetto ai criteri di tecnica legislativa che si sono mostrati nel tempo più affidabili, di riservare alla legge la sola regolazione della disciplina generale".

⁴⁸¹ In merito a cui si ricorda PAISSAN, *Privacy e giornalismo. Diritto di cronaca e diritti dei cittadini*, Roma, 2003; RAZZANTE, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Padova, 2003; PALMIERI, *Trattamento dei dati personali e attività giornalistica: la tutela della persona oltre l'onore*, in *Danno e resp.*, 2006, p. 616.

In merito al procedimento di formazione del codice, caratterizzandosi per il rapporto dialettico tra l'ordine dei giornalisti e il garante per la protezione dei dati personali⁴⁸², non può che considerarsi di coregolamentazione.

In posizione intermedia tra i codici definiti innominati e il codice dei giornalisti si collocano una molteplicità di codici di buona condotta⁴⁸³ previsti dalla legge, il cui regime però si differenzia dal codice sopra nominato. Essi sono stati inseriti nel corso del tempo dal legislatore, tanto che ormai coprono un ambito così vasto da rendere del tutto residuale l'adozione di codici innominati.

La prima discrepanza tra questi codici e quello dei giornalisti è che questi non derogano alla disciplina generale, se non per specifici punti. Infatti, salvo specifiche previsioni, il decreto assegna ai codici il compito di enucleare *standards* di comportamento, piuttosto che prevedere specifici obblighi in capo ai soggetti regolati. Tale affermazione pare corroborata dai codici al momento adottati, i quali, appunto, tendono ad articolarsi in disposizioni di principio che si presentano come generici parametri comportamentali e non quali specifici doveri al fine del trattamento dati.

Quanto affermato non può non avere ripercussioni sul sistema delle fonti. Secondo parte della dottrina, infatti, anche questi codici sono da ritenersi fonti *sub* primarie a competenza riservata, in quanto specificazioni di un modello regolatorio tendenzialmente unitario⁴⁸⁴.

Tra gli strumenti normativi di carattere morbido, vanno menzionati poi i codici di *corporate governance*, intendendosi con tale espressione l'insieme delle regole che disciplinano le attribuzioni degli organi delle società di capitali, la loro composizione e i loro reciproci rapporti⁴⁸⁵. Essi, per un verso, si compongono di norme che, in genere, sono autonomamente adottate da un soggetto privato, dotato però di funzioni di rilievo pubblico, come ad esempio la Borsa italiana s.p.a.⁴⁸⁶; per altro verso, essi propongono una metodologia regolativa di carattere leggero, formulata in termini di principi e buone

⁴⁸² Infatti, l'iniziativa in ordine all'adozione spetta al soggetto pubblico, mentre la sua concreta adozione al Consiglio nazionale dell'ordine dei giornalisti. Inoltre, sebbene il consiglio si attinga ad organo decisorio, esso è tenuto a recepire quegli accorgimenti che il Garante prescrive a tutela degli interessati. Di più, dove il Consiglio non abbia adottato il codice entro sei mesi dall'iniziativa, il Garante ha il dovere di esercitare il proprio potere sostitutivo, adottando in prima persona un codice cedevole.

⁴⁸³ Ad esempio i codici per il trattamento dei dati a scopi statistici, a scopo di informazione commerciale, da parte di Internet provider, nell'ambito delle investigazioni difensive. Sulla necessità dell'adozione dei detti codici, ai fini della legittimità del trattamento, CASAROSA, *Innovazione e continuità nei codici deontologici e di buona condotta*, in *Dir. informaz. e informatica*, 2002, p. 861, nonché PINO, *I codici di deontologia nella normativa sul trattamento dei dati personali*, in *Danno resp.*, 2002, p. 364.

⁴⁸⁴ MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti*, cit., p. 163.

⁴⁸⁵ Questo modello è nato all'interno dell'ordinamento anglosassone, più precisamente con il Cadbury report del 1992, per poi espandersi nella quasi totalità delle economie a capitalismo avanzato.

⁴⁸⁶ Il codice di autodisciplina in materia di corporate governance nasce per iniziativa di Borsa italiana S.p.a nel 1999, sull'esempio di atti affini sperimentati con successo in altri ordinamenti.

pratiche, anziché attraverso l'apposizione di norme immediatamente precettive, che vanno ad integrare le previsioni inderogabili poste dalla legge.

In questo modo anche la disciplina delle società quotate in borsa viene a comporsi di una molteplicità di strumenti giuridici, diversi per contenuto ed efficacia, che se da un lato ha nella legislazione statale il proprio punto nevralgico, dall'altro si articola in disposizioni di maggiore dettaglio, finalizzate ad orientare le scelte compiute dall'autonomia privata e prive di carattere immediatamente precettivo ma non di puntuali conseguenze, di carattere incentivante, sul piano economico e su quello giuridico⁴⁸⁷.

Può, dunque, concludersi che innanzitutto il codice di *corporate governance* è sostanzialmente un atto di autoregolamentazione⁴⁸⁸, secondariamente che esso non ha efficacia immediatamente vincolante⁴⁸⁹, ma che la sua provenienza dagli stessi soggetti regolati accresce la probabilità che esso venga spontaneamente eseguito e, inoltre, lo rende un elemento del sentire comune di quel determinato gruppo sociale, come tale destinato ad influenzare le condotte dei suoi componenti⁴⁹⁰.

Uno dei settori che poi, più di altri in Italia, si è aperto alle influenze del diritto attenuato è sicuramente il diritto del lavoro. Se il concetto di diritto morbido è stato a lungo estraneo alla scienza giuslavorista per l'intuibile ragione che, mentre esso abbraccia regole di condotta prive di forza vincolante, il diritto del lavoro muove da premesse opposte, che fanno dell'inderogabilità e della *voluntas legis* i baluardi di un sistema normativo a vocazione protettiva⁴⁹¹.

⁴⁸⁷ In tal senso, DE MARI, *Il codice di autodisciplina delle società quotate in materia di corporate governance*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 145, nonché VELLA, *Nuove regole di corporate governance e tutela degli investitori*, in *Banca imp. Soc.*, 2004, p. 468, secondo cui "si configura in tal modo un modello cooperativo tra fonti di autoregolamentazione privata e regolatori pubblici. All'interno di tale modello potranno trovare spazio forme sempre più ampie ed estese di self regulation, in un contesto però dove il riconoscimento dell'autonomia privata si coordina con la capacità di intervento preventivo e repressivo del soggetto pubblico".

⁴⁸⁸ Infatti, il codice per la corporate governance delle società quotate è stato, ad esempio, elaborato su iniziativa di un apposito comitato, incardinato presso la stessa Borsa italiana, e composto da esperti, studiosi e rappresentanti delle società quotate e degli investitori istituzionali.

⁴⁸⁹ Sempre avuto riguardo al codice di corporate governance attinente alle società quotate in Borsa, va rilevato come negli anni si sia assistito ad una progressiva ricezione da parte delle norme di legge di alcune previsioni del codice maggiormente significative e, stante la massiccia adesione ad esse, dotate di maggiore effettività. In particolare il decreto n. 6 del 17 gennaio 2003 pare aver fatto proprie le norme relative alle funzioni e alla composizione del consiglio di amministrazione e di quello di gestione. In questo caso evidente è il processo di progressivo indurimento di alcune norme soft che, nate come non immediatamente vincolanti, si affermano nella prassi fino a venir innalzate al grado di hard law da una disposizione di carattere cogente. All'interno di questo processo, quindi, le norme del codice hanno avuto un carattere sperimentale, sulla base del quale poi il legislatore delegato del 2003 ha avuto la possibilità di introdurre nel nostro ordinamento istituti particolarmente innovativi.

⁴⁹⁰ Come sostenuto da CARRIERO, *Le fonti negoziali del diritto nel settore bancario e finanziario*, in *Foro it.*, 2000, V, p. 92, "sul piano dell'effettività la regola di autodisciplina, in quanto condivisa e fatta propria dai costituenti, risulta spesso maggiormente vincolante di quella imposta".

⁴⁹¹ BANO, *Diritto del lavoro e nuove tecniche di regolazione: il soft law*, in *Lav. e dir.*, 2003, p. 49.

Il parziale declino di tale vocazione accompagnato dall'avanzare di una deterritorializzazione anche di questo ramo del diritto e dall'affacciarsi di problemi regolativi transnazionali, si è iniziato a prendere confidenza con strumenti quali i codici internazionali di condotta e a rivalutare le raccomandazioni dell'organizzazione internazionale del lavoro, senza che, peraltro, tali fenomeni venissero ancora inquadrati come strumenti di diritto soffice⁴⁹². L'affermarsi di tale categoria concettuale ha inizio solo quando, dopo Amsterdam, il tema dell'occupazione entra a far parte del Trattato e le istituzioni comunitarie elaborano al riguardo una nuova strategia per il coordinamento delle politiche nazionali. Tale strategia per l'occupazione è espressione di un sistema regolamentativo alternativo a quello *hard* delle direttive, che punta su un coordinamento con norme *soft*⁴⁹³. Quest'ultimo si presenta, più propriamente, nella forma di regole non vincolanti, con forza soprattutto persuasiva, e non costituenti diritti e obblighi giustiziabili né in capo agli Stati né ai singoli; anche se ciò non significa che esse non costituiscano un vero obbligo di legge solo perché prive di un apparato sanzionatorio.

Un tanto premesso, palese è la riconducibilità alla normativa leggera della possibilità prevista dalla legge vivente di dare vita a codici di comportamento oppure a dei veri e propri codici di deontologia e di buona condotta.

⁴⁹² DI TURI, *Il rilievo del soft law nella prassi dell'Oil in materia di tutela dei diritti economici e sociali*, in SOMMA, *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, cit., p. 55. Secondo l'Autore l'analisi dell'azione dell'organizzazione internazionale del lavoro non può andare disgiunta dal fenomeno della globalizzazione, dalle sue ripercussioni sulle relazioni professionali e del lavoro e sulle relative fonti normative, e al tempo stesso suggerisce spunti di riflessione sulla crisi del ruolo di regolamentazione della Stato e la contemporanea assunzione di responsabilità da parte di diversi protagonisti sul piano delle relazioni internazionali. Sotto tale aspetto la prassi recente dell'OIL evidenzerebbe, in relazione al suo fine statutario del perseguimento della giustizia sociale, un ricorso al *soft law* il cui impatto sugli Stati membri è maggiore di qualsiasi altra organizzazione internazionale: esso, sottoforma di raccomandazioni e dichiarazioni assimilabili probabilmente a dichiarazioni di principi, prescinde totalmente da valutazioni di ordine formale circa la sua giuridicità e il suo massiccio impiego nella prassi dell'OIL sembra essere determinato dalla consapevolezza della necessità di strumenti più agili, le cui disposizioni non vincolanti appaiono più adatte al raggiungimento dello scopo prefissato. Più precisamente, la Dichiarazione OIL sui principi e diritti fondamentali in materia di lavoro del 1998, pur formalmente strumento di diritti leggero, produce rilevanti effetti pratici. Anzitutto, essa rende visibili in un unico strumento i principi e i diritti fondamentali in materia di lavoro, definendoli espressamente tali e contribuendo al consolidamento dell'opinione circa il loro valore consuetudinario; inoltre essa vincola gli Stati ad osservare norme giuridiche contenute in convenzioni anche se essi non le hanno formalmente ratificate, affermandone la natura costituzionale; infine, essa prevede un meccanismo di controllo che, seppure di stampo promozionale, in realtà costituisce una novità rispetto alle procedure esistenti.

⁴⁹³ In senso opposto si pone TREU, *Politiche del lavoro. Insegnamenti di un decennio*, Bologna, 2001, p. 89, il quale vede nelle norme soffici l'esito di un ripiegamento strategico da imputare al fatto che "la diffusione del potenziale normativo dell'Unione ha acuito le paure degli Stati e quindi le resistenze a permettere l'uso di poteri *hard* da parte dell'Unione". Il *soft law*, in definitiva, si presta a due opposte letture. La prima vede in questo metodo una valida alternativa all'armonizzazione normativa degli Stati UE, ostacolati dalle profonde differenze ancora esistenti. La seconda, viceversa, interpreta ciò come una sorta di abdicazione dell'ordinamento comunitario ad intervenire nei problemi scaturenti dalla costruzione di una dimensione sociale del mercato unico.

Si è posto allora il problema della possibilità di inquadrare entro tale fenomeno anche la contrattazione collettiva.

Secondo la tesi prevalente il contratto collettivo non è in sé un atto di diritto morbido e, anzi, le clausole di esso aventi efficacia meramente obbligatoria tra le parti non sono da considerarsi in alcun modo fonti del diritto⁴⁹⁴. Per una tesi meno restrittiva esso potrebbe, invece, venire ad acquisire natura morbida dopo il riscontro positivo della sussistenza di due condizioni: le norme in esso contenute devono avere efficacia non immediatamente vincolante almeno per una cerchia di destinatari e debbono in qualche misura potersi considerare appartenenti all'ordinamento generale e non solo a quello sindacale⁴⁹⁵.

Da quanto sopra descritto risulta evidente come, per via della globalizzazione, anche nell'ordinamento interno, si tenda, non solo sotto il profilo oggettivo, ad elaborare discipline più elastiche che tendono a delineare solo la cornice, ma soprattutto, dal punto di vista soggettivo, ad estendere il numero gli organi che interagiscono nella produzione normativa oltre ai tradizionali organi costituzionali; sotto tale aspetto, si assiste allo sviluppo di figure che partecipano come co-autori alla produzione normativa, alla stregua di soggetti co-titolari della potestà normativa in alcuni delicati settori.

In Italia, poi, si registra un aspetto peculiare del fenomeno, ossia il fatto che sia direttamente lo Stato amministrazione a ritenere di affiancare al legislatore, in particolari discipline, altri organi deputati ad integrare con strumenti soffici gli spazi appositamente lasciati vuoti dalla legge, in quanto organi più sensibili alle concrete e reali esigenze socio-economiche⁴⁹⁶.

È in siffatto contesto che trova fondamento, nel nostro ordinamento, la presenza di molteplici Autorità amministrative indipendenti, amministrazioni pubbliche che prendono le proprie decisioni in base alla loro legge istitutiva e ai propri procedimenti e regolamenti e che sono dotate di un elevato grado di autonomia nelle proprie valutazioni rispetto all'esecutivo⁴⁹⁷.

Tali istituzioni sono giustificate dall'attuale arretramento dello Stato nella regolazione del mercato, fatto che ha determinato la necessità di istituire figure in grado di garantire gli

⁴⁹⁴ A conforto dell'asserzione per cui il carattere differenziale delle fonti del diritto risiede nell'efficacia *erga omnes*, PIZZORUSSO, *Le fonti del diritto italiano*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1990, I, p. 22; contra, ROPPO, *Il contratto e le fonti del diritto*, in *Pol. dir.*, 2001, p. 529.

⁴⁹⁵ MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti*, cit., p. 194.

⁴⁹⁶ GRECO, *Consistenza, articolazione ed ambiguità della regolazione*, in *Studi parlam.*, 2004, fasc. 145, p. 16, afferma che la *soft regulation* consiste in una regolazione flessibile, in cui le norme sono meno dettagliate, più aperte e ricche di clausole generali. La loro applicazione è affidata a funzionari di appositi organismi specializzati, mentalmente inclini e professionalmente addestrati a tenere conto dei destinatari della regolazione, allo scopo di evitare l'imposizione di comportamenti irragionevoli, dimostrando invece capacità di ascolto e di comprensione delle peculiarità.

⁴⁹⁷ NICODEMO, *Gli atti normativi delle Autorità indipendenti*, Padova, 2000 p. 141.

operatori che operano in un preciso settore nonché gli utenti. È per tale motivo che gli elementi davvero caratterizzanti la loro struttura sono l'indipendenza dal potere politico e la neutralità nei confronti degli interessi in gioco nel settore di competenza.

Tali Autorità, dunque, sono titolari di veri e propri poteri normativi soffici riconosciuti dalla legge istitutiva di ciascuno di essi; da ciò si evince come, nel nostro sistema, non sia possibile rinvenire un atto leggero se non in presenza di una espressa volontà del legislatore, il quale autonomamente e per motivi di opportunità politica decide, in determinati settori, di fare un passo indietro, limitandosi a predisporre una disciplina minimale.

A titolo esemplificativo, tra gli atti delle Autorità amministrative indipendenti riconducibili nell'alveo del diritto attenuato vengono in rilievo le istruzioni della Banca d'Italia, notoriamente funzionali ad interpretare la normativa vigente.

Grande interesse rivestono poi i formulari e le comunicazioni adottate dall'Autorità Garante della Concorrenza e del mercato: tali atti, non vincolanti ma vincolanti, hanno costituito il grimaldello con cui tale organismo ha sopperito proprio all'assenza del potere di emanare atti generali, astratti e vincolanti.

Notevole rilievo assume anche l'attività del Garante della protezione dei dati personali, i cui atti talvolta possono rappresentare addirittura il primo passo verso l'adozione di una normativa *hard*. La riprova è data al riguardo dal d.lgs. n. 196/2003 che ha recepito a livello di fonte primaria talune regole in passato suggerite dal Garante.

Estremamente significativa è anche la recente vicenda relativa al provvedimento adottato il 23 novembre 2006 con cui il Garante ha introdotto le "Linee guida in materia di trattamento dei dati personali di lavoratori per finalità di gestione del rapporto di lavoro alle dipendenze dei datori di lavoro privati"⁴⁹⁸.

Riguardo al suddetto documento è stata rilevata, innanzitutto, l'esistenza tanto di accorgimenti-prescrizioni che di orientamenti-indirizzi, con la conseguenza che nei confronti dei primi sussiste un vero e proprio obbligo giuridico di uniformarsi da parte dei datori destinatari. L'attenzione poi è stata focalizzata soprattutto sui trattamenti dei dati biometrici per finalità di lavoro, i quali devono necessariamente rispettare quanto prescritto nel punto 4 dell'atto di diritto soffice. Ed, invero, tale regola, mediante un richiamo al combinato disposto degli artt. 17, 154, 167 del Codice sulla *privacy*, conduce alla possibilità di configurare un illecito penale per coloro che si discostino dagli accorgimenti prescritti dal Garante qualora il trattamento di tali dati presenti rischi specifici per

⁴⁹⁸ Documento pubblicato in G.U. n. 285 del 7 dicembre 2006.

l'interessato e a condizione che la violazione sia compiuta al fine di trarre profitto o arrecare danno.

Un'ultima notazione merita il discusso inquadramento delle norme programmatiche di Stato e Regioni nell'ambito del fenomeno in esame. Sul punto si è pronunciata la Consulta⁴⁹⁹, che ha riconosciuto in maniera inequivocabile la possibilità che norme contenute in fonti formali possano essere in realtà declassate a precetti dotati di valenza solo politica o culturale. È ben possibile, dunque, che delle leggi statali o regionali possano pacificamente raccomandare, esortare, proclamare, senza regolare o disciplinare, ma, nonostante ciò, esse conservano l'efficacia giuridica loro intrinsecamente attribuita dalla natura della fonte che lo contiene.

L'analisi della decisione aiuta allora a comprendere ciò che diritto morbido non è. Con quest'ultima locuzione, infatti, si intende far riferimento ad un complesso di regole che, pur prive di forza legale vincolante, nondimeno sono in grado di ottenere effetti pratici concreti, quali la capacità di indirizzare le condotte dei destinatari. Appare allora evidente che le norme programmatiche contenute in una legge regionale o statale non siano assolutamente assimilabili a tale fenomeno: esse infatti sono inserite in una fonte ufficialmente riconosciuta dal nostro ordinamento, ragion per cui le regole contenute sono necessariamente *hard*, anche se le formule utilizzate sono espressione di una tecnica tipica della normativa soffice.

⁴⁹⁹ Sentenza 2 dicembre 2003 relativa all'art. 3, comma 6, dello Statuto della Toscana che prevedeva che la "Regione promuove, nel rispetto dei principi costituzionali, l'estensione del diritto di voto agli immigrati".

4. RAPPORTI TRA DIRITTO *SOFT* E DIRITTO PENALE *HARD*

4.1. La *hard law*

Nel linguaggio giuridico il termine inglese *hard law*, in antitesi al concetto di *soft law*, fa riferimento ai tradizionali strumenti di normazione, emanati secondo determinate procedure da soggetti che ne hanno l'autorità, i quali producono norme dotate di efficacia vincolante nei confronti dei destinatari.

Tre quindi sono le peculiarità della normativa *hard* ricavabile dalla definizione detta.

Innanzitutto, essa fa riferimento alle fonti espressamente abilitate dal legislatore alla produzione di norme giuridiche.

In secondo luogo, la promanazione del diritto da organi deputati tradizionalmente alla produzione normativa, secondo gli *iter* procedurali previsti.

Da ultimo, il requisito dell'efficacia vincolante nei confronti dei destinatari.

Alla luce di tali caratteristiche è evidente che il diritto penale sia l'emblema dell'*hard law*.

Invero, è notorio come esso, secondo la concezione tradizionale tuttora assai diffusa, rappresenti un prodotto formalmente unitario di origine eminentemente statale. Anzi, esso costituisce il ramo del diritto statale a sfondo più spiccatamente autarchico, nel quale si esprimono le fondamentali scelte di valore costituenti il nocciolo duro dell'identità nazionale⁵⁰⁰. Scelte, come tali, tendenzialmente libere sia da vincoli interni di matrice *substatale*, sia da vincoli esterni di matrice sovranazionale, sia infine da qualsiasi condizionamento prodotto da enti e poteri non territoriali.

Il diritto penale, inoltre, conosce attualmente solo poche tipologie di fonti puntualmente formalizzate, di origine parlamentare o eccezionalmente governativa. Tale carattere formalizzato delle fonti penali si manifesta in forma particolarmente evidente proprio nei sistemi di *civil law*, dove il principio della riserva di legge, pur sottoposto a eccezioni ed erosioni, di cui ampiamente in seguito, resiste, anche se attualmente si avverte con maggiore pregnanza anche negli ordinamenti di *common law*, i quali si stanno evolvendo in sistemi di diritto scritto, con in più la garanzia del vincolo del precedente giurisprudenziale⁵⁰¹.

Analizzando più nello specifico i tre caratteri tipici dell'*hard law* in relazione al diritto penale, va innanzitutto evidenziato che la produzione di norme incriminatrici non è ammessa da parte di tutte quelle fonti tradizionalmente abilitate ad innovare l'ordinamento

⁵⁰⁰ BERNARDI, *Soft law e diritto penale: antinomie, convergenze, intersezioni*, in SOMMA, *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, cit., p. 2.

⁵⁰¹ CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, Torino, 1999.

giuridico, ma è (almeno in astratto) riservata alla legge, unica reputata, ai sensi dell'art. 25 Cost., idonea a garantire la dialettica tra maggioranza e opposizione e, soprattutto, a tutelare il reo. Di più, non basta solo l'utilizzo dello strumento legislativo in sé, dovendo lo stesso presentare anche determinate peculiarità contenutistiche: le legge, infatti, oltre che completa, nel senso di evitare qualsiasi apporto da parte dell'esecutivo, deve essere tassativa o determinata, ossia formulata in modo preciso al fine sia di escludere qualsiasi arbitrio da parte del giudiziario, sia di orientare in via preventiva la condotta dei destinatari⁵⁰². Giova precisare che il principio della riserva di legge non attiene solo alla disposizione descrittiva, dovendo necessariamente riguardare anche le pene.

Quanto al secondo requisito, esso si pone in posizione consequenziale al precedente, prescrivendo l'attribuzione della potestà legislativa penale al monopolio dell'organo legislativo, ossia il Parlamento, che deve esercitarlo nel rispetto di un definito e preciso *iter* procedimentale. Il procedimento legislativo appare, invero, lo strumento più idoneo a garantire la libertà personale, sia per le sue modalità che consentono alle minoranze e ai *mass media* di condizionare e controllare l'operato della maggioranza, sia per la composizione rappresentativa dell'assemblea legislativa. La salvaguardia degli abusi parlamentari è poi offerta tanto da mezzi di controllo democratico, come *referendum*, petizioni, opinione pubblica, quanto, soprattutto, dal controllo di legittimità costituzionale; l'argine ad eventuali abusi del potere giudiziario è poi sancito dal principio di soggezione del giudice alla legge ex art. 101 Cost. e dal divieto di analogia⁵⁰³.

L'ultima qualità che vale a qualificare il diritto penale come *hard* è la sua obbligatorietà⁵⁰⁴, caratteristica che chiama in gioco la tematica delle pene.

Infatti, l'ordinamento penale è il dominio della sanzione, anzi delle più energiche delle sanzioni di cui dispone l'ordinamento giuridico: le pene, consistendo in misure restrittive della libertà personale, sono, invero, dotate della massima temibilità e della massima afflittività. Ecco quindi la differenza tra ordinamento civile e ordinamento penale: il primo incentrato sulla nozione di danno e sulla necessità di porvi rimedio mediante le sanzioni tipiche del risarcimento e della restituzione, il secondo costruito sulla nozione di autore, il quale verrà a subire le conseguenze, in termini di libertà personale, della sua condotta illecita. Di più, a prescindere dal fatto che il diritto privato sia il regno delle norme

⁵⁰² VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano*, Padova, 1999, vol. I, p. 94.

⁵⁰³ DELITALA, *Cesare Beccaria e il problema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964, p. 968.

⁵⁰⁴ La forza obbligante della norma incriminatrice e, correlativamente, la sua capacità di produrre gli effetti da essa previsti è anche denominata validità, mentre la produzione di questi effetti costituisce la sua efficacia. Di regola, validità ed efficacia coincidono. Qui viene in gioco la tematica delle pene, volte tanto a difendere la società dal delitto che a risocializzare il reo.

derogabili, anche per quelle inderogabili la relativa violazione è sanzionata solo se è lo stesso soggetto privato leso a richiedere che la sanzione sia applicata. Diverso è sicuramente il caso del diritto penale, la cui violazione impone al pubblico ministero, in presenza di determinati requisiti, l'esercizio dell'azione penale.

Invero, la sanzione penale nasce proprio dalla presa d'atto dell'incontestabile dato che i mezzi di protezione predisposti dagli altri rami dell'ordinamento non risultano sempre altrettanto idonei a prevenire fatti socialmente dannosi che è particolarmente necessario evitare in vista di una pacifica convivenza. Secondo la concezione a tutt'oggi dominante nella scienza penalistica, il diritto penale contribuisce ad assicurare le condizioni essenziali della convivenza, predisponendo la sanzione più drastica a difesa di interessi particolarmente meritevoli di tutela; insomma, la pena detentiva funge da "arma a doppio taglio, tutela beni giuridici mediante lesione degli stessi"⁵⁰⁵. Ecco perché il ricorso al diritto penale va circoscritto alla salvaguardia di beni giuridici fondamentali.

In quest'ottica la norma penale con la sua previsione testuale della sanzione svolge non solo una funzione di retribuzione, di punizione per il fatto perpetrato, ma anche e soprattutto preventiva, sia a livello generale, per distogliere la generalità dei consociati dal commettere reati, sia a livello speciale, per impedire che il singolo condannato torni a delinquere.

4.2 Le incompatibili differenze tra diritto penale e soft law

Alla luce di quanto sopra descritto, tutto il sistema penale, *hard law* per eccellenza, sembra muoversi in una direzione antitetica a quella della *soft law*. Anche ad ammettersi che l'ordinamento giuridico costituisca un sistema a normatività graduata⁵⁰⁶, in esso diritto leggero e diritto penale sarebbero sicuramente agli antipodi.

Questa antinomia, emersa già nel descrivere le peculiarità del diritto soffice, si appalesa in tutta la sua chiarezza ove si mettano a confronto alcuni specifici elementi fondamentali che di seguito si verranno ad enucleare; in particolare, secondo un illustre Autore⁵⁰⁷ che per primo ha affrontato la tematica, questi elementi sarebbero otto. Il riferimento è, più nello specifico, alle questioni afferenti agli organi di produzione, alle peculiarità strutturali della disposizione, ai soggetti destinatari, ai diversi modelli e gradi di vincolatività, ai

⁵⁰⁵ LISTZ, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, Milano, 1962, p. 46.

⁵⁰⁶ PASTORE, *Soft law, gradi di normatività, teoria delle fonti*, cit., p. 5.

⁵⁰⁷ Il precursore a cui si allude, che con grande perspicacia e lungimiranza ha individuato le possibili interazioni tra il diritto penale e il diritto leggero, è BERNARDI, *Soft law e diritto penale: antinomie, convergenze ed intersezioni*, in SOMMA, *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, cit., p. 1.

differenti ambiti geografici e temporali di operatività, alle logiche alla base e al livello di stabilità.

