

PREFAZIONE

Questo volume riprende, rielaborandoli, temi già affrontati in precedenti pubblicazioni, e qui rimeditati alla luce di un'esigenza fondamentale, che è quella di fornire agli studenti che si accostano alla parte speciale del diritto penale una chiave di lettura il più possibile omogenea delle tante questioni esegetico-interpretative che essi si accingono ad approfondire. Lo scopo è quello di provare a dimostrare come il filo conduttore di quelle questioni è nella stragrande maggioranza dei casi rappresentato dalla continua ricerca di un punto di mediazione fra la funzione di garanzia del principio di legalità e le esigenze di giustizia e di ragionevolezza della risposta punitiva; e di come, in questa ricerca, se pur nel più rigoroso rispetto dei limiti posti al giudice dal principio di tassatività, uno strumento particolarmente fecondo sia rappresentato dall'interpretazione teleologica e dalla piena valorizzazione del principio di offensività del reato.

Per questa seconda edizione, un sentito ringraziamento va alla dott.ssa Giulia Rizzo e al dott. Piergiorgio Gualtieri, il cui lavoro redazionale è stato quanto mai prezioso per la tempestiva pubblicazione del volume.

Capitolo Primo

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

SOMMARIO: 1. Nota introduttiva: principio di legalità e funzioni della parte speciale. – 2. Gli aspetti ancora problematici: (a) La tensione fra principio di legalità e interpretazione. Alla ricerca di un equilibrio. – 3. (b) Il preteso effetto ‘deresponsabilizzante’ del principio di sottoposizione del giudice alle ipotesi espressamente codificate. – 4. Il *nullum crimen sine lege* quale principio irrinunciabile del diritto penale contemporaneo. – 5. Le ragioni ‘forti’ del principio: *extrema ratio* del diritto penale e funzione di garanzia dall’arbitrio nell’esercizio della potestà punitiva. – 6. I due ‘volti’ della funzione di garanzia: il fondamento democratico delle scelte di politica criminale. – 7. La certezza del diritto e la salvaguardia della libertà individuale dall’arbitrio del giudice. – 8. La parte speciale del diritto penale italiano fra codice penale e leggi complementari.

1. Nota introduttiva: principio di legalità e funzioni della parte speciale

In un corso dedicato all’approfondimento della parte speciale del diritto penale, proporsi di dedicare un intero capitolo ai caratteri fondanti il principio di legalità¹ 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 principio è talmente ‘introiettato’, oggi, nel bagaglio culturale e nella stessa coscienza dei penalisti che

¹Qui ed in seguito da intendersi anzitutto quale espressione comprensiva dei diversi principi che segnano la sottoposizione del giudice penale alla legge scritta: *irretroattività*, *determinatezza* e *tassatività*. Sui rapporti fra questo principio e la *riserva di legge* in particolare, v. *infra*, par. 6.

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 quest'ultima altro non rappresenti che 'il precipitato tecnico' del principio di legalità è cosa nota: oltre infatti a rappresentare il 'luogo' nel quale attraverso la descrizione delle singole fattispecie le scelte repressive dello Stato prendono corpo (c.d. *funzione politico-criminale*), la parte speciale soddisfa anche e soprattutto quella esigenza di *certezza* del diritto che costituisce a sua volta – anche questo è noto – lo scopo ultimo ed imprescindibile del principio di legalità e dei suoi corollari (c.d. *funzione di garanzia*); e ciò in quanto, attraverso la preventiva descrizione di ogni singolo fatto vietato, essa assicura:

- la preventiva conoscenza, da parte dei consociati, di ciò che è vietato e di ciò che non lo è (*garanzia sostanziale*);
- 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 (*garanzia processuale*)².

Lungi insomma dal dover essere ulteriormente approfondito e/o rivisitato, lo stretto legame esistente fra *nullum crimen sine lege* e parte speciale sembrerebbe, in realtà, tutt'al più da ribadirsi quale premessa per uno studio, di natura eminentemente esegetica, delle singole fattispecie e dei diversi settori della legislazione in cui esse si articolano.

Il punto è tuttavia che, a più di due secoli dalla sua compiuta teorizzazione, e nonostante rappresenti un principio di civiltà giuridica universalmente riconosciuto e ribadito³, il principio di legalità (stando almeno alla letteratura corrente) continua a mostrare diverse 'criticità', a loro volta riconducibili a due, fondamentali macro-questioni.

