

IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ-TIPICITÀ FRA FUNZIONI DI GARANZIA E RISCHI DI FORMALISMO

SOMMARIO: 1. La distinzione fra *legalità-tipicità* del reato e *formalismo giuridico* quale premessa indispensabile ad un corretto approccio alla parte speciale del diritto penale. – 2. Il *nullum crimen sine lege* quale principio irrinunciabile del diritto penale contemporaneo. – 3. Le ragioni ‘forti’ del principio: *extrema ratio* del diritto penale e *funzione di garanzia* dall’arbitrio nell’esercizio della potestà punitiva. – 4. I due ‘volti’ della funzione di garanzia: il *fondamento democratico* delle scelte di politica criminale. – 5. (*segue*) La *certezza del diritto* e la salvaguardia della libertà individuale dall’arbitrio del giudice. – 6. ‘Legalità’ e ‘tipicità’ del reato quali categorie autonome ma non separabili. – 7. Funzione ‘*legittimante*’ e funzione ‘*rassicurante*’ della tipicità.

1. La distinzione fra *legalità-tipicità* del reato e *formalismo giuridico* quale premessa indispensabile ad un corretto approccio alla parte speciale del diritto penale

In un corso dedicato all’approfondimento della parte speciale del diritto penale, proporsi di dedicare un intero capitolo ai caratteri fondanti il binomio legalità-tipicità nella dottrina e nella legislazione degli Stati di formazione liberaldemocratica potrebbe apparire, oltre che pretenzioso, anche inutile: da un lato infatti, l’importanza del *nullum crimen sine lege* è tale, che per ‘approfondirne’ contenuti ed implicazioni sul diritto penale moderno, occorrerebbe ben più che un capitolo; dall’altro, quel binomio è talmente ‘introiettato’, oggi, nel bagaglio culturale e nella stessa coscienza dei penalisti, che ripercorrerne *ratio*, presupposti e contenuti risulterebbe probabilmente un inutile esercizio accademico, tipico (e per ovvie ragioni necessario) in un manuale di parte generale, ma assolutamente ridondante e superfluo allorché ci si accinga allo studio delle singole incriminazioni contenute nella parte speciale. Del resto, che la parte speciale del diritto penale altro non rappresenti che ‘il precipitato tecnico’ del principio di legalità e dei suoi corollari è cosa risaputa: oltre infatti che ad una *funzione politico-criminale* (essa è il ‘luogo’ nel quale, attraverso la descrizione delle singole fattispecie, prendono corpo le concrete scelte repressive dello Stato), la parte speciale assolve anche e soprattutto ad una *funzione di garanzia*

del singolo da un uso arbitrario della potestà punitiva, consentendo, attraverso la preventiva descrizione di ogni singolo fatto vietato, sia la consapevolezza di ciò che è vietato e di ciò che non lo è (c.d. *funzione sostanziale*), sia una rigorosa delimitazione dei poteri di indagine e di accertamento dell’Autorità Giudiziaria allorché un fenomeno di pretesa devianza sociale si è verificato ed il fatto viene deferito al circuito repressivo (c.d. *funzione processuale*); e dunque – potrebbe per l’appunto concludersi – lungi dal dover essere ulteriormente ribadito, lo stretto legame esistente fra *nullum crimen sine lege* e parte speciale può in realtà ritenersi scontato.

Il punto è tuttavia che, a più di due secoli dalla affermazione del principio di legalità da parte dell’Illuminismo giuridico, in non pochi settori è ancora rilevabile una certa tendenza a confondere *legalità* e *formalismo*, e dunque a ritenere che la cultura del *nullum crimen sine lege* e dei suoi corollari sia in qualche modo fautrice di un giudice sottomesso ad una non meglio precisata ‘lettera della legge’ e dunque relegato alla sola esegesi letterale delle norme incriminatrici che via via è chiamato ad applicare ai fatti concreti. In Italia, il dato emerge da un’attenta lettura delle posizioni di coloro i quali, se pur con accenti e prospettive diverse, contrappongono (secondo stilemi propri della cultura giuridica anglosassone) una c.d. ‘legalità *in action*’ ad una c.d. ‘legalità *in the books*’, sottolineando come quest’ultima, proprio perché foriera di un immaginario (ed inesistente) giudice mero ‘esecutore’ di leggi, sia in realtà del tutto avulsa dalla reale ‘creatività’ delle concrete dinamiche giurisprudenziali¹; in ambito internazionale, invece, una simile impostazione si rinviene all’interno del dibattito sviluppatosi fra internazionalisti e penalisti in seguito all’entrata in vigore dello Statuto della Corte Penale Internazionale, il quale come noto ha imposto il rispetto del principio di legalità (e di conseguenza ha adottato una vera e propria ‘parte speciale’) anche nella repressione dei crimini internazionali, ingenerando così il timore che una troppo marcata sottoposizione dei giudici della Corte al diritto scritto possa dar luogo ad una giurisprudenza più attenta al dato letterale che alle esigenze di tutela delle vittime ed inducendo ad auspicare un qualche ‘allentamento’ dei vincoli scaturenti dal *nullum crimen sine lege*².

¹ Cfr. per tutti CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, 1999, 71 ss.