La trattazione dei vari aspetti sarà svolta in chiave astratta e in maniera sintetica stante la già esaustiva trattazione svolta in merito alle caratteristiche proprie del diritto penale e del diritto soffic.

4.2.1. Gli organi deputati alla produzione normativa

Quanto agli organi di produzione, va ricordato come i molteplici ed eterogenei atti riconducibili nel comune denominatore del *soft law* siano prodotti da svariati enti, non solo statali, comunitari e sovranazionali, ma anche espressivi di poteri non necessariamente a carattere territoriale⁵⁰⁸. Invero quando si allude al fenomeno in esame si sottintende il tratto caratteristico dell'interazione tra pubblico e privato, ossia la sua natura negoziale a discapito dell'impostazione dirigistica e autoritaria dello Stato: le norme emanate derivano molto spesso da regole imposte dagli stessi mercati o da prassi, accordi, normative tecniche alla cui elaborazione hanno partecipato gli stessi soggetti che dovrebbero essere qualificati come destinatari⁵⁰⁹. Conseguenza di ciò è il radicamento del diritto leggero in fonti molto diverse tra loro, da quelle tradizionalmente conosciute a quelle atipiche per arrivare fino alla prassi. Stesso dicasi per i procedimenti normativi di adozione, caratterizzati da un'estrema varietà.

All'opposto⁵¹⁰, come è risaputo, il diritto penale rappresenta un prodotto non solo di origine spiccatamente statale, tendenzialmente libero da vincoli interni o sovranazionali, ma più precisamente di origine parlamentare, e non governativa né giurisprudenziale. A sancire icasticamente tale concetto è la norma contenuta all'art. 25 Cost., la quale è stata posta proprio al fine di sottrarre la competenza penale in materia penale all'esecutivo. Nel moderno stato la riserva della potestà incriminatrice in capo al Parlamento si giustifica non con esigenze di certezza, ma con esigenze di garanzia, sia formale che sostanziale.

⁵⁰⁸ FERRARESE, *Diritto sconfinato*, Roma, 2006, p. 8.

⁵⁰⁹ È quanto avviene, ad esempio, in materia di autorità amministrative indipendenti: è vero che gli atti da queste emanati entrano nel sistema perché previsti dalla legge, dall'*hard law*, ma è altrettanto vero che si sottraggono al normale circuito politico: i regolamenti emanati non solo ricavano le regole dall'oggetto da regolare, ma anche prevedono disposizioni partecipate e condivise dagli operatori economici di quel determinato settore. Sul tema, MERUSI – PASSARO, *Le autorità indipendenti*, Milano, 2003, p. 10.

⁵¹⁰ Secondo ALEO, *Il sistema penale*, Milano, 2005, la prima parola chiave della crisi dell'astrattezza e della generalità è la democrazia: ben prima del proliferare dei centri normativi, è la nostra stessa società ad essere caratterizzata da una pluralità di centri di rappresentazione politica e quindi degli interessi politicamente rappresentati, diversi e anche contraddittori; così che la legge diventa uno strumento inevitabilmente compromissorio legato alla congiuntura politica, destinato alle trasformazioni imposte dalla società e dalla cultura.

Invero, solo il procedimento legislativo appare adeguato a salvaguardare il bene della libertà personale, consentendo di tutelare i diritti delle minoranze e dell'opposizione, le quali sono poste in condizione di esercitare un sindacato sulle scelte di criminalizzazione della maggioranza. Nello stesso tempo l'attribuzione della competenza penale in capo all'organo legislativo, l'unico direttamente eletto dai cittadini, evita forme di arbitrio da parte del potere esecutivo e di quello giudiziario: infatti, è fondato presumere che l'organo rappresentativo della volontà popolare ricorra alla coercizione penale soltanto in vista della tutela di interessi rilevanti della collettività e la cui protezione valga, dunque, il sacrificio della libertà personale.

4.2.2 Le fonti

Strettamente connessa alla precedente tematica è la questione delle fonti.

Se il Parlamento è il solo organo in grado di effettuare un adeguato temperamento degli interessi in gioco e dei rilievi di maggioranza e opposizione, analogamente la legge è l'unica fonte abilitata a produrre norme incriminatrici. Il principio della riserva di legge penale, secondo cui la legge è soltanto la legge è competente a definire la disciplina penale, è strettamente legato, come è ovvio, alla *ratio* di tutela della libertà personale, bene di primaria rilevanza costituzionale, su cui la sanzione penale va ad incidere. Di più, solo quella norma legislativa che sia il prodotto di una dialettica tra maggioranza e opposizione, elaborata secondo un *iter* procedimentale controllabile dall'opinione pubblica e sottoponibile ad un successivo vaglio di legittimità da parte della Corte Costituzionale, assicura il soddisfacimento della *ratio* di garanzia sottesa al principio della riserva di legge di cui all'art. 25, comma 2 Cost.

Accanto alla legge, sono parimenti penalmente legittimati solo gli atti ad essa equiparati, in quanto comunque sottoposti tanto al vaglio del Parlamento che al controllo successivo di legittimità della Corte Costituzionale. Nel dettaglio, nel caso dei decreti legge il controllo del Parlamento è successivo, intervenendo lo stesso, con la legge formale di conversione, a fare proprie le norme originariamente prodotte dalla decretazione d'urgenza; all'inverso, nel caso del decreto legislativo delegato il controllo è antecedente, in quanto le Camere delegano all'esecutivo l'esercizio della funzione legislativa indicando però, oltre all'oggetto ben definito, anche principi e criteri a cui attenersi.

Diversamente accade invece nell'ambito della *soft law*, dove l'eterogeneità degli atti in esso ricompresi rende addirittura difficile, come ampiamente detto, inquadrare il fenomeno nell'alveo delle fonti.

Tralasciando questo discorso, quello che qui ci interessa è il fatto che quando si parla di diritto soffice vengono alla mente non solo le tradizionali fonti del diritto, ma soprattutto altri atti, che spaziano da accordi e intese a mere prassi e codici deontologici e di comportamento.

4.2.3 La determinatezza della previsione

Per ciò che concerne le peculiarità strutturali, le fonti di diritto leggero, non essendo presidiate dal principio di determinatezza, presentano livelli di precisione e dettaglio variabili. Più nello specifico, si è visto come le norme morbide spesso si limitino a porre degli obiettivi senza predeterminarne le modalità attraverso cui questi vanno raggiunti, laddove, per converso, le norme penali devono essere formulate quanto più possibile in modo chiaro e preciso, indicando inequivocabilmente quali siano i comportamenti vietati. Una descrizione vaga ed inesatta del precetto, infatti, si rivelerebbe assolutamente inidonea a vincolare teleologicamente le condotte dei cittadini nell'area della liceità penale, vanificando le stesse finalità garantistiche perseguite dal principio della riserva di legge con la rigorosa predeterminazione legislativa delle fattispecie criminose.

Secondo il risalente insegnamento illuminista, infatti, determinatezza e certezza della fattispecie esigono l'enunciazione delle norme utilizzando il linguaggio del comune cittadino, vale a dire con parole chiare, facilmente comprensibili dal gran numero dei soggetti tenuti ad ubbidirvi. La determinatezza serve, in tale maniera, a garantire, oltre alla possibilità di orientamento del cittadino, anche il rispetto dell'uguaglianza. È d'altronde palese come, rispetto ad una norma redatta con chiarezza e precisione, il procedimento esegetico di adeguamento al caso concreto risulterà più semplice e univoco, evitando per tal via anche applicazioni giurisprudenziali arbitrarie.

Inoltre, le disposizioni penali, a differenza di ciò che avviene per la legislazione attenuata, non possono essere applicate analogicamente, finendo così col comprimere la funzione creativa dell'interprete. Difatti, il ricorso all'analogia se non collide in modo diretto col principio della riserva di legge, posto che prende le mosse pur sempre da una disposizione scritta seppure estesa oltre i limiti consentiti ad un'operazione ermeneutica, va contro i principi di determinatezza e di separazione dei poteri, permettendo ad un

organo non abilitato alla produzione normativa, qual è il giudice, di sussumere nella fattispecie di reato ipotesi non puntualmente contemplate⁵¹¹.

4.2.4 I destinatari

Prendendo le mosse dal diritto morbido, una delle sue particolarità è quella di esprimersi sovente in norme autoimposte, nell'ambito delle quali pertanto i destinatari finiscono tendenzialmente per coincidere coi soggetti produttori delle stesse⁵¹². All'opposto il diritto penale, considerata l'estrema difficoltà di dare vita nelle società contemporanee a testi vincolanti creati col metodo della democrazia diretta nonché la delicatezza del bene giuridico che vanno a toccare, si caratterizza per essere formato da norme etero imposte.

Sempre per ciò che riguarda i destinatari, va rilevato che se le norme di diritto morbido si collocano a metà strada tra la generalità e la particolarità, in quanto prevalentemente indirizzate a particolari categorie di soggetti, come ad esempio agli appartenenti ad ordini professionali, a singole imprese ovvero ad associazioni, le norme penali, pur prefigurando molteplici ipotesi di reati propri, generalmente sono rivolte a tutti gli individui presenti nel territorio statale (c.d. principio di territorialità) ovvero a tutti i cittadini (c.d. principio di personalità).

Quindi, mentre le norme di diritto morbido sono di regola particolari ed eccezionalmente generali, per il diritto penale, in virtù del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost., vale la regola opposta.

4.2.5 Il grado di vincolatività

Venendo all'elemento della vincolatività, il diritto debole è per definizione carente del carattere della precettività, dell'efficacia vincolante diretta. Questo non significa però, giova ribadirlo, che esso sia privo di qualsiasi efficacia, anzi.

Come visto, analogamente a quanto avviene nel diritto comunitario o internazionale, esso, a volte, assume le vesti di diritto meramente esortativo, diretto a persuadere più che ad obbligare, e, in quanto tale, privo di sanzioni. In tali frangenti l'aspettativa di osservanza è dovuta non tanto alla minaccia delle conseguenze negative derivanti a chi disattende l'esortazione, quanto alla forza di persuasione riconducibile alla menzionata dimensione autoregolamentativa che spesso pervade il *soft law* o al prestigio della fonte.

⁵¹¹ CONTENTO, *Corso di diritto penale*, Bari, 1989, p. 58.

⁵¹² SOMMA, *Soft law sed law*, cit., p. 440.

Altre volte la suddetta aspettativa poggia anche sulla promessa di sanzioni⁵¹³, ma queste presentano connotati più sociali che giuridici, posto che alle violazioni di siffatto diritto consegue prevalentemente la misura dell'esclusione da quel particolare gruppo, associazione, ordine, impresa a cui il soggetto spontaneamente aveva scelto di aderire. All'inverso è notorio che il diritto penale sia il ramo più di ogni altro vincolante. La vincolatività delle norme penali non consegue solo alla giuridicità in senso stretto di queste ultime⁵¹⁴, ma anche al carattere stigmatizzante e privativo della libertà personale delle sanzioni previste in caso di violazione dei relativi precetti⁵¹⁵.

4.2.6 La gerarchia delle fonti

Nella tradizione giuridica degli Stati le fonti sono esclusivamente nazionali ed ordinate in maniera rigidamente gerarchica, affinché selezione, interpretazione ed applicazione del diritto risultino quanto più possibile automatiche, secondo il modello montesquieano del giudice *bouche des lois*.

Per tutte le motivazioni precedentemente illustrate, nel campo relativo all'applicazione delle norme penali tale predeterminazione e preordinazione diventa ancora più rigida, essendo precluso alle fonti diverse dalla legge parlamentare la produzione di effetti penali, secondo un modello che diviene patrimonio generale del costituzionalismo democratico e liberale.

In altre parole, quella penale è la branca più gerarchizzata del diritto; questo anche perché è la più condizionata dalla tradizione, la meno incline al cambiamento anche per ciò che concerne i modelli teorici di riferimento⁵¹⁶. Invero, non solo il diritto penale è tenuto al rispetto della gerarchia delle fonti, come è affermato espressamente dall'art. 25, comma 2, Cost., ma anche nelle scelte di incriminazione è tenuto a considerare la carta dei valori espressa in Costituzione.

⁵¹³ Ed invero, sebbene sia affermazione ricorrente che gli strumenti di *soft law* si caratterizzano per il fatto di non essere assistiti, per lo meno espressamente, da sanzioni, non può disconoscersi che l'eventuale violazione di quei precetti può determinare delle conseguenze pratiche concrete. " I destinatari del *soft law*, infatti, sono soggetti indiscutibilmente ad una *soft obligation*, la quale può senza dubbio eventualmente ingenerare sanzioni di natura politica, economica o talvolta anche amministrativa che, pur non essendo statuite da un'autorità giurisdizionale, condizionano o incidono sulle azioni e sui comportamenti dei destinatari. Così, DE LUCA, *Il soft law*, cit., p. 20; Vero è peraltro che sovente la dottrina preferisce parlare di rimedi piuttosto che di sanzioni in senso tecnico. Si veda, ad esempio, GOLD, *The sanction of the International Monetary Fund*, in 66 *Am. J. Int. Law*, 1972, p. 738.

⁵¹⁴ VIOLA, *Tre forme di positività del diritto*, in ZACCARIA, *Diritto positivo e positività del diritto*, Torino, 1991, p. 301.

⁵¹⁵ In Italia la sanzione è sempre privativa della libertà personale, o in prima battuta nel caso sia prevista la pena detentiva o in seconda battuta ove si tratti di pena pecuniaria non eseguita.

⁵¹⁶ BERANARDI, *Entre la pyramide et le rosea*, in *Rev. Int. et. Jur.*, 2004, p. 3.

In linea con la sua natura *prima facie* ossimorica, il diritto soffice sembra invece prescindere dal tradizionale paradigma kelseniano a carattere piramidale e lineare, per collocarsi all'interno di un sistema di fonti improntato su una logica definita, nelle pagine precedenti, reticolare, degerarchizzata⁵¹⁷.

4.2.7 L'ambito di applicazione temporale

Sotto il profilo temporale, la normativa leggera viene ad esprimersi attraverso strumenti particolarmente flessibili e dinamicamente mutevoli, per meglio rispondere alla rapida evoluzione che si verifica nei settori in cui maggiormente opera. Il diritto morbido è dunque un diritto riflessivo in quanto teso a riflettere esigenze non di rado contingenti e a rispondere a necessità del momento, offrendo soluzioni non solo carenti di vincolatività, ma anche temporalmente limitate. Addirittura in taluni casi le norme leggere, attesa la loro innata dinamicità, sono emanate proprio per consigliare itinerari giuridici sperimentali, per offrire una risposta anticipata a certe esigenze; solo nel caso in cui l'esito della sperimentazione si riveli positivo, si valuterà se procedere alla loro consacrazione in norme di legge vincolanti e non connotate temporalmente.

Il diritto penale, per contro, si distingue per un elevato tasso di rigidità che non costituisce solo il riflesso inevitabile del formalismo dei suoi processi produttivi, ma è anche funzionale ai suoi scopi di tutela. Il diritto penale, infatti, deve proteggere beni giuridici preesistenti, ben sedimentati nella coscienza collettiva, per non dare vita ad una legislazione compulsiva oscillante e in definitiva contraddittoria rispetto ai caratteri della indefettibilità e della durevolezza. Il diritto penale non deve avere cioè una funzione promozionale ma piuttosto conservativa soprattutto avuto riguardo al suo nucleo duro contenuto nel codice; anche se ormai sono lontani i tempi in cui il legislatore riteneva di codificare per l'eternità, il codice penale, ma necessariamente anche la legislazione complementare, resta un settore che ha bisogno di un certo grado di stabilità.

Del resto, proprio in ossequio a tale esigenza, ancora oggi parte della dottrina invoca il principio della "riserva di codice"⁵¹⁸, secondo cui non ci dovrebbero essere leggi

⁵¹⁷ VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto*, Torino, 2007, p. 274, secondo cui "la logica gerarchica del comando cede il passo a logiche orizzontali o comunque di tipo comunicativo e dialogico, tese a promuovere forme di negoziazione, compromesso".

⁵¹⁸ FERRAJOLI, *Crisi della legalità penale e giurisdizione*, in AA.VV., *Legalità e giurisdizione*, Padova, 2001, p. 35.

complementari, spesso compulsive o transeunti⁵¹⁹, e l'intero apparato delle norme penali dovrebbe costituire oggetto di codificazione.

4.2.8 L'ambito geografico di operatività

Dal punto di vista dell'ambito geografico, il diritto leggero è destinato ad operare dallo spazio angusto di una singola impresa o di una determinata categoria professionale a quello sconfinato del mercato globale.

Il diritto penale è invece il settore del diritto per eccellenza a carattere nazionale, il meno universalizzabile perché rappresenta al contempo la sovranità nazionale e la cultura di ciascun popolo. Alla diversificazione delle figure di reato e delle risposte punitive in base alla cultura e ai valori propri di ciascun Paese si affianca poi la diversificazione scientifica degli istituti di parte generale a causa della perdurante distanza dei sistemi penali nazionali e delle relative dottrine.

In definitiva, dal punto di vista dell'operatività territoriale e sempre in un'ottica astratta, se il diritto morbido rimanda a una realtà complessa, nella quale lo Stato e i suoi organi di produzione si mescolano ad una eterogenea moltitudine di poteri, territoriali e non, il diritto penale risulta tuttora primariamente espressione di una cultura giuridica a carattere nazionalista.

4.3 L'evoluzione delle peculiarità del diritto penale verso la *soft law*

L'eterogeneità, come visto, appare un tratto peculiare del diritto morbido: esso può essere *soft* con riguardo alla sua autorità, al suo contenuto, alla sua efficacia e alla sua mancanza di coattività.

Il coniugare un esiguo potenziale autoritativo ad un livello variabile di effettività e di rilevanza giuridica ha fatto sorgere l'impressione che il diritto morbido resti ai margini delle vere fonti del diritto. La nozione rinvierebbe ad "atti non normativi di valore *sub legale*", a norme di contenuto vago e scopo indefinito, ad un diritto debolmente obbligatorio, la cui giuridicità è ambigua. Alla base di tale approccio sta l'idea che, poiché la vincolatività e la coercibilità si pongono come connotati tipici del diritto, siffatte regole elastiche, la cui ottemperanza ha carattere per lo più volontario, che insistono sulla persuasione piuttosto

⁵¹⁹ INSOLERA (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, Padova, 2006.

che sulla coerenza, non sarebbero regole giuridiche⁵²⁰. Tali regole, però, trovano applicazione, divenendo efficaci: giudici, legislatori, arbitri, operatori del diritto trasformano, in relazione alle esigenze concrete, criteri non cogenti in norme definite⁵²¹.

All'interno di questa dinamica, espressione del monopolio legislativo statale, con la conseguente incertezza nella gerarchia delle fonti⁵²², accentuata dai processi di globalizzazione, che instaurano multiformi rapporti dialettici tra diversi produttori di diritto e tra componenti formali e informali, sembra che la giuridicità perda i suoi connotati *hard*, i cui tratti sono rappresentati dal nesso esclusivo con la sovranità, dalla verticalità, dalla gerarchia dalle fonti, dalla coattività⁵²³.

Il primato del diritto legislativo viene insidiato ed eroso, in quanto troppo rigido ed incapace di seguire i percorsi più articolati e complessi; il sistema delle fonti si destruttura e si sbriciola, tendendo le fonti a fuggire da un ordine fisso di tipo piramidale ad uno di tipo reticolare. Così il diritto soffice ben esprime l'immagine di una normatività che si allontana dalla stretta coerenza impositiva e sanzionatoria, per disporsi come un tessuto a rete, orizzontale, che si lascia integrare dalle opzioni dei vari soggetti giuridici. Ciò, comunque, sempre nel rispetto di determinati "noccioli duri", caratterizzati da una normatività *hard*, come la Carta Costituzionale, l'insieme dei diritti fondamentali, le norme internazionali e comunitarie, le sentenze giudiziarie.

Insomma, allo stato attuale, nei sistemi giuridici convivono e interagiscono tra loro, nella stessa rete, diversi livelli, di *hard law*, ad alta vincolatività, e di *soft law*, dotati di una flessibilità connessa ad esigenze difficilmente ingabbiabili entro schemi troppo rigidi.

⁵²⁰ FERRERI-PIZZORUSSO, *Le fonti del diritto italiano*, in SACCO, *Trattato di diritto civile*, Torino, 1998, p. 299.

⁵²¹ Emblematica, a questo proposito, con riferimento specifico all'utilizzo di atti non aventi effetti giuridici vincolanti che operano quali strumenti integrativi o interpretativi di atti vincolanti, è la già menzionata sentenza Grimaldi del 13 dicembre 1989 (causa C-322/88), in cui la Corte di Giustizia afferma che le raccomandazioni, benché non siano vincolanti ai sensi dell'art. 189, comma 5, del Trattato CEE, non possono per questo essere considerate atti privi di qualsiasi effetto giuridico, dal momento che "giudici nazionali sono tenuti a prendere in considerazione le raccomandazioni ai fini della soluzione della controversie sottoposte al loro giudizio, in particolare quando esse sono di aiuto nell'interpretazione di norme nazionali adottate allo scopo di garantire la loro attuazione, o mirano a completare norme comunitarie aventi natura vincolante". In ambito nazionale, nello stesso senso, anche Cass. civ., sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748, secondo la quale sebbene il Parlamento non abbia autorizzato la ratifica della Convenzione di Oviedo, da ciò "non consegue che essa sia priva di qualsiasi effetto nel nostro ordinamento. Difatti, all'accordo concluso sul piano internazionale, ma non ancora eseguito sul piano interno, può assegnarsi una funzione ausiliaria sul piano interpretativo: essa dovrà cedere di fronte a norme interne contrarie, ma può e deve essere utilizzato nell'interpretazione di norme interne al fine di dare a queste una lettura il più possibile ad esso conforme".

⁵²² ZACCARIA, *Trasformazione e riarticolazione delle fonti del diritto, oggi*, in *Ragion pratica*, 2004, p. 109; FERRAJOLI, *Principia iuris*, Roma, 2007, I, p. 924; VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto*, cit., p. 272.

⁵²³ FERRARESE, *Il diritto al presente*, Bologna, 2002, p. 147.

Va detto che il diritto ha da sempre fatto riferimento a varie tipologie di norme al fine di influenzare le condotte e le ha ordinate secondo la loro differente forza obbligatoria⁵²⁴. Quindi, si può affermare che la gradazione dei livelli di vincolatività, a cui allude la distinzione tra *hard law* e *soft law*, non è cosa nuova.

Pertanto, la stessa formulazione degli atti soffici non appare essere una caratteristica distintiva e saliente. I principi, ad esempio, sono tipicamente norme senza fattispecie o a fattispecie aperta e, inoltre, abitualmente formulati in un linguaggio valutativo o ottativo, indicando un fine da conseguire. E non va dimenticato che spesso gli atti di diritto morbido enunciano disposizioni di principio.

Tutto ciò conferma insomma l'idea che i materiali che compongono il mondo giuridico sono molto più complessi e articolati rispetto a quanto tradizionalmente e semplicisticamente prospettato dalla dogmatica. E questo è tanto più vero se si prende in considerazione la branca penale, come visto, diritto *hard* per eccellenza.

Invero, se in astratto, sotto i molteplici punti di vista prima analizzati, diritto morbido e diritto penale paiono porsi in posizione di assoluta antitetività, nel concreto tale antinomia pare destinata ad attenuarsi, se solo si tiene conto di quanto in precedenza detto in merito alla crisi del principio di riserva di legge.

Occorre, dunque, ripercorre brevemente l'evoluzione del diritto penale, evoluzione che testimonia la progressiva alterazione di alcuni dei suoi tratti peculiari, piegati inesorabilmente verso la *soft law*. Trattasi di argomento del tutto nuovo al mondo del diritto, i cui primi rilievi si devono all'illustre Autore già menzionato in precedenza, del quale di seguito si seguirà il tracciato⁵²⁵.

4.3.1 I singoli sintomi di avvicinamento: le fonti

Per quanto attiene al problema delle fonti legittimate alla produzione di norme penali, si è già ampiamente discusso dell'erosione subita dal principio della riserva di legge, espressivo della contrapposizione tra rigida formalizzazione di tali norme e libertà dei modelli di diritto leggero.

Dal punto di vista endogeno, la crisi della rappresentanza parlamentare, le esigenze di tecnicizzazione di gran parte dei testi penali varati nell'attuale contesto tecnologicamente evoluto con conseguente massiccio intervento di fonti secondarie in funzione di

⁵²⁴ Infatti nel mondo del diritto esistono anche comandi, divieti, ordini, intimazioni, precetti, istruzioni, direttive, raccomandazioni, pareri, proposte, richieste, istanze, ammonimenti, ecc.

⁵²⁵ BERNARDI, *Soft law e diritto penale: antinomie, convergenze ed intersezioni*, cit., p. 1.

specificazione dei precetti, la necessità di affidare alle concrete scelte della Pubblica Amministrazione, anziché a norme astratte, l'individuazione del punto di equilibrio tra interessi contrapposti, sono tutti fattori che hanno determinato un evidente scadimento del principio della riserva di legge in ambito penale⁵²⁶.

Grave fenomeno che caratterizza i tempi attuali è, come già visto, il ricorso alla decretazione d'urgenza che, da strumento eccezionale è divenuto una risorsa di ordinaria amministrazione per l'esecutivo, e non certo per le oggettive difficoltà che il farraginoso *iter* parlamentare spesso incontra. Il risultato, sul piano dei contenuti e delle prassi attuative, è quello di una giustizia emotiva, periodicamente sollecitata da episodi criminali particolarmente cruenti che spingono il Governo ad intervenire con apparente tempestività ed efficienza, prospettando il più delle volte però soluzioni poco meditate che contribuiscono a rendere il sistema della giustizia penale sempre più incoerente. Il tutto si dispiega in un quadro concettuale il cui archetipo è costituito da una concezione del diritto penale quale strumento di controllo sociale orientato, o meglio dominato, dai mezzi di informazione, strumenti ormai essenziali nella costruzione del consenso alle politiche criminali e della sicurezza. Decisivo, da questo punto di vista, il lancio di campagne mediatiche, che evocano, distogliendo così i cittadini dai veri problemi reali, di volta in volta, il pericolo, reale o immaginario, del soggetto che lo incarna: il terrorista, l'immigrato, il violentatore, il conducente imprudente, il consumatore di stupefacenti; insomma, tutte categorie dotate sulla carta di un tasso criminogeno elevato.

Da ciò ne è scaturita una vera cultura dell'emergenza, caratterizzata dall'inasprimento del trattamento sanzionatorio dei reati già esistenti, la creazione di nuove fattispecie incriminatrici, il ricorso al dolo specifico nonché da un'ulteriore anticipazione della soglia di intervento penale nell'ambito delle libertà individuali⁵²⁷. Di più, se in passato l'emergenza costituiva la ragione politico-criminale sottesa a determinate discipline penali (ad esempio, sequestro di persona a scopo di estorsione, terrorismo e criminalità organizzata), ora essa è diventata elemento costitutivo di talune fattispecie di reato.⁵²⁸

Per rendere l'idea basta citare le condotte, di recente conio, di abbandono di rifiuti ingombranti domestici⁵²⁹ o di indebito utilizzo del segno distintivo della presidenza del Consiglio, dipartimento della protezione civile⁵³⁰, che costituiscono reato solo laddove sia

⁵²⁶ PALAZZO, *Corso di diritto penale, parte generale*, Torino, 2008, p. 113.

⁵²⁷ BONINI, *Quali spazi per una funzione simbolica del diritto penale?*, in *Ind. Pen.*, 2003, p. 491.

⁵²⁸ Sull'emergenza, per tutti, MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1997.

⁵²⁹ Art. 6, co. 1, lett. A), d.l. n. 172/2008 conv. con modificazioni nella l. n. 210/2008.

⁵³⁰ Art. 15, co. 3, decreto legge 28 aprile 2009, n. 39 conv. nella l. 24 giugno 2009, n. 77.

stato previamente dichiarato lo stato di emergenza con decreto del Consiglio dei Ministri, in conformità all'art. 5 l. n. 225/1992.

Attraverso il richiamo a tale legge, in pratica, il potere esecutivo diventa arbitro insindacabile dell'operatività di alcune fattispecie penali, la cui vigenza è subordinata alla proclamazione o alla revoca dello stato di emergenza, al di fuori di ogni controllo parlamentare, diversamente da quanto avviene per i decreti legge.

La gestione dell'emergenza, relativa non solo a calamità naturali e a catastrofi, ma altresì ad "altri eventi che per loro natura ed estensione debbono essere fronteggiati con mezzi e poteri straordinari", nonché ai più recenti "grandi eventi"⁵³¹, viene attuata attraverso lo strumento giuridico delle ordinanze *extra ordinem*.

I decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri con cui si dichiara lo stato di emergenza, per limitarci agli ultimi quattro anni, sono centinaia⁵³²: da quelli per gestire eventi imprevedibili, come l'eccezionale esodo della popolazione albanese verso l'Italia⁵³³, a quelli per gestire eventi ampiamente prevedibili, come l'organizzazione del Giubileo e dei mondiali di nuoto 2009 di Roma, o perfino per gestire l'ammodernamento del tratto autostradale A3 tra Bagnara e Reggio Calabria⁵³⁴ e, infine, per contrastare la situazione di grave criticità che caratterizza l'area archeologica di Pompei⁵³⁵. Un elenco sconfortante, fotografia di un Paese incapace di gestire territorio e servizi secondo i normali criteri di amministrazione, prevenzione e programmazione, in cui l'esautoramento del Parlamento e, quindi, della legge viene giustificato da esigenze di efficienza e celerità nelle risposte a problemi ritenuti altrimenti non risolvibili, per lo meno in tempi brevi⁵³⁶.

Come si diceva, la cristallizzazione dell'emergenza da causa politico criminale ad elemento tipico di fattispecie penale pone problemi tanto all'oggetto che ai soggetti preposti a dichiararla.

Quanto all'oggetto, la sua estensione agli eventi organizzati dall'uomo, anziché alle sole catastrofi causate dalla natura, si presta a strumentalizzazioni e facili scorciatoie in termini di deroghe dettate più da motivi soggettivi di opportunità e convenienza, che non da oggettive ragioni di necessità e urgenza.

⁵³¹ Art. 5 *bis*, co. 5, d.l. n. 343/2001, conv. in l. n. 401/2001.

⁵³² Per una ricognizione si consulti la banca dati di *De Jure*.

⁵³³ D.P.C.D.M. del 19 marzo 1997, su cui MARAZZITA, *Lo stato di emergenza diretto a fronteggiare l'esodo dall'Albania*, in *Giust. cost.*, 1997, p. 2909.

⁵³⁴ D.P.C.D.M., n. 28283 del 9 novembre 2007.

⁵³⁵ D.P.C.D.M. n. 32733 del 4 luglio 2008.

⁵³⁶ RUGA RIVA, *Stato di emergenza e delimitazione territoriale. Verso un nuovo diritto penale dell'eccezione?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1091.

Perplessità suscita anche l'individuazione dell'organo competente a dichiarare l'emergenza, e a determinarne la cessazione, nel Consiglio dei Ministri: è vero che la celerità richiesta dall'emergenza suggerisce il coinvolgimento dell'esecutivo, anziché del Parlamento, ma l'ampiezza dei poteri in deroga alla legge concessi avrebbe reso preferibile che lo stato emergenziale fosse dichiarato con decreto legge, come tale soggetto a conversione parlamentare; ciò soprattutto se si considera che lo stato di emergenza connesso ad "altri eventi", intesi come eventi non naturali ma relativi ad attività dell'uomo, è assolutamente indeterminato e come tale pare inconciliabile con il principio di precisione laddove assurga a presupposto di elemento di fattispecie penale.

Evidente poi il contrasto col principio della riserva di legge, nella misura in cui la sussistenza dello stato di emergenza, quale elemento costitutivo del reato, dipende da quanto previsto da un decreto di competenza del Consiglio dei Ministri, ossia da una fonte che certo primaria non è.

In senso contrario, si potrebbe obiettare che i presupposti, le modalità e l'oggetto della dichiarazione dello stato emergenziale sono pur sempre fissati dalla legge (la n. 225/1992), sicché il Governo si limiterebbe a specificare tempi e luoghi di un elemento normativo già sufficientemente delineato, ma in realtà non è proprio così⁵³⁷. Ma, purtroppo, non è così, perché se i presupposti in base ai quali l'esecutivo può deliberare lo stato di emergenza sono chiari rispetto alle calamità naturali e alle catastrofi (art. 2, co. 1, lett. c, prima parte, l. 225/1992), essi appaiono del tutto vaghi e indeterminati rispetto ad "altri eventi che, per intensità ed estensione debbono essere fronteggiati con mezzi e poteri straordinari" (art. 2, co. 1, lett. c, seconda parte, l. 225/1992), come, ad esempio, l'emergenza rifiuti.

In sostanza, qui l'apporto del Consiglio all'integrazione delle fattispecie penali richiamanti lo stato di emergenza deliberato non si limita alla specificazione delle coordinate spazio-temporali entro cui circoscrivere la disciplina eccezionale, estendendosi piuttosto all'autonoma fissazione, tutta politica e libera, di un elemento normativo di fattispecie⁵³⁸.

⁵³⁷ Con particolare riferimento alla legislazione ambientale, si vedano le osservazioni di CATENACCI, *La tutela penale dell'ambiente. Contributo all'analisi delle norme penali a struttura sanzionatoria*, Padova, 2006, p. 284.

⁵³⁸ In particolare il principio della riserva di legge è stato violato in relazione allo "stato di emergenza per lo smaltimento di rifiuti urbani" dichiarato per la regione Calabria con decreto del Presidente del Consiglio del 18 dicembre 2008 nella misura in cui le fattispecie penali previste dall'art. 6 sono applicabili sulla base di un elemento riconducibile ad una fonte secondaria. Non può dirsi altrettanto per le due leggi dedicate alla gestione dei rifiuti in Campania, ove lo stato di emergenza è stato deliberato con decreto legge, come tale assoggettato a successiva conversione in legge (d.l. n. 90/2008, convertito in l. n. 123/2008); tuttavia, paradossalmente il rispetto formale della riserva di legge è passato in tale occasione per una violazione formale dell'art. 5 l. 225/1992, il quale prevede che lo stato di emergenza sia deliberato con decreto del Presidente del Consiglio e non con decreto legge. In argomento, PELLIZZONE, *Riserva di legge ed efficacia*

Dal quadro descritto emerge che il diritto penale dell'emergenza sembra riflettere lo spirito dei tempi: uno strumento veloce, nelle mani dell'esecutivo, flessibile, adattabile a realtà territoriali circoscritte, posto fuori dal codice, con uno dei suoi elementi peculiari (la dichiarazione dello stato emergenziale) rimesso alla decisione del Governo e quindi sottratto alla dialettica parlamentare.

Un modello, dunque, ben lontano da quello classico imperniato sulla riserva di legge parlamentare e sul principio di uguaglianza.

Se l'utilizzo dei decreti legge in funzione emergenziale è già grave in sé, lo diventa ancora di più se si tiene conto dell'elevato numero di essi emanati di recente⁵³⁹: l. 26 marzo 2001, n. 128 recante Interventi in materia di tutela della sicurezza dei cittadini, con cui, tra le tante modifiche, si è introdotta la fattispecie del furto in abitazione e del furto con strappo (art. 624 *bis* c.p.) e la nuova circostanza attenuante legata alla collaborazione processuale (art. 625 *bis* c.p.); il d.l. 18 ottobre 2001, n. 374, convertito nella l. 15 dicembre 2001, n. 438, mosso da un'altra emergenza, questa volta sovranazionale, nascente dagli attacchi terroristici dell'11 settembre; il d.l. 24 febbraio 2003, convertito nella l. 24 aprile 2003, in materia di contrasto alla violenza nel corso di manifestazioni sportive, che introduce fattispecie estremamente discutibili; la l. 30 luglio 2002, n. 189 (c.d. Bossi-Fini), volta a fronteggiare l'emergenza immigrazione; le leggi 14 luglio 2008, n. 123 e 24 luglio 2008, n. 125, frutto della conversione di altrettanti decreti legge in materia di emergenza rifiuti e sicurezza pubblica; il d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, convertito nella legge 23 aprile 2009, n. 38, che ha immesso nel nostro ordinamento il reato di atti persecutori o *stalking* (art. 612 *bis*); la l. 15 luglio 2009, n. 94, Disposizioni in materia di pubblica sicurezza, che ha recepito alcune delle disposizioni più controverse del d.l. 11/2009 che erano state stralciate in sede di conversione, come l'introduzione del reato di clandestinità, chiara espressione della politica di tolleranza zero verso gli immigrati, e l'inasprimento delle pene di alcune fattispecie contenute nel T.U. sull'immigrazione, nonché le significative modifiche apportate, sempre in logica securitaria, alla disciplina delle circostanze, alle disposizioni penali in materia di circolazione stradale, alla legislazione antimafia.

Quello che emerge dalla lettura delle dette innovazioni normative è una tecnica legislativa affrettata e approssimativa, difettosa di coordinamento; ed è naturale che prodotti

nel tempo e nello spazio della norma penale: possibili spazi per intersezioni tra legge penale e fonti secondarie, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

⁵³⁹ Più completo sul punto, LORUSSO, *Sicurezza pubblica e diritto emergenziale: fascino ed insidie dei rimedi processuali*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 269.

legislativi nebulosi e poco ponderati diventino un terreno fertile per disomogeneità applicative e discrezionalità giurisprudenziale.

Il reiterato ricorso ai decreti legge, solo in apparenza giustificato da necessità e urgenza, ma in realtà determinato da contingenze politico-sociali, produce inoltre testi normativi che vengono emendati in sede di conversione, con innesti non di rado eccentrici rispetto ai contenuti e agli scopi originari. Altre volte si approfitta di un'effettiva urgenza per introdurre nell'ordinamento disposizioni rimaste al palo nelle sedi legislative competenti⁵⁴⁰.

Il proliferare di decreti legge rappresenta, in conclusione, un segno allarmante di deriva degli ordinari meccanismi di produzione legislativa disciplinati in Costituzione, che si aggiunge alla disinvoltura con cui si ricorre al voto di fiducia per approvare impianti normativi inerenti a temi centrali per la vita della collettività, quali appunto la giustizia, la sicurezza, l'ordine pubblico, l'integrazione degli immigrati.

Esempio ancora più lampante dello scadimento della riserva di legge sono gli ampi poteri normativi, che indirettamente incidono anche in ambito penale, delle Autorità amministrative indipendenti, rispetto alle quali non vigono neppure i controlli previsti per gli atti dell'esecutivo. Estremamente significativa al riguardo è la già menzionata vicenda relativa al provvedimento adottato il 23 novembre 2006 con cui il Garante della *privacy* ha introdotto le "Linee guida in materia di trattamento dei dati personali di lavoratori per finalità di gestione del rapporto di lavoro alle dipendenze dei datori di lavoro privati"⁵⁴¹, atto di diritto soffice tra le cui norme da rispettare c'è quella sui trattamenti dei dati biometrici per finalità di lavoro. Ebbene, tale regola, mediante un richiamo al combinato disposto degli artt. 17, 154, 167 del Codice sulla *privacy*, conduce alla possibilità di configurare un illecito penale per coloro che si discostino dagli accorgimenti prescritti dal Garante qualora il trattamento di tali dati presenti rischi specifici per l'interessato e a condizione che la violazione sia compiuta al fine di trarre profitto o arrecare danno.

Sotto il profilo esogeno, invece, non può non evidenziarsi la presenza di nuovi soggetti esterni legittimati alla produzione di norme penali, come visto nell'affrontare la tematica del diritto internazionale e soprattutto di quello dell'Unione europea.

Senza ritornare di nuovo sull'argomento, qui ci si limita a ribadire che, se formalmente il ruolo della *lex parlamentaria* non viene messo in discussione dall'Unione europea, sostanzialmente le sue fonti, con l'ampliamento del loro campo d'intervento, hanno determinato la trasformazione del tradizionale assetto costituzionale delle fonti. In tale

⁵⁴⁰ È quanto accaduto con il delitto di cui all'art. 416 *bis* c.p. sulla questione si veda LORUSSO, *Sicurezza pubblica e diritto emergenziale: fascino ed insidie dei rimedi processuali*, p. 273.

⁵⁴¹ Documento pubblicato in G.U. n. 285 del 7 dicembre 2006.

quadro il livello normativo statale diviene sempre più il prodotto giuridico non solo dell'azione di fonti interne, ma anche, in virtù dei principi della primazia del diritto comunitario e dell'effetto diretto, di fonti sovranazionali in continua ascesa e di pratiche di interrelazione e interpretazione⁵⁴².

Tale affermazione sembra ulteriormente avvalorata in seguito all'emanazione del Trattato di Lisbona, il quale sembra ritenere una diversa modulazione della legalità, nei margini consentiti dal nocciolo duro della nostra Costituzione, solo possibile ma addirittura doverosa in ossequio ai principi fondanti il diritto europeo, il cui ambito riguarda ora anche la materia penale⁵⁴³: quello di attribuzione, che disciplina il riparto di competenze tra Unione e Stati e che ora all'art. 4 TFUE prevede espressamente anche il settore penale; il principio del primato delle fonti UE e quello dell'interpretazione conforme delle norme nazionali; infine, il principio di fedeltà, per cui gli Stati, una volta cedute sfere di sovranità all'Unione, si impegnano poi ad adottare tutte le misure necessarie a garantire l'esecuzione degli obblighi derivanti dai Trattati e dalle fonti secondarie⁵⁴⁴.

⁵⁴² A tal proposito suonano quanto mai attuali le osservazioni di un celebre Autore, il quale, dopo aver ricordato la comune *ratio* garantista dei corollari della legalità, cioè la libertà personale, realizzata in particolare dalla riserva di legge tramite gli aggravati del procedimento di approvazione parlamentare che erigono una barriera all'inflazione penalistica, sottolineava che "se questa *ratio* comune viene comunque salvaguardata, il principio può subire temperamenti a scapito dell'esigenza specifica che lo sorregge". Così, BRICOLA, *Il II e il III comma dell'art. 25*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di BRANCA, Bologna, 1981, vol. XXI, p. 233. Parafrasando tale insegnamento, quindi, se nell'interazione tra norme nazionali e UE viene salvaguardato il fondamento garantista della legalità, non devono preoccupare troppo eventuali rimodulazioni applicative dei suoi corollari; ciò anche perché l'automatica trasposizione su scala europea di meccanismi tipicamente nazionali è pressoché impossibile per molteplici motivi. In primo luogo perché nella ripartizione delle competenze tra organi dell'Unione non rileva, a differenza del nostro ordinamento, la tipologia dei singoli poteri, ma il principio dell'equilibrio istituzionale che predica il frazionamento dell'esercizio di ogni singolo potere tra i vari organi. Nella medesima prospettiva, per quanto attiene alle fonti, nell'ordinamento UE non viene riprodotto lo schema gerarchico, tipico degli ordinamenti nazionali, tra leggi e atti *sub* legislativi: regolamenti, direttive e decisioni, pur differenziandosi per caratteristiche e procedure di adozione, occupano lo stesso livello gerarchico. Neanche la nozione stessa di atto legislativo coincide con quella adottata dagli Stati in quanto dipendente esclusivamente dalla base giuridica e dalla procedura di adozione: invero, sono atti legislativi non solo i provvedimenti di portata generale, come direttive e regolamenti, ma anche in certi casi le decisioni. In una seconda prospettiva, pare contraddittorio pretendere da parte dell'ordinamento europeo il rispetto di un principio, come quello della riserva di legge, che neanche negli ordinamenti nazionali viene ormai rispettato, per i fattori endogeni visti in precedenza. In terzo luogo, l'obiezione reiterata secondo cui alle istituzioni europee non potrebbero essere attribuite competenze penali a causa dell'insanabile contrasto col principio di legalità nazionale si scontra con una realtà sempre più inesorabile: le direttive di armonizzazione sono già una realtà, peraltro imposta dalla giurisprudenza della Corte di giustizia; l'aspetto delle fonti previsto dal Trattato di Lisbona estende assai il novero delle materie nell'ambito delle quali le suddette fonti possono essere adottate, consentendo per loro tramite anche l'armonizzazione delle sanzioni.

⁵⁴³ DE FRANCESCO, *Le sfide della politica criminale: integrazione e sviluppo dei sistemi repressivi, nel quadro dell'internazionalizzazione della tutela penale*, in AA.VV., *Diritto penale comparato, europeo ed internazionale: prospettive per il XXI secolo*, Milano, 2006, p. 65.

⁵⁴⁴ Nella UE non vige il principio della separazione dei poteri, ma quello volto al frazionamento dei singoli poteri tra le istituzioni in varia misura coinvolte nei procedimenti legislativi al fine di realizzare il migliore equilibrio tra i diversi interessi coinvolti nell'esercizio di ciascuna competenza. Sul punto, ADINOLFI, *Il principio di legalità nel diritto comunitario*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2008, p. 9.

Neppure mancano, secondo alcuni, gli spazi per l'esercizio di una competenza in ambito penale diretta mediante lo strumento regolamentare, sia pure limitatamente al settore della protezione degli interessi finanziari dell'Unione.

Infine, va segnalato come la stessa Corte Costituzionale abbia maturato da tempo un atteggiamento di notevole apertura rispetto all'ingresso delle fonti comunitarie anche nei settori nazionali coperti da riserva di legge. In diverse pronunce⁵⁴⁵ la Corte non solo ha affermato l'assenza di qualsiasi preclusione formale all'ingresso nelle materie riservate alla legge di fonti comunitarie, ma si è spinta a riconoscere ad esse, (nel caso di specie direttive), l'idoneità a sostituirsi alla legge interna quale fonte in grado di delimitare la discrezionalità amministrativa nei settori coperti da riserva relativa di legge: in altre parole, qualora in tali ambiti il legislatore non sia intervenuto a delimitare la discrezione della Pubblica amministrazione, la riserva di legge non può dirsi violata se tale discrezionalità viene comunque circoscritta da un'altra fonte, che benissimo può essere di provenienza UE.

Sebbene tale decisione riguardi una riserva relativa, e dunque non si presti ad un perfetto parallelismo col settore penale, appare in ogni modo emblematica la disinvoltura con cui la Consulta ha risolto la questione.

Alla luce dello scenario appena descritto, allora, l'argomento dell'intangibilità della riserva di legge in ambito penale non solo non tiene conto dell'incommensurabilità tra legalità europea e legalità statale, ma risulta superato dalla realtà dei fatti, specie laddove tale argomento tenda a fondarsi sulla consueta obiezione relativa al persistente *deficit* di democraticità dell'Unione

Considerati assieme gli aspetti endogeni e quelli esogeni è allora evidente la deviazione della riserva di legge penale verso la molteplicità di fonti tipica del diritto attenuato e lo sgretolamento del modello gerarchico di stampo kelseniano verso quello circolare, reticolare.

Anticipando il discorso che verrà ampiamente affrontato nel proseguio, un'illustre Autrice, dall'analisi dell'attuale sistema delle fonti, ha evinto che i nuovi modi di essere del diritto incarnano due diverse forme di diritto sconfinato, corrispondenti a due diverse sfumature del termine. Il diritto può essere sconfinato, in primo luogo, come diritto che sconfinava, ossia che travalica i tradizionali confini statali e che si apre a nuove estensioni, pur mantenendo

⁵⁴⁵ Sentenza n. 98/1965, in *Giur. cost.*, 1965, p. 1322, con nota di MAZZIOTTI, in cui la Corte Costituzionale ha escluso la necessità di duplicazione nell'ordinamento europeo di sistemi di produzione normativa perfettamente sovrapponibili alla riserva di legge, laddove in esso operino meccanismi di garanzia sostanzialmente equivalenti, specie per ciò che attiene al controllo giurisdizionale circa la tutela dei diritti inviolabili. Più di recente sentenza n. 383/1988, in *Foro it.*, 1999, I, c. 32.

un rapporto più o meno significativo coi territori: è questo il caso del diritto sovranazionale. In secondo luogo, il diritto può essere sconfinato in quanto addirittura senza confini, ossia non riconducibile alla territorialità: è il caso del diritto transnazionale ma anche del diritto infrastatuale⁵⁴⁶.

Accanto a tale fenomeno, si è inoltre osservato la concordia in dottrina su almeno due fatti: l'accrescimento del numero delle fonti è cresciuto e che la loro tipologia è molto più variegata, in quanto comprende oltre al classico legislatore nazionale, molti altri soggetti, sia pubblici che privati, nonché di carattere sovranazionale, internazionale e infranazionale.

Alla luce di ciò, la tensione che viene ad instaurarsi tra locale e globale suggerisce un andamento giuridico di tipo dinamico, che si discosta visibilmente dalla tradizionale staticità del diritto territoriale e procede sulla base di nuovi nessi e rimandi, sia territoriali che non. Insomma il diritto sembra smarrire, insieme con l'univoco radicamento territoriale che lo caratterizzava almeno in ambito europeo, anche gli altri caratteri di univocità.

A partire da tale andamento dinamico del diritto, dal rapporto mobile che tende ad instaurarsi tra fonti, tradizioni e culture diverse, si può poi cogliere il passaggio da una tipologia di diritto che possiamo definire come diritto ragno a una qualificabile come diritto ape⁵⁴⁷. Con maggiore chiarezza espositiva, l'epoca giuridica al cui tramonto stiamo assistendo era quella in cui il diritto positivo assomigliava molto ad un ragno: stava ben radicato nel suo territorio, era statico e auto poetico e la sua tela non immetteva intrusioni da parte di elementi estranei o contaminazioni con elementi diversi. Tipiche in tal senso le opere kelseniane che hanno esaltato le virtù di questo diritto ragno.

Il diritto odierno, al contrario, sembra perdere tale peculiarità per assumere quelle di un'ape instancabile, sempre in movimento, che cerca di nutrirsi proprio di elementi diversi e che vive di contatti numerosi e variabili anche con altri mondi⁵⁴⁸.

4.3.2 L'affievolimento del grado di determinatezza

Quanto poi alla tassatività delle norme penali, non può essere ignorato il sempre più frequente affievolimento del grado di determinatezza cui tali norme devono improntarsi,

⁵⁴⁶ FERRARESE, *Diritto sconfinato*, Roma, 2006, p. 25.

⁵⁴⁷ Le api e i ragni è il titolo di un volume di Marc Fumaroli (Milano, 2005) che tratta della disputa culturale tra gli antichi e i moderni. La disputa prese corpo nel corso del Seicento e vide contrapposta alla concezione antica, che assimilava la cultura ad un'ape che si nutre succhiando il polline da fiori diversi, una concezione moderna che tendeva ad assomigliare, piuttosto, ad una sorta di ragno, che traeva da se stesso l'elemento per tessere la propria trama.

⁵⁴⁸ FERRARESE, *Diritto sconfinato*, cit., p. 169.

con conseguente vanificazione della *ratio* di garanzia correlata a tale fondamentale principio penale. Invero, la determinatezza/tassatività contribuisce al raggiungimento di un duplice ordine di scopi, strettamente connessi tra loro: certezza delle norme e limitazione dell'arbitrio giudiziale. E, ciò implica, come noto, da un lato, il dovere della formulazione chiara e precisa della fattispecie all'atto di produzione della norma; dall'altro, l'impegno a porre le condizioni perché siano scongiurate eccessive oscillazioni interpretative da parte del giudice.

La determinatezza viene, quindi, a rappresentare un aspetto di non poco momento del rapporto tra autorità ed individuo, dal momento che, se essa si attenua, l'ordinamento testimonia uno scarso rispetto per la libertà individuale, poiché non mette il soggetto nella condizione di orientarsi con piena consapevolezza nella scelta di una condotta. Infatti, la determinatezza risponde ad un'esigenza di precisione e, quindi, di certezza nella previsione, tanto del precetto che della sanzione, in ragione dei beni che vengono in questione in ambito penale⁵⁴⁹.

Il momento di crisi attuale del principio in esame sembra in parte riconducibile alle sempre maggiori difficoltà dovute ad una complessità dei fenomeni criminosi, che è sovente difficile racchiudere in tassative disposizioni incriminatrici, ovvero a non risolte questioni di politica criminale, che portano il dettato delle norme a mancare di una *ratio* univoca. Non di rado, poi, la vaghezza delle disposizioni è dovuta ad una lucida scelta del legislatore, che preferisce rimettere al giudice l'individuazione dell'esatto significato delle stesse in relazione al fatto concreto.

Se, alla luce di ciò, il rispetto di detto canone è stato sempre oggetto di problematica attuazione, è però palese il suo scadimento quando vi è divisione in sede di individuazione dei beni meritevoli di protezione, con conseguente redazione di norme generiche che

⁵⁴⁹ Secondo PATERNITI, *La ineffettività della norma incriminatrice*, in VINCIGUERRA-DASSANO (a cura di), *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, Napoli, 2010, p. 651, l'ineffettività della pena può avere più di una causa⁵⁴⁹. Si pensi, ad esempio, al malfunzionamento del sistema giudiziario che può rendere ineffettive le pene e, dunque, anche le norme che le prevedono. Complesse previsioni di reato che prevedono pene esigue, dunque, facilmente prescrivibili, sono votate all'ineffettività. La complessità degli accertamenti che la norma richiede per la verifica delle ipotesi di reato ed i conseguenti tempi lunghi per realizzarli possono non consentire affermazioni di responsabilità irrevocabili prima dei tempi di prescrizione del reato. Altre volte l'ineffettività della norma può dipendere da insufficienze nella descrizione della condotta tali da non consentire nemmeno di apprezzare l'oggetto della tutela penale. Di tal che la norma non trova una fattispecie concreta a cui applicarsi. Esempio di complessità strutturale che può condurre all'ineffettività si ha nella riformata previsione di false comunicazioni sociali di cui agli artt. 2621 e 2622 c.c.: specie nella prima ipotesi che, per essere contravvenzionale, è esposta ad un termine prescrizione più breve, pur permanendo la complessità degli accertamenti "nei bilanci, nelle relazioni o nelle altre comunicazioni sociali. Altro esempio emblematico è quello del reato di cui all'art. 16 del c.d. pacchetto sicurezza di cui alla l. 15 luglio 2009, n. 94. Il comportamento di rilievo penale è quello dello "straniero che fa ingresso ovvero si intrattiene nello Stato in violazione delle disposizione di legge". Di tal che, più che una condotta si punisce uno *status*, che, oltretutto, non appare lesivo di alcuno specifico interesse.

fanno ricadere sul giudice la responsabilità delle scelte e, soprattutto, nei casi di emergenza, momenti, entrambi, nella attuale fase storica sempre più ricorrenti⁵⁵⁰. Evidente, quindi, in tali frangenti il ruolo della magistratura come fonte del diritto, se si vuole vivente.

Parallelamente anche l'odierno processo di europeizzazione del diritto penale, moltiplicando le difficoltà connesse al ricorso a forme di interpretazione comunitariamente conformi, contribuisce ad aumentare la vaghezza delle norme penali⁵⁵¹. Per non parlare poi del diritto penale internazionale, per antonomasia assai deficitario sul piano della determinatezza, specie con riferimento alle norme di parte generale.

Emblematico, a tal proposito, risulta essere l'esame degli strumenti riscontrabili nello Statuto della Corte penale internazionale e del linguaggio usato in essi: nella definizione delle figure di reato, così come di altri elementi di rilievo dal punto di vista penalistico, risultano essere disattese esigenze di precisione in una misura notevolmente maggiore rispetto a quanto si verifica di regola nei codici penali nazionali. Questa differenza può essere dovuta al fatto che il diritto penale internazionale deve essere recepito nella legge interna attraverso cui esso trova esecuzione nello Stato e che, dunque, le norme di diritto penale internazionale debbano essere solo dichiarative e possano tollerare un certo grado di determinatezza; ma ciò contraddice l'essenza della legalità, dal momento che il principio della separazione dei poteri, essendo funzionale al rispetto dei diritti fondamentali della persona, non può essere sacrificato per soddisfare vere o presunte istanze sovranazionali⁵⁵². Non si può trasferire sull'interprete la grave responsabilità della gestione politico-criminale dei fenomeni, anziché favorire il corretto adempimento della istituzionale funzione di soluzione, secondo parametri formalizzati e precostituiti, dei singoli conflitti socialmente rilevanti.

Un altro aspetto merita poi essere in questa sede analizzato, in quanto in grado di incidere sulla determinatezza della fattispecie: si tratta dell'ipertrofia del sistema penale.

⁵⁵⁰ PALAZZO, *Orientamenti dottrinali ed effettività giurisprudenziale del principio di determinatezza-tassatività in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 327. Sul punto significativa è la pressoché totale assenza di ordinanze di remissione relativamente a questa materia: la giurisprudenza nell'ambito della legislazione dell'emergenza ha dunque inteso far uso dell'ampia delega conferitagli dal legislatore con norme spesso assai poco determinate⁵⁵⁰. Le ragioni di siffatto comportamento paiono riconducibili al fatto che la magistratura, per un verso, nel tassativizzare le fattispecie ha potuto fare assegnamento su un largo consenso sociale; per altro verso, i vuoti in tale materia paiono colmabili con maggiore facilità rispetto a quelli esistenti in materie specialistiche.

