

L'estratto che stai consultando
fa parte del volume in vendita
su **ShopWKI**,
il negozio online di **Wolters Kluwer**

[Torna al libro](#)



CEDAM

IPSOA

UTET[®]
GIURIDICA

il fisco

 ALTALEX

CAPITOLO III

I PRINCIPI DELLA RISERVA DI LEGGE E DI CODICE PENALE

SOMMARIO: 22. Il problema delle fonti, formali e sostanziali. – 23. La funzione della riserva di legge. – 24. La consuetudine. – 25. La riserva relativa e assoluta. – 26. Le fonti del diritto penale italiano. – 27. I principali testi legislativi. Il principio della riserva di codice penale.

22. *Il problema delle fonti, formali e sostanziali.* – Secondo la genesi storica illuministica e la tradizione liberaldemocratica, il principio di legalità formale si articola in tre sottostanti principi interdipendenti e inscindibili perché funzionalmente diretti ad un'unica finalità garantista, pur se operanti sui tre diversi piani delle *fonti*, della *formulazione* e della *validità nel tempo* della legge penale: 1) il *principio della riserva di legge*; 2) il *principio di tassatività*; 3) il *principio di irretroattività*.

Il fatto che i principi della riserva di legge o di irretroattività possano essere accolti l'uno senza l'altro sta a significare, più che la loro asserita autonomia, l'accoglimento solo parziale del sovraordinato principio di legalità.

Oltre che negli artt. 1, 2, 199, c.p., il principio di legalità nel suo triplice contenuto è sancito nei due capoversi dell'art. 25 Cost. Pur nella sua imperfetta formulazione di sintesi, che risponde del resto alle formule rituali delle più significative dichiarazioni storiche di tale principio, l'art. 25 consacra – secondo la tradizione costituzionalistica liberale, l'intenzione del costituente e il parere della più moderna dottrina e giurisprudenza costituzionale ⁽¹⁾ – non solo il principio di irretroattività, ma anzitutto il principio della riserva di legge e di tassatività, stante la loro inscindibilità garantista. E viene pure affermato (Nuvolone) che l'art. 25, interpretato secondo la sua *ratio*, si riferisce più in generale al «diritto punitivo». Se l'ipertrofia del diritto penale induce a ritornare all'illecito amministrativo, tale ritorno non può significare abbandono delle garanzie del diritto penale e del principio di legalità (n. 260).

La contrapposizione tra legalità formale e legalità sostanziale trova la sua prima estrinsecazione rispetto al problema delle *fonti*, essendo la storia del diritto penale contrassegnata dalla contrapposizione dialettica tra *fonti formali* e *fonti*

⁽¹⁾ Oltre agli AA. cit. n. 12, nota 1, v.: M. GALLO, *La legge pen.*, Torino, 1999, 38; SINISCALCO, *Irretroattività della legge in materia pen.*, Milano, 1969, 67 ss.; PAGLIARO, *Riserva di legge, elementi normativi e questioni pregiudiziali*, in *Il Tommaso Natale*, 1977, 367; PALAZZO, *Corso di dir. pen.*, (con la collaborazione di R. BARTOLI), Torino, 2023, 109; PARODI GIUSINO, *Nodi problematici in tema di fonti del sistema pen.*, in *Indice pen.*, 2002, 433; e più in generale: G. ZAGREBELSKY, *Il sistema cost. delle fonti del diritto*, Torino, 1985. V. pure: Corte cost., sent. nn. 6/1956; 21/1957; 27 e 29/1961; 53/1968 (v.: DASSANO, MACCAGNO, RONCO, *Le sent. della Corte cost. sugli artt. 25/2,3 e 27/1,3 (1956-75)*, Torino, 1976, 3).

sostanziali, in corrispondenza dell'alternativo prevalere di concezioni giuspositivistiche e di concezioni sostanzialistiche o metapositivistiche: delle esigenze di garanzia e certezza o di quelle di giustizia o di difesa sociale.

Muovendo dal dogma della positività del diritto, per cui il solo diritto è quello espresso dalla volontà dello Stato, le *correnti giuspositivistiche* delimitano il campo delle fonti al *diritto positivo* ed identificano il diritto penale con la legge penale scritta. Anche se, per le antitetiche concezioni raggruppate sotto il generico concetto di giuspositivismo, il primato della legge viene affermato per finalità del tutto diverse: in funzione garantista di giustizia e certezza giuridica da parte della dottrina positivistica di origine illuministico-giuspositivistica, per la postulata positivizzazione del diritto razionale-naturale nelle codificazioni del XIX secolo; e in funzione dell'autoritarismo statale da parte delle concezioni positivistico-stataliste, antilluministiche e antigiusnaturalistiche, attraverso la proclamata sovranità della legge statale e la assoluta fedeltà al diritto positivo come tale ⁽²⁾.

Muovendo dal postulato di un diritto preesistente alla legge scritta, le *correnti sostanzialistiche* contestano la identità tra ordinamento giuridico e ordinamento legislativo e tendono, in modo più o meno accentuato, ad attingere il diritto da fonti materiali, esterne alla legge scritta, pur se per istanze e finalità profondamente diverse. A tali concezioni sostanzialistiche vanno, innanzitutto, ricondotte le dottrine del *giusnaturalismo* cattolico-scolastico, illuministico ed esistenzialistico, le quali, pur se sostanzialmente differenziate sul piano teorico, sul terreno pratico postulano tutte un «diritto naturale», ricercabile *in natura*, che serve a fondare il diritto positivo, a correggerne le deviazioni, a colmarne le lacune, a legarlo a valori morali, che si pongono come imperativi assoluti, ad una dimensione giuridica della persona umana (di diritti e libertà), che Stato e collettività non possono sacrificare: perché «chi semina norme non sempre raccoglie giustizia».

Come pure ad esse va ricondotto, per altro verso, lo *storicismo marxista* che, respingendo il positivismo giuridico, strumento di difesa della borghesia e ostacolo alla realizzazione dei fini progressivi della rivoluzione proletaria, e la distinzione giuspositivistica tra diritto e morale, concepisce il giudice come immediatamente animato e guidato dalla coscienza morale e politica rivoluzionaria, da cui egli attinge il vero diritto della società socialista. E ad esse va pure riportato il *totalitarismo nazionalsocialista*, per cui vige, prima ed anche contro la legge scritta, il «diritto vivente del popolo», che trova la propria fonte nella coscienza giuridica, nel senso morale della comunità, esprimendosi nella concezione nazionalsocialista della vita, e l'attuazione del quale realizza la vera giustizia sostanziale.

Nell'ambito delle correnti sostanzialistiche occidentali, il ricorso a fonti materiali ha una funzione soprattutto sussidiaria ed integratrice. Ci si propone, cioè, soltanto di correggere l'eccessivo irrigidimento delle formule giuridiche per attivare un proficuo e continuo scambio tra la legge e la vita. Così da parte di quella dottrina tedesca della *antigiuridicità materiale* (n. 42), che si richiama a tale antigiuridicità per fondare delle scriminanti non codificate col dichiarato scopo di colmare carenze legali additate dalla prassi. Ma si sono pure operati radicali capovolgimenti fino a spingersi – da parte della dottrina nazionalsocialista – ad attingere il diritto dalle fonti materiali della coscienza del popolo, del senso di giustizia della comunità, non più attraverso gli strumenti razionali di conoscenza, ma attraverso una intuizione a carattere essenzialmente irrazionale-emozionale.

Nei perenni ritorni e crisi del giuspositivismo e del giusnaturalismo, come momenti dialetticamente insuperabili di una medesima realtà dinamica, a seconda delle esigenze conser-

⁽²⁾ BOBBIO, *Positivismo giur.*, Torino, 1961; HART, *Contributi alla analisi del dir.*, Milano, 1964; SCARPELLI, *op. cit.*; CATTANEO, *Positivismo giur.*, in *N. Dig. it.*, 1968, 316 ss.; BARATTA, *Positivismo*, cit.

vatrici o innovatrici dei vari periodi storici, dopo le tragiche esperienze dell'ultimo conflitto mondiale e della sottomissione cieca al diritto statale si parlò di una crisi della positività del diritto e di una rinascita del diritto naturale, teso a ridurre il concetto di diritto a quello di giustizia (n. 21).

Sempre identico resta, però, il problema di fondo quando si esce dai confini della certezza positiva: quali sono le altre fonti del diritto? i valori sostanziali ed obiettivamente conoscibili cui fare riferimento? gli strumenti di conoscenza per attingere, con obiettiva certezza, da tali valori la giustizia sostanziale? Con l'inevitabile pericolo che, trattandosi di valori legati a concezioni filosofiche della realtà, ciò che finisce per decidere è l'ideologia dell'interprete o il finalismo politico dello Stato.

23. *La funzione della riserva di legge.* – I. Di fronte alla pluralità di fonti, formali e sostanziali, l'avvento storico del *principio della riserva di legge* ha inteso riservare il *monopolio normativo penale* al potere legislativo: *nullum crimen, nulla poena sine lege poenali scripta*. Con la duplice conseguenza di escludere dalle fonti del diritto penale: 1) anzitutto, le fonti non scritte; 2) altresì, le fonti scritte diverse dalla legge (o dagli atti aventi forza di legge), cioè ogni altro atto normativo del potere esecutivo, della pubblica amministrazione.

Pertanto, la funzione della riserva di legge consiste, primariamente, non nella salvaguardia, come talora si afferma, della certezza giuridica, cui provvedono, invece, sotto i rispettivi profili, i principi di tassatività e di irretroattività.

Invero, come la legge, in sé, può essere di contenuto del tutto incerto e vago, così un atto regolamentare del potere esecutivo ben può essere, come spesso avviene, più preciso della legge. Concependosi la riserva di legge in funzione di certezza, si farebbe salva la possibilità di una disciplina penale regolamentare anche diretta ed autonoma e la legge sarebbe da intendersi in senso materiale. Sicché con l'art. 25 Cost. nulla sarebbe stato mutato rispetto al precedente sistema e si lascerebbe spazio all'arbitrio del potere esecutivo, che è proprio ciò che con tale riserva si è sempre inteso evitare ⁽³⁾.

La funzione della riserva di legge consiste, invece, nel perseguimento, mediante l'attribuzione del *monopolio della criminalizzazione* al potere legislativo, del duplice scopo: a) di evitare, respingendo le fonti sostanziali e subordinando il giudice alla legge, una prima possibilità di *arbitrio del potere giudiziario* (alla seconda possibilità, insita nella indeterminatezza della legge, provvede il principio di tassatività); b) di evitare ancor prima, coll'escludere le fonti formali extra-legislative, l'*arbitrio del potere esecutivo*: il «soggetto costituzionalmente più pericoloso».