² Nello stesso senso, da ultimo PAPA, *Fantastic voyage. Attraverso la specialità del diritto penale*, Torino, 2017, 16 ss. Sulla funzione di garanzia della parte speciale e del principio di legalità, più diffusamente *infra*, par. 5 ss.

³ Oltre che dalla nostra Costituzione, il principio di legalità è riconosciuto da diverse ed importanti fonti internazionali che, proprio in virtù della sua sperimentata funzione di garanzia, lo inseriscono nel catalogo dei *Diritti Umani Fondamentali*: così ad esempio la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo (art. 11); la Terza Convenzione di Ginevra e i suoi Protocolli addizionali (art. 99); la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (art. 7); la Convenzione americana dei Diritti dell'Uomo (art. 9); la Convenzione internazionale sui diritti civili e politici (art. 15); la Carta africana dei Diritti dell'Uomo e dei Popoli (art. 7).

2. Gli aspetti ancora problematici: (a) La tensione fra principio di legalità e interpretazione. Alla ricerca di un equilibrio

Ad indurre ad una ri-problematizzazione delle su cennate funzioni della legalità e della parte speciale è anzitutto lo studio del ‘diritto vivente’, cioè dell’insieme di massime giurisprudenziali formatesi in sede esegetico-applicativa⁴: tale ‘diritto vivente’ infatti, così come agevolmente constatabile anche solo sfogliando un qualsiasi manuale o commentario di parte speciale, si caratterizza (nel nostro così come in altri ordinamenti giuridici) per il frequente succedersi e/o addirittura contrapporsi, rispetto alla stessa norma incriminatrice, di diverse, possibili interpretazioni, in grado a loro volta di determinare in senso radicalmente diverso (punibilità o non punibilità) il destino di un fatto storico sottoposto a giudizio penale; ed è proprio muovendo da questo dato che chi approccia la parte speciale potrebbe maturare l’idea di un sistema di incriminazioni in realtà assai meno ‘solido’ di quanto affermato in via di principio perché liberamente interpretabile da chi di volta in volta si trova a doverlo applicare ai casi concreti; un sistema insomma generatore a sua volta di un’aspettativa (quella, per l’appunto, di un giudice mero esecutore di una *voluntas legis* certa e predefinita) a ben vedere illusoria e irrealizzabile.

Vedremo in seguito che, per fortuna, le cose non stanno proprio così, e che, se ben compresa, la ‘promessa’ di stabilità fatta dall’ordinamento ai consociati attraverso il *nullum crimen sine lege* rimane a tutt’oggi assolutamente credibile. Non vi è dubbio tuttavia che l’impressione di un sistema in realtà assai meno statico e formalizzato di quanto la mera enunciazione del principio di legalità e dei suoi corollari lascino intendere, è tutt’altro che infondata; al punto che uno dei tratti salienti dell’esperienza penalistica moderna è rappresentato proprio dal ciclico riproporsi di riflessioni circa l’effettiva capacità del *nullum crime sine lege* di tenere insieme certezza giuridica e mutevolezza delle decisioni giurisprudenziali. Postasi subito dopo la fine della seconda Guerra Mondiale nel più generale quadro della polemica sul Positivismo giuridico, e costantemente ripresa nel lungo dibattito che ha accompagnato la nascita e l’attivazione della Corte Penale Internazionale⁵,

⁴ In tal senso, da ultimo FIORELLA, *Le strutture del diritto penale. Questioni fondamentali di parte generale*, Torino, 2018, 121.

⁵ 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 Sta-*

la questione, almeno per ciò che riguarda lo specifico italiano, è più di recente riemersa sulla scia di tutte quelle ricerche che, a partire dalla metà degli anni '90, hanno evidenziato come, anche in sistemi come il nostro, la giurisprudenza penale sia solita ritagliarsi ampi spazi di discrezionalità (se non addirittura di 'creatività') interpretativa, e che hanno fra le altre cose suggerito, se pur con indicazioni ed esiti diversi, una rimediazione dei tradizionali confini fra interpretazione estensiva ed analogia⁶. Stando a queste ricerche, il quadro che, nei Paesi di *civil law*, emerge dalla prassi giudiziaria è assai meno rigido e schematico di quanto la presenza del principio di legalità possa far supporre: che nella prassi forense, 'il destino' (nel senso della punibilità o meno) di un certo accadimento sottoposto a giudizio sia a sua volta legato ad una *verifica* di conformità agli elementi costitutivi di una specifica fattispecie incriminatrice, è cosa che – come avremo modo anche noi di ribadire – appartiene all'essenza stessa del principio di legalità, il quale vincola per l'appunto i poteri del giudice ad un giudizio di conformità del fatto storico alla fattispecie astratta; la 'scoperta', però, è stata ed è che attraverso quella verifica, se pur, in via di principio, disponendo dei soli, possibili significati attribuibili alle parole scolpite nella norma incriminatrice, la giurisprudenza finisce con l'assumersi poteri di adattamento delle fattispecie al mutare della coscienza sociale simili a quelli che gli ordinamenti di *common law*, tradizionalmente più refrattari alla 'legalità formale'⁷, attribuiscono al precedente giurisprudenziale, e dunque – si afferma – col rivestire un