⁵⁵¹ BERNARDI, *La difficile integrazione tra diritto comunitario e diritto penale: il caso della disciplina agroalimentare*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 995; ID., *Profili di incidenza del diritto comunitario sul diritto penale agroalimentare*, in *Aspetti penali del diritto agro-ambientale agro-alimentare*, Milano, 1999, p. 93.

⁵⁵² MOCCIA, *Lo Statuto della Corte penale internazionale: i profili della legalità*, in DOLCINI-PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., p. 495.

Oggi, in Italia, il sistema normativo non rappresenta un quadro chiaro di regole volto a consentire il libero esplicarsi delle attività dei privati, ma un insieme di prescrizioni irregolari e spesso irrazionali, che generano continuamente ostacoli e incertezze. Non le poche leggi, chiare e semplici, ma ben digerite e soprattutto ben rispettate a cui auspicava Rousseau⁵⁵³, ma molte leggi, oscure e complicate, poco note e spesso inosservate.

È vero che la complessità del sistema normativo dipende dalla complessità della realtà da regolare ed è vero che non tutti i problemi del nostro sistema dipendono dai difetti delle leggi, essendo spesso, al contrario, le leggi buone e opportune, ma inapplicate o sistematicamente violate. Ma questa è proprio una parte del problema: della legge si abusa perché da essa ci si aspetta troppo. Di conseguenza, la si svaluta e la si indebolisce⁵⁵⁴.

Ed è vero che il numero e la complessità delle leggi dipendono dalla complessità dei rapporti sociali e dalla quantità di interessi emergenti nella prassi, ma in ogni caso la legislazione italiana è molto più abbondante e complicata di quanto le circostanze lo richiedono. Senza tacere del fatto che la complessità non implica necessariamente la contraddittorietà. Quando, poi, la postmodernità chiede forme di controllo penale più flessibili e dinamiche, anche ai fini di una semplificazione processuale, il principio di determinatezza viene ulteriormente sacrificato.

La tendenza a concepire la legge come panacea a tutti i mali è propria innanzitutto di molti politici: la proposta di una nuova legge fa sempre un certo effetto tra i cittadini e conquista facilmente l'attenzione dei mezzi di informazione; e se la legge viene approvata si può dichiarare che il problema è risolto. Quando poi ci si accorgerà che il problema è invece rimasto, si proporrà una nuova legge, senza preoccuparsi delle precedenti. Si alimenta così l'inflazione normativa, con leggi poco realistiche e contraddittorie, che soggetti pubblici e privati non fanno in tempo a metabolizzare e che indeboliscono anche le leggi meglio scritte. Ci si illude di legare le mani ai giudici con prescrizioni dettagliate e si ottiene l'effetto inverso, perché si moltiplicano anche i casi non previsti e perché l'incrocio delle norme produce diverse possibili soluzioni interpretative.

I membri di Parlamento e Governo interpretano poi la funzione legislativa più come strumenti di tutela di interessi particolari che come cura dell'interesse generale, più come modo per mantenere un rapporto stretto con gli elettori che come reale incidenza sul sistema normativo. Legiferare per categorie di soggetti o di rapporti piuttosto che con norme di portata generale, legiferare per deroghe e adattamenti sono altre tendenze che

⁵⁵³ ROSSEAU, *Considerations sur le gouvernement de Pologne*, 1772, cap. 10.

⁵⁵⁴ Ampiamente, MATTARELLA, *La trappola delle leggi*, Bologna, 2011, p. 7.

alimentano l'inflazione legislativa e che sono spesso all'origine di inefficienza e malcostume. La legge, quando perde i suoi caratteri di generalità e astrattezza e ha un'applicazione incerta e incoerente non è in grado di assicurare imparzialità e ancor meno efficienza.

In Italia si è accertato, nel 2007 nel quadro del meccanismo taglia-leggi, che leggi statali ammontavano a quota 21.691, senza contare le circa 25 mila leggi regionali e le normative emanate da varie altre amministrazioni pubbliche, come le Autorità amministrative indipendenti. Il primo effetto collaterale che ne deriva è la difficoltà di conoscere la legge, il diffondersi dell'incertezza che aumenta progressivamente al numero delle leggi: se una materia è disciplinata da un gran numero di norme, è difficile sia per il cittadino orientarsi tra esse, sia per il giudice individuare quale applicare. In ultima analisi, il disordine legislativo rimette al giudice le scelte più importanti e più delicate.

Oltre che dal numero eccessivo, il problema dell'inflazione normativa è dato soprattutto dal difetto di coordinamento tra leggi e dal loro contenuto frammentario. Ciò dipende dal cattivo modo di legiferare, con la frequente introduzione di norme più o meno urgenti, più o meno nascoste, in leggi di prossima approvazione e conversione.

Nell'attuale fase politica, il Parlamento è praticamente esautorato dalla funzione legislativa a beneficio del Governo, tanto che perfino i lobbysti preferiscono concentrare le loro attenzioni sui ministri piuttosto che sugli onorevoli. L'85% delle leggi approvate dal Parlamento è di iniziativa governativa, le rimanenti leggi sono sempre meno importanti. I parlamentari sono continuamente impegnati a convertire rapidamente decreti legge scritti frettolosamente e ad approvare maxi emendamenti a scatola chiusa; si legifera in modo frammentario, per lo più con decreti legge che contengono un gran numero di misure. La legge viene continuamente utilizzata per evitare di rispettarne un'altra.

Il risultato di questo insieme di fenomeni è l'attenuarsi della distanza tra norme di diritto morbido e norme penali per quanto riguarda la loro chiarezza e precisione e l'ampiezza degli ambiti interpretativi da essa concessi. Tanto è che autorevole dottrina sottolinea come, nei casi più eclatanti di patologica carenza di determinatezza della norma penale, quest'ultima potrebbe addirittura vedere affievolita la propria forza normativa, sino a produrre effetti non da quelli di una norma di *soft law*⁵⁵⁵. Il problema è che, in ambito penale, l'adozione di canoni deboli di comprensione e di interpretazione, e il ricorso nell'esperienza giuridica a logiche miopi, di immediatezza e urgenza, mal si adattano alla forza, alla sostanza dei diritti fondamentali, quali vengono normalmente in discussione con

⁵⁵⁵ BERNARDI, *Soft law e diritto penale: antinomie, convergenze, intersezioni*, cit., p. 11.

il controllo penale. In questa materia vi è necessità di regole forti, di fondamenti, di principi; tutto il contrario di una legislazione casuale, occasionale, contraddittoria, orientata verso presunte emergenze, foriera di perdita di garanzie ed efficienza, che ha flagellato il diritto interno ed ha da sempre caratterizzato la giustizia internazionale. E ancor più grave è il caso in cui per colmare l'indeterminatezza della fattispecie penale nazionale si ricorra alla legislazione europea, per definizione meno tassativa e precisa; è quanto, ad esempio, avvenuto in relazione al reato di cui all'art. 660 *ter* c.p., relativamente al quale si è dovuta richiamare la nozione di pedopornografia di cui all'art. 1 della decisione quadro 2004/68/GAI. La mancata definizione a livello nazionale è, peraltro, stata frutto di una consapevole scelta del legislatore stante la difficoltà incontrata nel bilanciare la tutela del minore con quella della *privacy*, intervenendo in un settore ove l'agente non lede né concretamente mette in pericolo beni rilevanti⁵⁵⁶.

L'indeterminatezza coinvolge anche la tematica delle funzioni della pena: una volta affidata alla pena una funzione di orientamento, dai punti di vista individuale e generale, allora l'illecito dovrà risultare agevolmente comprensibile. Allora è chiaro come, intorno ad un coacervo di fattispecie imprecise e oscure non sia possibile ottenere un'aggregazione di consensi, alla stessa maniera in cui lo stesso effetto di intimidazione non risulta conseguibile se la minaccia della sanzione non è connessa al divieto di una condotta violata, rendendo, in tal modo, accettabile l'intervento punitivo.

4.3.3 Deviazione verso la settorializzazione del diritto penale

Con riferimento ai soggetti destinatari, è indubbio che le norme mantengano nella massima parte dei casi il connotato della etero imposizione. Ad ogni modo, sempre più numerosi sono gli Stati che ormai finiscono col riconoscere la vigenza di norme penali, o addirittura di sistemi penali culturali a carattere autoimposto, con conseguente riattribuzione di poteri di autogoverno, anche in ambito penale, alle suddette minoranze⁵⁵⁷. Per tal via si fa sì che anche nel diritto penale si affermi una sorta di pluralismo giuridico da tempo estraneo a tale settore e, viceversa, tradizionalmente proprio di quello commerciale, costituente come si sa il naturale terreno di coltura della normativa soffice. Trattasi questa di una conseguenza dell'inarrestabile processo di globalizzazione su scala mondiale che, determinando l'incremento dei flussi migratori di massa verso realtà

⁵⁵⁶ Ampiamente sul punto SCARCELLA, *Tassatività e determinatezza della nozione di pornografia: la Cassazione apre al diritto comunitario*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 973.

⁵⁵⁷ BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale*, Torino, 2006, p. 64.

nazionali economicamente più evolute, ha finito per coinvolgere anche il nostro Paese, il quale si ritrova investito del delicato problema relativo al trattamento penalistico della peculiare categoria dei reati culturalmente orientati o motivati.

Più nello specifico, con tale formula⁵⁵⁸ si intende fare riferimento a quei fatti espressivi di un conflitto normativo, in quanto costituenti reato nell'ordinamento in cui vengono commessi ma che, al contempo, appaiono come manifestazione di principi, valori, consuetudini nella prospettiva del gruppo etnico cui appartiene colui che li ha posti in essere.

Si pensi, solo per citare gli esempi più emblematici, a condotte vessatorie esercitate dal capofamiglia verso i membri del suo nucleo, reputate pienamente conformi al diritto in alcuni contesti culturali in cui la violenza è sintomatica del potere asseritamente legittimo del *pater familias*. Oppure a comportamenti dispotici e violenti in danno dei figli minori, giustificati sulla scorta di un'accezione lata, per noi inaccettabile, di *ius corrigendi*. O, ancora, a pratiche di accattonaggio, a reati contro la persona realizzati mediante pratiche di mutilazione consentite all'interno di determinate tradizioni etniche, nonché a delitti commessi in forza di una particolare concezione di onore.

Evidente allora il nodo problematico che si pone in tale frangente e che sembra ricalcare la settorializzazione tipica del diritto morbido: è tollerabile la predisposizione, nei confronti dell'autore di un reato culturalmente motivato, di un trattamento penale più mite rispetto a colui che compie un identico fatto di reato, ma senza la spinta culturale? È giusta questa parcellizzazione del diritto penale che finisce per violare il principio di uguaglianza?

Al riguardo le voci sono ambivalenti, talune volte a negare l'opportunità di un riconoscimento *pro reo* della condotta a matrice culturale, altre tese a suggerirne una valutazione in chiave di esclusione o di attenuazione della pena.

Le voci contrarie al riconoscimento di tale fattore hanno evidenziato come una soluzione differente mini le fondamenta del diritto penale, ossia vanifichi la funzione della pena. Neutralizza, innanzitutto, la funzione retributiva della pena, dal momento che essa può condurre all'irrogazione di pene irrisorie a soggetti responsabili di gravi reati offensivi di beni essenziali e che le caratteristiche oggettive di taluni reati a sfondo culturale paiono particolarmente aberranti alla stregua della nostra sensibilità sociale. Secondariamente, annienta anche l'aspetto specialpreventivo, in quanto il fatto che il delitto risulti sorretto da

⁵⁵⁸ Sul tema la letteratura è ormai copiosa. Tra i molti, BERNARDI, *Il fattore culturale nel sistema penale*, Torino, 2010; BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale*, Torino, 2006; BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, Milano, 2010; DE MAGLIE, *Culture e diritto penale. Premesse metodologiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1088; GRANDI, *Fattore culturale e responsabilità penale*, Ferrara, 2008.

una convinzione culturale potrebbe rivelare il carattere antagonista della personalità del reo alla tavola dei valori espresso dalla società, oltre che uno “stimolo” a continuare a delinquere, confidando nell’impunità. Sotto il profilo generalpreventivo, la valutazione *pro reo* dell’elemento culturale finirebbe poi per vanificare la carica deterrente di talune norme incriminatrici. Da ultimo, ma non certo per importanza, la considerazione del condizionamento culturale si porrebbe in contrasto col principio di uguaglianza formale, rispetto non solo a tutti coloro che sono soggetti alla legislazione nazionale, ma soprattutto verso i soggetti deboli, come donne e minori appartenenti a quelle minoranze in cui pratiche ancestrali sono ancora drammaticamente diffuse.

Per contro, le opinioni favorevoli ad un’interpretazione *in bonam partem* dei reati culturali osservano come, da un punto di vista retributivo, si rischi, in assenza di una maggiore carica di offensività, di reprimere la differenza in quanto tale, in violazione del principio di eguaglianza nella sua dimensione sostanziale: sarebbe difficile, in sostanza, negare come l’atteggiamento di colui che commette un fatto perché condizionato dalla necessità di adempiere un precetto culturale sia meno riprovevole rispetto a chi commette il medesimo fatto libero da qualsiasi condizionamento culturale. Si evidenzia poi che l’adempimento della funzione specialpreventiva della pena dovrebbe tradursi non in termini di riconversione culturale coatta, ma nella predisposizione di un trattamento volto a disincentivare le minoranze dal perseguire quelle tradizioni in insanabile contrasto coi principi fondamentali del nostro ordinamento. Infine, sotto l’aspetto generalpreventivo, la svalutazione dell’elemento culturale rischierebbe di rivelarsi controproducente, determinando un aumento delle pratiche tradizionaliste illecite proprio come reazione all’uso simbolico del diritto penale a tutela dei valori della maggioranza.

Parimente importante è il fenomeno costituito dalla settorializzazione dei destinatari delle norme penali. In effetti sembra inarrestabile la tendenza alla elaborazione di reati propri, strutturati cioè con riferimento a determinati gruppi di soggetti attivi, la cui specificità discende spesso dall’attività lavorativa svolta o dal particolare ruolo sociale. Al riguardo si parla, con un’espressione significativa, di reati categoriali, sintomo della sempre maggiore tecnicizzazione dei precetti, con conseguente parcellizzazione dei loro destinatari attraverso forme di selezione normativa, non molto diverse da quelle attuate da larga parte dei testi di diritto *soft*. Al riguardo taluni Autori parlano dell’esistenza di veri e propri corpi normativi settoriali in grado di dar vita a veri e propri microsistemi dotati di peculiari principi

ed istituiti in grado di derogare, più o meno incisivamente, quelli del diritto penale classico⁵⁵⁹.

Caso ancor più grave di settorializzazione è il noto fenomeno delle leggi penali *ad personam*, apparentemente generali e astratte, in realtà modulate su specifici casi giudiziari. D'altronde non a caso esse sono definite leggi su misura o *ad personam*: qui la volontà è proprio nel senso di rimarcare come esse siano create sulla figura di un determinato soggetto eccellente per fondare sulla stessa legge l'impunità per i fatti pregressi e per quelli futuri. Tralasciando i casi della riforma dei reati societari e della recidiva, di cui si è già fatto cenno, di recente ha suscitato molto scalpore il c.d. lodo Alfano⁵⁶⁰, lodo che mirava a garantire la stasi processuale per i reati *extrafunzionali* di cui risultassero imputati i soggetti titolari delle più alte cariche dello Stato⁵⁶¹. Tale legge, dichiarata incostituzionale⁵⁶², presentava, senza voler entrare nei dettagli, una serie impressionante di difetti di ragionevolezza. Oltre al fatto di voler introdurre con legge ordinaria, anziché costituzionale, una immunità sotto le mentite spoglie di una causa di interruzione del processo, essa è parsa derogare vistosamente al principio di uguaglianza per la posizione processuale di imputati eccellenti. Invero, operando quale scudo processuale per reati privati ed *extrafunzionali* non si celava dietro al Lodo rinnovato un ingiustificato privilegio lesivo del principio di uguaglianza? Senza considerare che tra le previsioni normative confermate c'era pure l'estensione della sospensione per i reati commessi antecedentemente all'assunzione della carica, allorché l'interessato era, a tutti gli effetti, ancora un privato cittadino: ciò non violava il nucleo duro del diritto di cui all'art. 3 Cost., che esclude qualsiasi distinzione in base alle condizioni sociali e personali? Se il diritto di difesa è garantito a tutti gli imputati perché il lodo prevedeva come ambito applicativo solo le più alte cariche e non tutti coloro che, in ragione della propria attività, abbiano difficoltà a partecipare al processo penale? Di più, su che base poggiava la differenza di regime tra Presidente (di Senato, Camera e Consiglio) e membri del relativo

⁵⁵⁹ FIANDACA-MUSCO, *Perdita di legittimazione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 27.

⁵⁶⁰ Sul tema la dottrina si è a dir poco scatenata. Si veda, tra i molti, BIN, *I molteplici volti della sentenza Alfano*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 41; ZANON, *Il commento*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 49; BIN-BRUNELLI-GUAZZAROTTI-PUGIOTTO-VERONESI, *Il lodo ritrovato. Una quaestio e un referendum sulla legge n. 124 del 2008*, Torino, 2009, p. 269 ss.

⁵⁶¹ Trattasi della legge 26 luglio 2008, n. 124 che ricalca grosso modo il precedente lodo c.d. Maccanico o Schifani (l. 20 giugno 2003, n. 40), già dichiarato incostituzionale dalla Consulta con la sentenza n. 24/2004. Rispetto al precedente il Lodo Alfano si connotava per le seguenti novità: la rinunciabilità della sospensione, la non reiterabilità della sospensione, l'assunzione delle prove non reiterabili, la possibilità per la parte civile di trasferire l'azione in sede civile, l'esclusione del Presidente della Consulta dall'ambito soggettivo di applicazione.

⁵⁶² Sentenza 262/2009 con cui la Corte ha dichiarato incostituzionale la legge 23 luglio 2008 n. 123, sostenendo che la modifica all'immunità andasse approvata con legge costituzionale e non ordinaria.

organo collegiale (Camera, Senato e Consiglio)? È comprensibile che agende fitte di appuntamenti ufficiali, riunioni istituzionali, viaggi di lavoro e quant'altro rendano difficoltosa la ricerca del giorno da riservare all'incontro con il magistrato penale. Difficile, appunto, ma non impossibile.

Una esenzione così prolungata, per quanto non più *sine die*, non metteva forse a repentaglio i principi della ragionevole durata e di efficienza del processo, anche in considerazione del silenzio normativo sull'utilizzabilità delle prove già assunte, a rischio di dispersione?

Posto che il lodo si prefiggeva di assicurare il sereno svolgimento delle rilevanti funzioni che ineriscono alle alte cariche dello Stato, non si rivelava irragionevole, anche ad ammettere la natura funzionale di tale interesse, una disciplina che, a parità di bene tutelato, introduceva per i reati extrafunzionali un regime difforme da quanto costituzionalmente previsto per i reati funzionali? E poi la facoltà potestativa del soggetto apicale di scegliere se avvalersi del lodo, quale che sia l'imputazione ed in qualsiasi momento dell'*iter* processuale, era sufficiente per affermare che il meccanismo non fosse più automatico? Se davvero la stasi processuale avesse avuto natura funzionale, e non di mero privilegio personale, la sospensione non avrebbe dovuto essere del tutto indisponibile da parte degli interessati? È parso del tutto arbitrario che la sospensione potesse operare automaticamente per tutti i reati, anche per quelli più gravi sia dal punto di vista comune (es. omicidio e stupro), sia da quello della ragion d'essere dello Stato di diritto (es. corruzione in atti giudiziari, abuso d'ufficio).

Perché poi introdurre una presunzione legale assoluta di legittimo impedimento per i titolari delle dette cariche, senza che fosse possibile verificare la concreta sussistenza dell'impedimento a comparire in giudizio? La scelta discrezionale dell'organo, infatti, finiva per incidere sui diritti del soggetto leso dall'imputato eccellente, come testimoniato dalla previsione per cui, scaduta la sospensione, l'attività doveva essere cominciata nuovamente.

Non si capiva, se non giustificandola nei termini di un mero privilegio personale, come mai la sospensione non fosse reiterabile in caso di nuova nomina: perché mai la seconda nomina doveva essere garantita meno della prima? In realtà, la vera ragion d'essere del provvedimento emanato a tempo di *record*⁵⁶³ è stata rintracciata nella missiva inviata dal Presidente del Consiglio a quello della Camera una settimana prima della relativa discussione parlamentare, in cui il primo parlava "di ennesimo stupefacente tentativo di un

⁵⁶³ Appena ventiquattro giorni hanno diviso la sua discussione in Parlamento dall'entrata in vigore.

sostituto procuratore milanese di utilizzare la giustizia a fini mediatici e politici, in ciò supportato da un Tribunale anch'esso politicizzato e supinamente adagiato sulla tesi accusatoria”.

Bocciato il lodo Alfano, ad inizio 2010 era già all'esame del Parlamento il ddl. n. 1996, con cui si voleva riconoscere al Presidente del Consiglio e ai Ministri il diritto ad autocertificarsi un impedimento legittimo a comparire anche per periodi di sei mesi. Anche qui è parso di trovarsi di fronte, ancora una volta, ad un'immunità processuale forgiata per il Presidente del Consiglio, cui viene conferita la potestà di disporre una sorta di fermo immagine di tutti i processi a suo carico, verosimilmente destinati a rimanere in *stand by* sino a quando l'imputato ricoprirà tale carica. L'unica differenza rispetto alla generalizzata sospensione dei processi che prevedeva il Lodo Alfano sta nel fatto che, mentre questa operava *ope legis* ed era rifiutabile dall'interessato, la sospensione per legittimo impedimento opera su richiesta e, di fatto, non può essergli negata. In pratica, si ha la situazione di un imputato di alto rango che si avvale della prerogativa di far sospendere il processo per un certo lasso di tempo, autocertificandosi un impedimento di pari durata, di cui un giudice-notaio viene chiamato a prendere atto⁵⁶⁴.

Un altro aspetto degno di considerazione è il fatto che molti reati contemporanei obbediscono ad una spiccata idea preventiva: sono figure legali che colpiscono condotte intollerabili non in sé, ma per le conseguenze che potrebbero produrre, se per caso venissero poste in essere insieme a tutta una serie di ulteriori fattori di rischio non integralmente controllabili *ex ante*. I loro destinatari, di conseguenza, vengono parcellizzati in forza di particolari titolarità, obblighi, competenze, che fanno assumere grande importanza all'espansione del reato colposo, del reato proprio e di quello omissivo. Cresce anche qui, insomma, l'importanza del ruolo e dello *status*, importanza che pare ancor più simile alla settorializzazione tipica del diritto attenuato in quanto inserita in un contesto di base lecito⁵⁶⁵. Di più, la stessa struttura della norma sembra qui meno imperativa rispetto a quella classica di stampo penale: non è categorica, né si indirizza al cittadino in quanto tale, ma si avvicina all'onere o al dovere condizionato e fungibile, perché riguarda la disciplina di attività in un contesto di base lecito, di attività autorizzate o di cui si delimita un'area di rischio consentito; le condotte sono vietate non in modo assoluto, ma

⁵⁶⁴ Sulla questione, GIOSTRA, *Con la sospensione di tutti i processi penali l'immunità si traveste da legittimo impedimento*, in *Guida dir.*, 2010, n. 9, p. 102.

⁵⁶⁵ DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., p. 105.

condizionato essendo spesso più di una o alternative le possibilità di adempiere agli obblighi imposti⁵⁶⁶.

Tale prospettiva del rischio si palesa in tutta la sua evidenza nell'ambito del diritto penale del lavoro con riferimento al criterio della riduzione "al minimo" del rischio, come imposto da una direttiva europea.

Senza addentrarci sulla tematica, va in tale sede rilevato solo come anche la teoria della causalità ne esca fortemente ridimensionata, dovendosi qui prevenire il rischio disciplinando a monte situazioni prodromiche e parcellizzate, definite secondo *standard* obiettivi, competenze distinte, nell'ambito di un processo di responsabilizzazione per ruoli. Forti sono poi le tensioni che si creano, rispetto agli esempi tradizionali, nella costruzione di categorie la cui più apprezzata virtù è divenuta la flessibilità: a cominciare dalla stessa condotta, ormai dispersa tra centri di competenze, ruoli, obblighi, funzioni originarie e trasferite, e trasformata nel suo nucleo di valore attraverso continue metamorfosi esegetiche dell'azione in omissione e viceversa; per proseguire, con le dimensioni probabilistiche di una causalità che tende a semplificarsi in imputazione per l'aumento del rischio. A tali aspetti fanno da contrappunto, sul piano soggettivo, le versioni del dolo oggettivistiche come rischio ovvero del dolo come *suitas* e *culpa iuris* nei reati a condotta neutra.

È evidente allora come tutti i fenomeni descritti sembrano muoversi in una prospettiva antitetica al riconoscimento del carattere unitario del sistema penale e del carattere generale delle relative norme, per accogliere ancora una volta concezioni implicanti un affievolimento della demarcazione tra diritto penale e *soft law*.

4.3.4. L'erosione del grado di cogenza

Anche in tema di precettività, sembra possibile cogliere dei segnali da cui poter dedurre lo scemare del carattere imperativo di alcune norme penali, analogamente a quanto avviene per la *normativa soffice*⁵⁶⁷.

⁵⁶⁶ Accanto a questi tipi di autori "nemici", si individua un'altra categoria di autori che non rompono il patto sociale, ma che trasgrediscono soglie. Si delinque anche solo superando i limiti di un rischio consentito e nell'esercizio di attività quotidiane e del tutto lecite. Da qui l'esplosione dei reati colposi, omissivi, di pericolo, tipica del diritto penale moderno, dove, come si è già detto, la stessa struttura della norma risulta meno cogente rispetto a quella classica di stampo penale: non è categorica, né si indirizza al cittadino in quanto tale, ma si avvicina all'onere o al dovere condizionato e fungibile, perché riguarda la disciplina di attività in un contesto di base lecito; le condotte sono vietate non in modo assoluto, ma condizionato essendo spesso più di una o alternative le possibilità di adempiere agli obblighi imposti.

⁵⁶⁷ FERRARESE, *Soft law: funzioni e definizioni*, in *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, cit., p. 79.

In tal senso va citata l'attuale tendenza a varare testi penali votati all'inapplicazione, di cui si è detto nel trattare il principio di determinatezza, e quindi dotati non di rado dotati di un effetto meramente simbolico⁵⁶⁸, in quanto pensati più per rassicurare i cittadini che non per garantire la reale cogenza dei relativi precetti e dunque la reale cogenza dei precetti in funzione anti criminale. Quando si utilizza il termine di diritto penale simbolico, infatti, si intende criticamente far riferimento al fatto che determinati protagonisti della scena politica perseguono unicamente l'obiettivo di dare l'impressione tranquillizzante di un legislatore attento e risoluto; insomma, un diritto che si identifica nella discrasia tra gli obiettivi invocati e la realtà che si cela dietro quelle dichiarazioni.

Va, però, precisato che la denominazione di diritto penale simbolico non si riferisce solo ad una categoria ben definita di norme penali caratterizzanti per la mancata applicazione, per la carenza di incidenza reale nella soluzione applicativa e per la forte valenza comunicativa, nel breve periodo, dell'approvazione delle norme corrispondenti, venendo essa, altresì, ad individuare anche uno specifico tipo di autore, definito come "diverso"⁵⁶⁹.

Si è, infatti, già fatto notare come molte delle recenti novelle legislative siano il frutto dell'emergenza, della necessità di controllare il crescente senso di insicurezza diffuso nella società, per il vero, spesso amplificato dai *mass media*. E quando l'autore di un qualunque, per quanto grave, tipo di reato diventa improvvisamente un bersaglio della stampa o dell'opinione pubblica per ragioni contingenti, che non dipendono dalle sue anomalie tipologiche di autore, ma da un'estemporanea recrudescenza punitiva verso un certo tipo di fatti, in quell'istante il diritto penale è strumentalizzato in funzione della lotta contro un nemico, per esprimere la riaffermazione dei valori offesi e la lotta contro chi li aggredisce: per colpire i fatti si etichettano come nemici i loro autori, strumentalizzando la loro persona⁵⁷⁰. Il nemico non è individuato specificatamente come autore pericoloso, perché è soprattutto il tipo di fatto a venire strumentalizzato: l'autore è simbolo dall'abnormità di un comportamento e la sua punizione deve esprimere pubblicamente la restaurazione dei valori calpestati, l'ineluttabilità della pena e il messaggio morale della lotta contro essi⁵⁷¹.