Detto principio trova delle anticipazioni fin dalle prime carte di libertà medioevali, per le quali ogni limitazione alle sfere individuali richiedeva l'intervento della legge, alla cui formazione dovevano collaborare gli stessi interessati, personalmente (così per i nobili dell'epoca

⁽³⁾ DELITALA, *Responsabilità e pena*, in *Iustitia*, 1962, 344.

feudale) o tramite rappresentanti. Negli ordinamenti liberaldemocratici la riserva di legge si riallaccia in origine – come già accennato (n. 12) – alla tripartizione dei poteri, alla convinzione illuministica della non pericolosità del potere legislativo e alla conseguente idea della legge per definizione giusta. Cosicché attraverso il divieto per il potere esecutivo di emanare norme penali e per il potere giudiziario di ricorrere ad altre fonti extralegali si riteneva che la libertà fosse garantita contro ogni possibile limitazione arbitraria.

Ma pur nella attuale realtà politico-costituzionale la riserva di legge ha conservato la sua validità garantista, benché siano venute meno certe illusioni illuministiche sulla reale tripartizione dei poteri, sulla non pericolosità del potere legislativo (identificantesi con la maggioranza e con le forze di governo), sul garantismo e supremazia della legge (espressione della maggioranza, partitica, e da limite al potere esecutivo divenuta strumento anche di governo): con la sua possibile illegalità sostanziale (anche se varata secondo le procedure costituzionali). Più che sull'ideale del potere legislativo, rappresentativo della «unione» dell'intero popolo, la funzione di garanzia della riserva di legge è stata individuata nella realtà del potere legislativo come centro dialettico della maggioranza e della minoranza. Sicché si tende a ravvisare in essa un istituto diretto più specificamente a tutelare i diritti delle minoranze che ad assicurare, immediatamente, una qualche forma di garanzia individuale. Comunque, la rappresentatività del Parlamento, che coinvolge nelle sue decisioni maggioranza e minoranza, e lo stesso procedimento legislativo, fondato sul dibattito parlamentare e snodantesi attraverso plurimi vagli critici, fanno ancora oggi del potere legislativo, nonostante la crisi di rappresentanza dei cittadini e il *deficit* di democraticità, quello più idoneo a garantire il cittadino contro arbitrarie limitazioni della propria libertà o, comunque, il «costituzionalmente» meno pericoloso. Tale funzione garantista viene, altresì, individuata nel controllo di costituzionalità della legge ad opera della Corte cost. e nel controllo nel merito mediante il *referendum* abrogativo ⁽⁴⁾.

Se, da un lato e pertanto, la riserva di legge è *irrinunciabile*, dall'altro il Parlamento resta, sì, il potere più idoneo ad operare le scelte politico-criminali e il «controllo garantista» sulla produzione normativa penale. Ma non anche a provvedere alla formulazione tecnica dei testi normativi, connotati dalla tassatività, a cominciare dai codici, stante la impraticabilità rispetto a questi delle procedure degli artt. 70 ss. Cost. e lo «scadimento», quotidianamente constatabile, del Parlamento quale tutore della legalità: il primario responsabile del crescente «disordinamento giuridico» (decodificazione, ipertrofia ed instabilità legislativa, frammentazione casistica, logorrea e sciatteria tecnica, incultura giuridica non disgiunta, sovente, da ignoranza linguistica) (n. 29). Onde la via percorribile, specie per la ricodificazione, resta la *delega legislativa*, come fra l'altro una risalente esperienza insegna. È comunque un dato: dietro a quei monumenti delle codificazioni europee degli ultimi due secoli si stagliano le figure di un uomo di scienza o di un tiaso di uomini di scienza. Mai un inconcludente «assemblearismo».

Anche negli ordinamenti democratico-popolari il primato della legge veniva affermato, pur nella logica della legalità socialista, sulla base però dell'opposto principio della «unità dei poteri». Respingendosi la separazione dei poteri, perché esprimerebbero tutti la volontà e gli interessi della classe borghese, e ravvisandosi nella prassi occidentale dei decreti-legge e dei regolamenti autonomi una cospirazione contro la volontà popolare, per la dottrina marxista-leninista russa tutto il potere del popolo doveva essere concentrato nelle mani del Soviet

⁽⁴⁾ FOIS, *La riserva di legge*, Milano, 1963, 292; CARBONI, *L'inosservanza dei provvedimenti dell'autorità*, Milano, 1970, 239; DELITALA, C. *Beccaria e il problema pen.*, in *Riv. it.*, 1964, 968; PALAZZO, *Introduzione* cit., 230. Per la ricodificazione su delega legisl.: PAGLIARO, *Lo schema di legge deleg.*, cit. *Contra*: DOLCINI-MARINUCCI, *Sul metodo della cod. pen.*, in *Riv. it.*, 1992, 385; BARTOLI, *Incriminatione e giustificazione: una diversa legalità?*, in *Riv. it.*, 2010, 601.

supremo o dei Soviet supremi delle singole repubbliche. Da questi il potere legislativo doveva essere esclusivamente esercitato, essendo le leggi dai medesimi emanate il modo più semplice e completo per esprimere la volontà popolare.

E nei tempi presenti si è riproposto, in termini nuovi, il problema dell'erosione della riserva di legge (a seconda delle diverse accentuazioni: della «crisi» o, addirittura, dell'«eclissi» o, soltanto, della «relativizzazione» di tale principio): del monopolio legislativo parlamentare ⁽⁵⁾.

Fenomeno erosivo attribuito: 1) a *cause endogene*, cioè interne alla stessa legge: per la crisi del sistema della rappresentanza parlamentare, per la sua ridotta capacità di riflettere la «volontà generale», accentuata dall'evoluzione in senso maggioritario del nostro sistema parlamentare; per l'inflazione legislativa dovuta ad incapacità di razionalizzazione e sintesi della politica e della produzione legislativa; nonché per lo scadimento del prodotto legislativo per incuria nella tecnica legislativa e la conseguente difficoltà di individuarne il contenuto precettivo (n. 29); 2) a *cause esogene nazionali*, consistenti nella proliferazione delle fonti normative, dovute al crescente ruolo del potere esecutivo nell'attività normativa per la tecnicizzazione delle moderne società richiedenti conoscenze e competenze proprie degli uffici tecnici ministeriali; alla esigenza della conciliazione di interessi potenzialmente collidenti, operata attraverso imprescindibili interventi di atti della pubblica amministrazione (n. 68 B); alla crescente eterointegrazione delle fattispecie incriminatrici ad opera di fonti legislative extrapenali o sublegislative, erosive dell'assolutezza della riserva di legge; alla espansione del diritto penale giurisprudenziale creativo attraverso atti non più di giurisdizione (di *ius dicere*), ma di sovranità (di *ius facere*), elevandosi il giudice ad interprete del sociale più che della norma giuridica: nel c.d. «diritto vivente» (n. 14) ⁽⁶⁾; 3) a *cause esogene internazionali* e, ancor più, *sovranazionali*, per l'incidenza, diretta o indiretta, del diritto comunitario, anche giurisprudenziale, sul nostro sistema penale, con conseguente erosione della riserva di legge, non tanto, almeno formalmente, per gli atti normativi comunitari (convenzioni, direttive comunitarie generiche, decisioni-quadro), richiedenti una trasposizione legislativa statutale, quanto per gli atti normativi comunitari, non biso-

⁽⁵⁾ FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisd.*, in *Criminalia*, 2011, 79; GARGANI, *Verso una democrazia giudiziaria? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e dir. europeo*, ivi, 99; GROSSO, *Il fascino discreto della conservazione (considerazioni in margine all'asserita crisi del principio della r. di l. nel dir. pen.*, ivi, 125; GIUNTA, *Corte cost. e dir. pen. nell'epoca della democrazia maggioritaria*, in *Giust. pen.*, 2012, II, 240; DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza pen. Dalla dogmatica classica alla giurisp. fonte*, Milano, 2011; MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra d.p. e fonti sovranazionali*, Roma, 2012; PALIERO, *Il diritto fluido. Pensieri post-delmanani sulla dialettica delle fonti pen.*, in *Riv. it.*, 2014, 1099; AA.VV., *La crisi della legalità. «Il sistema vivente» delle fonti pen.* (Convegno dell'AIPDP), Napoli, 2014; PULITANO, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Riv. it.*, 2015, 29; VIOLANTE, *L'adempimento del dovere morale come fondamento della legittimazione della magistratura*, in *Iustitia*, 2016, 193; LUPO, *Cassazione e legalità*, in *Cass. pen.*, 2016, 438; RONCO, *La legalità stratificata*, in *Riv. it.*, 2018, 138; AMARELLI, *Dalla legolatria alla post-legalità*, ivi, 2018, 1406; S. CASSESE, *Il Governo dei Giudici*, Bari 2022.

Per l'affermazione del valore "fondativo" del sistema penale e dell'assetto dei poteri costituzionali dell'ordinamento liberal democratico della riserva di legge, MAIELLO, *Prove di resilienza del nullum crimen: Taricco versus controlimiti*, in AA.VV. "Dal Giudice garante al Giudice disapplicatore delle garanzie", a cura di C. PAONESSA e L. ZILLETTI, Pisa 2016, 33.

⁽⁶⁾ MANTOVANI, *Luci ed ombre della giustizia (agli occhi del comune cittadino)*, in *Riv. it.*, 2012, 1545, 1553; ID., «Eteroriforma» ed «autoriforma» della giustizia, in *Iustitia*, 1914, 233.

gnosi di tale trasposizione ed incidenti direttamente sulla interpretazione e disapplicazione della nostra legge penale (nn. 26, 254).