tuto 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; LATTANZI, *The International Criminal Court and National Jurisdictions*, in POLITINESI (a cura di), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A challenge to impunity*, Singapore-Sidney, 2001, 185 ss.

⁶Cfr. soprattutto CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, 1999, 71 ss.; DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006, 265 ss.

⁷L'espressione 'legalità formale' è come noto di MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, V ed., Padova, 2007, 3 ss., il quale inquadra in questa categoria tutti i sistemi penali retti da un principio di stretta legalità, contrapponendoli ai sistemi a 'legalità sostanziale' nei quali fonte primaria del diritto penale sono invece fonti materiali quali – come per l'appunto accade nei sistemi di *common law* – il precedente giurisprudenziale.

ruolo ben più significativo di quello, auspicato come noto dagli Illuministi, di mera ‘bocca che pronuncia le parole della legge’⁸.

Che nell’applicazione delle (oramai migliaia) di fattispecie in cui si articola il sistema penale, legalità e interpretazione vivano un rapporto di tensione continua e incessante, è insomma assai più che un’impressione, trattandosi in realtà di un dato scientificamente provato. Risulta così spiegata la prima, fondamentale ragione di una introduzione allo studio delle fattispecie criminose che muova a sua volta dall’approfondimento delle radici culturali e ideologiche del *nullum crimen sine lege*: essa è finalizzata anzitutto a cercare di mettere ordine fra questi due concetti (legalità e interpretazione, per l’appunto), al duplice fine, da un lato di impedire che la ricchezza e la pluralità degli indirizzi interpretativi che oramai caratterizzano ogni fattispecie del sistema induca a relativizzare la funzione di garanzia del *nullum crimen* e della parte speciale e a considerare l’interprete una sorta di arbitro assoluto del sistema; dall’altro di evitare di confondere la funzione di garanzia della parte speciale e del principio di legalità con un meccanicismo applicativo asettico e avulso dalla realtà dell’esperienza giudiziaria.

3. (b) *Il preteso effetto ‘deresponsabilizzante’ del principio di sottoposizione del giudice alle ipotesi espressamente codificate*

Un rilievo a tutt’oggi ricorrente, soprattutto nella cultura di *common law* e fra i cultori del diritto penale internazionale, è che, ferma restando la sua ispirazione indiscutibilmente garantista e in tal senso pienamente condivisibile, è che il principio di legalità sarebbe pienamente conforme ai suoi scopi di garanzia solo là dove (come ad es. per gli illeciti c.d. ‘di mera creazione legislativa’ o per quelli che incidono sull’esercizio di libertà civili o economiche: reati di opinione, reati associativi, reati economici, etc.) il rischio di un uso strumentale del potere di punire è assai alto, e il livello di protezione della libertà individuale deve perciò raggiungere la sua massima intensità; mentre sarebbe del tutto sproporzionato ed irragionevole là dove, come ad

⁸ L’espressione, come noto, risale ad uno dei più importanti e celebrati teorici dell’Illuminismo, vale a dire a MONTESQUIEU Charles De Secondat, *Lo spirito delle leggi* (ed. orig. *De l’Esprit des Lois*, Paris, 1748-1749), a cura di A. Genovesi, vol. I, Napoli, 1777, 206. Particolarmente critico su questo fenomeno RAMPIONI, *Dalla parte degli “ingenui”. Considerazioni in tema di tipicità, offesa e c.d. “giurisprudenza creativa”*, Padova, 2007, sopr. 34 ss.