² Sul dibattito che ha preceduto l’entrata in vigore dello Statuto della Corte Penale Internazionale, ci sia consentito rinviare a CATENACCI, *‘Legalità’ e ‘tipicità’ del reato nello Statuto della Corte Penale Internazionale*, Milano, 2003, 41 ss. Per alcune critiche della dottrina internazionalistica al binomio legalità-tipicità v. ad es. BROOMHALL, *Art. 22. Nullum crimen sine lege*, in TRIFFTERER (a cura di), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Baden Baden 1999, 452; CARACCILO, *Applicable law*, in F. LATTANZI-W.A. SCHABAS (a cura di), *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*, vol. I, L’Aquila, 1999, 231; F. LATTANZI, *The International Criminal Court and National Ju-*

In realtà, per il penalista consapevole del ruolo, della effettiva funzione e delle implicazioni dogmatiche del principio di legalità, l'equiparazione fra quest'ultimo e il formalismo giuridico è sicuramente inaccettabile: nel periodo che va dalla fine della Seconda Guerra Mondiale alla metà degli anni '60, la scienza penalistica e quella gius-filosofica dettero vita ad un intenso dibattito che, se pur non certo finalizzato a mettere in discussione il valore del *nullum crimen sine lege*, aveva comunque ad oggetto il problema dei limiti di soggezione del giudice alla legge scritta e dunque, implicitamente, il primato di quest'ultima su qualsiasi altra valutazione di 'giustizia sostanziale' o di politica criminale; ed è anche sulla scia di questo dibattito che oggi risulta essersi radicata una ben precisa distinzione fra il formalismo giuridico (inteso come 'acritica' dipendenza del giudice dalla lettera della legge) e necessaria tipicità del reato (che invece, come vedremo, non impedisce affatto al giudice un confronto critico con la legge scritta, ma semmai gli impone, nella ricerca della 'giusta' soluzione al caso concreto, un obbligo di *aderenza* al significato letterale delle espressioni in essa contenute)³.

L'esistenza di una parte speciale che racchiude, quali ipotesi predefinite e non manipolabili da parte del giudice, un elenco più o meno ampio di fatti punibili, non esclude insomma in alcun modo una partecipazione attiva del giudice (e delle parti processuali) alla distinzione fra ciò che è punibile e ciò che non lo è. Fra il fatto storico, oggetto di giudizio nel processo penale, e la norma che descrive i singoli comportamenti astrattamente punibili, vi è in realtà uno 'spazio' ideale ineliminabile, rappresentato da quella che comunemente si chiama *interpretazione*; e compito di chi si accinga allo studio della parte speciale è proprio quello di chiarire, in via preliminare, quali siano i confini di questo 'spazio' ed entro quali limiti esso possa conciliarsi con la su citata funzione di garanzia del principio di legalità.

Perché simile 'chiarimento' possa però a sua volta essere efficace, è necessario ancora una volta ripercorrere, se pur brevemente, *ratio* e caratteri fondanti il binomio legalità-tipicità negli Stati a tradizione liberaldemocratica.

2. Il *nullum crimen sine lege* quale principio irrinunciabile del diritto penale contemporaneo

Il fatto che il *nullum crimen sine lege*, almeno di solito, sia collocato proprio *all'inizio* dei codici penali, non è certo casuale, ma si deve all'importanza che questo principio ha oramai assunto nella materia penalistica: a partire in-

risdictions, in POLITI-NESI (a cura di), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A challenge to impunity*, Singapore-Sidney, 2001, 185 ss.

³ Su questo dibattito, v. più dettagliatamente *infra*, par. 6.

fatti dalla Rivoluzione Francese (durante la quale esso trovò, per la prima volta nella storia, solenne consacrazione)⁴, il principio di legalità è considerato una fondamentale conquista di civiltà giuridica, e, in quanto tale, espressamente o implicitamente riconosciuto in tutte le democrazie che si riconoscono nell'idea dello Stato di Diritto⁵. Vero è che esistono sistemi giuridici democratici nei quali il principio parrebbe essersi affermato solo in tempi recenti, o nei quali addirittura esso è ancora in via di affermazione; e dove ai giudici è ancora oggi consentito fondare la punibilità di una certa condotta su *fonti materiali*, come il precedente giurisprudenziale (è il caso dei Paesi di *common law*)⁶ o addirittura l'analogia (è il caso in particolare di alcuni Paesi Scandinavi)⁷. È altrettanto vero, tuttavia, che simile "ritardo" è dovuto soprattutto a precise ragioni storiche (non si può ad es. dimenticare che l'Inghilterra fu uno dei Paesi che con più tenacia avversarono la Rivoluzione Francese ed i suoi principi)⁸; e che comunque, oramai, anche in questi Paesi è dato assistere ad un ampio e sempre più convinto movimento dottrinale, favorevole alla codificazione e ad una più

⁴ Recitava l'art. 7 della *Declaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* del 26 agosto 1789: "Nessun uomo può essere accusato, arrestato o detenuto se non nei casi determinati dalla legge e secondo le forme da essa prescritte".

⁵ Per una panoramica sul punto PRADEL, *Droit pénal comparé*, Paris, 1995, 65 ss.

⁶ CARD-CROSS-JONES, *Criminal law*, XIII ed., London-Dublin-Edinburgh, 1994, 9 ss.; L.B. CURZON-BALLISTER, *Criminal law*, London, 1994, 3 ss.; PRADEL, *Droit pénal comparé*, cit., 72 ss.