Il risultato è quello già visto di una giustizia emotiva, periodicamente sollecitata da episodi criminali particolarmente cruenti che spingono il potere esecutivo ad intervenire con

⁵⁶⁸ BONINI, *Quali spazi per una funzione simbolica del diritto penale?*, in *Ind. pen.*, 2003, p. 491; CONSULICH, *Il tradimento di Ippocrate. Ragionevolezza ed effettività delle fattispecie di comparaggio, tra diritto penale classico e diritto penale moderno*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2008, p. 29.

⁵⁶⁹ MELIA, *Diritto penale del nemico?*, in DONINI- PAPA (a cura di) *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Milano, 2007, p. 77.

⁵⁷⁰ M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al nemico*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 274.

⁵⁷¹ DONINI- PAPA (a cura di) *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, cit. p. 45.

apparente tempestività ed efficienza, prospettando il più delle volte soluzioni poco meditate che svelano tutta la loro inadeguatezza, contribuendo a rendere il sistema giustizia penale sempre più incoerente. Dal punto di vista operativo, si concepiscono appositi piani di sicurezza della società dai delinquenti per principio, fondati su congegni normativi che guardano al futuro, per neutralizzare pericoli, e non al passato, per riaffermare la vigenza della norma violata. Su questa scia si promuovono l'anticipazione della criminalizzazione a condotte lontane dalla lesione o messa in pericolo di un bene; l'imposizione di pene draconiane al di là dell'idea della proporzionalità; la riduzione, se non l'eliminazione, dei diritti dell'imputato, come la presunzione d'innocenza; la specialità dell'esecuzione, scontata in stabilimenti determinati, scollegata dalla gravità del fatto, estranea al fine della rieducazione ed estremamente afflittiva. Insomma si fanno prevalere gli aspetti della pericolosità, della prevenzione e dello stigma rispetto alla colpevolezza e alla retribuzione, mettendosi in conto il sacrificio degli innocenti in nome della sicurezza.

Chiaramente il fatto di essere puniti per il solo fatto di incarnare un determinato tipo di autore fa venir meno la cogenza della norma penale: se, a prescindere dall'offensività della condotta, si punisce l'agente solo in virtù del suo *status*, allora tanto vale delinquere, tanto si verrà puniti ugualmente; e, comunque, poi si potrà ben usufruire di qualche premio che consentirà di ridurre il tempo di espiazione della pena.

Il rischio poi sotteso all'assunzione della sicurezza tra i diritti fondamentali è di rompere quell'equilibrio essenziale alla democrazia costituzionale che ricostruisce il rapporto tra libertà e sicurezza in termini di regola-eccezione. Ma non era proprio la volontà di tutelare il fondamentale bene della libertà personale alla base del principio di legalità ex art. 25 Cost. a richiedere in materia penale una legge emanata dall'organo rappresentativo secondo un determinato *iter* atto a garantire la ponderatezza delle scelte punitive e il controllo da parte delle minoranze?

Per descrivere il suddetto sono state coniate le significative espressioni di c.d. diritto penale del nemico o del diritto penale d'autore⁵⁷², formule equivalenti che evocano, appunto, il fatto che ciò che è punibile non è più il reato ma il reo e, nello specifico, per

⁵⁷² L'irrompere sulla scena penalistica della detta denominazione si deve allo studioso tedesco Jakobs, che ha elaborato uno schema teorico di diritto della sicurezza fondato sulla contrapposizione tra l'esigenza di proteggere i cittadini onesti, in quanto titolari delle garanzie generalmente riconosciute, come la sicurezza, e quella di estromettere dal sistema di garanzie coloro che si sottraggono all'osservanza del patto sociale, e per questa ragione devono essere trattati non come persone, ma come antagonisti da combattere, siano essi nemici veri o presunti.

I bisogni di sicurezza finiscono, quindi, per giustificare la selezione dei comportamenti criminosi, e la conseguente classificazione dei nemici.

“quello che è” non per “quello che fa”; ciò in contrasto con un sistema improntato sul diritto penale del fatto e della colpevolezza⁵⁷³.

Il partecipante ad un'associazione a delinquere, il terrorista, l'immigrato e il recidivo sono gli archetipi più elementari di questa tendenza.

I punti di più evidente emersione di questo impiego simbolico del diritto penale, che come visto si pone in stretta connessione con il tema della progressiva settorializzazione dello stesso, sono, però, senz'altro rappresentati dalla circostanza aggravante della clandestinità di cui all'art. 61 n. 11 *bis* c.p. e dal reato di clandestinità *ex art. 10 bis* d.lgs. 286/98, rispettivamente introdotti dai pacchetti sicurezza del 2008 e del 2009.

Ambedue le ipotesi di recente conio sono parse l'emblema della legislazione penale dell'emergenza e della sicurezza, volta a soddisfare le “pulsioni securitarie” e le sensazioni di insicurezza diffuse in vasti settori dell'opinione pubblica, in adesione ad una logica per cui l'immigrazione irregolare viene concepita *ex se* come “male da estirpare e criminalizzare”⁵⁷⁴. Una forte motivazione in tal senso è stata individuata nella maggiore pericolosità dei clandestini in base ai dati statistici, ma la reale giustificazione poggia sulla concezione dello straniero come il nemico per antonomasia: lo è perché incarna il diverso da sé, perché è portatore di istanze culturali e comportamentali sovente dissonanti con quelle tradizionali, perché raffigura la minaccia di una società globalizzata⁵⁷⁵.

Venendo più propriamente all'ipotesi circostanziale, essa aveva dato luogo ad una presunzione *iuris et de iure* di pericolosità connessa alla mera appartenenza ad un determinato tipo di autore, o meglio, allo *status* di clandestino, determinando un aggravamento della risposta sanzionatoria anche nei casi in cui non sussista alcun nesso tra lo stato di illegale permanenza sul territorio e la commissione del fatto di reato⁵⁷⁶.

⁵⁷³ Al riguardo, FERRAJOLI, *Il diritto penale del nemico e la dissoluzione del diritto penale*, in *Quest. giust.*, 2006, 797.

⁵⁷⁴ PISA, *La repressione dell'immigrazione irregolare: un'espansione incontrollata della normativa penale*, in *Dir. pen. e proc., Speciale immigrazione*, 2009, p. 5.

⁵⁷⁵ A. DEL LAGO, *Non persone. L'esclusione dei migranti da una società globale*, 1999.

⁵⁷⁶ In particolare tre sono state le ordinanze di rimessione: Tribunale di Ferrara, ordinanza 15 luglio 2008, n. 308, in *Corr. merito*, 2008, p. 1283; Tribunale di Livorno 9 luglio 2008, n. 411, *ivi*, p. 280; Tribunale di Latina, 1 luglio 2008, n. 324, *ivi*, p. 1175. La Corte Costituzionale con due ordinanze, 29 ottobre 2009 n. 277 e 24 febbraio 2010 n. 66, in www.cortecostituzionale.it, ha restituito gli atti ai rimettenti per verificare se potessero rilevare nel giudizio di fondatezza della questione le modifiche legislative nel frattempo intervenute. Ritenendo queste ininfluenti sullo stato di fatto il Tribunale di Latina ha risollevato la questione con l'ordinanza 27 aprile 2010, consultabile sul sito www.forumcostituzionale.it. In dottrina, GATTA, *Immigrazione e delitti contro l'amministrazione della giustizia nel pacchetto sicurezza*, in *Dir. pen. e proc.*, 2009, p. 1323.

Il reato di clandestinità di cui all'art. 10 *bis* T.U. immigrazione, il cui unico scopo perseguito è sembrato essere l'allontanamento dello straniero irregolare dal territorio nazionale⁵⁷⁷, aveva sollevato dubbi di compatibilità con i principi di materialità e offensività in quanto, pur sanzionando in apparenza le condotte dell'ingresso illegale nello Stato e quella del mancato allontanamento, tradiva in realtà le fondamenta del c.d. diritto penale d'autore, mirante a criminalizzare una mera condizione personale del reo del quale viene *ex lege* presunta la pericolosità in luogo di una condotta criminale.

Nel dibattito va dato conto dell'intervento della Corte Costituzionale con due sentenze gemelle del luglio 2010, nelle quali essa ha optato per una radicale declaratoria di incostituzionalità della circostanza aggravante, mentre ha rigettato il ricorso in merito alla contravvenzione, deludendo così le aspettative dei molti⁵⁷⁸.

Infatti, se per ciò che riguarda la fattispecie di reato è condivisibile tanto l'esistenza del bene da tutelare, identificabile nell'interesse statale a controllare i flussi migratori, quanto l'affermazione per cui oggetto di incriminazione non è uno *status* personale ma il comportamento materiale trasgressivo di norme vigenti, non lo è la posizione assunta in ordine alla presunzione generale di pericolosità del clandestino: se nell'ambito della circostanza aggravante di cui all'art. 61 n. 11 *bis* c.p. il profilo viene ritenuto, in linea coi precedenti arresti costituzionali, incompatibile coi principi di offensività e materialità, in sede di scrutinio della contigua fattispecie penale *ex art. 10 bis* T.U. immigrazione, la Consulta è sembrata tornare sui suoi passi, affermando che non si è al cospetto di alcuna presunzione di pericolosità ma della mera incriminazione di un fatto oggettivamente antiggiuridico, offensivo di un interesse meritevole di tutela.

Tutto ciò conferma l'impressione di un impiego sostanzialmente ipertrofico del diritto penale, volto a sopperire al marcato senso di insicurezza rinvenuto in vari settori dell'opinione pubblica, non senza peraltro che ciò determini sull'impianto sanzionatorio complessivo "squilibri, sproporzioni e disarmonie tali da rendere problematica la verifica di

⁵⁷⁷ Tra le molte ordinanze di rimessione della questione alla Corte Cost. si segnalano quella del Tribunale di Pesaro del 31 agosto 2009, del Giudice di Pace di Orvieto del 28 settembre 2009 e del Giudice di Pace di Pordenone dell'8 ottobre 2009. In dottrina, *ex multis*, BRICCHETTI-PISTORELLI, *L'ingresso illegale diventa reato di clandestinità*, in *Guida dir.*, 2009, n. 34, p. 29; FERRAJOLI, *La criminalizzazione degli immigrati (note a margine della legge n. 94/09)*, in *Quest. giust.*, 2009, p. 13; PADOVANI, *L'ennesimo intervento legislativo eterogeneo che non è in grado di risolvere i reali problemi*, in *Guida dir.*, 2009, n. 33, p. 14; *Le principali modifiche alle norme penali in materia di immigrazione*, in *Immigrazione e cittadinanza. Profili normativi e orientamenti giurisprudenziali*, a cura di Della Rocca, Torino, 2009, p. 13.

⁵⁷⁸ Trattasi delle sentenze n. 249/2010 e 250/2010, su cui DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3562.

compatibilità con i principi costituzionali di uguaglianza e proporzionalità della pena e con la finalità rieducativa della stessa⁵⁷⁹.

All'interno dell'ordinamento nazionale non mancano, poi, fattispecie penali a doppia valenza: convincere la maggioranza dei cittadini che certe condotte restano penalmente sanzionate, ma al contempo facendo capire ai destinatari del precetto che in realtà la nuova norma è del tutto inefficace nei confronti dei trasgressori. Emblematico, all'uopo, il nuovo art. 2621 c.c. che trasforma in contravvenzione certe ipotesi di falso in bilancio, prevedendo per essere tempi prescrizione talmente brevi da scongiurare di fatto l'eventualità di una condanna.

Su un piano più generale, va poi segnalato che autorevole dottrina tende oggi ad accogliere una nuova impostazione quadripartita del reato, in cui l'ultimo elemento viene individuato nella punibilità. Tale tesi evidenzia come al reato non segua sempre la pena, come esista un'alternativa tra l'opportunità o meno di punire un fatto pur se antigiusdico e colpevole⁵⁸⁰.

Detto altrimenti, tale costruzione, se in teoria non erode la precettività della norma penale, sul piano concreto ammette ipotesi in cui dalla commissione del reato discendono conseguenze punitive non molto differenti da quelle derivanti dalla violazione di talune norme di diritto leggero sornite di tutela sanzionatoria.

Al proposito, parte della dottrina⁵⁸¹, addirittura sottolinea l'esistenza nel diritto penale sostanziale e processuale di certi settori già di per sé connotati da profili di morbidezza, vuoi perché improntati su logiche consensualistiche, vuoi perché aventi carattere non obbligatorio. Il riferimento è, nello specifico, al diritto premiale, sotto il profilo sostanziale, e alla c.d. giustizia consensuale, sotto quello processuale. Tali due settori costituiscono l'emblema della attuale tendenza all'ibridazione del diritto penale, ossia alla commistione tra peculiarità del diritto morbido e del diritto *hard*.

Brevemente, il diritto premiale⁵⁸², ricomprendendo in sé strumenti di lotta al reato (es. il risarcimento del danno, la desistenza volontaria, il recesso attivo, la dissociazione dei concorrenti, la collaborazione con la giustizia, la liberazione condizionale, la riabilitazione, ecc.) pare porsi come diritto a carattere esortativo, anziché autoritativo, tipico del diritto

⁵⁷⁹ In tali termini, Corte Cost., 22 gennaio 2007, n. 22, con nota di BRUNELLI, *La Corte Costituzionale vorrebbe ma non può sull'entità delle pene: qualche apertura verso un controllo più incisivo della discrezionalità legislativa?*, in: "Giur. Cost.", 2007, p. 151.

⁵⁸⁰ MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 652.

⁵⁸¹ BERNARDI, *Soft law e diritto penale: antinomie, convergenze, intersezioni*, cit., p. 11.

⁵⁸² Per una completa disamina degli istituti del diritto premiale, GIORDANO, *Profili premiali della risposta punitiva dello Stato*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 916; LIGUORI, *Il diritto penale premiale. La tecnica delle circostanze attenuanti ad effetto speciale e il problema della loro possibile cumulabilità*, in *Giust. pen.*, 1998, p. 1.

soffice, ma a differenza di esso è etero imposto e soprattutto è dotato di efficacia vincolante nei confronti del giudice tenuto a valutare la condotta.

Per quanto attiene alla giustizia c.d. consensuale, va rilevato come sempre più spesso al pubblico ministero e all'imputato sia attribuita la legittimazione ad accordarsi, condizionando in tal modo le modalità di svolgimento e soprattutto l'esito sanzionatorio del processo, che è l'aspetto più statualistico dell'esperienza giuridica⁵⁸³. Di fatto, quindi, la flessibilità del diritto leggero contraddistingue certi riti del processo penale.

Da ultimo, va sottolineata la diffusione, sul piano legislativo, di alcuni clemenzialismi che sono criminogeni (amnistie, indulti, condoni, sanatorie, liberazioni condizionali, pentitismi, snaturamento delle sospensioni condizionali delle pene detentive e delle pene sostitutive, nonché riti alternativi con sensibili riduzioni di pena), in quanto finalizzati alla congestione della giustizia e del carcere, ma in grado di alterare la stessa identità del diritto penale, nella sua identità generalpreventiva e specialpreventiva, vanificando il rapporto di proporzione tra colpevolezza e pena. Inoltre, tale prassi è di non facile compatibilità con una serie politica riduzionalistica, poiché una cosa è la riduzione del diritto penale inflazionato e non necessario, ben altra cosa è la disapplicazione indiscriminata anche nel diritto penale necessario.

4.3.5 L'evoluzione del diritto penale in senso non piramidale

Quanto alla tradizionale concezione gerarchica del diritto, inizia a farsi strada la tesi per cui nel diritto penale si sta venendo ad affermare un sistema c.d. a rete, costituito cioè da diversi sistemi autonomi, posti in rapporto di integrazione complessa di associazioni di diverso grado ed entità⁵⁸⁴.

Pare, in altri termini, che il volto attuale del diritto penale non sia progettato da un solo organo, ma risulti piuttosto dall'incontro di una serie di linee tracciate da una pluralità di organi, ciascuno muovendo da una propria prospettiva e impiegando propri strumenti normativi e esegetici⁵⁸⁵; una logica del molteplice favorita, poi, dalla destatualizzazione del diritto. Sembra, insomma, che "l'attuale processo di europeizzazione dei sistemi penali nazionali, realizzato attraverso l'interazione di una pluralità di soggetti giuridici e con contributi di creatività e flessibilità preclusi ad un sistema nazionale di legalità formale

⁵⁸³ CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli, 2009.

⁵⁸⁴ FIANDACA-MUSCO, *Perdita di legittimazione del diritto penale*, cit., p. 27.

⁵⁸⁵ Si pensi, per esempio, al ruolo sempre più rilevante del processo e dei suoi attori nella tessitura del diritto penale.

concepito per cristallizzare una realtà normativa ben gerarchizzata piuttosto che per trasformarla nel profondo, porti acqua al mulino alla teoria dialettica della rete, riducendo così lo scarto esistente, sotto questo profilo, tra diritto penale e *soft law*⁵⁸⁶.

L'affiancarsi e/o il sovrapporsi alla Costituzione e alle leggi nazionali di Trattati e norme comunitarie nonché delle decisioni della Corte di Giustizia e della Corte di Strasburgo determina *input* inediti e frequenti ricadute penalistiche⁵⁸⁷. Le gerarchie verticali sono attraversate da sovra sistemi invasivi non più paralleli: l'europeizzazione del diritto penale, riflesso della nuova realtà istituzionale dell'Unione, implica il sorgere di una politica criminale e ormai anche di un vero diritto sovranazionale e il progressivo affermarsi, seppure grazie al consenso degli Stati, del diritto internazionale, finisce col creare, in specifici settori, un sistema alternativo a quello statale e retto da una sua giurisdizione.

Entrambe queste realtà, pur nelle loro diversità, da un lato implicano quei fenomeni di armonizzazione perseguiti con norme soffici; dall'altro lato fanno sì che la legislazione criminale si affianchi alla normativa soffice nell'inserirsi all'interno del diritto internazionale e europeo⁵⁸⁸.

A ciò va aggiunto l'intersecarsi delle fonti private e di quelle regolamentari che corredano l'insieme complessivo degli elementi normativi riferibili alla leggi penali, quali appunto le tecniche di rinvio, le norme in bianco, ecc. diritto⁵⁸⁹, nonché, come già sopra spiegato, il riconoscimento, in molti Stati, dell'esistenza di gruppi culturali omogenei ritenuti meritevoli di disporre di norme proprie e peculiari, che determina un effetto opposto di emersione di sottosistemi di giustizia penale più o meno scollegati dal sistema criminale nazionale; sottosistemi che, almeno per taluni aspetti, ricalcano modelli di diritto attenuato.

Le fonti in questo contesto reticolare sono in competizione e vanno coordinate e armonizzate, non potendo essere più intese semplicisticamente in rapporto di mera subordinazione gerarchica; da qui l'accrescersi del ruolo della giurisprudenza, chiamata

⁵⁸⁶ Così, testualmente, BERNARDI, *Soft law e diritto penale: antinomie, convergenze, intersezioni*, in SOMMA, *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, cit., p. 9.

⁵⁸⁷ L'immagine grafica non è più rappresentata da Costituzione e diritto penale al centro, con un contorno satellitare degli altri rami dell'ordinamento, ma piuttosto è Costituzione, diritto internazionale e comunitario – diritto civile, diritto pubblico e amministrativo, diritto tributario, diritto del lavoro, diritto commerciale, ecc. – diritto penale. Tra Costituzione e diritto penale, pertanto, c'è una mediazione normativa e preventiva costituita da tutto l'ordinamento extrapenale, da tutti i sistemi di prevenzione e controllo che la società mette a disposizione e che risponde a diversissime politiche. Nello stesso tempo, non è certo venuto meno l'inserimento delle fonti private, né di quelle regolamentari nel quadro complessivo degli elementi normativi che riempiono le leggi penali, come norme in bianco, tecniche di rinvio, regole cautelari.

⁵⁸⁸ MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, cit. p. 71.

⁵⁸⁹ SAMMARCO, *Armonizzazione europea delle sanzioni*, cit., p. 933.

non solo a districarsi in questa rete di norme ma soprattutto a fare chiarezza, finendo per divenire essa stessa fonte del diritto applicato⁵⁹⁰.

Il disporsi di uno scenario alternativo privo di una razionalità unitaria, frutto di una realtà composita ricca di antitesi e distinzioni e di una dialettica giuridica che vede interloquire i soggetti più disparati, autorità autonome, sistemi e sottosistemi, rispondenti a logiche specifiche e finalità peculiari e da cui promanano un insieme di norme offerte a quanti quelle medesime norme si vedranno applicate attribuisce ulteriori *chances* per la soluzione del caso concreto ma anche una sorta di insicurezza diffusa, determinata dalla istituzionalizzazione nel processo creativo della coesistenza tra regole in competizione tra loro.

La situazione di diffusa competizione giuridica che si riscontra nell'ordinamento rende evidente come la concorrenza tra legislatori rappresenti solo una parte del più vasto contesto competitivo che oggi è l'ambiente naturale del diritto, un ambiente caratterizzato da elementi di dinamismo del tutto nuovi e che chiamano in causa non solo nuovi produttori di regole, ma anche un nuovo modo di intendere i rapporti istituzionali tra gli stessi.

Ciò avvalorava l'opportunità di un ripensamento complessivo della struttura giuridica tradizionale verticale e chiusa a favore dell'operatività di una concezione dinamica del fenomeno giuridico accreditata e resa plausibile dal venire meno di chiare gerarchie sia tra ordinamenti sia all'interno degli stessi.

Le nuove forme di sovranità, il moltiplicarsi dei momenti di incontro tra i vari sistemi, le aperture alle novità introdotte per effetto della pluralità di attori nazionali e sovranazionali, unitamente ad una prassi giurisprudenziale sempre più presente e pronta ad interloquire, oltre ad una evidente difficoltà ad ordinare le fonti legali secondo i criteri tradizionali, evidenzia come un'influenza sulle competenze possa riflettersi anche sui valori e sulla portata sostanziale dei concetti.

La conseguenza più vistosa di un tale stato di cose è rappresentata dalla mancanza di un centro di imputazione giuridica, resa avvertita dal fatto che al policentrismo dei soggetti corrisponde una frattura tra potere decisorio ed imputazione normativa degli atti, con conseguente mancanza di qualsiasi forma di legittimazione o di controllo sulle decisioni assunte. Mentre, infatti, in ambito nazionale la dimensione politica e quella giuridica tendevano a coincidere, offrendo un quadro unitario quanto a legittimazione democratica delle decisioni assunte e all'insieme dei relativi controlli, proprio perché il potere politico (Parlamento e Governo) sottoposto ad un controllo politico e giuridico, ha un centro

⁵⁹⁰ DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., p. 150.

d'imputazione giuridica (legge ed atti ad essa equiparati) sottoposto ad un controllo di costituzionalità, la trasformazione reticolare delle fonti, carenti appunto di ogni rapporto tra potere decisorio e imputazione normativa degli atti, scompagina le preesistenti forme di garanzia democratica determinando consistenti vuoti di legittimazione.

Concludendo, ciò che comunque rileva è che sia la sovranazionalizzazione del diritto penale che la sua localizzazione culturalmente orientata determinano, fuor da ogni dubbio fenomeni, di destatalizzazione e di diversificazione degli ambiti di vigenza di tale branca del diritto, con conseguente parziale ravvicinamento di questa ai tratti tipici del diritto morbido.

4.3.6 L'ambito di operatività temporale

Anche sotto il profilo temporale è noto che il diritto penale ha perso la sua tradizionale stabilità, a causa sia della complessità dei processi di produzione delle relative fonti, sia della scarsa variabilità dei beni di rilievo primario meritevoli di tutela criminale⁵⁹¹.

Di fronte al proliferare della normativa *extra codicem*, il diritto penale tende a cessare di essere strumento esclusivo di tutela di beni giuridici fondamentali, per divenire anche uno strumento meramente sanzionatorio della violazione di precetti contenuti nella legislazione complementare⁵⁹², caratterizzata oltretutto da disposizioni tecniche e mutevoli, causa l'accelerazione dei progressi scientifici e la correlata tendenza ad integrare i suddetti precetti con fonti subordinate ad alto tasso di variabilità⁵⁹³. Si è conteggiato, al 1999, 5431 norme-precetto contenute nella legislazione penale complementare, senza considerare le norme extrapenalistiche richiamate in forma indiretta e innominata da fattispecie a struttura sanzionatoria, norme in bianco, ecc. Di queste norme precetto, 4557 sono contravvenzioni, cioè l'84% della legislazione speciale. Oltre il 90 % di tali contravvenzioni sono punite con pena alternativa e quindi obblazionabili ex art. 162 *bis* c.p. Non solo. I delitti sono 874 e più del 60% degli stessi è sanzionato con pena detentiva inferiore ai tre anni; solo 300 fattispecie si collocano al di sopra di tale fascia. Ciò significa che quasi la totalità del diritto complementare è un diritto penale non del carcere.

D'altro canto è l'attuale valorizzazione in chiave elettorale delle scelte di politica criminale a far sì che le scelte di incriminazione, invece di essere frutto di meditate decisioni, siano

⁵⁹¹ ABBADESSA, *Dal diritto penale comunitario al diritto penale della nuova Unione Europea: problematiche dell'interregno*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2009, p. 459; GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, cit., p. 123.

⁵⁹² PADOVANI-STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose*, Bologna, 2006, p. 31.

⁵⁹³ SGUBBI, *Il diritto penale incerto ed efficace*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 1193.

sorrette dalla sola volontà di soddisfare i molteplici e differenti bisogni ed ansie degli elettori, per poi essere depenalizzati una volta conseguito il profitto politico.

Viene qui in gioco, ancora una volta, il diritto penale dell'emergenza⁵⁹⁴, ma in un accezione particolare. Nel dettaglio, se in passato l'emergenza costituiva la ragione politico criminale sottesa a determinate discipline penali (es. sequestro di persone a scopo di estorsione, di terrorismo e di criminalità organizzata), in alcune recenti fattispecie esso è utilizzato come elemento costitutivo del reato⁵⁹⁵.

La condotta, come quella di abbandono di rifiuti ingombranti domestici o di utilizzo indebito del segno distintivo della Presidenza del Consiglio- dipartimento della Protezione civile, costituisce reato solo se e laddove sia stato previamente dichiarato lo stato di emergenza, e per di più, con decreto del Consiglio dei ministri, in conformità all'art. 5 l. n. 225/1992. Attraverso il richiamo a quest'ultima disposizione, infatti, il Consiglio dei Ministri, diviene arbitro insindacabile dell'operatività di certe fattispecie incriminatrici, la cui vigenza è subordinata alla proclamazione o alla revoca a piacimento dello stato di emergenza, al di fuori di qualsivoglia controllo parlamentare, diversamente da ciò che accade per i decreti legge.

La gestione dell'emergenza, relativa non solo a calamità naturali e a catastrofi (art. 2 lett. c l. 225/1992), ma altresì ad "altri eventi che per loro natura ed estensione devono essere fronteggiati con mezzi e poteri straordinari", nonché più di recente ai "grandi eventi"⁵⁹⁶, viene attuata attraverso lo strumento delle ordinanze *extra ordinem*.

I decreti del Presidente del Consiglio con cui si dichiara un qualche stato di emergenza sono un centinaio solo nell'ultimo triennio. Si noti come, nella prassi, tali poteri derogatori alla legge siano stati utilizzati nelle situazioni più disparate, anche rispetto ad attività di ordinaria amministrazione, come la gestione dei rifiuti, o ad eventi ampiamente programmabili, come il Giubileo e i mondiali di nuoto di Roma 2009, e perfino per gestire l'ammodernamento di un tratto autostradale della Salerno-Reggio Calabria e la criticità dell'area archeologica di Pompei.

Un elenco sconcertante, che pone problemi, come già visto, sia per l'oggetto dell'emergenza, sia per gli organi competenti a dichiararla. Quanto al primo aspetto, l'estensione, oltre agli eventi naturali catastrofici, agli eventi umani non meglio precisati (Giubileo, G8) si presta a strumentalizzazioni e a facili scorciatoie in termini di deroghe alla

⁵⁹⁴ Sull'emergenza, per tutti, MOCCIA, *La perenne emergenza*, Napoli, 1997; RUGA RIVA, *Stato di emergenza e delimitazione territoriale, verso un nuovo diritto penale dell'eccezione?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1089.

⁵⁹⁵ Il riferimento è all'art. 6, co. 1 lett. a) d.l. 172/2008 e art. 15, co. 3, d.l. 28 aprile 2009, n. 39.