es. nel caso dei reati di omicidio e di violenza alle persone o dei crimini internazionali, ad essere oggetto di giudizio sono comportamenti contrari al più elementare senso di umanità, ed il cui carattere criminale, proprio per questa ragione, è riconosciuto come tale (se pur magari con formule legislative di volta in volta diverse) da tutte le legislazioni penali del mondo⁹. Di fronte insomma ai crimini ‘classici’ (omicidio, furto, stupro, etc.) o a quelli ancor più orrendi quali ad es. il genocidio, la schiavitù, lo stupro etnico o la tortura, la riduzione del lavoro dei giudici a mera applicazione di ciò che è ‘espressemente’ ed ‘inequivocabilmente’ contenuto in disposizioni così frammentarie quali quelle dei codici e della legge scritta, non solo favorirebbe il formarsi di odiose zone di impunità, ma avrebbe addirittura un effetto ‘derezponsabilizzante’ nei confronti della giurisprudenza, impedendole di confrontarsi con le esigenze di giustizia del caso concreto ed inducendola così – in nome della cieca ed assoluta fedeltà alla legge scritta – a tollerare fatti atroci ma ‘atipici’, o al contrario a punire, perché ‘tipici’, fatti che consuetudini sopravvenute alla loro criminalizzazione o anche solo un elementare senso di giustizia indurrebbero invece a non punire¹⁰; da qui l’dea che, almeno in ambiti, quali quello internazionale, meno condizionati da una rigida gerarchizzazione e formalizzazione delle fonti, il *nullum crimen sine lege* possa, entro certi limiti, comunque tollerare il ricorso a fonti materiali e allo stesso procedimento analogico¹¹.

Simile obiezione (nella quale peraltro non è difficile scorgere la tradizionale distinzione, di stampo giusnaturalistico, fra *mala quia mala* e *mala quia vetita*)¹², ha sicuramente un merito ‘culturale’, che è quello di ricordare

⁹ Cfr. ad es. GORDON, *The criminal law of Scotland*, II ed., Edimburgh, 1978, 24; nello stesso senso già REEDER, *The Establishment*, cit., 44. Da una prospettiva più strettamente filosofica HOSLE, *Moral und Politik. Grundlagen einer politischen Ethik für das 21. Jahrhundert*, München, 1997, 842.

¹⁰ Si tratta di un argomento che, se pur in modo non così esplicito, ‘affiora’ di tanto in tanto anche nella giurisprudenza dei tribunali *ad hoc*: cfr. ad es. i riferim. di FRONZA, *Gli atti*, cit., 56 ss.

¹¹ Per un riassunto del dibattito, ci sia consentito rinviare a CATENACCI, *Legalità e tipicità del reato nello Statuto della Corte Penale Internazionale*, Milano, 2003, 55 ss.

¹² Distinzione talmente radicata da riflettersi nella stessa distinzione fra *common law* e *statutory law*: cfr. ad es. CARD-CROSS-JONES, *Criminal*, cit., 9 ss.; DAVIS-CROALL-TYRER, *Criminal Justice. An Introduction to the Criminal Justice System in England and Wales*, London, 1995, 34 ss.; SMITH-HOGAN, *Criminal law*, VIII ed., London-Edinburgh-Dublin, 1996, 18 ss.; CRISCUOLI, *Introduzione allo studio del diritto inglese. Le fonti*, Milano, 2000, 244 ss.

all'interprete come, almeno nei settori in cui il reato offende vittime in carne e ossa, l'obbligo di fedeltà del giudice al diritto scritto debba sempre e comunque armonizzarsi con un'aspettativa sociale di giustizia e di equità nella soluzione dei casi concreti, il cui soddisfacimento rappresenta il 'minimo etico' di ogni sistema punitivo che non voglia essere meramente simbolico e del tutto avulso dalle aspettative sociali di tutela¹³. Essa tuttavia pecca, per così dire, 'per eccesso', allorché crede di individuare proprio nel binomio legalità-tipicità un elemento addirittura *disfunzionale* al pieno soddisfacimento di quell'aspettativa. Ciò che a tal proposito è possibile contestarle è proprio il presupposto di fondo da cui essa muove, vale a dire l'idea secondo cui 'corollario' di un sistema a stretta legalità-tipicità sarebbe il formarsi di una giurisprudenza impermeabile ad ogni argomento che non si fondi sulla pura e semplice esegesi delle parole impiegate per la descrizione del reato, e preoccupata più di far 'quadrare i conti' nella comparazione tra fatto storico e fattispecie astratta che di perseguire la realizzazione di un ideale di giustizia. In realtà, chiunque abbia presente la *reale* situazione dei sistemi penali dei Paesi di *civil law*, sa bene che non è certo questo il 'lascito' che essi, nel loro sviluppo oramai plurisecolare dalla Rivoluzione Francese, consegnano alla cultura penalistica del terzo millennio. Negli ordinamenti soggetti al *nullum crimen sine lege*, quest'ultimo non ha infatti per nulla 'deresponsabilizzato' la giurisprudenza, la quale anzi, se pur nel quadro di un imprescindibile obbligo di fedeltà al disposto normativo, ha a disposizione diversi strumenti di confronto critico col diritto scritto, che le consentono di conciliare il rispetto delle funzioni della legalità-tipicità con le aspettative sociali di equità e giustizia cui si è appena fatto riferimento¹⁴. A ciò si aggiunga