I suddetti fenomeni erosivi della riserva di legge impongono, doverosamente e criticamente, una presa d'atto, concernendo essi lo stato attuale di tale principio. Ma non per enfatizzarli, favorendo così o addirittura legittimando certe tendenze giurisprudenziali ad una «interpretazione libera» del diritto (dal «diritto vivente» al «diritto libero») o per opporsi all'inarrestabile avanzata del processo di europeizzazione del diritto penale per l'invocato *deficit* di democraticità. Bensì per contenere tali fenomeni, ridurne le distorsioni ed introdurre nuovi strumenti costituzionali di controllo della legalità e di revitalizzazione del ruolo del Parlamento (individuati nel recupero di cultura politico-democratica, nelle maggioranze parlamentari qualificate per l'approvazione delle leggi penali; nello sveltimento del processo di produzione legislativa e la conseguente riduzione della supplenza giurisprudenziale, attraverso l'eliminazione del bicameralismo; nell'elaborazione di una legalità a carattere europeo costruita su nuove basi democratiche all'interno di una ricostruzione dell'intera costruzione europea). E tenuto conto: 1) che i fenomeni erosivi sono ancora minoritari, concernendo specifici settori e non l'intero sistema penale, che resta ancora contrassegnato da un sostanziale rispetto della riserva di legge; 2) che il principio della riserva di legge, perentoriamente affermato dall'art. 25 Cost., impedisce di sbarazzarsi del legislatore; 3) che, ancor prima, non esiste a tutt'oggi una possibile alternativa in grado di assicurare quel tanto di garanzia, di certezza e di eguaglianza giuridiche, che sono ancora assicurate dalla riserva (assoluta) di legge (statuale); 4) che tale principio, pur nella sua costante relatività sul piano fenomenologico e nelle sue forme e contenuti storicamente condizionati e senza indulgere alle mitizzazioni illuministiche e alle idealizzazioni, va conservato e preservato, pur con le sue ammaccature, poiché il suo abbandono comporterebbe le implicazioni così negative (di frantumazioni del diritto penale, di disuguaglianze giuridiche e di arbitrii), di cui non sono neppure prevedibili le dimensioni.

24. *La consuetudine.* – La consuetudine consiste, come è noto, nella ripetizione generale, costante ed uniforme, di un comportamento nella convinzione di adempiere un obbligo o di esercitare un potere giuridico.

Essa genera una norma giuridica non scritta, che assume ad oggetto quel comportamento che fino allora era frutto di spontaneità od oggetto di una norma soltanto morale o sociale. L'atto di nascita della norma giuridica consuetudinaria si ha nel momento, di ardua determinazione, in cui la ripetizione del comportamento ha raggiunto l'intensità necessaria e sufficiente, per costanza, generalità, uniformità ed *opinio juris*, a trasformare il fatto in norma giuridica. Tale norma presenta, perciò, un duplice fattore di incertezza, riguardante la sussistenza e la portata della stessa.

Quale fonte del diritto in generale, la consuetudine ha visto restringere grandemente la sua sfera di azione con i progressi della codificazione a partire dal secolo XX, la preminenza riconosciuta alla legge negli ordinamenti liberaldemocratici ed il rigetto di tale fonte come ostacolo al preteso dinamismo rivoluzionario negli ordinamenti socialisti. Anche se essa, pur se in misura e in termini diversi, conserva più ampio spazio in altri sistemi, come avviene, oltre che in quelli di *common law*, soprattutto nel diritto musulmano, indiano, cinese e giapponese, nonché nel diritto dei paesi africani.

Nell'ordinamento italiano (artt. 1 e 8 disp. prel.) la consuetudine occupa l'ultimo posto nella gerarchia delle fonti e le è riconosciuta soltanto una funzione integratrice (*secundum o praeter legem*), non mai abrogatrice (*contra legem*). *A*

fortiori è relegata ai margini del diritto penale, dominato dal principio della riserva di legge ⁽⁷⁾.

A) *Consuetudine incriminatrice*. – A differenza di quanto avveniva nel diritto coloniale o in altre epoche, viene negata in base a tale principio ogni efficacia alla consuetudine *praeter legem* a danno della libertà del soggetto nel senso di dare vita a reati, aggravanti o sanzioni, diversi da quelli previsti dalla legge. Non sono riscontrabili, d'altronde, esempi di norme consuetudinarie che siano state capaci di imporre nuove figure di reati o di pene.

B) *Consuetudine abrogatrice*. – Viene parimenti negata ogni efficacia alla consuetudine abrogatrice o desuetudine, che operi *contra legem* a vantaggio del soggetto nel senso di abrogare norme incriminatrici o comunque pregiudizievole per il soggetto: ciò già in base all'art. 15 disp. prel.

In un sistema a legalità formale non è agevole profilare l'affermarsi di una desuetudine. Tanto più se si evita di confondere la autentica «*desuetudine*», che presuppone la *communis opinio* della giuridicità della disapplicazione della legge, dalla semplice «*disapplicazione*», che è invece determinata da cause (ignoranza, mancata denuncia o querela, inerzia giudiziaria, ecc.), che nulla hanno a che fare con l'*opinio juris* della consuetudine in senso tecnico. E, al più, è indice rivelatore dell'esigenza di un formale intervento abrogativo. Esempi di mera disapplicazione: gli artt. 14 e 15 L. stampa, 30 L. radiotelevisione, 640, 635, 659 e 660 c.p., nonché la norma della L. 19/4/25, n. 475, che pertanto potranno sempre applicarsi, rispettivamente, alle ossessioni delle pubblicazioni e film sadico-violenti e dell'horror, della telepubblicità di maghi onniterapeuti, dell'imbrattamento urbano e ferroviario da parte degli stupidi allo spray, alle sommergenti fonti di frastuono e allo studente che si avvale di una dissertazione di laurea non opera sua.

Il problema della abrogazione per desuetudine concretamente si pone nei periodi di crisi o di transizione, come avvenne per le norme incriminatrici dello sciopero dopo la caduta del fascismo, ma anteriormente alla entrata in vigore della Cost. In dottrina si è, però, preferito giustificare l'inapplicabilità delle medesime in termini non di abrogazione per desuetudine, ma di estinzione per il venire meno dei presupposti istituzionali corporativistici che reggevano tali norme, di abrogazione tacita e, poi, di incostituzionalità.

C) *Consuetudine scriminante*. – Più controverso è il problema se sia ammissibile una consuetudine *contra legem*, derogatrice, nel senso cioè di creare nuovi «tipi» di scriminanti diversi da quelli previsti dalla legge penale.

La tradizionale opinione positiva, oltre a considerare il problema fuori dal nuovo principio costituzionale della riserva di legge, si fonda sulla convinzione che tale consuetudine sia *praeter* anziché *contra legem*, come va invece considerata pure la norma consuetudinaria che deroga ad una norma incriminatrice. Il problema della consuetudine abrogatrice o scriminante va visto, innanzitutto, in rapporto alla *ratio* della riserva di legge o, più in generale, del principio di legalità. Per chi ritiene che essi tutelino esigenze di rigorosa certezza della norma pe-

⁽⁷⁾ BETTIOL, *Efficacia della consuet. nel d.p.*, Milano, 1931; ID., *Sulla c. pen.*, in *Scritti*, cit., II, 896; CONTIERI, *La consuet. nel d.p.*, Roma, 1934; SCHÖNKE, *Interpretazione, analogia e c. nel d.p.*, in *Riv. it.*, 1949, 511; NUVOLONE, *I limiti*, cit., 78; MARINUCCI, *Consuet.* (dir. pen.), in *Enc. dir.*, IX, 1961, 502; GIUNTA, *Consuetudine*, in *Dizionari sistem.*, cit., 29. In generale: BOBBIO, *La c. come fatto normativo*, Torino, 1941.

nale, non può non negarsi efficacia pure alla consuetudine *in bonam partem*. Dato il coefficiente di incertezza della norma consuetudinaria, tale esigenza è intaccata dalla consuetudine sia abrogatrice sia scriminante, incidendo questa come limite sulla portata della fattispecie incriminatrice. Per chi ritiene, invece, che tali principi tutelino il *favor libertatis*, cioè la libertà del cittadino contro arbitrarie limitazioni, nulla si oppone ad ammettere la consuetudine *in bonam partem*, la quale fra l'altro attenua i pericoli di fossilizzazioni del diritto penale, insiti nel principio di legalità formale.

Resta però da vedere se l'art. 25, che rispetto alle stesse fonti scritte ha operato un irrigidimento, escludendo da esse i regolamenti anche se in *bonam partem*, abbia in materia di consuetudine attenuato o, non piuttosto, ribadito o superato la situazione preesistente, in cui la consuetudine *contra legem* era già esclusa dall'art. 8 disp. prel. e la dottrina al più ne limitava la legittimità alla sola consuetudine scriminante.

Di fatto, le ipotesi per le quali si è fatto ricorso alla consuetudine scriminante (attività sportiva violenta e medico-chirurgica, informazioni commerciali, uso di mezzi correttivi verso ragazzi non soggetti alla propria autorità, circonscisione degli israeliti, certe violazioni del segreto professionale, ecc.) sono – come vedremo – risolvibili sulla base di altri più sicuri criteri (n. 87).

D) *Consuetudine integratrice*. – Ad essa va riconosciuta, in conformità a certa dottrina ed in forza dell'unitarietà dell'ordinamento giuridico e del principio di non contraddizione, efficacia, trattandosi di consuetudine *secundum legem*, perché integra disposizioni penali che rinviano, esplicitamente o implicitamente, a norme di rami del diritto in cui la consuetudine può essere fonte di diritto.

Così, ad es., per la norma scriminante dell'art. 51 c.p., siccome il diritto o il dovere possono trovare la propria fonte anche in una consuetudine operante sul terreno extrapenale (nn. 81, 82). O per quella dell'art. 52, dato che anche il diritto minacciato di offesa può derivare da una norma consuetudinaria. Poiché il richiamo alla consuetudine è, qui, interno alla norma scriminante codificata e questa, pertanto, non crea nuovi «tipi» di scriminante, ma concorre a determinare l'esatta portata della norma scriminante entro i confini originariamente indicati dalla legge, non esisterebbe contrasto – come pure certa dottrina rigorosa riconosce – col principio della riserva di legge⁽⁸⁾. Analogo discorso viene fatto rispetto all'art. 40/2, ritenendosi che l'obbligo di garanzia possa scaturire da fonte consuetudinaria; ma erroneamente trattandosi qui di consuetudine non integratrice, ma creatrice di reati omissivi impropri (n. 60). Consuetudinarie possono essere, invece, le regole cautelari dell'art. 43/1, sempre che si siano formate in base agli *standard* della miglior scienza ed esperienza, e non di prassi accomodanti o sciatte (n. 103). Per altra dottrina sussiste contrasto tra riserva di legge e consuetudine integratrice.