⁵⁹⁶ Art. 5 bis, co. 5, d.l. n. 343/2001, conv. in l. n. 401/2001.

legge dettate più da motivi soggettivi di convenienza, che da oggettive ragioni di urgenza e necessità. Quanto all'organo competente, va detto che, se l'esautoramento del Parlamento pare giustificato da esigenze di celerità ed efficienze rispetto a problemi reputati altrimenti non risolvibili, tuttavia l'ampiezza dei poteri attribuiti all'esecutivo e la quantità e qualità delle deroghe alla legge loro concedibili avrebbe reso preferibile l'utilizzo del decreto legge, che almeno è soggetto a conversione da parte delle Camere. Evidente qui la violazione del principio della riserva di legge, dal momento che l'operatività della fattispecie penale dipende da una fonte secondaria che, oltretutto, non si limita alla specificazione delle coordinate spazio-temporali entro cui circoscrivere la disciplina penale, estendendosi all'autonoma fissazione, tutta politica e libera, di un elemento normativo di fattispecie. Senza tacer del fatto che l'oggetto dell'emergenza concernente "altri eventi", intesi come non naturali, è assolutamente indeterminato.

Insomma, per motivi meramente politici, le norme penali vengono stravolte nei loro tratti, per essere trasformate in entità dinamiche e non durevoli, il tutto accentuato dalla loro carenza di tassatività con conseguente imprevedibilità dei risultati ermeneutici.

Anche sotto tale aspetto, quindi, l'attuale diritto penale non appare più in contrapposizione col diritto morbido, finendo per mutuarne, almeno in parte, i caratteri di flessibilità, evolutività, adattabilità alle esigenze del momento e del caso concreto.

Conclusioni

In fase di conclusioni, non si può non ripartire da dove si ha iniziato, ossia dal titolo: “principio di legalità e *soft law*: *evoluzione o involuzione?*”.

La risposta non è semplice, né univoca in un senso o nell'altro, ma quello che è certo è che lo scenario generale che abbiamo di fronte revoca in dubbio ogni visione verticistica del diritto, incentrata esclusivamente sulla volontà dell'organo legislativo e del suo più tipico atto di produzione, ossia la legge. Viene, insomma, meno la struttura piramidale di kelseniana memoria, che ha avuto una preminenza storica e culturale, conferendo organicità e compattezza al sistema delle fonti.

La dottrina pura del diritto, infatti, forniva, tocca parlare al passato, un modello delle norme articolato in gradi, caratterizzato da coerenza (la piramide contiene solo quanto compreso tra la base e il vertice), completezza (la piramide delimita tutto quanto compreso tra base e vertice) e unità (il sistema piramidale concatena ogni elemento che lo compone e ha nel suo vertice il punto in cui confluiscono in modo ordinato tutti gli elementi sottostanti), il quale stenta, però, a rendere conto dell'articolazione pluralistica degli ordinamenti contemporanei.

La proliferazione e la frammentazione delle fonti, il policentrismo normativo, l'osmosi tra ordinamenti impediscono ogni lettura del fenomeno giuridico secondo schemi gerarchici.

Ecco allora che la piramide, ormai sgretolata, lascia il posto al paradigma della rete, che rinvia ad una realtà caratterizzata dalla interconnessione tra vari soggetti e posizioni, in un gioco di reciproci intrecci, condizionamenti e integrazioni, senza che però sia possibile stabilire un punto di partenza obbligato o un'unica via di accesso. Si tratta di una struttura aperta, il cui movimento è definibile come circolare e precario, dato che i continui cambiamenti e gli equilibri provvisori richiedono spesso aggiustamenti, rendendo nel complesso più imprevedibile e incerto il panorama normativo.

Comunque va detto che l'emersione di tale paradigma non implica la sparizione del vecchio modello; entrambi sono presenti e soprattutto complementari. Dalla rete, però, ormai non si può prescindere, in quanto consente di giustificare le descritte nuove dinamiche riscontrabili nell'odierno mondo del diritto.

Lo Stato non è più la fonte esclusiva della sovranità, che, peraltro, si dispiega su vari livelli sub e sovra statali, e si redistribuisce anche tra i privati; la volontà del legislatore non è più assunta come un dogma; i poteri interagiscono; le delegazioni del potere normativo si moltiplicano; si amplia il ruolo creativo della giurisprudenza; la giustizia si coglie sempre più in termini di bilanciamento di interessi e valori, diversi e variabili; emergono nuovi

soggetti e oggetti giuridici; la positivizzazione giuridica risulta dall'attività di una pluralità di autori-interpreti intenti ad adattare i testi giuridici alla particolarità dei vari contesti applicativi; la stessa distinzione tra fonti in senso formale e in senso materiale non ha più senso.

Se il quadro descritto ormai in ambito privatistico è assunto come un dato di fatto, queste trasformazioni assumono significati ancora più densi quando si viene alla materia penale; ciò in quanto vengono ad insistere in un ambito dell'ordinamento giuridico tendenzialmente più refrattario di altri alla trasformazione, ove i paradigmi classici della tradizione giuridica si pongono anche a baluardo dei diritti individuali, godendo dunque di ulteriore legittimazione. Con maggior grado di dettaglio, il quadro descritto è foriero di maggiori perplessità tra gli operatori penali stante l'esistenza in materia della riserva di legge sancita all'art. 25 della nostra Costituzione, da cui non si può prescindere. Invero, se il diffondersi della rete è inesorabile, è anche vero, come detto, che la struttura piramidale non sparisce del tutto; ecco che allora dalle correnti che pervadono il mare della rete esce e si salva la punta inattaccabile dell'*iceberg*, ossia la Costituzione.

Infatti, il diritto penale, per il particolare e delicato bene che va a tutelare, non può non tenere nel debito conto i principi fondamentali che stanno alla sua base, anche quando esso è costretto ad affrontare il loro scadimento.

È in rapporto ad essi, allora, che vanno valutati i tratti dell'involuzione della legislazione e dell'intero sistema penale.

Avendo a parametro tali principi, senza dubbio si può affermare che siamo di fronte all'involuzione del principio di legalità. E ciò sotto molteplici aspetti.

I processi di trasformazione imposti dalla contemporaneità hanno contribuito a produrre un diritto penale sempre più massivo, massimamente esteso, massimamente inefficiente, massimamente antigarantista, del quale stanno venendo meno tutte le funzioni politiche che sono classicamente affidate al principio di legalità: la predeterminazione da parte del legislatore delle fattispecie e perciò la certezza del diritto e la soggezione del giudice alle leggi; la riserva della predisposizione delle leggi incriminatrici all'organo rappresentativo e il rispetto di un apposito *iter* procedurale, le garanzie dei cittadini contro l'arbitrio giudiziario e la loro uguaglianza di fronte alla legge.

La scaturigine di tale trasformazione è individuata nella scomparsa dello Stato sovrano, il quale, trovandosi a fronteggiare fenomeni di globalizzazione e di riorganizzazione su scala regionale, comincia a condividere parte della propria potestà normativa.

La proliferazione di norme non è legata solo a queste disfunzioni connesse al sistema politico, ma anche da talune esigenze dello stato sociale di diritto che hanno comportato l'ampliamento dell'ambito applicativo penale, specialmente al fine della tutela di interessi collettivi e diffusi nonché di nuovi beni giuridici emersi in conseguenza dell'evoluzione tecnologica e della società, e, soprattutto, allo scopo di dare una pronta risposta al crescente senso di insicurezza diffuso nella società a causa del verificarsi di alcuni episodi criminosi spesso amplificati dai *mass media*.

Tutto ciò ha determinato non solo un ampliamento quantitativo delle norme, ma anche una loro modificazione qualitativa: non solo è cresciuto il numero delle fattispecie, ma ne è mutata anche la struttura, cambiando, di conseguenza, anche i moduli di intervento, la cui caratteristica più evidente è la lontananza dall'offesa al bene. Sotto il profilo della tecnica di normazione, si assiste ad una metodologia di stampo casistico o di rinvio, che testimonia un inquietante declino dei principi di tassatività e astrattezza. Infatti, a parte il rischio di lacune, l'adozione della tecnica casistica dà cospicui problemi di ordine interpretativo, con notevoli implicazioni in tema di certezza, uguaglianza e funzione della pena. Per non parlare dei difetti che caratterizzano la sempre più diffusa legislazione dell'emergenza: approssimazione, anticipazione della tutela, rigorismo repressivo, simbolicità, caduta in termini di garanzie. Una risposta meramente simbolica per placare l'opinione pubblica e ottenere il consenso dei cittadini, senza minare alle basi il fenomeno criminoso del caso con una disciplina plasmata *ad hoc*.

Connessa a tale argomento è poi la crisi attuale in cui versa lo stesso concetto di bene giuridico, crisi che finisce per porre in discussione proprio la sua funzione più significativa, quella cioè di delimitazione dell'intervento penale: infatti, è evidente come, ritenendo legittima l'incriminazione di condotte ben lontane dall'offesa, venga a cadere la funzione di delimitazione del bene, dal momento che la criminalizzazione, anche della condotta più innocua, può essere sempre ricollegata alla tutela di fondamentali, seppure remoti, beni giuridici.

Si finisce così, come visto, per punire l'inosservanza di norme organizzative e non la perpetrazione di fatti socialmente dannosi, col rischio concreto di esaltare presunte necessità della compagine sociale a scapito della legittima considerazione delle ragioni dell'individuo.

Il coltivare esigenze, sovente illusorie, di efficienza, ha comportato una svalutazione del dato dell'offesa reale, quale caratteristica della fattispecie sia astratta che concreta, con la contestuale esaltazione di un'ottica di mera violazione dell'obbligo, se non del tipo di

autore. Preoccupante è al proposito il dilagare della legislazione c.d. del nemico: il nemico non è individuato specificatamente come autore pericoloso, perché è il suo *status* ciò che si vuole colpire.

Il risultato è anche qui quello di una giustizia emotiva, lasciata nelle mani dell'esecutivo, che prospetta il più delle volte situazioni poco meditate che svelano tutta la loro inadeguatezza, contribuendo a rendere il sistema giustizia penale sempre più incoerente.

Se, alla luce di quanto descritto e avuto riguardo ai principi fondanti del diritto penale, siamo sicuramente di fronte ad un'involuzione del principio di legalità, diversamente si deve concludere quando si prende a parametro il fenomeno della *soft law*: qui, infatti, non si può non notare una progressiva trasfigurazione dei tratti peculiari del diritto penale, inesorabilmente piegati verso la normazione leggera. Il diritto penale, insomma, pare essersi evoluto nel senso della normativa soffice.

Ripercorrendo brevemente i rapporti tra legge penale e diritto attenuato, si è visto come inizialmente si siano riscontrati solo elementi di contrapposizione: gli organi deputati alla produzione soffice sono molteplici ed eterogenei, non solo statali ma anche sovranazionali o espressivi di poteri non necessariamente a carattere territoriale, mentre unico legittimato ad intervenire in materia penale è il Parlamento statale; se la legge è l'unica fonte abilitata a creare norme incriminatrici, l'eterogeneità delle fonti è la caratteristica precipua del diritto morbido; se le norme leggere possono limitarsi a porre degli obiettivi, le norme penali, all'inverso, devono essere formulate quanto più possibile in modo determinato, indicando precisamente i comportamenti vietati; le regole attenuate sono particolari, rivolgendosi ad appartenenti a gruppi, ordini e singole imprese, mentre le norme penali sono, in ossequio al principio di territorialità, generali; il diritto penale è etero imposto, al contrario di quello soffice, nell'ambito del quale spesso i destinatari finiscono con il coincidere con i soggetti produttori delle stesse regole; il diritto debole è per definizione carente di efficacia vincolante diretta, essendo diretto a persuadere più che ad obbligare, diversamente dal diritto penale che è il ramo più di ogni altro vincolante; la normativa leggera si esprime attraverso strumenti flessibili e dinamicamente mutevoli, mentre il diritto penale si distingue per l'alto tasso di rigidità; se il diritto penale è la branca più gerarchizzata del diritto, il diritto attenuato si colloca all'interno di un sistema reticolare.

Successivamente, come visto nel descrivere il quadro di crisi in cui versa la legalità, l'antinomia tra diritto soffice e diritto penale è venuta a scemare: come il Parlamento non è l'unico organo deputato alla produzione penale, così la legge non è più l'unica fonte ammessa; il sistema delle fonti da gerarchico assume le sembianze di una rete; il diritto

penale è sempre più settoriale e mutevole e sicuramente non è più solo statale; le previsioni incriminatrici sono sempre meno determinate e soprattutto meno vincolanti.

Giunti a tal punto, non si può mestamente limitarsi a prendere atto del crepuscolo della legge penale, occorrendo, piuttosto capire se questa trasfigurazione vada letta in un'ottica positiva di evoluzione o negativa di involuzione.

Ancora una volta non è possibile dare una risposta univoca, ma ciò non toglie che si possano effettuare tre ordini di considerazioni.

Innanzitutto, si può affermare che, nonostante quanto rilevato finora, non si può arrivare a confondere le norme penali con quelle soffici: invero, le attuali trasformazioni atte ad incrinare alcuni dei connotati tipici del diritto penale, radicalmente opposti a quelli del diritto morbido, non equivale a negare le differenze ancora esistenti tra i due. *In primis* i principi costituzionali vigenti in materia penale.

Secondariamente si può convenire sul fatto che certi aspetti del diritto penale si siano evoluti, o involuti, in modo da non risultare del tutto antitetici a quelli propri del diritto leggero. Quello che vale, quindi, la pena fare è sottolineare tali mutamenti, evidenziando come essi diano vita a degli ibridisimi, dei momenti di flessibilità, non obbligatorietà e consensualità, tipici della legislazione morbida.

In terzo luogo, è possibile andare oltre, ossia rilevare come, accanto alle appena descritte forme definibili di avvicinamento dei caratteri del diritto penale a quello soffice, si evidenziano anche modelli di interazione più significativi, che emergono, più precisamente, quando il diritto penale si trova a recepire il diritto attenuato o ad esserne comunque influenzato.

Ora, proprio a causa della crescente diffusione delle fonti di *soft law*, questi processi di influenza sono sempre più frequenti e avvengono secondo modalità differenti, ma accomunati tutti dal fatto di determinare, non un ammorbidimento del diritto penale, bensì un indurimento delle norme soffici: attraverso il filtro del diritto penale, infatti, queste ultime tendono ormai a produrre indirettamente effetti giuridici vincolanti di particolare evidenza, perdendo per tal via la loro intrinseca debolezza e andandosi ad avvicinare ai caratteri delle norme *hard* con cui vanno ad interagire. Del resto, è noto che il diritto soffice manifesta i suoi profili di giuridicità proprio quando viene recepito o comunque richiamato dalle tradizionali fonti di *hard law*, così da assumere in via indiretta i tratti peculiari di queste ultime.

Come detto, il diritto morbido non svolge esclusivamente funzioni soffici, quali quelle di mera raccomandazione, esortazione, persuasione, socializzazione, comunicazione, di

natura ideologica, dichiarazione, ma anche funzioni ulteriori destinate a conferire alle norme un più elevato grado di prescrittività e quindi di durezza.

La prima di tali funzioni, su cui si è già avuto modo di dire, è quella interpretativa, attraverso la quale, per l'appunto, le norme soffici vengono a condizionare il significato attribuito ad altre norme. Naturalmente, il grado di durezza che le norme per tal via finiscono per assumere è condizionato dal livello di vincolatività delle norme di cui esse concorrono a orientarne il significato: più le disposizioni oggetto di esegesi presentano un alto grado di vincolatività, più le norme morbide che ne condizionano l'interpretazione finiscono esse stesse col produrre, sia pure in via indiretta, effetti *hard*, con il conseguente effetto di indurirsi. Alla luce di ciò è evidente allora che tale indurimento espliciti i suoi massimi effetti rispetto alle norme penali, ossia quelle per definizione più vincolanti.

All'uopo va innanzitutto chiarito come nulla si opponga a che l'interpretazione di una norma penale possa essere condizionata anche da fonti soffici. Invero, è risaputo che l'attività ermeneutica del giudice possa venire influenzata anche da fattori *extra* giuridici, perfino punti di vista, orientamenti, condizionamenti di diversa matrice etica, politica e sociologica. Se ciò è ammesso, non si vede come non possa esserlo l'influsso proveniente da una fonte giuridica, per quanto informale e atipica essa sia.

Al di là delle specifiche ipotesi appena considerate di atti soffici vincolanti sul piano ermeneutico, va osservato che comunque il giudice ha piena discrezionalità, seppure dietro adeguata motivazione, nel decidere se tener conto o meno delle disposizioni contenute in tali atti al momento dell'interpretazione della norma penale, facendosi condizionare da norme morbide a seconda del loro grado di persuasività, dell'organo da cui promanano, della pertinenza con l'oggetto del giudizio, dell'attitudine ad influenzare il comportamento dell'imputato. E non potrebbe essere diversamente, se solo si tiene conto dell'estrema eterogeneità delle fonti *soft*: talune stabili, talaltre precarie e sperimentali; alcune atte a favorire processi di mondializzazione, altre di settorializzazione.

Ove si accolga poi un concetto di interpretazione in senso così ampio da abbracciare l'intera fase applicativa delle norme penali, risulta ancora più palese che le fonti soffici potranno spesso avere significativi riflessi sulle questioni demandate alla decisione del giudice penale. Per esempio, esse potranno contribuire alla determinazione degli *standard* di diligenza che escludono la responsabilità colposa in capo all'autore, in quanto, secondo la tesi prevalente, nel concetto di discipline di cui all'art. 43, comma 1, c.p., vanno incluse le regole emanate da autorità private. Peraltro, va rimarcato come anche l'eventuale accoglimento della teoria minoritaria, per la quale le fonti morbide vanno escluse dal

novero di quelle rientranti nella nozione di disciplina, non implica affatto la loro irrilevanza in sede di riconoscimento della colpa, ma più semplicemente ne sposta la rilevanza dall'alveo della colpa specifica a quella generica; ciò perché le regole comportamentali di diritto attenuato potrebbero aiutare a precisare i parametri sulla cui base valutare l'eventuale sussistenza o meno della negligenza e/o dell'imprudenza penalmente rilevante.

In concreto, il rispetto da parte di un determinato soggetto delle regole contenute nel codice di comportamento per i dipendenti di una pubblica amministrazione, piuttosto che di un certo ordine professionale o di una associazione di categoria, indurrà verosimilmente il giudice a ritenere il soggetto in questione in buona fede e dunque esente da responsabilità penale. Almeno in linea di principio, lo stesso risultato dovrebbe essere ottenuto laddove si ottemperino le prescrizioni del codice etico di una data impresa: infatti, nonostante il loro ambito applicativo più circoscritto e il loro carattere meramente aziendalistico, è nota la valenza anticriminale dei codici etici, tesi non solo ad enunciare i valori espressivi della cultura di una data impresa, ma anche, più dettagliatamente, ad indicare i comportamenti cui i dipendenti devono attenersi per dare attuazione alle politiche etiche dell'impresa stessa e, al contempo, per evitare di incorrere in forme di responsabilità penale o amministrativa. Addirittura, il giudice potrebbe pervenire all'esclusione della responsabilità penale di un dato soggetto qualora accerti che l'aver questi agito coerentemente alle norme soffici di un codice di comportamento, deontologico, di condotta o etico abbia determinato costui alla violazione di una norma penale, nell'inconsapevolezza della sussistenza di quest'ultima. E invero, a prescindere dal ben diverso grado gerarchico di tali fonti, appare verosimile che la stessa presenza, in un siffatto codice, di una norma tesa, in via di pura ipotesi, a indurre o comunque stimolare comportamenti per altro verso vietati in sede penale possa talora determinare in capo al soggetto agente un errore di diritto incolpevole o comunque scusabile, tenuto conto dell'evidente difficoltà per costui di districarsi all'interno di un coacervo di norme eterogenee e tra loro contraddittorie, come tali inidonee in definitiva a creare incertezza e confusione circa i comportamenti imposti, suggeriti, ammessi o vietati.

Per converso, l'aver disatteso le norme previste dai suddetti codici di diritto *soft* si presta a favorire la convinzione in capo al giudice dell'illiceità penale della condotta tenuta dal soggetto agente, sempre che, naturalmente, tale comportamento sia, oltre che contrario ai precetti dei codici in questione, sussumibile in via interpretativa in qualche fattispecie penale. A titolo esemplificativo, la Cassazione ha, infatti, ritenuto che costituisca

indubbiamente violazione del dovere di fedeltà del pubblico dipendente il fatto che costui avesse comunicato il decesso o il prossimo decesso di un degente, anche alla luce del fatto che il relativo codice di condotta impone di “non utilizzare ai fini privati le informazioni di cui egli dispone per ragioni di ufficio”. Nello stesso senso, ancora, le norme di diversi codici etici in tema di regali e altra utilità (cfr. art. 9 del Codice etico dell’Autorità per l’energia elettrica ed il gas; art. 6 del Codice etico dell’Autorità per la garanzia nelle comunicazioni; art. 9 del Codice etico dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato; art. 7 del codice di comportamento dell’Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici), le quali vietando di accettare donativi di non modico valore da soggetti operanti nei settori di competenza dell’Autorità, facilitano indubbiamente una applicazione estensiva degli artt. 318 e 320 c.p. in tema di corruzione per atti d’ufficio, i quali puniscono il pubblico ufficiale o l’incaricato di pubblico servizio che “per compiere atti del suo ufficio, riceve, per sé o per un terzo, in denaro o altra utilità, una retribuzione che non gli è dovuta o ne accetta la promessa”.

In conclusione va precisato che, nonostante il generalizzato riconoscimento dell’attitudine delle norme soffici ad incidere in via esegetica sull’ambito delle fattispecie penali, i fenomeni qui descritti non fanno venir meno il loro originario carattere morbido, solo tendono ad attenuare la loro debolezza sul piano dell’efficacia e della vincolatività, mettendo in luce taluni profili della loro, sia pure indiretta, durezza e giuridicità.

Un diverso esempio di come la violazione di regole previste da fonti attenuate tenda indirettamente ad acquisire rilievo penale è offerto da quelle norme morbide che, mediante l’intermediazione di un provvedimento dell’Autorità volto a recepirne i contenuti adattandoli ai singoli casi concreti, finiscono col diventare oggetto di tutela penale e, dunque, con l’acquistare coattività sebbene sempre in via indiretta.

Un tipico esempio al riguardo è rappresentato dall’art. 4 delle linee guida in materia di trattamento dei dati personali di lavoratori per finalità di gestione del rapporto di lavoro alle dipendenze dei datori di lavoro privati, adottate il 23 novembre 2006 dal garante della *privacy*. Tale disposizione contiene, infatti, tutta una serie di indicazioni in ordine al trattamento dei dati biometrici dei lavoratori, le quali sono indirizzate ai datori di lavoro privati in vista del rispetto della riservatezza del personale dipendente. Dette indicazioni soffici, a loro volta, in virtù dell’art. 17 del Codice in materia di protezione dei dati personali del 2003, assumono a seguito di apposito provvedimento del Garante la veste di vere e proprie disposizioni vincolanti che, ove trasgredite, vanno ad integrare il delitto di cui all’art. 167, comma 2, del suddetto codice, quantomeno nelle ipotesi in cui la violazione sia

realizzata al fine di trarre per sé o altri profitto o di recare ad altri un danno e se dal fatto deriva nocumento.

Pertanto, come è stato osservato, le descritte linee guida del 2006 finiscono per tratteggiare le misure e gli accorgimenti prescritti da tale autorità a garanzia dell'interessato e, dunque, a converso, per individuare i comportamenti vietati in materia. Tuttavia, giova essere ribadito che quelle in oggetto non possono essere considerate vere prescrizioni dotate di autonoma efficacia vincolante, venendo ad integrare la fattispecie penale di cui al comma 2 dell'art. 167 del codice sulla *privacy* del 2003 solo ove recepite in un provvedimento del Garante.

Dunque, nell'esemplificazione qui descritta, le norme attenuate non incidono più a livello di mera interpretazione della disposizione penale, ma neanche di integrazione diretta, che nel nostro ordinamento pare ancora arduo rinvenire, venendo a configurare, piuttosto, una sorta di integrazione indiretta, in quanto condizionante le concrete scelte del Garante in sede di prescrizione di misure e accorgimenti a garanzia della riservatezza del lavoratore; misure e accorgimenti la cui violazione da parte del datore di lavoro, si ribadisce, è punita ai sensi dell'art. 2 dell'art. 167 del codice sulla *privacy*.

Ora, l'esempio riportato non è certo l'unico rinvenibile nel nostro ordinamento, anzi pare espressione di una tecnica di produzione normativa in via di consolidamento, caratterizzata da fonti legislative continuamente integrate tramite fonti secondarie di varia natura, cogenza, astrazione, come tali comprensive di principi, regole generali e particolari; insomma una tecnica attraverso la quale "al tradizionale binomio Stato-cittadino si affianca o si sovrappone un complesso di rapporti più ricco di soggetti e meno fondato sulla contrapposizione".

Giova nuovamente ripetere che anche in tale caso non viene rinnegato il carattere originariamente morbido delle disposizioni poi riproposte nelle prescrizioni dell'autorità tutelate da apposite sanzioni penali: esse, infatti, continuano ad essere prive di efficacia immediatamente vincolante, ossia a non essere azionabili direttamente in giudizio, ma comunque incidono in sede penale, seppure in via mediata, in maniera rilevante. Vengono, dunque, riconfermati taluni profili di durezza assumibili dalle disposizioni leggere.

Concludendo, può affermarsi che accanto al fenomeno dell'attenuazione di taluni tratti caratterizzanti il diritto penale che virano nel senso dell'avvicinamento della branca più *hard* dell'ordinamento giuridico alla *soft law*, non si può non rilevare le sempre più evidenti forme di interrelazione fra norme penali e norme soffici che contribuiscono ulteriormente a

tale processo. In particolare, l'integrazione indiretta di norme penali tramite regole morbide intacca, al contempo, la natura strettamente legislativa e la stabilità nel tempo delle norme in questione, sino a conferire loro profili non così dissimili a quelli peculiari delle summenzionate regole.

Nel contempo non si può non notare il processo inverso, che si muove nel segno di un ravvicinamento del diritto attenuato a quello penale o, comunque, nel senso di una commistione tra i due. Così, ad esempio, l'accresciuto apporto della normativa leggera a livello interpretativo e integrativo dei precetti penali o penal-amministrativi, delle sanzioni e perfino di alcuni elementi di parte generale concorre senz'altro a conferire alle regole soffici profili di durezza ad essa in origine estranei.

In definitiva, il supporto reciproco che il diritto penale e *soft law* si danno al fine di orientare i comportamenti dei consociati e degli stessi operatori del diritto, assoggettandoli a prescrizioni atte ad evolvere in base ad esigenze contingenti, concorre ad attenuare la contrapposizione esistente all'interno del sistema delle fonti.

Ne risulta un coacervo di disposizioni capaci di infinite sfumature che si innestano in un ordinamento nel quale l'interagire di materiali giuridici diversissimi favorisce l'affermarsi di una sorta di *continuum* espressivo delle mille graduazioni della normatività.

Ancora una volta lo strumento penale, al di là della pretesa immagine di staticità, attribuitagli da quanti si ostinano a ritenerlo un prodotto della tradizione formalmente predefinito, posto al servizio di valori granitici e comuni a tutti, si rivela incapace di sottrarsi alla caotica ondata rivoluzionaria della postmodernità.