⁷ VASSALLI, *Nullum crimen sine lege*, in *Nuoviss. Dig. it., App.*, Torino, 1984, 293. Per l'esattezza, fra i Paesi considerati la cui cultura giuridica si ispira al c.d. "realismo scandinavo", solo in Danimarca ed in Norvegia (dove però il principio di legalità è previsto dal § 96 della Costituzione ed una Commissione per la riforma del codice è al lavoro: cfr. CORNILS, *Landesbericht Schweden*, in ESER-HUBER (a cura di), *Strafrechtsentwicklung in Europa 5.1* (1993-96), Freiburg, 1997, 510) il sistema penale può essere oggi definito "a legalità sostanziale". Quanto alla Danimarca in particolare, l'art. 1 del codice penale, infatti, dispone che "una pena può essere applicata solo ad un fatto, la cui punibilità era prevista dalla legge, o ad un fatto che a quello sia completamente parificabile" (*einer solchen gleichzustellen*, secondo la traduzione di CORNILS-GREVE, *Das dänische Strafgesetz*, Straffelorn, 1997, 13), consentendo in questo modo il ricorso all'analogia. Per ciò che riguarda invece Svezia e Finlandia, il quadro è un po' più complicato. In entrambi i casi, il codice penale prevedeva già il *nullum crimen sine lege*, ma tuttavia in modo così ambiguo, che la giurisprudenza era oramai solita interpretarlo come "legittimante" il ricorso all'*analogia legis*; tant'è che il legislatore svedese, nel 1994 è stato costretto a modificare la formulazione di quella norma, rendendo così oramai non più ammissibile il ricorso al procedimento analogico ("Reato è un fatto descritto in questo codice, in un'altra legge o in un'altra prescrizione legale, e per il quale la pena è da quelle stesse fonti determinata": cfr. CORNILS-JAREBORG, *Das schwedische Kriminalgesetzbuch*, Biottsbalcken, (in corso di stampa); mentre quello finlandese ha già messo al lavoro una Commissione per la riforma del codice penale, col preciso incarico, fra le altre cose, di riformulare il principio di legalità in modo meno ambiguo.

⁸ LOSANO, *I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, Torino, 1978, 139.

rigorosa legalità dei reati e delle pene⁹, che ha già dato importanti risultati sul piano legislativo¹⁰.

Ma qual è la ragione di questa lenta, ma inesorabile affermazione del principio di legalità nella cultura penalistica moderna?

In linea generale, va detto che il *nullum crimen sine lege* è fornito di un'intrinseca ed indiscutibile *razionalità*, che gli conferisce una forza ed una saldezza difficilmente eguagliabili da altri (se pur oramai altrettanto irrinunciabili) principi del diritto penale, quali ad esempio quelli di materialità, offensività, colpevolezza etc. Una forza ed una saldezza, dimostrate non solo dalle *vicende storiche* che ne hanno segnato la progressiva affermazione, ma anche dall'*ampiezza* dei presupposti teorici sui quali esso può basarsi.

a) In quanto tipica espressione della cultura liberale, il principio di legalità è stato uno dei principali bersagli dell'azione demolitrice dello Stato di Diritto intrapresa dai regimi totalitari del secolo appena conclusosi, finendo comunque, al termine di vicende assai drammatiche, col riaffermarsi pienamente¹¹.

Un primo, fondamentale esempio in tal senso è sicuramente rappresentato dalla funesta esperienza del Nazionalsocialismo, movimento politico la cui prima preoccupazione, una volta arrivato al potere, fu proprio quella di abrogare il divieto di analogia scaturente dal § 2 dello StGB¹². In effetti, risulta oramai ampiamente dimostrato il tentativo dei giuristi nazionalsocialisti di fondare una "nuova" cultura giuridica in chiave anti-positivistica ed anti-liberale; e assai significative in tal senso appaiono oggi le polemiche, spesso assai veementi, che quei giuristi, in nome di una "nuova" visione dei rapporti fra individuo e Stato, rivolgevano contro la dottrina liberale classica, accusata di aver favorito, con l'esaltazione del principio di legalità, una visione eccessivamente

⁹ CADOPPI, *Dalla Judge-Made Law al Criminal Code*, ora in A. CADOPPI (a cura di), *Materiali per un'introduzione allo studio del diritto penale comparato*, Padova, 2001, 937 ss.; FORNASARI, *Introduzione ai sistemi penali europei*, in INSOLERA-MAZZACUVA-PAVARINI-ZANOTTI (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, I, Torino, 1997, 47 ss.; VINCIGUERRA, *Introduzione allo studio del diritto penale inglese*, Padova, 1992, 62 ss. Con particolare riferimento alla "emergente" realtà sudafricana, si veda in particolare SNYMAN, *Zum Entwurf eines Strafgesetzbuches für Sudafrica*, in *ZSTW* 109 (1997), 435 ss.

¹⁰ Si veda a tal proposito quanto riferito da PRADEL, *Droit pénal comparé*, cit., 75 ss. e da VASSALLI, *Nullum crimen*, cit., 293.

¹¹ Sulla contrapposizione fra liberalismo di matrice ottocentesca ed ideologie totalitarie nel XX secolo, uno dei contributi più originali e discussi è costituito come noto da HOBBSBAWM, *Il secolo breve: 1914-1991. L'epoca più violenta della storia dell'Umanità* (tit. orig. *Age of extremes – The short Twentieth century 1914-1919*), trad. it. di B. Lotti, Milano, 2000, sopr. 135 ss.

¹² Provvedimento, questo, che peraltro si inseriva in un più ampio quadro di riforme del diritto penale in chiave anti-liberale, introdotte fra il 1933 ed il 1938: cfr. MEZGER, *Deutsches Strafrecht. Ein Grundriss.*, II Aufl., Berlin, 1941, 19.