Concorde è, infine, la dottrina nel riconoscere efficacia alla consuetudine *secundum legem c.d. interpretativa*. Essa non opera in opposizione alla norma o ol-

⁽⁸⁾ Per evitare equivoci va precisato che talvolta il rinvio della legge penale non è alla consuetudine, ma a semplici usi ed abitudini sociali, determinatisi per via di prassi e che, pertanto, non producono norme consuetudinarie per difetto dell'*opinio juris* (es.: art. 625 n. 7 c.p.).

tre i limiti di essa, ma al suo interno in quanto serve per determinare il significato di quegli elementi della fattispecie, definibili secondo criteri sociali di valutazione, mutevoli nel tempo e nello spazio (onore, decoro, reputazione, pudore, ecc.), e così per adeguare la norma al divenire di tale realtà.

Ad es., il portare costumi da bagno succinti sulle spiagge del mare non costituisce reato di atti osceni, perché secondo il comune sentimento non offende il pudore. Parimenti non danno vita ai reati degli artt. 659 e 660 gli schiamazzi e i disturbi di persone che per tradizione vengono tollerati in occasione di alcune feste popolari o di incontri sportivi vittoriosi. Ma in verità non ci troviamo in presenza di una consuetudine in senso tecnico, giuridicamente vincolante. Sicché la denominazione di consuetudine interpretativa potrebbe essere, opportunamente, abbandonata. E la materia va più correttamente trattata fuori dalla tematica della consuetudine e nell'ambito del principio di tassatività in rapporto agli elementi normativi della fattispecie.

25. La riserva relativa e assoluta. – Nell'ambito delle fonti scritte, col passaggio all'attuale regime di costituzione rigida è profondamente mutata l'incidenza del principio della riserva di legge.

Nel precedente regime di costituzione elastica la riserva costituiva una semplice «autolimitazione» per il legislatore ordinario, che poteva pertanto discrezionalmente attribuire all'esecutivo il potere di emettere norme penali. E ciò avvenne non di rado, specie in epoca fascista, in cui si ebbe una vera «delegificazione» a favore della normazione regolamentare delegata (v. art. 1 L. 31/1/26, n. 100). Costituendo, ora, la riserva una «eterolimitazione» posta da una fonte superiore, non sono più ammissibili deroghe rimesse al semplice apprezzamento del legislatore.

L'incidenza del principio varia a seconda: 1) del valore relativo o assoluto della riserva; 2) del tipo di contributo integratore da parte delle fonti sublegislative; 3) del concetto di «legge» ai fini dell'art. 25/2 Cost.

A) Circa il primo punto, per la *riserva relativa* il legislatore è tenuto a fissare le linee fondamentali della disciplina con facoltà di affidarne il completamento all'amministrazione. Per la *riserva assoluta* solo la legge può disciplinare la materia riservata, con esclusione dell'intervento di norme sublegislative anche in ordine ad aspetti marginali della disciplina.

In via generale, la riserva se intesa in senso assoluto si scontra, però, con la impossibilità pratica di sottrarre a fonti inferiori l'integrazione della legge senza inaridire le stesse fonti della regolamentazione giuridica, cui il legislatore nello stato moderno provvede in misura sempre maggiore, tracciando le linee maestre della regolamentazione e lasciando ad altre fonti inferiori il compito di ulteriormente specificarla. Il concetto di riserva relativa è stato elaborato, dalla dottrina pubblicistica, proprio per conciliare il precetto costituzionale col dato di esperienza.

Il problema si pone anche in campo penale. Con sensibilità soprattutto all'esigenza pratica e per la preoccupazione di conservare la parte dell'ordinamento penale, costituita da fattispecie integrate da fonti normative secondarie, pur se ereditate dal precedente regime politico, non si è mancato, inizialmente, di affer-

mare la relatività della riserva anche in materia penale ⁽⁹⁾. Più sensibile alle esigenze garantiste, la dottrina è, oggi, pressoché concorde nel considerare la riserva *assoluta*, perché la *ratio* di garanzia sarebbe altrimenti elusa ⁽¹⁰⁾. Pur con divergenze di opinioni e affievolimenti sulla portata di essa (riserva assoluta relativizzata): cioè sui limiti dell'assolutezza.

Accanto a posizioni più rigorose, che negano alle fonti secondarie un qualsiasi potere integrativo della fattispecie penale, altre introducono limiti (teorie della «disobbedienza come tale», della «presupposizione», della riserva assoluta quanto al «modo di disciplina», della «integrazione della fattispecie astratta», del valore della riserva per il futuro), che hanno, talora, svuotato l'affermazione, di principio, dell'assolutezza. La stessa Corte cost., dopo avere utilizzato il criterio della «presupposizione», a partire dalla sent. n. 26/66 si è andata assestando: *a*) circa il *precetto*, sul principio della «sufficiente predeterminazione» della fattispecie da parte della legge, anche extrapenale, che deve «indicare con sufficiente specificazione i presupposti, i caratteri, il contenuto e i limiti dei provvedimenti dell'autorità non legislativa, alla cui trasgressione deve seguire la pena»; pervenendo però sulla base di esso ad opposte conclusioni; *b*) circa la *sanzione*, sul principio della riserva assoluta, negando alla amministrazione qualsiasi potere di scelta in materia.

In conclusione, può affermarsi che debbano essere predeterminati per legge tutti gli elementi che contribuiscono a scolpire il significato di disvalore del fatto (Bricola).

B) Circa il secondo punto, viene distinto a seconda che il rinvio, espresso o tacito, a fonti *sublegislative* sia: 1) *recettizio*, che non contrasta con la riserva di legge, perché la legge richiamante, facendo proprio il contenuto della norma secondaria preesistente, ne opera una «legificazione» (così pure Corte cost.: n. 84/71); 2) *formale*, che pone problemi di compatibilità con la riserva di legge, perché la legge richiamante, rinviando non al contenuto ma alla fonte stessa della norma secondaria, ne recepisce il contenuto, anche futuro, quale che sia.

E a questo proposito tra le opposte tesi dell'assoluta esclusione e dell'eccessiva operatività delle fonti secondarie si è andato affermando un indirizzo intermedio, distinguendosi tra un triplice *tipo di integrazione*. A seconda, cioè, che la legge penale:

1) rimetta alle norme secondarie la mera *specificazione* di elementi di fattispecie già esaurientemente espressi dalle scelte valutative della legge penale stessa. Ipotesi, ben conciliabile (anche per la Corte cost.: nn. 282/90, 333/91) con la *ratio* garantista dalla riserva.

Ciò sia perché è indispensabile ed opportuno, specie nella legislazione speciale caratterizzata da complessità tecnica e bisognosa di continuo aggiornamento, che gli elementi nor-

⁽⁹⁾ V.: ESPOSITO, *Irretroattività e legalità delle pene*, in *Scritti Carnelutti*, IV, Padova 1950, 511; MARINI, *op. cit.*, 954.

⁽¹⁰⁾ V. per tutti: DELITALA, *Responsabilità*, cit., 344; GALLO, *La legge*, cit., 35; BRICOLA, *La discrezionalità*, cit., 233; CARBONI, *Inosservanza*, cit., 232; PALAZZO, *Introduzione*, cit., 221. E sulle diverse posizioni anche della Corte cost.: MARINUCCI-DOLCINI, *Corso*, cit., 105; ROMANO, *Carta cost. e riserva di legge*, in AA.VV., *Dir. pen. e giurisp. cost.* (a cura di Vassalli), Napoli 2006, 46.

mativi o, comunque, suscettivi di specificazione tecnica, siano specificati non solo da leggi extrapenali, ma anche da altre fonti sublegislative. Sia perché l'intervento integratore della fonte normativa secondaria consente di rinvenire un punto di equilibrio tra riserva di legge e tassatività (n. 28), poiché evita l'«attività concretizzatrice» della giurisprudenza (tramite parametri non sempre univoci e controllabili) e lascia alla legge le scelte di fondo relative alla incriminazione e a fonti secondarie la mera «specificazione tecnica» del contenuto di elementi di fattispecie, già delineati dalla legge. Specificazioni tecniche sono le tabelle ministeriali individualizzatrici delle sostanze stupefacenti o degli additivi chimici non autorizzati nella produzione alimentare, e le norme cautelari, ai fini della colpa specifica, fissate da regolamenti, non incidendo esse sul disvalore dei fatti, già integralmente espresso dalla legge penale coi divieti relativi a tali sostanze e additivi e alle condotte pericolose per i beni giuridici. Non così, invece, per l'identificazione dei soggetti attivi del reato proprio (Corte cost. n. 282/90). E per l'imposizione di obblighi di garanzia (n. 59) da parte di fonti secondarie, costituendo esse non specificazione di un obbligo generale, inesistente, di impedimento dell'evento, ma una scelta politica di tutela;

2) rimetta al regolamento la stessa facoltà di stabilire quali comportamenti, fra quelli che esso disciplinerà, dovranno dal medesimo essere sanzionati (es.: art. 35 L. n. 860/50 sulla tutela delle lavoratrici madri): ipotesi contraria alla *ratio* della riserva;

3) si limiti a qualificare come reato, prevedendone la sanzione, l'inosservanza di qualunque norma che l'amministrazione emanerà in certe materie. *Punctum pruriens*, la presente ipotesi riguarda le *norme penali in bianco*, così chiamate perché in esse, mentre la sanzione è determinata, il precetto ⁽¹¹⁾ ha carattere ge-

⁽¹¹⁾ Le norme penali vere e proprie, cioè incriminatrici, sono costituite: 1) dal *precetto*, consistente nel *divieto* di tenere una determinata condotta o di cagionare un determinato evento o nel *comando* di compiere un determinato atto (es.: art. 361 c.p.). Il precetto normalmente è indicato in modo implicito (es.: l'art. 575 non impone espressamente di non uccidere, ma si limita a dire «Chiunque cagiona la morte di un uomo è punito ...»); 2) dalla *sanzione*, che è la conseguenza penale che deve seguire la violazione del precetto. Il precetto è stato denominato anche «precetto primario» e la sanzione «precetto secondario», per porre in rilievo che quest'ultimo racchiude in sé il comando agli organi competenti di applicare la sanzione quando si verificano le condizioni stabilite dalla norma.

Quest'ultimo rilievo richiama il problema, soprattutto teorico, dei *destinatari della norma penale*. Mentre la dottrina tradizionale non ha mai dubitato che i precetti penali si rivolgessero ai consociati, certi scrittori hanno grottescamente sostenuto che i veri destinatari sono gli organi dello Stato chiamati a farli rispettare, cioè i giudici. Per altri ancora, mentre il precetto è destinato ai consociati, la sanzione si dirige ai giudici, ai quali impone l'obbligo di applicare la pena in caso di trasgressione. Più realisticamente si afferma che la norma penale, nel suo complesso, è destinata tanto ai consociati quanto agli organi dello Stato che debbono farla osservare, pur essendo diversa la posizione dei primi, che devono ubbidire al precetto, e dei secondi, che debbono applicare la sanzione.