¹³ Sul diritto penale c.d. 'simbolico' rappresenta oramai un vero e proprio 'classico' VOSS, *Symbolische Gesetzgebung. Fragen zur Rationalität von Strafgesetzgebungsakten*, Ebelsbach, 1989, *passim*.

¹⁴ Sulla funzione 'mediatrice' della giurisprudenza, fondamentale appare proprio il contributo della dottrina italiana, a partire dall'ormai classico ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, 1992, sopr. 182 ss. Simile funzione (già autorevolmente teorizzata sul piano sia filosofico che sociologico: ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto* (tit. orig. *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt a.M., 1972), trad. it. di S. PATTI-G. ZACCARIA, Napoli, 1983, 136 ss.; HABERMAS, *Faktizität*, cit., 242 ss.) è stata messa in evidenza soprattutto in ambito civilistico, ma vanta anche alcuni (espliciti o anche solo impliciti) riconoscimenti sul versante penalistico (cfr. ad es. FIANDACA, *La legalità penale negli equilibri del sistema politico costituzionale*, in AA.VV., *Legalità e giurisdizione. Le garanzie penali tra incertezze del presente ed ipotesi del futuro*, Padova, 2001, 46 ss.; HASSEMER, § 1, cit., 145 ss.). Più in generale, si tratta di un movimento culturale che, soprattutto negli ultimi

che, per il penalista consapevole del ruolo, della effettiva funzione e delle implicazioni dogmatiche del principio di legalità, la riduzione di quest'ultimo a puro e semplice 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 linguistica* al significato letterale delle espressioni in essa contenute)¹⁵. Perché anche questo aspetto (che svilupperemo soprattutto a partire dal prossimo capitolo) possa pienamente essere compreso, è necessario – per l'appunto – ripercorrere, se pur brevemente, ratio e caratteri fondanti il principio di legalità negli Stati a tradizione liberaldemocratica.

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

È noto come, la circostanza che il *nullum crimen sine lege* sia solitamente collocato proprio *all'inizio* dei codici penali, non è casuale, ma è dovuta all'importanza che questo principio ha oramai assunto nella materia penalistica: a partire infatti dalla Rivoluzione Francese (durante la quale esso trovò, per la prima volta nella storia, solenne consacrazione)¹⁶, il principio di

venti anni, ha avuto grande influsso sulla giurisprudenza dei Paesi di *civil law*, in quanto fondato sul tentativo di un compromesso fra positivismo ed *inventio* ermeneutica (così, se pur in chiave parzialmente critica M. BARCELLONA, *Diritto, sistema e senso. Lineamenti di una teoria*, Torino, 1996, 191 ss., cui rinviamo anche per un quadro generale sulla bibliografia sull'argomento).

¹⁵ Su questo dibattito, v. più dettagliatamente *infra*, par. 5.

¹⁶ Recitava l'art. 7 della *Declaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* del 26 agosto

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 Diritto¹⁷. 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*)¹⁸ o addirittura l'analogia (è il caso in particolare di alcuni Paesi Scandinavi)¹⁹. 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)²⁰; e che comunque, ora-

1789: "Nessun uomo può essere accusato, arrestato o detenuto se non nei casi determinati dalla legge e secondo le forme da essa prescritte".

¹⁷ Per una panoramica sul punto PRADEL, *Droit pénal comparé*, Paris, 1995, 65 ss.

¹⁸ 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.

¹⁹ VASSALLI, *Nullum crimen sine lege*, in *Appendice al Nuovissimo Digesto italiano*, 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; 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.