Bibliografia

- AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, Torino, 2000, p. 288.
- AA.VV., *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, a cura di SGUBBI-MANES, Bologna, 2007.
- AA.VV., *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, Bologna, , 2005.
- ABBADESSA, *Dal diritto penale comunitario al diritto penale della nuova Unione Europea: problematiche dell'interregno*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2009, p. 459.
- ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, in *Riv. it. dir., pubbl. comm.*, 1994, p. 553.
- ADINOLFI, *Il principio di legalità nel diritto comunitario*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2008, p. 9.
- ALBEGGIANI, *Riserva di legge e determinazione dei soggetti attivi di un reato proprio in Foro it.*, 1991, c. 3020.
- ALEO, *Il sistema penale*, Milano, 2005.
- ALESSANDRI, *False comunicazioni sociali in danno dei soci e dei creditori*, in ALESSANDRI (a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società, d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61*, Milano, 2002, p. 181.
- ALEXU, *Concetto e validità del diritto*, Torino, 1997, p. 3.
- ALPA, *I principi generali e le fonti del diritto*, in *Pol. dir.*, 1992, p. 653.
- ALPA, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, in *Rass. For.*, 2006, p. 307.
- AMARELLI, *Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità degli enti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 159.
- AMATO, *Rapporti tra norme primarie e secondarie. Aspetti problematici*, Milano, 1962, p. 163.
- AMATO, *Riserva di legge e libertà personale in una sentenza che restaura l'art. 25*, in *Giur. cost.*, 1966, p. 262.
- AMODIO, *Il processo penale tra disgregazione e recupero del sistema*, in *Ind. pen.*, 2003, p. 7.
- ANDO', *Crisi della sovranità o ordine internazionale stato centrico? Tertium datur*, in *Pol. dir.*, 2003, p. 30.
- ANDRONIO, *L'ordinanza extra ordinem del sindaco di Firenze sui lavavetri: divieto di un'attività già vietata?*, in www.federalismi.it, 2007.
- ANGELILLIS, *Lottizzazione abusiva: la natura giuridica della confisca all'esame di Cedu e Corte Costituzionale*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 4333.
- ARISTOTELE, *Retorica*, I, 1, 1354 a, 31, in *Opere*, X, Bari, 1973.
- ASHWORTH-EMMERSON, *Human Rights Act and Criminal Justice*, 2001, p. 241.
- AUSTIN, *Delimitazione del campo della giurisprudenza*, Bologna, 1995.
- BALDUZZI – SORRENTINO, voce *Riserva di legge*, in *Enc. dir.*, Milano, 1989, vol. XI, p. 1222.
- BALDWIN – HOUGHTON, *Circular arguments: the status and legitimacy of administrative rules*, in *Public Law*, 1986, p. 293.
- BALSAMO, *La speciale confisca contro la lottizzazione abusiva davanti alla Corte europea*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3504.
- BANO, *Chi ha paura del soft law*, in *Lav. e dir.*, 2003, p. 4.
- BANO, *Diritto del lavoro e nuove tecniche di regolamentazione: il soft law*, in *Lav. dir.*, 2003, p. 70.
- BARBERA, *A che punto è l'integrazione delle politiche dell'occupazione nell'Unione europea?*, in *Dir. rel. Ind.*, 2000, p. 165.

BARBERIS, *Filosofia del diritto*, Bologna, 2000, p. 40.

BARBIERI, sub art. 1, in DOLCINI-MARINUCCI (a cura di), *Codice penale commentato*, vol. I, p. 25.

BARLETTA, *La legalità penale tra diritto dell'Unione europea e Costituzione*, Napoli, 2011, p. 2.

BARTOLE-BIN-FALCON-TOSI, *Diritto regionale*, 2005, p. 148.

BARTOLI, *Incriminatione e giustificazione di una diversa legalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 31.

BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, Milano, 2010.

BAXTER, *International law in Her Infinite Variety*, in *29ICLQ*, 1980, p. 549.

BELFIORE, *Giudice delle leggi e diritto penale*, Milano, 2005.

BERGONZINI, *Presidenti delle Camere: quando l'imparzialità diventa potere*, in *Quad. cost.*, 2006, p. 545.

BERGONZINI., *La piramide rovesciata: la gerarchia tra le fonti del diritto parlamentare*, in *Quad. cost.* 2008, p. 741.

BERNARDI, *Entre la pyramide et le rosea*, in *Rev. Int. et. Jur.*, 2004, p. 3.

BERNARDI, *Soft law e diritto penale: antinomie, convergenze, intersezioni*, in SOMMA, *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2009, p. 1.

BERNARDI, *All'indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale*, in *Quad. cost.*, 2009, p. 43.

BERNARDI, *Commento sub art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in BARTOLE-CONFORTI-RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 253.

BERNARDI, *Codificazione penale e diritto comunitario. I – la modificazione del codice penale ad opera del diritto comunitario*, Ferrara, 1996.

BERNARDI, *Europeizzazione del diritto penale e progetto di Costituzione europea*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 5.

BERNARDI, *I tre volti del diritto penale comunitario*, in PICOTTI (a cura di), *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione europea*, Milano, 1999, p. 339.

BERNARDI, *Il fattore culturale nel sistema penale*, Torino, 2010.

BERNARDI, *Il principio di legalità dei reati e delle pene nella Carta europea dei diritti: problemi e prospettive*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, p. 673.

BERNARDI, *Il ruolo del terzo pilastro UE nella europeizzazione del diritto penale. Un sintetico bilancio alla vigilia della Riforma dei Trattati*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2007, p. 1169.

BERNARDI, *L'armonizzazione delle sanzioni in Europa: linee ricostruttive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 77.

BERNARDI, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, II, 2002, p. 488.

BERNARDI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la politica criminale italiana: intersezioni e lontananze*, in *Riv. int. Dir. uomo*, 1988, p. 30.

BERNARDI, *La difficile integrazione tra diritto comunitario e diritto penale: il caso della disciplina agroalimentare*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 997.

BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturale*, Torino, 2006.

BERNARDI, *Profili di incidenza del diritto comunitario sul diritto penale agroalimentare*, in *Annali dell'Università di Ferrara – Scienze giuridiche*, vol. XI, Ferrara, 1997, p. 148.

BERNARDI, *Profili di incidenza del diritto comunitario sul diritto penale agroalimentare*, in *Aspetti penali del diritto agro-ambientale agro-alimentare*, Milano, 1999.

BERNARDI, *Riserva di legge e fonti europee in materia penale*, in *Annali dell'Università di Ferrara, Nuova Serie, Scienze Giuridiche*, 2006, p. 81.

BERNARDI, *Sui rapporti tra diritto penale e soft law*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2011, p. 42.

BERNARDI, *Verso una codificazione penale europea? Ostacoli e prospettive*, in *Annali univ. Ferrara-Scienze giuridiche-Saggi III*, Ferrara, 1996, p. 74.

BERNARDI., *Il processo di razionalizzazione del sistema sanzionatorio alimentare tra codice e leggi speciali*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002, p. 97.

BERTI, *Diffusione della normatività e nuovo disordine delle fonti del diritto*, in *Jus*, 2003, p. 3.

BIN-BRUNELLI-GUAZZAROTTI-PUGIOTTO-VERONESI, *Il lodo ritrovato. Una quaestio e un referendum sulla legge n. 124 del 2008*, Torino, 2009, p. 269 ss.

BIN, *I molteplici volti della sentenza Alfano*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 41.

BIN, *Ordine delle norme e disordine dei concetti (e viceversa). Per una teoria quantistica delle fonti del diritto*, cit., p. 54.

BIN, *Soft law, no law*, in SOMMA, *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2009, p. 28.

BIN-PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2002, p. 267.

BOBBIO, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, 1994, p. 188.

BOBBIO, *Diritto e forza*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, I, p. 540.

BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Torino, 1979, p. 172.

BONINI, *Quali spazi per una funzione simbolica del diritto penale?*, in *Ind. Pen.*, 2003, p. 491.

BOSCARELLI, *La disciplina del concorso complesso di circostanze nel quadro dei vizi tecnici del codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, p. 1256.

BOSE, *La sentenza della Corte Costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona e il suo significato per la europeizzazione del diritto penale*, in *Criminalia*, 2009, p. 267.

BRANDOLIN, *Autorità amministrative indipendenti e codici di comportamento*, in www.costituzionale.unige.it/dottorato/brandolin.html.

BRECCIA, *Immagini della giuridicità contemporanea tra disordine delle fonti e ritorno al diritto*, in *Pol. Dir.*, 2006, p. 364.

BRICCHETTI- PISTORELLI, *L'ingresso illegale diventa reato di clandestinità*, in *Guida dir.*, 2009, n. 34, p. 29.

BRICOLA, *Il II e il III comma dell'art. 25*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di BRANCA, Bologna, 1981, vol. XXI, p. 233.

BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1965.

BRICOLA, *Legalità e crisi: l'art. 25, 2 e 3 co., della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70*, in *Quest. cost.*, 1980, p. 179.

BRICOLA, *Principio di legalità e potestà normativa penale delle Regioni*, in *Scuola pos.*, 1963, p. 630.

BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Nss. Dig. it.*, Torino, 1973, vol. XIX, p. 7.

BRONZINI, *Dall'Habeas Corpus all'habeas mentem. Soft law e autoregolamentazione nel lavoro postfordista*, in *Dem. Dir.*, 1996, p. 225.

BRUNELLI-PUGIOTTO-VERONESI, *Scritti in onore di Lorena Carlassare, Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, Napoli, 2009, vol. I.

BRUNELLI, *La Corte Costituzionale vorrebbe ma non può sull'entità delle pene: qualche apertura verso un controllo più incisivo della discrezionalità legislativa?*, *Giur. Cost.*, 2007, p. 151.

CADOPPI, *Common law e civil law: contrapposizione sistemica o culturale?*, in AA.VV., *Il diritto penale nella prospettiva europea: quali politiche criminali per quale Europa?*, a cura di Canestrari – Foffani, Milano, 2002, p. 10.

CADOPPI, *Common law e principio di legalità*, in *Quad. fior.*, Milano, 2007, p. 1161.

CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, Torino, 1999.

CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, Torino, 2007.

CADOPPI, *Introduzione allo studio del diritto penale comparato*, Padova, 2004.

CADOPPI, *Materiali per un'introduzione allo studio del diritto penale comparato*, Padova, 2001, p. 474.

CAFAGGI, *Crisi della statualità, pluralismo e modelli di autoregolamentazione*, in *Pol. Dir.*, 2001, p. 547.

CAIANI, *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Padova, 1954.

CAPOTORTI, *Il diritto comunitario non scritto*, in *Dir. com. scambi intern.*, 1983, p. 409.

CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli, 2009.

CAPUTO, *L'emergenza sicurezza. Appunti su securitarismo e politiche del diritto*, in *Quest. Giust.*, 2007, p. 1098.

CARACCIOLI, *Falso in bilancio; dietro le polemiche norme più coerenti alla realtà societaria*, in *Guida dir.*, 2001, n. 36, p. 10.

CARCHIDI, *Il consiglio europeo*, Milano, 2007, p. 69.

CARETTI, sub art. 10, in BARTOLE-CONFORTI-RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, 2001, p. 340.

CARLASSARE, voce *Legge (riserva di)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1990, vol. XVIII, p. 7.

CARLASSARE, voce *Legalità (principio di)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, vol. XVIII, 1990, p. 1.

CARNEVALE, *Corte europea e iniquità del giudicato penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 1229.

CARRIERO, *Le fonti negoziali del diritto nel settore bancario e finanziario*, in *Foro it.*, 2000, V, p. 92.

CARTABIA, *I decreti legislativi integrativi e correttivi: il paradosso dell'effettività*, in *Rass. Parlam.*, 1997, p. 69.

CASAROSA, *Innovazione e continuità nei codici deontologici e di buona condotta*, in *Dir. informaz. e informatica*, 2002, p. 861.

CASSESE, *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, p. 606.

CASSONI, *I principi generali comuni agli ordinamenti degli Stati membri quale fonte sussidiaria del diritto applicato dalla Corte di Giustizia delle Comunità europee*, in *Riv. dir. eu.*, 1959, p. 428.

CATANIA, *Metamorfosi del diritto. Decisione e norma nell'età globale*, Bari, 2008.

CATENACCI, *"Legalità" e "tipicità del reato" nello statuto della Corte penale internazionale*, Milano, 2003.

CATENACCI, *La tutela penale dell'ambiente. Contributo all'analisi delle norme penali a struttura sanzionatoria*, Padova, 2006, p. 284.

CAVALIERE, *Il concorso eventuale nel reato associativo, le ipotesi delle associazioni per delinquere e di tipo mafioso*, Napoli, 2003.

CELOTTO, *Il trattato di Lisbona ha reso la CEDU direttamente applicabile nell'ordinamento italiano?*, in www.neldiritto.it.

CELOTTO.FRONTONI, voce *Legge di delega e decreto legislativo*, in *Enc. Giur.*, Milano, 2002, Aggiornamento, vol. VI, p. 697.

CERRONE, *Genericità della delega e sindacato della Corte in materia di sanzioni tributarie*, in *Giur. Cost.*, 1986, p. 2511.

CHENAI, *Obblighi di criminalizzazione tra sistema penale italiano e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Leg. pen.*, 2006, p. 178.

CINI, *From soft law to hard law?: discretion and rule making in the Commission's State Aid Regime*, in *EUI Working papers*, 2000, n. 35, p. 4.

CONSULICH, *Il tradimento di Ippocrate. Ragionevolezza ed effettività delle fattispecie di comparaggio, tra diritto penale classico e diritto penale moderno*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2008, p. 29.

CONTENTO, *Corso di diritto penale*, Bari, 1989.

CORDERO, voce *Legalità penale*, in *Enc. giur. Trecc.*, Roma, 1990, vol. XVIII, p. 1.

COSTANZO, *Hard law e soft law: il senso di una distinzione*, in COSTANZO-MEZZETTI-RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, Torino, 2006, p. 262.

COSTANZO, *La dimensione costituzionale della privacy*, in FERRARI, *La legge sulla privacy dieci anni dopo*, Milano, 2008, p. 54.

CRESPI, *Il falso in bilancio e il pendolarismo delle coscienze*, in *Riv. soc.*, 2002, p. 458.

CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, I, p. 47.

CRISAFULLI, voce *Fonti del diritto*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1968, vol. XVII, p. 933.

CUPELLI, *La legalità delegata. Spunti su riserva di legge e delega legislativa nelle tendenze attuali del diritto penale*, in *Critica dir.*, 2004, p. 99.

CUPELLI, *Un difficile compromesso: ancora in termini di rapporti tra legge delega e riforma del codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 1347.

D'AMICO, *Il principio di legalità in materia penale tra Corte Costituzionale e Corti europee*, in AA.VV., *Le Corti dell'integrazione europea: avvicinamenti, dialoghi, assonanze*, a cura di ZANON, Napoli, 2006, p. 157.

D'AMICO, *La legalità penale europea*, in *Rass. parl.*, 2004, p. 931.

D'AMICO, *Sulla costituzionalità delle decisioni manipolative in materia penale*, in *Giur. it.*, 1990, IV, c. 254.

D'ATENA, *L'anomalo assetto delle fonti comunitarie*, in *Dir. Un. Eu.*, 2001, p. 592.

DE FIORES, *Trasformazioni della delega legislativa e crisi delle categorie normative*, Padova, 2001.

DE FRANCESCO, *Diritto penale, i fondamenti*, Torino, 2008, p. 110.

DE FRANCESCO, *Le sfide della politica criminale: integrazione e sviluppo dei sistemi repressivi, nel quadro dell'internazionalizzazione della tutela penale*, in AA.VV., *Diritto penale comparato, europeo ed internazionale: prospettive per il XXI secolo*, Milano, 2006, p. 65.

DE FRANCO, *La potestà legislativa dello Stato e la potestà penale delle Regioni di fronte alla riserva di legge in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964, p. 753.

DE LUCA, *Il soft law*, tesi dottorale, Napoli, 2007, p. 10.

DE MAGLIE, *Culture e diritto penale. Premesse metodologiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1088.

DE MARI, *Il codice di autodisciplina delle società quotate in materia di corporate governance*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 145.

DE MARTINO, *Brevi osservazioni in tema di norme penali di favore e di reati strumentali*, in *Giur. cost.*, 2006, p. 4170.

DE SALVIA, *La giurisprudenza di Strasburgo sui diritti dell'uomo*, in *Giust. pen.*, 2000, c. 149.

DE VERO, *Corso di diritto penale*, Milano, 2004, p. 243.

DE VERO, voce *Ordine pubblico (delitti contro)*, in *Dig. dir. pen.*, Torino, 1995, vol. IX, p. 73.

DE VERO, voce *Sicurezza pubblica nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1997, vol. XIII, p. 285.

DEL LAGO, *Non persone. L'esclusione dei migranti da una società globale*, 1999.

DEL TUFO, *Il diritto penale al vaglio della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: attuazione dei principi della Convenzione e ruolo del giudice interno*, in *Crit. dir.*, 2000, p. 245.

DEL TUFO, *Il diritto penale sommerso: diritto europeo e modifiche al sistema penale*, in *Dir. pubbl. comp. eu.*, 2001, p. 1015.

DEL TUFO, *La comunitarizzazione del diritto penale sommerso*, cit. p. 1016.

DEL TUFO, *La tutela della libertà delle persone e l'Europa*, in *Quest. Giust.*, 2004, p. 265.

DELITALA, *Cesare Beccaria e il problema penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1964, p. 965.

DELLA BELLA, *Three strikes and you are out: la guerra al recidivo in California e i suoi echi in Italia*, in *Riv. it.*, 2007, p. 832.

DELLA CANANEA, *I pubblici poteri nello spazio giuridico globale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, p. 22.

DELLA ROCCA (a cura di) *Le principali modifiche alle norme penali in materia di immigrazione*, in *Immigrazione e cittadinanza. Profili normativi e orientamenti giurisprudenziali*, Torino, 2009, p. 13.

DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit. La refondation des pouvoirs*, Paris, 2007, p. 97.

DI CHIARA, *Osservatorio della Corte Costituzionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 273.

DI COSIMO, *Regioni e diritto penale*, in *Le regioni*, 2004, p. 1316.

DI GIOVINE, *Il sindacato di ragionevolezza della Corte Costituzionale in un caso facile. A proposito della sentenza n. 394 del 2006 sui falsi elettorali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 100.

DI GIOVINE, *Introduzione alla prostituzione minorile: un caso esemplare di decontestualizzazione del tipo legislativo ad opera del giudice di legittimità*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 2417.

DI GIOVINE, *Introduzione allo studio della riserva di legge nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, 1969, p. 57.

DI GIOVINE, *L'evoluzione dell'art. 25 Cost. nel pensiero del nuovo costituente*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 356.

DI MARTINO, *Dalla campana senza battaglia al concorso di norme*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 1017.

DI MARTINO, *Norme regionali incidenti sulla materia penale e disciplina dello smaltimento di rifiuti: un'ipotesi di disapplicazione del provvedimento regionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 1040.

DI STEFANO, *Origini e funzioni del soft law in diritto internazionale*, in *Lav. Dir.*, 2003, p. 18.

DI TURI, *Il rilievo del soft law nella prassi dell'Oil in materia di tutela dei diritti economici e sociali*, in SOMMA, *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2008, p. 55.

DOLCINI-PADOVANI-PALAZZO (a cura di), *Sulla potestà punitiva dello Stato e delle Regioni*, Milano, 1994.

DOLCINI, *Diritto all'autotutela in un privato domicilio: la nuova legittima difesa*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 431.

DOLCINI, *Il carattere generale e astratto della legge e la riserva di legge in materia penale: principi cardine dell'ordinamento o polverose reminiscenze del passato*, in AA.VV., *Interpretazione e precedente giudiziario in diritto penale*, Padova, 2005, p. 61.

DOLCINI, *Il castigo sia moderato, ma certo*, in AA.VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Atti del convegno di studio di Casarano-Gallipoli, 27-29 ottobre 2000, Milano, 2002, p. 31.

DOLCINI, *Le misure alternative oggi: alternative alla detenzione o alternative alla pena?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 857.

DOLCINI, *Leggi penali ad personam, riserva di legge e principio costituzionale di uguaglianza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004, p. 50.

DONINI-INSOLERA, *Considerazioni introduttive*, in AA.VV., *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, Bologna, 2005, p. 13.

DONINI, *Il diritto penale di fronte al nemico*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 274.

DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004.

DONINI, *Modelli di illecito penale minore*, in DONINI-CASTRONUOVO, *La riforma dei reati contro la salute pubblica. Sicurezza del lavoro, sicurezza alimentare, sicurezza dei prodotti*, Bologna, 2007, p. 258.

DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3558.

DRAETTA, *Elementi di diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale. Ordinamento e struttura dell'Unione europea*, Milano, 2009, p. 79.

DUPUY, *Droit declaratorie et droit programmatore: de la costume sauvage à la soft law*, in *L'élaboration du droit International public, Colloque de Toulouse, Société Française de Droit International*, Pedone, Paris, 1975, p. 132.

DUPUY, *Hague Academy sul The protection of the Environment and International Law*, Sijthoff, Leiden, 1975, p. 623.

ELIAS-LIM, *General principles of Law, Soft law and the identification of International Law*, in *28NYL*, 1997, p. 4.

FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1965, vol. XIV, p. 432.

FERRAJOLI, *Crisi della legalità penale e giurisdizione*, in *AA.VV.*, *Legalità e giurisdizione*, Padova, 2001, p. 35.

FERRAJOLI, *Il diritto penale del nemico e la dissoluzione del diritto penale*, in *Quest. giust.*, 2006, 797.

FERRAJOLI, *La criminalizzazione degli immigrati (note a margine della legge n. 94/09)*, in *Quest. giust.*, 2009, p. 13.

FERRAJOLI, *Principia iuris*, Roma, 2007, I, p. 924.

FERRARESE, *Crisi della normatività: vecchi problemi e nuove prospettive del diritto penale*, in *AA.VV.*, *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, Bologna, 2005.

FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, Bologna, 2000.

FERRARESE, *Diritto sconfinato*, Roma, 2006.

FERRARESE, *Il diritto al presente*, Bologna, 2002.

FERRARESE, *Magistratura e diritti: virtù passive e stato attivo*, in *Democrazia e diritto*, 1997, 1.

FERRARESE, *Soft law: funzioni e definizioni*, in *SOMMA, Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Milano, 2008, p. 72.

FERRARI, *Funzioni del diritto*, Roma, 1995.

FERRARI, voce *Pubblico impiego in diritto comparato*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1997, vol. X, p. 300.

FERRERI-PIZZORUSSO, *Le fonti del diritto italiano*, in *SACCO, Trattato di diritto civile*, Torino, 1998, p. 299.

FERRERI, voce *Fonti del diritto (dir. int)*, in *Enc. dir.*, Milano, 2007, p. 637.

FEUERBACH, *Lehrbuch des germanen in Deutschland gultigen peinlichen Rechts*, rist. 1986, p. 20.

FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, Bologna, 2008.

FIANDACA (a cura di) *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, Padova, 1997.

FIANDACA-DI CHIARA, *Un'introduzione al sistema penale*, Napoli, 2003.

FIANDACA-MUSCO, *Perdita di legittimazione del diritto penale?*, in *Riv. it. dir. pen. e proc.*, 1994, p. 23.

FIANDACA, *Controllo di razionalità e legislazione penale*, in *FIANDACA (a cura di), Il diritto penale tra legge e giudice, Raccolta di scritti*, Padova, 2002, p. 92.

FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 353.

FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *PALAZZO (a cura di), L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, Napoli, 2001.

FIANDACA, *Il diritto penale tra legge e giudice*, Padova, 2001.

FIANDACA, *La giustizia penale in bicamerale*, in *Foro it.*, 1997, V, p. 161.

FIANDACA, *La legalità penale negli equilibri del sistema politico-istituzionale*, in *Il diritto penale tra legge e giudice*, Torino, 2002, p. 3.

FIANDACA, *La legalità penale negli equilibri del sistema politico-costituzionale*, in *Foro it.*, 2000, V, c. 137.

FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, in *Quad. fiorentini*, Milano, 2007, p. 1272.

FIANDACA, *Pensare ed ordinare il molteplice*, in ANASTASIA-PALMA, *La bilancia e la misura*, Milano, 2001, p. 171.

FIANDACA, *Relazione introduttiva*, in AA.VV., *Verso un nuovo codice penale. Itinerari, problemi, prospettive*, Milano, 1993.

FIERRO CENDERELLI, *sub art. 69*, in MARINUCCI-DOLCINI (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano, 1999, p. 723.

IORE, voce *Ordine pubblico (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1980, XXX, p. 1084.

FLICK, *Globalizzazione delle regole e fondazione dei valori: l'esperienza europea*, in *Pol. Dir.*, 2002, p. 199.

FLORA, *Verso un diritto penale del tipo di autore?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 559.

FORNASARI – MENGHINI, *Percorsi europei di diritto penale. Casi, fonti e studi per il diritto penale*, Padova, 2005.

FORNASARI-LUISI (a cura di), *La corruzione: profili storici, attuali, europei e sovranazionali*, Padova, 2003.

FRANCHI SCARSELLI, *La legge n. 675 del 1996 sulla privacy informatica. Note a commento di una legge difficile*, in *Autonomie loc. serv. Soc.*, 1997, p. 506.

FRANCIONI, *International Soft Law*, in LOWE-FITZMAURICE, *Fifty years of the International Court of Justice*, Cambridge, 1996, p. 167.

GALLO, *Appunti di diritto penale*, Torino, 1965, p. 21.

GALLO, *La legge penale*, Torino, 1967.

GAMBARDELLA, *Specialità sincronia e specialità diacronica nel controllo di costituzionalità delle norme penali di favore*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 467.

GARLAND, *La cultura del controllo*, Milano, 2004, p. 73.

GAROFOLI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Roma, 2011, p. 13.

GIALUZ, *Il riesame del processo a seguito di condanna della Corte di Strasburgo: modelli europei e prospettive italiane*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1844.

GIARDINA, *sub art. 78*, in BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1979, vol. II, p. 108.

GIARO, *Dal soft law moderno al soft law antico*, in AA.VV., *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, cit., p. 84.

GIORDANO, *Profili premiali della risposta punitiva dello Stato*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 916.

GIOSTRA, *Con la sospensione di tutti i processi penali l'immunità si traveste da legittimo impedimento*, in *Guida dir.*, 2010, n. 9, p. 102.

GIOSTRA, *Sospensione del processo a tutela delle cariche istituzionali?*, in *Dir. giust.*, 2004, p. 26.

GIOVAGNOLI, *Studi di diritto penale, parte generale*, Milano, 2009.

GIUNTA, *Il giudice e la legge penale. Valore e crisi della legalità, oggi*, in AA.VV., *Studi in ricordo di G. Pisapia*, Milano, 2002, I, p. 66.

GIUNTA, *L'effettività della pena nell'epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 414.

GIUNTA, *Lavavetri e legalità*, in *Dir. imm. e citt.*, 2007, p. 31;

GOLD, *The sanction of the International Monetary Found*, in *66 Am. J. Int. Law*, 1972, p. 738.

GRANDI, *Fattore culturale e responsabilità penale*, Ferrara, 2008.

GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2010.

GRASSO, *Il principio nullum crimen sine lege nella Costituzione italiana*, Milano, 1972.

GRASSO, *La Costituzione per l'Europa e la formazione di un diritto penale dell'Unione europea*, in AA.VV., *Lezioni di diritto penale europeo*, a cura di GRASSO- SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea*, Milano, 2005, p. 388.

GRASSO, *La protezione dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario e i suoi riflessi sui sistemi penali degli Stati membri*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1996, p. 617.

GRECO, *Consistenza, articolazione ed ambiguità della regolazione*, in *Studi parlam.*, 2004, fasc. 145, p. 16.

GRECO, *Dimensioni della sicurezza*, Torino, 2009.

GRIGLIO, *I maxi-emendamenti del governo in Parlamento*, in *Quad. cost.*, 2005, p. 809.

GROSSI, *Codici: qualche conclusione tra un millennio e l'altro*, in CAPPELLINI-SORDI (a cura di), *Codici. Una riflessione di fine millennio*, Milano, 2002, p. 579.

GROSSI, *Epicedio per l'assolutismo giuridico*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano, 1988, n. 17, p. 517.

GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2001.

GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998.

GUASTINI, voce *legalità (principio di)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Utet, 1994, vol. IX, p. 84.

IADICCIO, *La riserva di legge nelle dinamiche di trasformazione dell'ordinamento interno e comunitario*, Torino, 2007, p. 21.

ILLUMINATI, *In nome del popolo*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 371.

INSOLERA (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, Padova, 2006.

INSOLERA, *Democrazia, ragione e prevaricazione*, Milano, 2003.

INSOLERA, *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, in INSOLERA-MAZZACUVA-PAVARINI-ZANOTTI, *Introduzione al sistema penale*, Torino, 1997.

KELSEN, *I fondamenti della democrazia*, Bologna, 1966.

KIRTON-TREBILCOCK, *Hard choices and Soft law in Sustainable Global Governance*, Aldershot, 2004.

KOSTORIS, *Diversa qualificazione giuridica del fatto in Cassazione e obblighi di conformarsi alle decisioni della Corte europea dei diritti dell'Uomo: considerazioni sul caso Drassich*, in *Giur. it.*, 2009, p. 2511.

KREY, *Gesetzestreue und Strafrecht*, in *ZStW*, 1989, p. 872.

LA ROSA, *La condivisibile ragionevolezza sulle norme penali di favore*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 333.

LA SPINA – MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Il Mulino, 1998.

LARIZZA, *Il principio di legalità della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 122.

LATTANZI-LUPO (a cura di), *Della legge penale. Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, Milano, 2000, p. 14.

LICCI, *Ragionevolezza e significatività come parametri di determinatezza della norma penale*, Milano, 1989.

LIGUORI, *Il diritto penale premiale. La tecnica delle circostanze attenuanti ad effetto speciale e il problema della loro possibile cumulabilità*, in *Giust. pen.*, 1998, p. 1.

LISTZ, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, Milano, 1962, p. 46.