Alla base sta il problema delle diverse concezioni della norma penale; 1) la *concezione imperativistica*, per la quale la norma è un imperativo che muove da una volontà superiore ad una volontà inferiore, per determinarla ad agire secondo le pretese dell'ordinamento giuridico; 2) la *concezione della norma come giudizio ipotetico*: verificandosi certi fatti, derivano certe conseguenze giuridiche (v.: PAGLIARO, *Principi* cit., 31, e AA. cit.). In base alla teoria imperativistica non si riesce a spiegare le norme configuranti ipotesi di responsabilità oggettiva e la irrilevanza (prima della sent. n. 364/88 Corte cost.) dell'*ignorantia juris*. La seconda teoria, per potere spiegare certe disposizioni, presupponenti che la norma funzioni come comando (es.: quelle riguardanti la rilevanza della volontà, il divieto di irretroattività della legge, l'imputabilità), è costretta ad ammettere che la norma, pur non essendo un imperativo, è stata in tali casi costruita dal legislatore in modo da essere idonea a funzionare come imperativo. Da altri autori si è sostenuto che la norma ha una *funzione valutativa*, in quanto valuta i fatti che sono contrari ai fini del-

nerico, dovendo essere specificato da atti normativi di grado inferiore, quali i regolamenti, i provvedimenti amministrativi, ecc. Fra i tanti esempi (artt. 329 c.p., 1186, 1189, 1213, 1221, 1223 c.n.), tipico è l'art. 650, che sanziona l'inosservanza dei provvedimenti dell'autorità emanati per ragioni di giustizia, di sicurezza, di ordine pubblico, d'igiene. Per la differenza dagli «elementi normativi»: n. 66.

La teoria della norma penale in bianco ⁽¹²⁾ oscilla tra le opposte tesi: 1) della *norma senza precetto*, che si riallaccia alla c.d. *concezione sanzionatoria* ⁽¹³⁾ del diritto penale, della cui

l'ordinamento giuridico, ed una *funzione imperativa*, in quanto impone l'obbligo di non porre in essere tali fatti. Sicché in rapporto alla funzione valutativa è possibile considerare obiettivamente antiggiuridiche anche le condotte dei soggetti non imputabili, che non possono cioè sentire l'imperativo della norma. E viene salvaguardata la fondamentale funzione imperativa della norma nei confronti dei soggetti capaci di sentirne l'imperativo.

⁽¹²⁾ G. LEONE, *Le norme penali in bianco*, in *Scritti teorico-pratici sulla nuova legis. pen. ital.*, I, Bologna, 1932; PETROCELLI, *Norma pen. e regolamento*, in *Studi De Marsico*, II, Milano, 1959, 399; PECORARO ALBANI, *Riserva di legge, regolamento, norma pen. in bianco*, ivi, 320; CARLASSARE, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Padova, 1966; CARBONI, *L'inosservanza*, cit. 185; ID., *Norme pen. in bianco e riserva di legge: a proposito della legittimità cost. dell'art. 650 c.p.*, in *Riv. it.*, 1971, 454; CERQUETTI, *Teoria degli atti giuridici previsti nella norma incrim.*, Napoli, 1973, 47; M. ROMANO, *Repressione della condotta antisindacale*, Milano, 1974, 160; PAGLIARO, *Legge pen.*, cit., 1048; MAZZA, *Riflessioni in margine all'art. 1164 c.n.*, in *Giur. cost.*, 1976, 224; CARBONI, *Profili e struttura del reato valutario*, Milano, 1979, 21; PETRONE, *La tutela pen. degli atti amm.*, Milano 1980, 57; VICICONTE, *Ris. di legge in materia pen. e fattispecie in rapporto di integrazione con atti amm.*, in AA.VV., *Sulla potestà punit. dello Stato e delle Regioni*, Milano, 1994, 55; BONINI, *L'elemento normativo nella fattispecie pen.*, Napoli 2016.

⁽¹³⁾ Secondo la antica *concezione sanzionatoria* (Hobbes, Pufendorf, Bentham, Rousseau) il diritto penale conterrebbe soltanto le sanzioni di comandi stabiliti negli altri rami del diritto, pubblico o privato (n. 240). La matrice politica è liberale classica. E si riallaccia al principio della «non ingerenza» dello Stato nella sfera privata ed alla concezione del reato come «violazione del diritto soggettivo altrui», facendo così dipendere l'antigiuridicità penale dalla antigiuridicità extrapenale. Il che significa consentire l'intervento punitivo dello Stato solo là dove vi è una violazione delle «regole del giuoco» che i privati si dettano (v. SGUBBI, *Respons. pen. per omesso impedimento dell'evento*, Padova, 1975, 17). Tale concezione è stata da tempo abbandonata, così come viene generalmente respinta la tesi (Binding) per cui i precetti, che costituiscono il presupposto della legge penale («non uccidere», «non rubare»), non sarebbero parti costitutive di questa, ma norme autonome di diritto pubblico, non facenti parte di alcun ramo del diritto. Secondo la *concezione ulteriormente sanzionatoria* (Grispigni) il diritto penale, pur avendo anche natura precettiva, perché comprende oltre alla sanzione pure il precetto, tuttavia presuppone necessariamente un altro precetto non penale. In altri termini, ogni fatto vietato dal diritto penale è ancor prima vietato da altra norma di diritto privato o pubblico, onde la sanzione penale non fa che rafforzare un'altra sanzione giuridica. Per la *concezione costitutiva o autonoma*, oggi comunemente seguita, il diritto penale ha carattere *primario* ed *autonomo*, sia perché esistono fatti che sono vietati solo dal diritto penale (es.: omissione di soccorso, bestemmia, turpiloquio, maltrattamento di animali propri), e perché non pochi valori fondamentali (individuali, collettivi, statali) attingono dal diritto penale lo statuto di «beni giuridici»; sia perché, anche quando esso tutela beni già tutelati da altri rami del diritto, li assume come propri e li riassume, dando loro una impronta particolare, compiendo nei loro confronti una valutazione nuova ed autonoma, anticipando la tutela allo stadio del pericolo (es.: tentativo). Quale più antica forma di manifestazione del diritto, il diritto penale ha prima individuato e tuttora tutela ampie categorie di beni (vita, libertà, onore, ecc.) autonomamente e senza riferimento ai concetti di altri settori dell'ordinamento. Anche se in determinati casi, specie nella «legislazione penale complementare», la sanzionatorietà del diritto penale non può essere posta in dubbio. Ed è in espansione per effetto del processo di «amministrativizzazione» del diritto penale. E si distingue tra norme: a) di *accessorietà*; b) di *autonomia*.

Cfr. ROCCO, *Sul c.d. carattere sanzion. del dir. pen.*, in *Giur. it.*, 1910, IV, 53; GRISPIGNI, *Il carattere sanzion. del dir. crim.*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1920, 225; DELOGU, *La loi pén. et son application*, Alessandria d'Egitto, 1956-57, 200 ss.; DELITALA, *Dir. pen.*, in *Enc. dir.*, XII, 1964, 1098; PEDRAZZI, *Dir. pen.*, cit., 72; LEONCINI, *Reato e contratto*, Milano 2006, 121, 174.

validità le norme penali in bianco costituirebbero appunto la conferma. Poiché tale diritto conterrebbe solo le sanzioni di precetti stabiliti da altri rami del diritto, è del tutto normale che la legge penale, anziché ripetere il precetto extrapenale, si richiami direttamente alla fonte di esso; 2) della *norma dal precetto completo*, che si riallaccia, viceversa, alla *concezione costitutiva* del diritto penale. Al fine di negare la stessa esistenza delle norme in bianco per riconfermare il carattere costitutivo di tale diritto, si è elargito ad esse l'apparenza di un precetto completo che viene ravvisato nel dovere di obbedienza emergente dalla norma, in quanto il legislatore avrebbe inteso punire la «disubbidienza come tale».

Ma sorta per altre finalità, nel nuovo quadro costituzionale l'idea di una norma senza precetto porterebbe, automaticamente, a considerare la norma in bianco *sic et simpliciter* come contraria alla riserva di legge. E, viceversa, l'idea di una norma completa porterebbe, automaticamente, ad affermarne la conformità.

Fuori da apriorismi fuorvianti, la verità è che le norme in bianco costituiscono una *autonoma categoria di norme*. Se è incontestabile che sono munite di precetto, è altrettanto vero che si tratta di precetto generico, esaurentesi in una mera enunciazione di un «obbligo di ubbidienza», senza indicare le «condotte disubbidienti». Pertanto esso ha bisogno, per concretizzarsi e divenire attuale, di essere integrato dal contenuto di atti normativi secondari: che si scriva «nero» sul «bianco». Ed è proprio in rapporto a questa peculiarità delle norme in bianco che va posto il problema della loro costituzionalità: con riferimento innanzitutto al principio della riserva di legge, poiché solo in caso di risposta positiva va poi esaminato, caso per caso, se la norma in bianco sia «integrata» dall'atto normativo di grado inferiore in termini sufficientemente «determinati» da soddisfare il principio di tassatività.

Di fronte alle opposte tesi della legittimità⁽¹⁴⁾ e della illegittimità, come soluzione compromissoria – tra la necessità pratica di integrare la legge con fonti inferiori ed il pericolo che il dinamismo del diritto penale (soprattutto speciale, quale quello economico) comporti una degradazione del sistema delle fonti – e nella rassegnazione sulla ineluttabilità del fenomeno, si richiede che il precetto amministrativo, che integra la norma penale in bianco, trovi a sua volta nella legge extrapenale «determinazioni sufficienti» (dei presupposti, contenuto e limiti), sì da porsi come svolgimento di una disciplina già tracciata dalla legge.

Ed è stata inoltre sostenuta l'assoggettabilità al controllo di costituzionalità della norma penale integrata, in modo che anche gli atti normativi integrativi vengano sottoposti al control-

⁽¹⁴⁾ Per una sintesi critica delle sent. della Corte cost.: SINISCALCO, *Ratio di «certezza» e ratio di «garanzia» nella r. di l. dell'art. 25/2 Cost.*, in *Giur. cost.*, 1969, 992; BRICOLA, *Teoria*, cit., 42; e delle posizioni dottrinali: PARODI GIUSINO, *Sulla legittimità cost. della legisl. pen. in materia di stupefacenti*, in *Indice pen.*, 1978, 382 ss.; CARBONI, *Profili*, cit., 20; BRICOLA, *Legalità*, cit., 190; MAIELLO, *Dommatica e pol. crim. nell'interpretazione in tema di ris. di l.*, in *Arch. pen.*, 1988, 331.