“formalista” ed “individualista” del diritto e dello Stato¹³. Ma allo stesso modo, oramai provato è l’esito di quel tentativo: *infausto*, nelle conseguenze immediate che quelle idee, così apertamente fiancheggiatrici della folle ideologia del sangue e della razza¹⁴, finirono col provocare, e assolutamente *inefficace* nella sua pretesa di cancellare il *nullum crimen sine lege* dalla cultura giuridica europea: alla caduta del Nazionalsocialismo, quel principio, infatti, non solo fu reintrodotto, in Germania, dalle Potenze vincitrici¹⁵, ma tornò ad essere principio fondamentale (addirittura, nella maggior parte dei casi, di rango costituzionale) nella maggior parte dei Paesi occidentali di tradizione liberale¹⁶.

Allo stesso modo indicative dell’intrinseca “forza” del principio di legalità sono poi le vicende del diritto penale di quello che fu a suo tempo lo Stato *sovietico*. Vero è che i caratteri e le linee di sviluppo di questo sistema totalitario, anch’esso oramai consegnato al passato, risultano a tutt’oggi ancora poco approfonditi (o comunque assai meno esplorati di quanto non lo furono a loro tempo la dottrina giuridica nazionalsocialista e lo stesso diritto penale del III Reich)¹⁷; e che dunque, anche a causa della complessità e delle contraddizioni

¹³ Cfr. SCHAFFSTEIN, *Nazionalsozialistisches Strafrecht. Gedanken zur Denkschrift des Preußischen Justizministers*, in *ZSTW* 53 (1934), 606 ss.; nello stesso senso ACKERMANN, *Das Analogieverbot im geltenden und zukünftigen Strafrecht*, Breslau-Neukirch, 1934, sopr. 38 ss.; SCHEM, *Die Analogie im Strafrecht in ihrer geschichtlichen Entwicklung und heutigen Bedeutung*, Breslau-Neukirch, 1936, sopr. 86 ss., ed i rinvii bibliografici ivi contenuti. Per alcune ricostruzioni del passaggio dallo Stato liberale al Nazionalsocialismo, cfr. BOPP, *Die Entwicklung des Gesetzesbegriffes im Sinne des Grundrechtes “nulla poena, nullum crimen sine lege”*, Freiburg, 1966 (Diss.), 135 ss.; KOHLMANN, *Der Begriff des Staatsgeheimnisses (§ 93 STGB und § 99 Abs. 1 STGB a.F.) und das verfassungsrechtliche Gebot der Bestimmtheit von Strafvorschriften*, Köln-Marienburg, 1969, 207 ss.; SCHREIBER, *Gesetz und Richter. Zur geschichtlichen Entwicklung des Satzes nullum crimen, nulla poena sine lege*, Frankfurt a.M., 1976; parzialmente diversa, almeno con riferimento agli effetti che l’abolizione del divieto di analogia produsse nella giurisprudenza del tempo, l’analisi di SAX, *Das strafrechtliche “Analogieverbot”. Eine methodologische Untersuchung über die Grenze der Auslegung im geltenden deutschen Strafrecht*, Göttingen, 1953, 113ss.

¹⁴ Assai suggestiva, anche se (come tutte le ricostruzioni del Nazismo che si inseriscono nel filone culturale c.d. del ‘revisionismo storico), non priva di forti ambiguità, è la ricostruzione dei fermenti razziali della Germania del primo ‘900 e dei loro sviluppi, è la ricostruzione di uno dei più autorevoli storici revisionisti e cioè FEST, *Hitler. Eine Biographie*, Frankfurt 1974, sopr. il cap. I.

¹⁵ Precisi rif. in JESCHECK-WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, V Aufl., Berlin, 1996, 133.

¹⁶ Cfr. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I: Grundlagen der Aufbau der Verbrechenslehre*, III ed., München, 1992, 100.

¹⁷ Non si può qui fare a meno di rilevare (e di lamentare) come, a differenza di quanto accaduto negli anni immediatamente successivi alla fine della Seconda Guerra Mondiale, allorché vi fu un vero e proprio fiorire di studi sul diritto penale nazionalsocialista e sui rapporti di quest’ultimo con le tradizionali categorie dell’Illuminismo giuridico, la ricerca storica sui caratteri del sistema giuridico-penale e della politica criminale sovietici (e più in generale dei Paesi dell’ex blocco dell’Est) abbia subito – quasi a voler ‘rimuovere’ anche sul piano storico-

presenti all'interno dell'esperienza del socialismo reale, qualsiasi giudizio definitivo su tale sistema potrebbe, allo stato, rivelarsi falso o superficiale¹⁸. Se tuttavia esiste un segmento di quella esperienza i cui sviluppi, già allo stato degli atti, si lasciano leggere con cristallina evidenza e linearità, questo è proprio quello che fa riferimento alle vicende del *nullum crimen sine lege*: estromesso, infatti, anche qui in nome di una visione anti-liberale ed anti-borghese dei rapporti fra individuo e Stato, prima dal codice russo del 1922 e poi dal codice federale staliniano del 1926¹⁹, il principio di legalità fu invece in seguito progressivamente 'recuperato' e reintrodotta nella legislazione sovietica, a partire dalla seconda metà degli anni '30 fino alla sua solenne riaffermazione nel codice penale del 1961 (codice rimasto a sua volta in vigore fino al 1996)²⁰, proprio sulla scia di un lungo processo riformatore, caratterizzato a sua volta da un sostanziale recupero di alcuni fra i più tradizionali ed importanti principi del diritto penale di derivazione giusnaturalistico-illuminista²¹. Anche in questo caso, a dare una spinta decisiva in tal senso furono soprattutto eventi storici di più ampia portata, quali il passaggio dalla fase più propriamente 'rivoluzionaria' a quella della 'stabilizzazione' economica e sociale del sistema dei *soviets*²² nonché, in un periodo successivo, il processo di 'destalinizzazione' del sistema che fece seguito alla morte di Stalin ed alla pubblicazione del famoso 'rapporto Kruscev' sui crimini dello stalinismo²³.