LORUSSO, *Sicurezza pubblica e diritto emergenziale: fascino ed insidie dei rimedi processuali*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 269.

LUHMANN, *Sociologia del diritto*, Bari, 1977, p. 125.

LUNGHINI, *La riforma del falso in bilancio, riflessioni dopo un anno di esperienza, relazione al convegno su Riforme in atto: riflessi nell'evoluzione dei reati fallimentari*, Como, 17 ottobre 2003.

LUPO, *Emendamenti, maxi-emendamenti e questioni di fiducia nelle legislature del maggioritario*, in AA.VV., *Le regole del diritto parlamentare nella dialettica tra maggioranza e opposizione*, a cura di GIANFRANCESCO – LUPO, Milano, 2007, p. 74.

LUPO, *Quale sindacato sui decreti legislativi correttivi*, in *Giur. Cost.*, 2000, p. 3210.

LUTHER, voce *Ragionevolezza delle leggi*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1997, vol. XXII, p. 341.

LUZZATI, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990.

MABELLINI, *La legislazione regionale tra obblighi esterni e vincoli internazionali*, Milano, 2006.

MACCARI, *La riserva di legge statale in materia di ordinamento penale*, in AMMANNATI-GROPPI (a cura di), *La potestà legislativa tra Stato e Regioni*, Milano, 2003, p. 73.

MAGI, *Attribuzione alla nuova Unione di poteri normativi in materia penale nonostante un persistente deficit democratico: possibile contrasto con il principio costituzionale della riserva di legge?*, in *Dir. pubbl. comp. eu.*, 2008, p. 1545.

MANACORDA, *L'efficacia espansiva del diritto comunitario sul diritto penale*, in *Foro it.*, 1995, IV, p. 55.

MANES, *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 739.

MANES, *L'eterointegrazione della fattispecie penale mediante fonti subordinate. Tra riserva politica e specificazione tecnica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2010, p. 87.

MANES, *L'incidenza delle decisioni quadro sull'interpretazione in materia penale: profili di diritto sostanziale*, in *Cass. Pen.*, 2006, p. 150.

MANES, *La riforma della disciplina sanzionatoria in materia di stupefacenti*, in INSOLERA (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, Bologna, 2006, p. 119.

MANES, *Nessuna interpretazione conforme al diritto comunitario con effetti in malam partem*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 101.

MANES, *Norme penali di favore, no della Consulta*, in *Dir. giust.*, 2006, fasc. 46, p. 28.

MANNOZZI-CONSULICH, *La sentenza della Corte di Giustizia C-176/03: riflessi penalistici in tema di principio di legalità e politica dei beni giuridici*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2006, p. 903.

MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, Padova, 2009.

MANTOVANI, *Insicurezza e controllo della criminalità*, in VINCIGUERRA-DASSANO (a cura di), *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, cit., p. 489.

MANZELLA, *Il Parlamento d'emergenza*, in AA.VV., *La prassi degli organi costituzionali*, a cura di BARBERA – GIUPPONI, Bologna, 2008, p. 375.

MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, Torino, 1948, I.

MARAZZITA, *Lo stato di emergenza diretto a fronteggiare l'esodo dall'Albania*, in *Giust. cost.*, 1997, p. 2909.

MARI, *Uso delle armi; come la Convenzione inciampò sulle fonti comunitarie*, in *Dir. e giust.*, 2003, p. 19.

MARINI, voce *Colpa, diritto penale*, in *Enc. Giur.*, Roma, 2001, VI, p. 1.

MARINI, voce *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Enc. dir.*, Milano, 1978, vol. XXVIII, p. 950.

MARINUCCI – DOLCINI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Milano, 2006.

MARINUCCI-DOLCINI (a cura di), *Sulla potestà punitiva dello Stato e delle Regioni*, Milano, 1994.

MARINUCCI, *Depenalizzazione del falso in bilancio con l'avvallo della SEC: ma è proprio così*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 137.

MARINUCCI, *Gestione d'impresa e pubblica amministrazione: nuovi e vecchi profili penalistici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 430.

MARINUCCI, *Politica criminale e codificazione del principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, p. 445.

MARINUCCI, *Sui rapporti tra scienza penale italiana e legislazione*, in AA.VV. (a cura di GROSSI), *Giuristi e legislatori. Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto. Atti dell'incontro di studio, Firenze 26-28 settembre 1996*, Milano, 1997, p. 458.

MARINUCCI, voce *Consuetudine (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1961, vol. XI, p. 506.

MARTINES, *Diritto costituzionale*, Milano, 1998, p. 81.

MARZADURI, *La motivazione sorvola sui punti giuridici più caldi*, in *Guida dir.*, 2004, n. 5, p. 57.

MATTARELLA, *I codici di comportamento*, in *Riv. giur. Lav. prev. Soc.*, 1996, p. 246.

MATTARELLA, *La trappola delle leggi*, Bologna, 2011.

MATTEI, *The European Codification process*, The Hague, 2003.

MAUGERI, *Il sistema sanzionatorio comunitario dopo la Carta europea dei diritti fondamentali*, in AA.VV., *Lezioni di diritto penale europeo*, Milano, 2008, p. 99.

MAZZACUVA, *A proposito dell'interpretazione creativa in materia penale: nuova garanzia o rinnovata violazione di principi fondamentali?*, in DOLCINI-PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, vol. I, p. 441.

MELIA, *Diritto penale del nemico?*, in DONINI- PAPA (a cura di) *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Milano, 2007.

MELONCELLI, voce *Pubblicità (dir. pubbl.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1988, vol. XXXVII, p. 1027.

MERUSI – PASSARO, *Le autorità indipendenti*, Milano, 2003.

MEZZETTI, *I limiti spaziali della legge penale*, in RONCO, *La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone*, Bologna, 2006, p. 283.

MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1997.

MOCCIA, *La promessa non mantenuta. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001.

MOCCIA, *Lo Statuto della Corte penale internazionale: i profili della legalità*, in DOLCINI-PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, vol. I, p. 495.

MOCCIA, *Politica criminale e riforma del sistema penale*, Napoli, 1984.

MOCCIA, voce *Ordine pubblico*, in *Enc. Giur. Trecc.*, Roma, 1990, XII, p. 1.

MODUGNO-NOCILLA, *Crisi della legge e sistema delle fonti*, in *Dir. soc.*, 1989, n. 3, p. 411.

MODUGNO, *Teoria generale del diritto*, Torino, 2000.

MODUGNO, *Trasformazioni della funzione legislativa*, in *Crisi della legge e del sistema delle fonti*, Milano, vol. II, 2000.

MODUGNO, voce *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, in *Enc. dir.*, Milano, vol. I, 1997, p. 586.

MODUGNO, voce *Fonti del diritto*, in *Enc. Giur.*, Torino, 1989, vol. XII, p. 1.

MODUGNO, voce *Norma*, in *Enc. dir.*, Milano, 1978, vol. XXVIII, p. 330.

MONACO, voce *Fonti del diritto. Diritto internazionale*, in *Enc. giur.*, Roma, vol. XIV, 1989.

MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 1984, libro VI.

MORI, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo, Patto delle Nazioni Unite e Costituzione Italiana*, in *Riv. Dir. Int.*, 1983, p. 309.

MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Milano, 2008.

MUCCIARELLI, *Osservazioni in tema di immediata applicabilità delle direttive comunitarie in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, p. 609.

MUSCO, *I nuovi reati societari*, Milano, 2002.

MUSCO, *L'illusione penalistica*, Milano, 2004.

MUSCO, *Sistema penale e legge regionale*, in *Giur. cost.*, 1990, p. 838.

NAPOLITANO, *Funzioni operative di azione diretta delle organizzazioni internazionali*, in *Comunità internaz.*, 1979, p. 404.

NASCIMBENE-SANNA, *Commento all'art. 6 TUE*, in TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, 2004.

NEUMANN, *Lo Stato democratico e lo Stato autoritario*, Bologna, 1973.

NICODEMO, *Gli atti normativi delle Autorità indipendenti*, Padova, 2000.

NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006.

NOTARO, *Autorità indipendenti e norma penale. La crisi del principio di legalità nello Stato policentrico*, Torino, 2010, p. 26.

NUNZIATA, *Le limitazioni normative all'attività di raccolta delle scommesse in Italia: tra diritto interno e diritto comunitario*, in *Riv. pol.*, 2009, p. 513.

NUVOLONE, *Il diritto punitivo nella nuova legislazione italiana*, in *Leg. pen.*, 1982, p. 79.

NUVOLONE, *Le leggi penali e la Costituzione*, Milano, 1953.

ONIDA, *I diritti umani in una comunità internazionale*, Bologna, 2005, p. 79.

OST- VAN DEN DE KERCHOVE, *Juris-dictio et définition du droit*, in *Droits*, 10, 1989, p. 54.

PADOVANI-STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose*, Bologna, 2006.

PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 1990.

PADOVANI, *L'ennesimo intervento legislativo eterogeneo che non è in grado di risolvere i reali problemi*, in *Guida dir.*, 2009, n. 33, p. 14.

PAGANO, *Introduzione alla legistica*, Milano, 2004.

PAGLIARO, *Principi di diritto penale, parte generale*, Milano, 2003, p. 22.

PAGLIARO, *Testo e interpretazione nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 433.

PAGLIARO, voce *Legge penale: i principi generali*, in *Enc. dir.*, Milano, 1973, vol. XXII, p. 1040.

PAISSAN, *Privacy e giornalismo. Diritto di cronaca e diritti dei cittadini*, Roma, 2003.

PAJNO, *Considerazioni sul principio di democraticità e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 2005, p. 500.

PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996.

PALAZZO – PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, Torino, 2005.

PALAZZO-BERNARDI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la politica criminale italiana: intersezioni e lontananze*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1988, p. 30.

PALAZZO, *Corso di diritto penale, parte generale*, Torino, 2008.

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

PALAZZO, *Introduzione ai principi del diritto penale*, Torino, 1999.

PALAZZO, *Le riforme costituzionali proposte dalla commissione bicamerale (diritto penale sostanziale)*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 33.

PALAZZO, *Legalità e determinatezza della fattispecie penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regola iuris*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di Vassalli, Napoli, 2006.

PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regola iuris*, in *Dir. pen. e sist. cost.*, 2005, p. 55.

PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio fondamentale*, in *Quad. fior.*, 2007, p. 1281.

PALAZZO, *Orientamenti dottrinali ed effettività giurisprudenziale del principio di determinatezza-tassatività in materia penale*, in *AA.VV.*, *Le discrasie fra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, 1991.

PALAZZO, *Produzione legislativa: paradossi e contraddizioni di un rapporto problematico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 694.

PALAZZO, *Riserva di legge e diritto penale moderno*, in *Studium iuris*, 1996, p. 277.

PALAZZO, *Sistema delle fonti e legalità penale*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 66.

PALAZZO, *Tecnica legislativa e formulazione della fattispecie penale in una recente circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri*, in *Cass. pen.*, 1987, p. 244.

PALAZZO, voce *Legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1993, vol. VIII, p. 338.

PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 430.

PALIERO, *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed effetti penali dei media)*, in *Scritti per Stella*, Napoli, I, p. 289.

PALIERO, *Metodologie de lege ferenda: per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 525.

PALIERO, *Minima non curat praetor*, Padova, 1985.

PALIERO, *Riforma penale in Italia e dinamica delle fonti: una paradigmatica*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2004, p. 1012.

PALMIERI, *Trattamento dei dati personali e attività giornalistica: la tutela della persona oltre l'onore*, in *Danno e resp.*, 2006, p. 616.

PANEBIANCO, *Prelezioni di diritto internazionale*, Napoli, 2007.

PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale*, Pisa, 2009.

PAONESSA, *La discrezionalità del legislatore nazionale nella cornice dei vincoli comunitari di tutela*, in *Criminalia*, 2007, p. 409.

PAPA, *La questione di costituzionalità relativa alla disciplina delle armi giocattolo: il diritto vivente tra riserva di legge e determinatezza della fattispecie*, in *Giur. cost.*, 1989, I, p. 26.

PARODI GIUSINO, *Nodi problematici in tema di fonti nel sistema penale*, in *Ind. pen.*, 2002, p. 445.

PASTORE, *Il diritto internazionale in un mondo in trasformazione*, in *Ars interpretandi*, 2001, p. 158.

PASTORE, *Il soft law nella teoria delle fonti*, in AA.VV. (a cura di Somma), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2009, p. 128.

PASTORE, *Soft law, gradi di normatività, teoria delle fonti*, in *Lav. dir.*, 2003, p. 11.

PATERNITI, *La ineffettività della norma incriminatrice*, in VINCIGUERRA-DASSANO (a cura di), *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, Napoli, 2010.

PECORELLA, *Pronunce in malam partem e riserva di legge in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 343.

PEDRAZZI, *Inefficaci le sentenze manipolative in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, p. 659.

PELISSERO, *Dalle sollecitazioni della giurisprudenza della Corte di Giustizia al Trattato di Lisbona: il rafforzamento delle politica penale dell'Unione europea*, in VINCIGUERRA-DASSANO (a cura di), *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, Napoli, 2010.

PELLIZZONE, *Riserva di legge ed efficacia nel tempo e nello spazio della norma penale: possibili spazi per intersezioni tra legge penale e fonti secondarie*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

PERLINGIERI, *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 203.

PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale*, Bologna, 2004.

PIERGALLINI, *La potestà penale delle regioni oggi: approfondimenti, reticenze e suggestioni di una recente sentenza costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 1574.

PIERGALLINI, *Norma penale e leggi regionali: la costituzione del tipo*, in DOLCINI-PADOVANI-PALAZZO (a cura di), *Sulla potestà punitiva dello Stato e delle Regioni*, 199.

PIERGALLINI, *Norma penale e leggi regionali: la costruzione del tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 457.

PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del modello organizzativo ex d.lgs. 231/2001)*, in *Scritti in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, p. 8.

PIFFERI, *Difendere i confini, superare le frontiere. Le zone grigie della legalità penale tra otto e novecento*, in *Quad. fiorentini*, 2007, p. 745.

PIGHI, *Sicurezza, legalità e coesione sociale*, Milano, 2006.

PINO, *I codici di deontologia nella normativa sul trattamento dei dati personali*, in *Danno resp.*, 2002, p. 364.

PISA, *La repressione dell'immigrazione irregolare: un'espansione incontrollata della normativa penale*, in *Dir. pen. e proc., Speciale immigrazione*, 2009, p. 5.

PISTORELLI, *Attenzione spostata sulla perversione del reo*, in *Guida dir.*, 2006, n. 9, p. 51.

PITTARO, *La Consulta introduce nei reati sessuali l'ignoranza inevitabile dell'età del minore*, in *Fam. dir.*, 2007, p. 988.

PIZZORUSSO, *La problematica delle fonti all'inizio del XXI secolo*, in www.associazione.deicostituzionalisti.it.

PIZZORUSSO, *Le fonti del diritto italiano*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1990, I, p. 22.

POGGI, *Soft law nell'ordinamento comunitario*, AA.VV., *L'integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionali*, Padova, 2007.

PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997.

PUGIOTTO, *La parabola della legge sulle rogatorie internazionali*, in *Studium iuris*, 2003, p. 708.

PUGIOTTO, *Sentenze normative. Legalità delle pene e dei reati e controllo sulla tassatività delle fattispecie*, in *Giur. Cost.*, 1994, p. 4199.

PUGIOTTO, *Sulla immunità delle alte cariche: una sentenza di mezzi silenzi*, in *Dir. giust.*, 2004, p. 10.

PULITANO', *Appunti su democrazia penale, scienza giuridica, poteri del giudice*, in INSOLERA (a cura di), *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, Bologna, 2005, p. 136.

PULITANO', *Sull'interpretazione e gli interpreti della legge penale*, in DOLCINI-PALIERO, *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, vol. I.

PULITANO', *False comunicazioni sociali*, in ALESSANDRI (a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società*, Milano, 2002 p. 174.

PULITANO', *La riforma del diritto penale societario. Tra dictum del legislatore e ragioni del diritto*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2002, p. 934.

PULITANO', *Obblighi costituzionali di tutela penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 484.

PULITANO', *Quali riforme in materia penale dopo la bicamerale*, in *Foro it.*, 1998, V, p. 288.

PULITANO', *Sciopero e categorie penalistiche*, in *Riv. giur. Lav.*, 1982, p. 321.

PULITANO', *Sull'interpretazione e gli interpreti della legge penale*, in AA.VV., *Scritti in onore di G. Marinucci*, vol. I, Milano, 2006.

PULITANO', *Tensioni vecchie e nuove sul sistema penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2008.

PULITANO', voce *Politica criminale*, in *Enc. dir.*, Milano, 1985, XXXIV, p. 73.

RAMPIONI, *In nome della legge (ovvero considerazioni in tema di interpretazione creativa)*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 312.

RANZATO, *Uso delle armi per effettuare un arresto legale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, p. 601.

RAZZANTE, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Padova, 2003.

RESCIGNO, *Dal preteso principio secondo cui spetta ai giudici ricavare principi dalle sentenze della Corte e manipolare essi stessi direttamente le disposizioni di legge per renderle conformi a tali principi*, in *Giur. Cost.*, 2009, p. 2412.

RESCIGNO, *L'atto normativo*, Bologna, 1998.

RIONDATO, *L'incidenza del diritto comunitario sulla politica criminale degli Stati membri: nascita di una politica criminale europea?*, in *Ind. pen.*, 1993, p. 65.

RIONDATO, *Nuovi sviluppi nei rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 832.

RISICATO, *L'errore sull'età tra error facti ed error iuris: una decisione timida o storica della Corte Costituzionale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2007, p. 1461.

RODOTA', *Diritto, scienza, tecnologia*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, p. 362.

RODOTA', *La vita sociale e le regole*, Milano, 2006, p. 9.

ROMANO, *Commentario sistematico al codice penale*, Milano, 2004, I, p. 37.

ROMANO, *Complessità delle fonti e sistema penale. Leggi regionali, ordinamento comunitario*, Corte Costituzionale, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 552.

ROMANO, in *Lo Stato moderno e la sua crisi*, in *Riv. dir. pubbl.*, Milano, 1910, p. 87.

ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1946.

ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi: saggi di diritto costituzionale*, Milano, 1969, p. 12.

RONCO, *Il principio di tipicità della fattispecie penale nel diritto vigente*, Torino, 1979.

RONCO, *Precomprensione ermeneutica del tipo legale e divieto di analogia*, in Studi in onore di Giorgio Marinucci, Milano, 2009, vol. I, p. 693.

ROPPO, *Il contratto e le fonti del diritto*, in *Pol. dir.*, 2001, p. 529.

ROSSEAU, *Considerations sur le gouvernement de Pologne*, 1772, cap. 10.

RUGA RIVA (a cura di), *Ordinamento penale e fonti non statali. L'impatto dei vincoli internazionali, degli obblighi comunitari e delle leggi regionali sul legislatore e sul giudice penale*, Milano, 2007.

RUGA RIVA, *Diritto penale e leggi regionali dopo la riforma del titolo V: esiste ancora il monopolio punitivo statale?*, in RUGA RIVA (a cura di), *Ordinamento penale e fonti non statali*, Milano, 2007, p. 224.

RUGA RIVA, *Diritto penale e leggi regionali dopo la riforma del titolo V Cost.: esiste ancora il monopolio punitivo statale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 651.

RUGA RIVA, *Il condono edilizio dopo la sentenza della Corte Costituzionale: più potere alle Regioni in materia penale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 1104.

RUGA RIVA, *Il lavavetri, la donna col burqua e il sindaco. Prove tecniche di diritto penale municipale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 133.

RUGA RIVA, *La competenza penale del Trentino Alto Adige (art. 23 St.) al vaglio della Corte Costituzionale: un'occasione perduta?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 390.

RUGA RIVA, *La nuova legge sulla droga: una legge stupefacente in nome della sicurezza pubblica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 234.

RUGA RIVA, *Stato di emergenza e delimitazione territoriale, verso un nuovo diritto penale dell'eccezione?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1089.

RUGGERI, *Prospettive metodiche di ricostruzione del sistema delle fonti e Carte internazionali dei diritti*, in *Ragion pratica*, 2002, p. 73.

SAGGIO, *Orientamenti della Corte di Giustizia delle Comunità europee in materia di illeciti economici*, in *Dir. pen. eu. ec. Suppl. n. 3 a Cons. sup. mag.*, 1993, p. 93.

SALCUNI, *Le false comunicazioni sociali: questioni di legittimità costituzionale e obblighi comunitari di tutela*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 843.

SAMMARCO, *Armonizzazione europea delle sanzioni, pluralità di ordinamenti giuridici e sistema delle fonti*, in VINCIGUERRA-DASSANO (a cura di), *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, Napoli, 2010, p. 927.

SANDULLI, *Regole di deontologia professionale e sindacato della Corte di Cassazione*, in *Giust. civ.*, 1961, p. 619.

SCARCELLA, *Tassatività e determinatezza della nozione di pornografia: la Cassazione apre al diritto comunitario*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 973.

SCHACHTER, *Non-Conventional Concerted Acts*, in BEDJAOUI (a cura di), *International Law: Achievements and Prospects*, Dordrecht, 1991.

SCHMITT, *Le categorie del politico*, 1972, p. 247.

SENDEN, *Soft law in European Community Law*, Oxford, 2004.

SGUBBI, *Il diritto penale incerto ed efficace*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 1193.

SHELTON, *Commitment and Compliance*, Oxford, 2003.

SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione Europea*, Milano, 2005, p. 205.

SICURELLA, *Eppure si muove: alla ricerca di un nuovo equilibrio nella dialettica tra legislatore comunitario e legislatore nazionale nella tutela degli interessi dell'Unione europea*, in AA.VV., *Per un rilancio del progetto europeo*, a cura di GRASSO-SICURELLA, Milano, 2008, p. 216.

SILVESTRI, *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, p. 3.

SIMONCINI, *I codici deontologici di protezione dei dati personali nel sistema delle fonti. L'emersione di un nuovo paradigma normativo?*, in DE SIERVO (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 1999*, Torino, 2000.

SINISCALCO, *Ratio di certezza e ratio di garanzia nella riserva di legge dell'art. 25/2 Cost.*, in *Giur. cost.*, 1969, p. 992.

SIRACUSA, *Verso la comunitarizzazione della potestà normativa penale: un nuovo tassello della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 241.

SNYDER, *Soft law and Institutional Practice in the European Community Law*, in MARTIN (a cura di), *The construction of Europe: Essays in Honour of Emile Noel*, Dordrecht, 1994.

SNYDER, *Soft law and Institutional Practices in the European Community Law*, cit., p. 191.

SNYDER, *Soft law e prassi istituzionale nella Comunità europea*, in *Soc. dir.*, 1993, p. 80.

SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2009.

SOMMA, *Soft law sed law*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, p. 437.

SORRENTI, *Le Carte internazionale dei diritti umani: un'ipotesi di copertura costituzionale a più facce*, in *Pol. Dir.*, 1997, p. 3459.

SOTIS, *Diritto comunitario e giudice penale*, in *Corr. merito*, 2008, n. 2, p. 17.

SOTIS, *Il diritto senza codice*, Milano, 2007.

SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sistematico sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2006.

SOTIS, *Il trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 337.

SOTIS, *Obblighi comunitari di tutela e opzione penale: una dialettica perpetua?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 216.

SPAGNOLO, *Il mandato d'arresto europeo e le condizioni ostative alla consegna: prime pronunce giurisprudenziali e primi contrasti interpretativi*, in *Leg. pen.*, 2007, p. 559.

SPATARO, *Le forme attuali di manifestazione del terrorismo nell'esperienza giudiziaria: implicazioni etniche, religiose e tutela dei diritti umani*, in DE MAGLIE-SEMINARA (a cura di), *Terrorismo internazionale e diritto penale*, 2007.

TAMIETTI, *Un caso di cattiva applicazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo tra confusione con il diritto comunitario e interpretazione restrittiva del diritto alla vita*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 3838.

TAMMES, *Soft law*, in *Essays on International and Comparative Law in honour of Judges Erades*, Nijhoff, The Hague, 1983, p. 187.

TANZI, *Introduzione al diritto internazionale contemporaneo*, Padova, 2006.

TARUFFO, *Sui confini*, Bologna, 2002, p. 110.

THON, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, Padova, 1951.

THURER, *Soft law eine neue Form von Volkerrecht*, in *Revue de Droit Suisse*, 1985, p. 432.

THURER, voce *Soft law*, in *Encyclopedia of Public International law*, 2000, IV, p. 452.

TIBERI, *Il libro bianco sulla governante europea: verso un rafforzamento delle istanze democratiche dell'Unione*, in *Quad. Cost.*, 2002, p. 165.

TIVELLI, *La fiera delle leggi*, Bologna, 2006.

TIZZANO, *La Corte Costituzionale e il diritto comunitario: vent'anni dopo*, in *Foro it.*, 1984, I, p. 2062.

TRAPANI, voce *Legge penale*, *Fonti*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, vol. XXVIII, p. 1.

TREU, *Politiche del lavoro. Insegnamenti di un decennio*, Bologna, 2001.

TRUBEK – COTTREL – NANCE, *Soft law, hard law and European Integration: toward a Theory of Hybridity*, Jean Monnet Working Paper, New York, 2005.

VACCARO, *Note a margine dei codici di comportamento nel pubblico impiego*, in *Dir. lav.*, 1998, p. 420.

VAN DROOGHENBROECK-TULKENS, *Le soft law des droit de l'homme et il vraiment si soft? Les developpements de la pratique interprétative récente de la Cour européenne des droits de l'homme*, in AA.VV., *Liber amicorum M. Mahieu*, Bruxelles, 2008.

VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006.

VASSALLI, *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 24.

VASSALLI, *Sulla potestà normativa penale delle regioni*, in *Giur. cost.*, 1986, p. 164.

VASSALLI, voce *Nullum crimen nulla poena sine lege*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1994, vol. VII, p. 286.

VELLA, *Nuove regole di corporate governante e tutela degli investitori*, in *Banca imp. Soc.*, 2004, p. 468.

VENDITTI, *Il diritto penale militare nel sistema italiano*, 1985.

VICICONTE, *Nuovi orientamenti della Corte Costituzionale sulla vecchia questione delle norme in bianco*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 996.

VICICONTE, *Riserva di legge in materia penale e fattispecie in rapporto di integrazione con atti amministrativi*, in DOLCINI-PADOVANI-PALAZZO, *Sulla potestà punitiva dello Stato e delle Regioni*, Milano, 1994.

VIGANO', *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 42.

VIGANO', sub art. 51 c.p., in DOLCINI-MARINUCCI, *Codice penale commentato*, Milano, p. 542.

VIGANO', *Il diritto penale sostanziale italiano davanti ai giudici della CEDU*, in *Giur. merito*, 2008, p. 81.

VIGANO', *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1433.

VIGANO', *Spunti per un progetto alternativo di riforma della legittima difesa*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, 2006, p. 2038.

VIGANO', sub art. 608 c.p., in MARINUCCI-DOLCINI, *Codice penale commentato*, 2006, vol. I, p. 4205.

VIGNA, *Sicurezza urbana: una strategia integrata per un obiettivo complesso*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 137.

VINCIGUERRA-DASSANO (a cura di), *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, Napoli, 2010, p. 651.

VINCIGUERRA, *Delegazione legislativa e disciplina penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1971, p. 1118.

VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano. Concetto, fonti, validità, interpretazione*, Padova, 1999, vol. I.

VINCIGUERRA, *La tutela penale dei precetti regionali cinquant'anni dopo*, in VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006.

VINCIGUERRA, *La tutela penale*, cit., p. 125.

VINCIGUERRA, *Le fonti culturali del diritto penale italiano*, Padova, 2008.
VINCIGUERRA, *Le leggi penali regionali*, Milano, 1974.
VISCONTI, *Determinatezza della fattispecie e bilanciamento degli interessi*, in *Foro it.*, 1995, I, p. 2773.
VIOLA – ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma, 1999.
VIOLA, *Tre forme di positività del diritto*, in ZACCARIA, *Diritto positivo e positività del diritto*, Torino, 1991.
VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto*, Torino, 2007, p. 272.
WELLENS – BORCHARDT, *Soft law in European Community law*, in *European Law Review*, 1989, vol. 14, p. 267.
WERLE-JESSBERGER, *Concetto, legittimazione e prospettive del diritto internazionale penale, oggi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, p. 733.
ZACCARIA, *Trasformazione e riarticolazione delle fonti del diritto, oggi*, in *Ragion pratica*, 2004, p. 109.
ZAGREBELSKY, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Torino, 1984.
ZANON-BIONDI, *Diritto costituzionale nell'ordine giudiziario*, Milano, 2002.
ZANON, *Il commento*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 49.