Un elegante espediente è stato il tentativo di salvare la legittimità delle norme in bianco, pur aderendosi apparentemente alla idea della riserva assoluta, coll'attribuire alla normativa secondaria la funzione di mero «presupposto di fatto» delle stesse. Impossibile è negare, nella specie, la funzione normativa del regolamento e degradare tale fonte di diritto a «fatto»; con conseguente preclusione del ricorso per cassazione (art. 606 c.p.p.). Dimezza ingiustificatamente la tradizionale funzione garantista della riserva di legge la tesi che ne limita la portata alla sola comminatoria delle sanzioni penali e non anche alla determinazione del fatto, che potrebbe essere rimessa ad ogni altro tipo di norma. Ciò, fra l'altro, sulla base di illazioni non conseguenziali alla pur esatta premessa che nel diritto penale la riserva di legge non è per «campo di materia» (cioè per gruppi di beni giuridici da proteggere), ma per «modo di disciplina» (connessione di sanzione penale all'illecito).

lo costituzionale: non come tali ma in quanto attengono al contenuto precettivo della norma penale, e la pronuncia di incostituzionalità ha come oggetto non un atto amministrativo, ma la legge da esso integrata. Ed è fatta così salva la garanzia del controllo di legittimità costituzionale della norma in bianco integrata. *De jure condendo* si suggerisce, altresì, di decriminalizzare le norme in bianco, comminando non meno efficaci sanzioni amministrative ⁽¹⁵⁾.

Quanto detto sopra vale anche per le norme penali sanzionatrici dell'inosservanza di *provvedimenti dell'autorità amministrativa* (es.: artt. 388/2 c.p. e 28/4 Statuto dei lavoratori).

Circa la controversa operatività della riserva rispetto alle *scriminanti*, peccano di assolutezza le opposte tesi.

Sia la *tesi negativa*, la quale per la sua indiscriminata rimessione a fonti secondarie dell'intera area della giustificazione e, quindi, della soluzione dei conflitti di interessi, non è sostenibile in base: a) né dell'invocata *ratio* della riserva, consistente nella garanzia non solo di libertà, ma anche contro l'arbitrio dell'esecutivo, altrettanto possibile e da evitarsi pure in materia di scriminanti; b) né dell'asserita loro collocabilità e, quindi, desumibilità dall'intero ordinamento, essendo solo quelle dell'art. 51 desumibili da questo ed entro i limiti sottoindicati. Sia la *tesi positiva*, la quale, per la sua indiscriminata preclusione di qualsiasi integrazione da parte di fonti secondarie rispetto a tutte le scriminanti si pone in contrasto con l'unità dell'ordinamento giuridico.

Anche in materia di scriminanti la riserva non può non valere, pur se in termini simili a quelli sopraindicati per le norme incriminatrici. Nel senso: 1) dell'illegittimità della previsione, da parte di fonti secondarie, di nuovi «*tipi*» di scriminanti (es., lo stato di necessità rispetto ai beni patrimoniali, il consenso dell'avente diritto rispetto a beni indisponibili: eutanasia, prelievi da vivente di organi a scopo di trapianto), in quanto ogni deroga alla norma incriminatrice può essere prevista, in forza del principio di gerarchia delle fonti, da fonte di grado almeno pari; 2) della legittimità dell'integrazione delle scriminanti dell'art. 51 da parte di fonti secondarie, in quanto il diritto e il dovere scriminanti, pur dovendo sempre trovare il loro fondamento ultimo nella legge, possono essere concretizzati da una legge regionale (nel rispetto però dei principi fondamentali delle leggi statali), da un regolamento esecutivo conforme alla legge, da una consuetudine richiamata dalla legge (n. 24) ⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁵⁾ Per la prima soluzione: PEDRAZZI, *Odierna esigenza econ. e nuove fattisp. pen.*, in *Riv. it.*, 1975, 1111; Corte cost., n. 26/66, 168/71, 58/75, 108/72, 282/90. Per la seconda: MORTATI, *Istit. di dir. pub.*, II, Padova, 1972, 1193; NUVOLONE, *Appunti e spunti tra precetti e sanzioni*, in *Trent'anni*, cit., I, 671; CALZOLARI, *Art. 650 c.p. e riserva di l. in materia pen.*, in *Arch. pen.*, 1971, 268.

Il principio della r. di l. vale ma anche per le *contravvenzioni*. A differenza, ad es., della Cost. francese del 1958, che, nel quadro gollista del rafforzamento dell'esecutivo, lascia la materia contravvenzionale al potere regolamentare del medesimo, che ne ha fatto ampio uso. V., BRICOLA, *Limiti di operatività della regola «nullum crimen sine lege» nel d.p. franc.*, in *Indice pen.*, 1967, 22; PADOVANI, *La «restaurazione» del principio di legalità nel d.p. franc.*, in *Foro it.*, 1974, 28 (estratto); PALAZZO-PAPA, *Lezioni di dir. pen. compar.*, cit., 97. Tendenza confermata dal nuovo c.p. francese.

⁽¹⁶⁾ Per la *tesi negativa*, v., nel primo senso: BOSCARRELLI, *op. cit.*, cit., 2; nel secondo: MARINUCCI, *Cause di giustific.*, in *Dig.*, II, 1988, 139. Per la *positiva*: GALLO, *op. cit.*, 56; PAGLIARO, *La legge*, cit., 1044; TRAPANI, *op. cit.*, 9; PALAZZO, *Cost. e scriminanti*, cit., 1061. Per la riserva relativa, nel senso suddetto: PADOVANI, *Dir. pen.*, Milano 2002, 143. Per l'ammissibilità di scriminanti di fonte regionale (n. 26): Baj-

Ciò in quanto – a differenza degli artt. 50, 52, 53, 54, aventi una funzione *costitutiva* o comunque di *disciplina* (n. 84) delle rispettive scriminanti, che, in assenza di essi, non sarebbero desumibili dai settori extrapenalici dell'ordinamento – l'art. 51 è norma (pleonasticamente) *dichiarativa* dell'efficacia scriminante delle norme sul diritto e sul dovere, poiché, nell'unità dell'ordinamento giuridico (n. 82) ed in forza del principio di non contraddizione, ciò che è dovere o diritto non può essere delitto. Onde i diritti e i doveri, scriminanti, sono ricavabili dall'intero ordinamento, secondo le regole e nei limiti, sopraindicati (pur se ristretti), della produzione normativa dei diritti e dei doveri (n. 81). Come pure il diritto aggredito, di cui all'art. 52.

E in caso di scriminante, integrata da fonte amministrativa, il controllo di costituzionalità avrà per oggetto non l'atto amministrativo integrativo come tale, ma la norma penale «reale», quale risultato cioè della suddetta integrazione.

26. *Le fonti del diritto penale italiano.* – Quanto al concetto di «legge» dell'art. 25/2 Cost., esso viene qui inteso, della dottrina ancora maggioritaria, in senso estensivo, comprensivo:

1) non solo le *leggi formali*, ossia: la Costituzione e le leggi costituzionali emanate dall'Assemblea costituente, gli atti normativi emanati dal Parlamento, cioè le *leggi costituzionali* (art. 138 Cost.) e, in particolare, le *leggi ordinarie* (artt. 70 ss.).

Pur con qualche dissenso, la dottrina e la giurisprudenza costituzionale⁽¹⁷⁾, intendendo la riserva legislativa come riserva di legge «statale», hanno sempre escluso dalle fonti del diritto penale la *legge regionale*. Ciò, oltre che per l'asserito contrasto del pluralismo delle fonti penali regionali con la «statualità» degli interessi tutelati dal diritto penale e con l'art. 120/2 Cost., per la ragione fondamentale che la funzione garantista ed egualitaria della riserva di legge, in materia tanto delicata quale quella penale, è meglio assicurata riservando al solo Parlamento, rappresentativo della intera comunità nazionale, la potestà di legiferare penalmente. Tale esclusione è stata poi espressamente sancita dall'art. 117/2 Cost. (modif. dalla L. cost. n. 3/01). Sicché la Regione, pur nell'ambito delle materie di sua competenza, sia esclusiva che concorrente, può autotutelarsi soltanto con sanzioni amministrative (Corte cost. n. 21/57). *De iure condito* una tutela penale potrà essere fornita dalla legislazione penale statale comune,

no, Fiandaca-Musco, Fiore, Marinucci-Dolcini, Nuvolone, Padovani, Palazzo, Romano, Corte cost. nn. 487/89, 355/96; Cass., 23/1/97, in *Foro it.*, 1998, II, 14. *Contra*: Bricola, Caraccioli, Grosso, Pulitanò, Vinciguerra.