grafico quell'esperienza – un notevole rallentamento proprio dopo la caduta del muro di Berlino: si segnala, a tal proposito, fra i pochissimi, il poderoso volume di SCHITTENHEIM, *Strafe und Sanktionensystem im sowjetischen Recht. Grundlinien der Kriminalpolitik von den Anfängen bis zum Ende des Sowjetstaates*, Freiburg, 1994, *passim*. Per un quadro generale sugli sviluppi della politica criminale e del diritto penale negli anni immediatamente precedenti la dissoluzione dell'impero sovietico cfr. FILAR-WEIGEND, *Die Entwicklung des Strafrechts in d'en sozialistischen Staaten Europas*, in ZSTW 98 (1986), 235 ss.

¹⁸ Su questa complessità e sulle sue contraddizioni interne si segnala, ancora una volta, HOB SWAM, *Il secolo breve*, Milano, 1999, 436 ss.

¹⁹ Su questo passaggio, in generale v. SCHITTENHEIM, *Strafe*, cit., 41 ss., nonché la letteratura *ivi* citata.

²⁰ Anno di entrata in vigore del codice penale della nuova Federazione Russa.

²¹ Cfr. in argom. FINCKE, *Die Entwicklung der sowjetischen Kriminalpolitik nach Chruschtschow*, in MAURACH-MEISSNER (a cura di), *Sowjetstaat und Sowietrecht nach Chruschtschow*, Stuttgart, 1971, 64 ss.

²² Cfr. anche in questo caso SCHITTENHEIM, *Strafe*, cit., 149 ss.

²³ Inaugurato con la proclamazione, nel 1958, dei 'Principi del diritto penale federale', il processo di 'destalinizzazione' del diritto penale sovietico si concluse con l'entrata in vigore, nel 1961, di un nuovo codice penale che, all'art. 1, riaffermava solennemente il principio del *nullum crimen sine lege* ("Alla responsabilità penale ed alla pena criminale è soggetto solo chi è colpevole della commissione di un reato, e cioè ha posto in essere con dolo o colpa una condotta socialmente pericolosa prevista dalla legge come reato"), mantenendo per il giudice la possibilità di un ricorso a fonti materiali solo in favore del reo (sul punto si v. per tutti MANTOVANI, *Diritto Parte generale*, VI ed., Padova 2009, 24, che riprende quanto più am-

Non vi è dubbio tuttavia che a giocare in favore di un ‘recupero’ del *nullum crimen sine lege* fu anche il fallimento di quella ‘legalità sostanziale’ che, nelle intenzioni dei teorici del diritto di fede bolscevica, avrebbe dovuto sostituire la ‘vecchia’ e oramai ‘corrotta’ concezione formalistica del reato: teorizzata infatti quale ‘plastico’ strumento di garanzia della ‘legalità socialista’ e degli ‘interessi della classe operaia’, la concezione c.d. ‘sostanziale’ del reato²⁴ aveva in realtà finito col fornire un formidabile supporto alla feroce repressione staliniana, dando il suggello della giuridicità ad una politica criminale spietata e sanguinaria, asservita a lotte di potere e ad interessi di parte; e se negli anni ’30 la riproposizione (se pur a livello meramente progettuale) del principio di legalità quale principio-cardine del sistema penale aveva potuto giustificarsi con una generica esigenza di ‘stabilizzazione’ del sistema giuridico-istituzionale uscito dalla rivoluzione del 1917, nel clima politico venutosi a creare a seguito del XX Congresso del PCUS e della condanna dei crimini dello stalinismo, la solenne codificazione di quel principio equivalse di fatto ad una sostanziale abiura dei precedenti, velleitari tentativi di ‘rifondazione’ del diritto penale in chiave anti-liberale, e finì anzi con l’assumere il significato di un vero e proprio riconoscimento dell’insostituibile funzione di garanzia e dell’alto valore di civiltà giuridica del principio di legalità.

b) Vicende storiche a parte, il ‘segnale’ più eloquente circa la particolare ‘forza’ del *nullum crimen sine lege* è tuttavia rappresentato – come si diceva poc’anzi – dalla molteplicità delle argomentazioni, *fra loro concorrenti*, di cui oramai la scienza penalistica dispone a sostegno di questo principio. Diverse, infatti, sono le *impostazioni teoriche* che si sono intrecciate e continuano ad intrecciarsi sul punto²⁵:

– da quelle c.d. “*penalistiche*” (che ne individuano cioè il fondamento in

piamente riportato a p. 44 dell’edizione del 1988 del manuale). Su questa importante ‘svolta’ nella storia del diritto penale sovietico, cfr. fra gli altri MAURACH, *Das System der Sanktionen im neuen Strafgesetzbuch der Großrussischen Sowjetrepublik (RSFSR) vom 27. Oktober 1960*, in *Recht in Ost und West* 1961, 85ss.; PISAPIA, *I nuovi principi del diritto e della procedura penale sovietica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1960, 157 ss.; SANTORO, *Significato politico e valore tecnico del nuovo codice penale sovietico*, in *La Scuola Positiva*, 1966, 3 ss.