²⁰ LOSANO, *I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, Torino, 1978, 139.

mai, anche in questi Paesi è dato assistere ad un ampio e sempre più convinto movimento dottrinale, favorevole alla codificazione e ad una più rigorosa legalità dei reati e delle pene ²¹, che ha già dato importanti risultati sul piano legislativo ²².

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 pienamente ²³.

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 StGB ²⁴. In effetti, ri-

²¹ 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.; VINCI-GUERRA, *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.

²² Si veda a tal proposito quanto riferito da PRADEL, *Droit pénal comparé*, cit., 75 ss. e da VASSALLI, *Nullum crimen*, cit., 293.

²³ 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 HOB-SBAWM, *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.

²⁴ Provvedimento, questo, che peraltro si inseriva in un più ampio quadro di riforme del

sulta 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 “formalista” ed “individualista” del diritto e dello Stato²⁵. Ma allo stesso modo, oramai provato è l’esito di quel tentativo: *infrausto*, nelle conseguenze immediate che quelle idee, così apertamente fiancheggiatrici della folle ideologia del sangue e della razza²⁶, 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 vincitrici²⁷, ma tornò ad essere principio fondamentale (addirittura,

diritto penale in chiave anti-liberale, introdotte fra il 1933 ed il 1938: cfr. MEZGER, *Deutsches Strafrecht. Ein Grundriss.*, II Aufl., Berlin, 1941, 19.

²⁵ 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, 113 ss.

²⁶ 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.

²⁷ Precisi rif. in JESCHECK-WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, V Aufl., Berlin, 1996, 133.

nella maggior parte dei casi, di rango costituzionale) nella maggior parte dei Paesi occidentali di tradizione liberale²⁸.

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)²⁹; e che dunque, anche a causa della complessità e delle contraddizioni presenti all'interno dell'esperienza del socialismo reale, qualsiasi giudizio definitivo su tale sistema potrebbe, allo stato, rivelarsi falso o superficiale³⁰. 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 1926³¹, 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

²⁸ Cfr. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I: Grundlagen der Aufbau der Verbrechenlehre*, III ed., München, 1992, 100.

²⁹ 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 (si vedano a tal proposito gli AA cit. nelle note a corredo della preced. lett. α), 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 storiografico 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-E. WEIGEND, *Die Entwicklung des Strafrechts in d'en sozialistischen Staaten Europas*, in *ZStW* 98 (1986), 235 ss.

³⁰ Su questa complessità e sulle sue contraddizioni interne si segnala, ancora una volta, HOBBSWAM, *Il secolo*, cit., 436 ss.

³¹ Su questo passaggio, in generale v. SCHITTENHEIM, *Strafe*, cit., 41 ss., nonché la letteratura *ivi* citata.

sua volta in vigore fino al 1996)³², 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-illuminista³³. 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 *soviet*³⁴ nonché, in un periodo successivo, il processo di ‘destalinizzazione’ del sistema che fece seguito alla morte di Stalin ed alla pubblicazione del famoso ‘rapporto Krusciov’ sui crimini dello stalinismo³⁵. 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 reato³⁶ aveva in realtà finito col

³² Anno di entrata in vigore del codice penale della nuova Federazione Russa.

³³ Cfr. in argom. FINCKE, *Die Entwicklung der sowjetischen Kriminallpolitik nach Chruschtschow*, in MAURACH-MEISSNER (a cura di), *Sowjetstaat und Sowjetrecht nach Chruschtschow*, Stuttgart, 1971, 64 ss.

³⁴ Cfr. anche in questo caso SCHITTENHEIM, *Strafe*, cit., 149 ss.

³⁵ 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 ampiamente 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, 85 ss.; 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.

³⁶ “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 letteralm. l’art. 6 del codice penale russo del 1922, poi trasfuso nel codice penale sovietico del 1926): su simile concezione ‘sostanziale’ del reato e,

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 punto³⁷:

– da quelle c.d. "*penalistiche*" (che ne individuano cioè il fondamento in esigenze intrinseche al sistema penale)³⁸, quali quelle fondate sul concetto di prevenzione generale³⁹ o sulla categoria della colpevolezza⁴⁰;

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.

³⁷ GROPP, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin-Heidelberg-New York, 1997, 46; ROXIN, *Strafrecht*, cit., 101 ss.

³⁸ Distingue, in particolare, fra radici *specificamente* penalistiche (*strafrechtliche Wurzel*) e più genericamente "giuspubblicistiche" (*staatsrechtliche Wurzel*) SCHUNEMANN, *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.

³⁹ 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 cit-