⁽¹⁷⁾ VASSALLI, *Sulla potestà normativa pen. delle regioni*, in *Giur. cost.*, 1956, 587; PALADIN, *La potestà legis. reg.*, Padova, 1958; BRICOLA, *Legalità*, cit., 204; PITTARO, *Osservazioni sulla potestà legis. pen. delle regioni in relazione al principio di legalità*, in *Riv. it.*, 1971, 287; VINCIGUERRA, *Le leggi pen. reg.*, Milano, 1974; ID., *Dir. pen.*, cit., 150; ID., *La tutela pen. dei precetti reg. cinquant'anni dopo*, in AA.VV., *Dir. pen. e giurispr. cost.*, Napoli 2006, 110; BAJNO, *La legge reg. come fonte di diritti*, in *Riv. it.*, 1975, 708; NUVOLONE, *Resp. pen. per inquinamento idrico e leggi reg.*, in *Indice pen.*, 1975, 161; FUSCHI, *Aspetti problematici dei poteri delle regioni in materia pen.*, in *Riv. it.*, 1979, 1132; DI MARTINO, *Dalla «campana senza battaglia» al concorso di norme*, ivi, 1992, 994; PIERGALLINI, *Norme pen. e leggi reg.: la costruzione del «tipo»*, ivi, 1994, 457; AA.VV., *Sulla potestà punit. dello Stato e delle Regioni*, cit.; M. ROMANO, *Complessità delle fonti e sistema pen. Leggi reg., ordinam. comunitario*, Corte cost., in *Riv. it.*, 2008, 538; RUGA RIVA, *Diritto pen., regioni e territorio*, Milano 2012 (anche sull'impatto delle fonti regionali e comunali sulla conformazione ed integrazione di fattispecie penali); CONSULICH, *Dir. pen. «locale»? L'efficacia scriminante di norme di liceità di fonte regionale*, in *Riv. it.*, 2015, 2083. Per la incost. della legge regionale quale fonte di d.p.: Corte cost. nn. 21/57, 68/73, 26/66, 487/89; anche se più favorevole: nn. 58/59, 23/61, 79/77, 26/89, 437/92, 194/93.

potendo la legge regionale integrare la legge statale negli stessi limiti delle fonti secondarie statali (così, ad es., nei casi di colpa specifica per inosservanza di leggi regionali cautelari; di delitti contro la pubblica amministrazione, contenenti come elementi costitutivi i concetti di «dovere», di «atto d'ufficio», di «funzione», che anche la legge regionale può concorrere a definire; di reati relativi ad attività non autorizzate allorché la disciplina del rilascio dell'autorizzazione spetti alle regioni). *De jure condendo*, la tutela penale può essere fornita da una legislazione penale *ad hoc*, che può essere: a) *successiva* alla legislazione regionale, munendo di sanzione penale leggi o gruppi di leggi della stessa regione o di regioni diverse, già emanate; b) *preventiva*, configurando norme penali in bianco volte a sanzionare le infrazioni a leggi regionali, emanate nell'ambito delle c.d. «leggi cornice» statali. Di fronte alla difficoltà pratica della prima soluzione, per la lentezza del procedimento legislativo, e alla dubbia costituzionalità della seconda, si è pure suggerito una modifica costituzionale che conferisca potestà normativa penale alle regioni (come in Svizzera, Austria, Germania) limitatamente quanto meno alle contravvenzioni.

Una limitata eccezione all'incompetenza pen. regionale è stata introdotta per la Regione e le Province del Trentino-Alto Adige dall'art. 23 dello Statuto di detta regione (modif dalla L. cost. n. 1/1971), caduto però nell'oblio anche per il suo ambiguo significato.

La legge regionale può essere invece fonte di *scriminanti*: nel limitato senso, però, che non può modificare il sistema di scriminanti (degli artt. 50, 52, 53, 54), espressione di principi fondamentali delle leggi statuali (art. 117/4 Cost.), ma solo concretizzare il contenuto delle scriminanti dell'art. 51, in quanto il dovere e il diritto possano trovare, pur sempre nei suddetti limiti, la fonte anche nella legge regionale, per soddisfare particolari interessi della Regione (n. 25);

2) ma anche le *leggi materiali*, cioè gli atti emanati da organi diversi dal potere legislativo, ma aventi «forza di legge»: le *leggi delegate* o *decreti legislativi*, emanati dal Governo su delegazione del potere legislativo (artt. 76 e 77/1 Cost.); i *decreti-legge*, emanati su propria responsabilità dal Governo in casi straordinari di necessità ed urgenza (art. 77 Cost.); nonché i *decreti governativi in tempo di guerra*, emanati sulla base dei poteri necessari conferiti dalle Camere al Governo per la peculiarità di tale stato (art. 78 Cost.)⁽¹⁸⁾.

Pur essendosi il costituente qui discostato, per ragioni pratiche e secondo le indicazioni dell'esperienza storica, dall'ideale illuministico del monopolio legislativo del parlamento, tuttavia si ritiene (v.: Corte cost. nn. 53/61, 169/63, 26/66, 5/14), che la finalità garantista della riserva di legge non sia sostanzialmente pregiudicata e che, pertanto, anche tali atti rientrino nell'art. 25 Cost. E ciò: 1) perché, rispetto ai *decreti legislativi* e ai *decreti governativi in tempo di guerra* il Parlamento conserva, attraverso la delegazione, pur sempre la prerogativa della iniziativa e delle fondamentali scelte politiche, con controllo della Corte cost. anche sulla conformità di tali atti ai criteri della delegazione; 2) perché i *decreti-legge* sono provvedimenti

⁽¹⁸⁾ Per la presente tesi, maggioritaria, v. fra gli altri: Caraccioli, Contento, G.A. De Francesco, Fiore, Gallo, Grosso, Marini, Padovani, Pagliaro, Palazzo (pur con perplessità), Pulitanò, Riz, Romano, Trapani, Vassalli. *Contra*: Bricola, Carboni, de Vero, Fiandaca-Musco (pur se in termini dubitativi), Gambellini, Marinucci-Dolcini (con esempi di effetti negativi del decreto-legge non convertito), Picotti, Cadoppi-Veneziani. E limitatamente al solo decreto-legge: Vinciguerra, Manna. Per l'incostituzionalità della reiterazione dei decreti-legge non convertiti: Corte cost., n. 360/95; o, in assenza dei suddetti presupposti: Corte cost., n. 171/07. Vedi anche DOMENICALI, *Conferme (e future aperture?) in tema di sindacato costit. sulla decretazione d'urgenza*, in *St. iur.*, 2017, 430.

provvisori, destinati entro breve termine ad essere convertiti in legge o a perdere efficacia *ex tunc*: ma pur sempre con possibilità di abusi, a sfavore o a favore, sfruttandosi l'efficacia temporanea del decreto non convertito (n. 75) e, comunque, di effetti a danno della libertà personale, di fatto non eliminabili, verificatisi in tale periodo. La prassi costituzionale è, del resto, nel senso di affidare alla legge delegata la normativa più complessa, a cominciare dai codici (come fra l'altro avvenne col codice vigente e con progetti di riforma del c.p.: per la inidoneità dei parlamenti a svolgere una attività normativa tanto estesa e tecnica, per i lunghi tempi dell'*iter* parlamentare e per la crescente sciatteria legislativa, che vulnera la certezza, la conoscibilità e il perseguimento della finalità della legge (n. 29). Col conseguente paradosso che le assemblee legislative, concepite per esprimere la volontà nazionale e la ragione del diritto, si rivelano incapaci di formare le leggi più significative e razionali. E la conseguente esigenza di affidare al Governo la traduzione in testi normativi dei principi e criteri, fissati con rigore tecnico, chiarezza, analiticità, dalla legge delega; e la previa formulazione tecnica di tali testi da commissioni (non assembleari) ricche di competenza e realismo (n. 23).

E le perplessità, talora sollevate, circa i decreti delegati quale fonte di diritto penale, si scontrano ormai nei fatti contro nuove e possenti realtà, perché rinvigoriti tali decreti dal loro utilizzo come strumenti per l'adeguamento nazionale al multiforme ed invasivo diritto comunitario (n. 254).

Costituzionalmente censurabili sono, comunque, certe tendenze ad affievolire la riserva di legge, sia da parte del Governo con i ricorsi al decreto-legge fuori dai rigorosi e straordinari estremi della necessità ed urgenza (es.: D.L. 11/4/74, n. 99), sia da parte del Parlamento con delegazioni del tutto generiche circa la indicazione dei criteri direttivi (leggi nn. 825/71, 216/74, 42/92, 146/94). Propensione accentuatasi nel periodo dell'«emergenza». Contro tali prassi degenerative (complice lo stesso Parlamento, autoesautorantesi) il rimedio sta non nella non realistica espulsione totale delle due leggi materiali dalle fonti del dir. pen., ma piuttosto nella loro riconduzione nei rispettivi alvei costituzionali.

Pur non senza dissensi, si propende a considerare fonti penali compatibili col nuovo ordinamento costituzionale anche i *bandi militari*, emanati dalla autorità militare con forza di legge nella zona territoriale in cui si esplica il comando (artt. 17-20 c.p.m.g.). Non più, però, come potestà normativa autonoma, ma come potestà straordinaria delegata dal Parlamento nel quadro della delegazione dei «poteri necessari» al Governo *ex art. 78 Cost.* (19).

Non possono costituire fonti di diritto penale tutti gli *altri atti normativi del potere esecutivo*.

E precisamente: a) i *regolamenti*, vietando la riserva assoluta di legge non solo all'esecutivo di emettere norme penali nell'esercizio del potere regolamentare, ma allo stesso legislatore ordinario di spogliarsi del potere legislativo penale per delegarlo al potere regolamentare. Costituzionalmente censurabili sono certe tendenze a provvedere a sanzionare ipotesi criminose in via regolamentare o fuori dei limiti della delegazione (20); b) le *ordinanze*, sia quel-

(19) Così: MORTATI, *Istit.*, cit., I, 646; BALLADORE PALLIERI, *Dir. cost.*, Milano, 1976, 287; BISCARETTI DI RUFFIA, *Dir. cost.*, Napoli, 1974, 487; CARBONE, *Bandi mil.*, in *Enc. dir.*, V, 1959, 49; PIERANDREI, *Corte cost.*, in *Enc. dir.*, X, 1962, 903; SCUDIERO, *Aspetti dei poteri necessari per lo stato di guerra*, Napoli, 1969, 103; GARINO, *Bandi mil.*, in *Dig.*, I, 1987, 431; nonché: Antolisei, Pagliaro, Riz, Trapani, Vinciguerra, Venditti. *Contra*: Bettiol-Pettoello Mantovani, Marinucci-Dolcini, Palazzo.

(20) CARBONI, *Una tendenza preoccupante: ripetutamente violato dal Governo e dal Parlamento il principio di riserva di legge in materia penale*, in *Riv. it.*, 1972, 248 ss.

le emesse in circostanze normali, sia anche quelle d'urgenza emesse nello stato di pericolo pubblico (artt. 214 ss. T.U. leggi p.s.). Benché siano state considerate fonti di diritto penale, sono ora ritenute incompatibili con l'art. 25 Cost. ⁽²¹⁾.