²⁴ “È reato qualsiasi azione od omissione socialmente pericolosa che minacci i fondamenti dell’ordinamento giuridico sovietico creato dalla classe operaia e dai contadini per la transizione al comunismo” (così letteralmente l’art. 6 del codice penale russo del 1922, poi trasfuso nel codice penale sovietico del 1926): su simile concezione ‘sostanziale’ del reato e, più in generale, sui caratteri del sistema penale scaturente dal c.p. del 1926 si vedano, fra gli altri, FREUND, *Strafrechtsreform im Zeichen der marxistischen Theorie*, in *ZSTW* 51 (1931), 301 ss.; GALLAS, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystematik unter besonderer Berücksichtigung des sowjetischen Rechts*, Berlin, 1931, *passim*; NAPOLITANO, *La politica criminale sovietica*, Padova, 1936; TIMASCEV, *L’evoluzione del diritto penale sovietico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1932, 174 ss.

²⁵ GROPP, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin-Heidelberg-New York 1997, 46; ROXIN, *Strafrecht*, cit., 101 ss.

esigenze intrinseche al sistema penale)²⁶, quali quelle fondate sul concetto di prevenzione generale²⁷ o sulla categoria della colpevolezza²⁸;

– a quelle invece c.d. “*extra-penalistiche*” (fondate cioè su paradigmi di tipo filosofico o politologico), come l’idea secondo cui questo principio altro non sarebbe che una “propaggine” di un più generale e superiore principio di giustizia²⁹, o la tesi che (muovendo da una concezione imperativistica del di-

²⁶ Distingue, in particolare, fra radici *specificamente* penalistiche (*strafrechtliche Wurzel*) e più genericamente “giuspubblicistiche” (*staatsrechtliche Wurzel*) SCHÜNEMANN, *Nulla poena sine lege? Rechtstheoretische und verfassungsrechtliche Implikationen der Rechtsgewinnung im Strafrecht*, Berlin-New York, 1978, 11. Nello stesso senso, tuttavia, già JULLIOT DE LA MORANDIERE, *De la règle nulla poena sine lege*, Paris, 1910, 22.

²⁷ Così in modo particolare proprio FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts*, Giessen, 1801, 16 ss., secondo il quale, se si vuole che la minaccia della pena abbia un effetto deterrente sui potenziali delinquenti, è necessario che i cittadini conoscano *in anticipo* a quali comportamenti farà seguito una punizione (nella dottrina italiana, nello stesso senso, RANIERI, *La legge penale e la sua applicazione*, Milano, 1922, 17). Fra le diverse funzioni astrattamente ascrivibili al principio di legalità, questa è sicuramente una delle più controverse (per un quadro generale dei rilievi critici prospettabili in proposito PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979, 90 ss.); tuttavia, nonostante lo scetticismo che da sempre circonda questa teoria [e che spesso altro non è che un riflesso dello scetticismo che oggi si nutre verso la stessa categoria della prevenzione generale negativa: per tutti, da ultimo, DÖLLING, *Generalprävention durch Strafrecht*, in *ZSTW* 102 (1990), 14 ss.] il rapporto fra principio di legalità e funzione general-preventiva è stato di recente addirittura rivalutato, se pur con riferimento alla teoria della prevenzione generale *c.d. positiva*, alla luce della quale la funzione di orientamento e di stabilizzazione sociale della norma penale presupporrebbe, da un punto di vista logico, la preventiva conoscenza della stessa da parte dei consociati (cfr. ROXIN, *Strafrecht*, cit., 103; SCHÜNEMANN, *Nulla poena*, cit., 11 ss.).

²⁸ Questa impostazione va fatta risalire a SAX, *Grundsätze der Rechtspflege*, in BETTERMANN-NIPPERDEY-SCHEUNER (a cura di), *Die Grundrechte*, III, Berlin 1959, 998 ss.; nello stesso senso tuttavia, fra gli altri, ROXIN, *Strafrecht*, cit., 104; RUDOLPHI, *Unrechtsbewußtsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums*, Göttingen, 1969, 98 ss.; SCHORN, *Der Schutz der Menschenwürde im Strafverfahren*, Neuwied-Berlin, 1963, 35 ss. Si tratta ovviamente di una impostazione che assume a presupposto implicito una concezione quanto meno *normativa* e non *psicologica* della colpevolezza: intanto infatti può *rimproverarsi* alla volontà di essersi comportata in modo anti-doveroso, in quanto il contenuto del dovere era già *determinato* e dunque *conoscibile* al momento della commissione del fatto: per un esame critico di questa impostazione si vedano tuttavia LEMMEL, *Unbestimmte Strafbarkeitsvoraussetzungen im Besonderen Teil des Strafrechts und der Grundsatz nullum crimen sine lege*, Berlin, 1970, 87 ss.; MADRID CONESA, *La legalidad del delito*, Valencia, 1983, 25 ss., cui rinviamo anche per ulteriori riferimenti bibliografici; PALAZZO, *Il principio*, cit., 93 ss.

²⁹ Questa, in particolare, l’impostazione data da RADBRUCH, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, in *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, 1946, 105 ss. Su questa impostazione cfr. di recente LECHER, *Unrecht in Gesetzesform? Gedanken zur “Radbruch’schen Formel”*, Berlin-New York, 1994; SALIGER, *Radbruchsche Formel und Rechtsstaat*, Heidelberg, 1995, sopr. 4 ss.

ritto) ne fa un presupposto logico ed ineluttabile della norma-comando³⁰, o ancora la ben più famosa ed affermata impostazione secondo il *nullum crimen sine lege* assolverebbe in realtà ad una funzione di garanzia del singolo da un uso arbitrario del potere di punire.

Si tratta di un vero e proprio coacervo di teorie, elaborate in momenti storici diversi e in qualche caso anche sulla spinta di fenomeni storici contingenti³¹, ma ognuna delle quali è comunque in grado di cogliere una diversa ragione ‘fondante’ il *nullum crimen sine lege* e di conferire così allo stesso ulteriore forza ed incisività.

Va da sé che, per quanto stimolante, un confronto con *ognuna* di esse richiederebbe spazio e tempi che vanno ben oltre ciò che gli scopi perseguiti in questa parte della trattazione consentono; e che dunque, nelle pagine che seguono, non potremo che limitarci ad approfondire quelle impostazioni che appaiono oggi ragionevole indicare come (almeno tendenzialmente) *prevalenti* nella cultura e nella stessa prassi giudiziaria dei Paesi di *civil law*.

Ciò che qui tuttavia ci preme *comunque*, se pur incidentalmente, sottolineare è l’estrema *modernità e duttilità* di queste teorie: se pur elaborate in epoche assai diverse dalla nostra, esse conservano infatti oggi pressoché intatta la loro attualità, riuscendo addirittura a fornire nuove e solide basi al continuo riformarsi (per via legislativa o anche solo giurisprudenziale) dei sistemi penali.

Assai emblematica, a tal proposito, è la teoria che afferma esistere un legame fra legalità e *colpevolezza*:

“Se la pena presuppone la colpevolezza, allora si può parlare di colpevolezza solo in quanto l’autore del reato, prima della commissione dello stesso, sapeva o almeno aveva la possibilità di sapere che il suo comportamento era vietato. Ma ciò presuppone a sua volta che la punibilità, prima della commissione del fatto, fosse già stata precisata in una norma di legge”³².

Nell’ordinamento giuridico italiano, una dimostrazione della ‘fecondità’ di questo passaggio e dell’idea che esso esprime è contenuta proprio nella ‘storica’ sentenza della Corte Costituzionale n. 364/88 che ha come noto ‘ridimensionato’ la perentorietà dell’art. 5 del codice penale italiano sull’*ignorantia le-*

³⁰ Così soprattutto nella dottrina italiana: NUVOLONE, *Il principio di legalità e il principio della difesa sociale*, in *Studi in memoria di F. Grispigni*, Milano, 1956, 237 ss.; PETROCELLI, *Appunti sul principio di legalità nel diritto penale*, in *Saggi di Diritto Penale*, seconda serie, Padova, 1965, 188.

³¹ Così ad es. per la tesi di Radbruch circa l’essere, il principio di legalità, espressione di una superiore istanza di giustizia; tesi che fu dallo stesso sostenuta proprio in occasione delle polemiche che si accompagnarono al Processo di Norimberga e che quello stesso Tribunale fece propria.

³² ROXIN, *Strafrecht*, cit., 104. Sulle origini di questa teoria cfr. la letteratura riportata *retro*, alla nota 28.

gis³³, dando così un contributo decisivo all'allinearsi del nostro sistema penale al principio costituzionale della responsabilità penale personale. Come si evince da alcuni passaggi-chiave della sentenza)³⁴, a spingere la Corte a quella decisione è stata, fra le altre cose, l'esigenza di 'riconciliare' la disciplina dell'*error juris* con un diritto penale caratterizzato oramai da una sempre più marcata 'decodificazione' dei reati e delle pene e dunque (a causa della 'dispersione' delle fonti cui questo fenomeno dà luogo e delle tecniche, particolarmente farraginose, di costruzione del precetto che sembrano caratterizzarlo) dai contenuti sempre più difficili da 'riconoscere' e da interpretare³⁵. Ebbene, che alla base di simile esigenza ci fosse proprio la consapevolezza dei nessi intercorrenti fra principio di legalità e *Schuldprinzip*, è la stessa Corte ad ammetterlo in un passaggio assai significativo della sentenza. Scrive la Corte:

“A nulla varrebbe (...) in sede penale, garantire la riserva di legge statale, la tassatività delle leggi ecc. quando il soggetto fosse chiamato a risponde-

³³ La sent. è stata più volte pubblicata, con autorevoli commenti: cfr. in *Foro. it.*, 1988, I, 1385 ss. (con nota di FIANDACA, *Principio di colpevolezza ed ignoranza inescusabile della legge penale: "prima lettura" della sent. n. 364/88*); in *Leg. pen.*, 1988, 369 ss. (con nota di PADOVANI); in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 686 ss. (con nota di PULITANÒ, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*). Su questa sentenza, in generale, si segnalano fra gli altri AZZALI, *La conoscenza della legge penale nella Costituzione della Repubblica, in Studi in on. di G. Vassalli*, vol. I, Milano, 1991, 117; CALABRIA, *Delitti naturali, delitti artificiali ed ignoranza della legge penale*, in *Ind. pen.*, 1991, 31; DONINI, *Il principio di colpevolezza*, in INSOLERA-MAZZACUVA-PAVARINI-ZANOTTI (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, vol. I, II ed., Torino 2000, 215 ss. (dove sono contenuti numerosi riferimenti alla giurisprudenza costituzionale successiva a quella sentenza); FLORA, *La difficile penetrazione del principio di colpevolezza: riflessioni per l'anniversario della sentenza della Corte Costituzionale sull'art. 5 c.p.*, in *Giur. it.*, 1989, IV, 337; MANTOVANI, *Ignorantia legis scusabile ed inescusabile*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 379 ss.; PALAZZO, *Ignorantia legis: vecchi limiti e nuovi orizzonti della colpevolezza*, *ivi*, 1988, 920 ss.; PATRONO, *Problematiche attuali dell'errore nel diritto penale dell'economia*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1988, 87 ss.; PETRONE, *Il "nuovo" art. 5 c.p.: l'efficacia scusante della ignorantia juris nei suoi riflessi sulla teoria generale del reato*, in *Cass. pen.*, 1990, 697 ss.; VASSALLI, *L'inevitabilità dell'ignoranza della legge penale come causa generale della esclusione della colpevolezza*, in *Giur. cost.*, 1988, 3 ss.

³⁴ Cfr. ad es., nel testo della sentenza contenuto in *Giur. cost.*, 1988, I, 1 ss., quanto riportato a p. 26.

³⁵ Sul fenomeno della 'decodificazione', quale espressione (in questo caso non certo positiva) di 'modernizzazione' del diritto penale, fondamentale il saggio di IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1979, *passim*. Per i suoi riflessi penalistici, si vedano, con diverse posizioni ed accenti critici, PALIERO, *Minima non curat praetor, Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985, 83 ss.; FIANDACA, *In tema di rapporti fra codice e legislazione penale complementare*, in *Diritto e processo*, 2001, 137 ss. Sulle tecniche prettamente 'sanzionatorie' di costruzione delle fattispecie nel diritto penale complementare e sui loro limiti, cfr. PALIERO, *op. ult. cit.*, 92 ss.; CATENACCI, *La tutela penale dell'ambiente. Contributo all'analisi delle fattispecie a struttura 'sanzionatoria'*, Padova, 1996, 96 ss.

re di fatti che non può, comunque, impedire od in relazione ai quali non è in grado senza la benché minima sua colpa, di ravvisare il dovere di evitarli nascente dal precetto. *Il principio di colpevolezza, in questo senso, più che completare costituisce il secondo aspetto del principio, garantistico, di legalità, vigente in ogni Stato di diritto*³⁶.

La premessa implicita a simile ragionamento è piuttosto evidente ed è assai simile a quanto affermato nella citazione precedente: se è vero che esiste un fenomeno di ‘decodificazione’ il quale, incidendo negativamente sulla determinatezza e quindi sull’esatta conoscibilità dei precetti penali può addirittura in alcuni casi escludere la colpevolezza dell’agente, ciò vuol dire che il ricorrere o meno di quest’ultima è cosa che dipende, fra l’altro, anche da una puntuale predeterminazione legale del divieto. In questo modo, tuttavia, la ‘diligente’ osservanza da parte del legislatore degli obblighi di *chiarezza* a lui imposti dal principio di legalità³⁷ si ripropone quale presupposto ineludibile del giudizio di rimproverabilità del comportamento contrario al dovere legalmente imposto. Ciò che in questo modo viene ad affermarsi, è insomma una stretta relazione fra ‘chiarezza’ del quadro normativo che ha determinato il comportamento dell’agente e giudizio di rimproverabilità; e ad essere confermato è così proprio quel rapporto di presupposizione necessaria fra legalità e colpevolezza che rappresenta, come si diceva, una delle tante e ‘solide’ ragioni che inducono la dottrina penalistica dei Paesi di *civil law* a fare del principio di legalità un insostituibile baluardo di civiltà giuridica.

3. Le ragioni ‘forti’ del principio: *extrema ratio* del diritto penale e funzione di garanzia dall’arbitrio nell’esercizio della potestà punitiva

Ciò detto, non vi è dubbio comunque che la tesi oggi di gran lunga prevalente è quella secondo cui la vera ragion d’essere del principio di legalità risiederebbe in un’esigenza di tipo *politico-garantista*, vale a dire nell’esigenza, propria della cultura liberale, di *garanzia dell’Individuo da un uso arbitrario della potestà punitiva*³⁸.

³⁶ Corte cost., sent. n. 364/88, cit., 13 (il corsivo è nostro). In questo senso cfr. anche, fra gli altri, PADOVANI, *Diritto penale*, IV ed., Milano, 1998, 309; PALAZZO, *Ignorantia*, cit., 929; PULITANÒ, *Una sentenza*, cit., 691 ss.; FIANDACA, *Principio*, cit., 1405 ss.

³⁷ Sulla ‘chiarezza’ della norma incriminatrice quale ulteriore corollario del principio di legalità FIORELLA, *Emissione di assegni a vuoto e responsabilità per colpa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, 1007 ss.

³⁸ Cfr., fra gli altri, BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. it.*, XIX, Torino, 1973, 39; FIORELLA, *Reato in generale*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1988, 777; JULLIOT DE LA MORANDIERE, *De la règle*, cit., 25 ss.; MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*. 1. *Le*