La riserva di legge inoltre ha posto il problema dell'ammissibilità delle questioni di incostituzionalità *in malam partem*: a) sia che amplino la portata applicativa della norma incriminatrice o aggravino il trattamento sanzionatorio; b) sia che incidano negativamente sulle c.d. *norme di favore* (scriminanti, scusanti, esimenti, attenuatrici, abrogatrici o decriminalizzatrici di reati, ecc.). L'inaammissibilità è stata affermata, da parte di certa dottrina, in base alla *riserva di legge*, in quanto anche qui l'ampliamento o l'aggravamento della resp. penale sarebbero operati non dalla legge, ma dalla Corte cost. Da altra dottrina si ammette anche in materia, per evitare «zone franche», sottratte al controllo di costituzionalità, il sindacato costituzionale, nei rigorosi limiti, però, di violazione palesemente irragionevole del principio di eguaglianza da parte delle norme di favore rispetto alla scelta legislativa incriminatrice di quel tipo di condotta (non così, ad es., per l'immunità dei membri del C.S.M. per le opinioni espresse nell'esercizio delle loro funzioni, sancita a tutela del superiore interesse del buon funzionamento di tale organo). Da parte della Corte cost. fu affermata: 1) in un primo tempo (sent. n. 62/1969; 26/1975; 85/1976), l'inaammissibilità in base alla *irrelevanza* della questione per il caso *a quo*, in quanto ad esso inapplicabile, per il principio di irretroattività dell'art. 25 Cost., la conseguente disciplina più sfavorevole; 2) in un secondo tempo, l'ammissibilità rispetto alle norme scriminanti (sent. n. 148/1983; 124/1993) e, più di recente rispetto a norme incriminatrici più benevoli (sent. n. 394/2006). E ciò perché alle pronunce *in malam partem* non ostano: a) né la suddetta irrilevanza, in quanto la sentenza di accoglimento della questione è pur sempre rilevante circa la formula di proscioglimento e la motivazione (sent. n. 148/1983; 167/1993; 25/1994); b) né la riserva di legge, stante l'esigenza di non creare «zone franche» dell'ordinamento, con l'inaccettabile conseguenza del dovere del legislatore di rispettare la Cost. nel legiferare *in malam partem*, e della libertà di violarla nel legiferare *in bonam partem*. La verità è che, qui, sussiste un conflitto tra i due principi costituzionali della riserva di legge e della costituzionalità (della legalità costituzionale), risolvibile non con la suggestiva, ma formalistica, distinzione operata dalla sent. n. 394/2006 ⁽²²⁾, ma piuttosto distinguendo tra: a) i *fatti progressi* (cioè commessi prima dell'entrata in vigore della legge più favorevole, dichia-

⁽²¹⁾ In senso positivo: ROSSI, *Lineamenti*, cit., 15; MUSOTTO, *Corso di dir. pen.*, I, Palermo 1960, 33. *Contra*: ESPOSITO, *Decreto legge*, in *Enc. dir.*, XI, 1962, 864; nonché: Ballardore Palieri, Antolisei, Marinucci-Dolcini, Pagliaro (che rileva che le ordinanze di urgenza non sono mai state fonte del diritto penale, bensì solo fonti integrative della norma in bianco dell'art. 216/2 T.U. Leggi P.S.).

⁽²²⁾ La suddetta sentenza (riportata in *Cass. pen.*, 2007, 449) ritiene che l'ammissibilità del sindacato di costituzionalità: 1) non contrasti con la riserva di legge nei casi di norma favorevole in rapporto di specialità sincronica con la norma generale sfavorevole, cioè entrambe di contemporanea emanazione, poiché la dichiarata incostituzionalità della prima suddetta norma comporta la mera riespansione della seconda norma suddetta, essendo essa tuttora presente nel nostro ordinamento. Anche se l'incostituzionalità della stessa può essere dichiarata nel solo caso di violazione manifestamente irragionevole del principio di eguaglianza; 2) contrasti, invece, con la riserva di legge nel caso di norma favorevole sostitutiva della precedente norma sfavorevole, perché la dichiarata incostituzionalità di quella ripristina l'efficacia di questa, espressiva di una scelta di criminalizzazione non più attuale e quindi invasiva del monopolio legislativo. V.: ROMANO, *Commentario*, cit., 25; ID., *Complessità*, cit., 551; PALAZZO, *Legge*, cit., 26; CARACCIOLI, *Manuale di d.p.*, Padova 2005, 35; GALLO, *op. cit.*, 70; MARINUCCI-DOLCINI, *Corso*, 83; MARINUCCI, *Il controllo di legitt. cost. delle norme pen.: diminuiscono (ma non abbastanza) le «zone franche»*, in *Giur. Cost.*, 2006, 4160; PULITANÒ, *La «non punibilità» di fronte alla Corte cost.*, in *Foro it.*, 1983, I, 1806; ID., *Principio di eguaglianza e norme pen. di favore*, in *Corr. mer.*, 2007, 2009; C. PECORELLA, *Pronunce in malam partem e riserva di legge in materia pen.*, in *Riv. it.*, 2006, 343; AA.VV., *Il controllo di cost. delle norme di favore*, Pisa 2007; GIUNTA, *Corte cost. e dir. pen. nell'epoca delle democrazie maggioritarie. La problematica angolazione della c.d. disciplina di favore*, in *Giust. pen.*, 2012, II, 240.

rata incostituzionale), i quali sottostanno alla legge vigente al momento della loro commissione, poiché la retroattività della legge più favorevole, non consacrata dall'art. 25 Cost., vale per le sole leggi costituzionalmente legittime (sent. n. 64/1974; 6/1978; 8/1995; 394/2006); b) i fatti *concomitanti* (cioè commessi *durante* la provvisoria vigenza della legge più favorevole, poi dichiarata incostituzionale), rispetto ai quali più acuto è il conflitto tra i due suddetti principi e discordi le soluzioni (n. 37).

La riserva di legge non preclude, invece – secondo la Corte cost. e certa dottrina – il controllo di incostituzionalità *in bonam partem*, non solo nel caso che elimini una norma incriminatrice, ne restringa la portata applicativa o ne attenni il trattamento sanzionatorio, ma altresì nel caso che ampli la portata della norma di favore. In rapporto ai principi della riserva e determinatezza acuti sono, in particolare, i problemi sollevati dalle sentenze costituzionali – volte a supplire le inerzie legislative – c.d. *manipolative* o *additive* (*in malam* e *in bonam partem*) di elementi integrativi della norma penale, con effetti riduttivi o amplificativi della stessa, pur se a condizione (es.: sent. n. 364/88 sull'*ignorantia legis*: n. 94) che l'intervento corrisponda all'*unica* soluzione imposta dalla Cost. (in verità non sempre predeterminabile).

Circa il *diritto internazionale* si è sempre ritenuto che esso non possa costituire fonte diretta di diritto penale (n. 255). Va, però, distinto tra:

1) il *diritto internazionale pattizio* ⁽²³⁾, che, in quanto fonte esterna solo mediatamente entra nel diritto penale attraverso le necessarie *leggi di ratifica* (artt. 80, 87/8 Cost.) e di *attuazione* nell'ordinamento interno degli impegni internazionalmente assunti; 2) il *diritto internazionale consuetudinario*, che entra nel diritto penale direttamente, in forza del c.d. «ordine di esecuzione in bianco» dell'art. 10/1 Cost.: senza intervento alcuno del legislatore (ferma però la sua conformità alla Cost., sottostando esso al sindacato della Corte cost.) e con offerta al giudice di criteri interpretativi e imposizione al legislatore di provvedere alla tutela degli interessi internazionalmente protetti. Va anche ricordato che, ai fini di una più efficace tutela delle potenziali vittime e per evitare quelle «immunità» della delinquenza di Stato di tragica memoria (nn. 2, 14), il § 15 del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966 (ratificato con la L. n. 881/77 ed entrato in vigore in Italia il 15/12/78) e l'art. 7 della Conv. europea sui diritti dell'uomo (resa esecutiva in Italia con L. n. 848/55) annoverano tra le fonti di diritto penale pure il «diritto internazionale» e i «principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili». Tali enunciazioni, che rendono problematici i rapporti con l'art. 25/2 e tra questo e l'art. 10/1 Cost., subordinano, in verità, la loro effettività alla previsione da parte del diritto internazionale generale non solo degli illeciti, ma anche del tipo e misura delle sanzioni penali. Né fonti di diritto penale sono gli *atti normativi delle comunità europee*, pur potendo restringere (in via interpretativa o di scriminante) o escludere l'applicazione di norme penali interne: vedi n. 254.

La riserva di legge non vieta al legislatore di emanare leggi (incriminatrici, scriminanti, estintive) *personali* o *singolari*, dirette cioè a singoli soggetti individualmente indicati o, comunque, identificabili *a priori*, anche in rapporto a fatti commessi.

⁽²³⁾ Nonostante qualche iniziale voce contraria (QUADRI, *Diritto internaz. pubblico*, Palermo, 1963, 59; nonché, pur con riserve, CONSACCHI, *Impegni internaz. ed autonomia regionale*, in *Giur. it.*, 1960, I, 1075), in dottrina si esclude che la norma del diritto internazionale pattizio possa operare direttamente nell'ordinamento italiano e, perciò, essere anche fonte di diritto penale. V.: CARACCIOLI, *Manuale*, cit., 23; VINCIGUERRA, *Diritto*, cit., 166.

Di contrario avviso è chi ritiene, secondo il pensiero illuministico, che la «funzione legislativa» (art. 70 Cost.), debba per definizione estrinsecarsi in norme impersonali, generali ed astratte, e che pertanto tali requisiti siano essenziali alla legge. Conformemente alla dottrina e alla prassi dominanti in materia di leggi singolari extrapenali, è più corretto ritenere che la legge singolare non sia, in sé, incompatibile con la funzione legislativa e che il problema debba esser risolto in rapporto al principio di eguaglianza (art. 3 Cost.). Sicché anche le leggi penali singolari debbono ritenersi ammissibili nei rigorosi limiti in cui non violino tale principio, perché fornite di una «ragionevole» giustificazione obiettiva e, quindi, non assumano il carattere del «privilegio», odioso o favorevole che sia ⁽²⁴⁾. Per aggirare il principio di eguaglianza talora si mimetizzano sotto la veste di leggi generali quelle che nelle reali motivazioni sono «leggine» personali o corporativistiche.

27. *I principali testi legislativi. Il principio della riserva di codice penale.* – I. I principali testi legislativi. – A) La principale fonte del diritto penale vigente è costituita dal *Codice penale* (approvato con R.D. 19/10/30, n. 1398, ed entrato in vigore il 1/7/31), integrato dalle Disposizioni di coordinamento e transitorie (R.D. 28/5/31, n. 601), e dalle successive modifiche. Esso costituisce la parte preminente del *diritto penale comune*, applicandosi la maggior parte delle sue norme a tutti i soggetti. Accanto ad esso va subito ricordato l'*Ordinamento penitenziario* (L. 26/7/75, n. 354, che ha sostituito il R.D. 18/6/31, n. 787), il quale dà luogo al *diritto penitenziario* (n. 213), che tende sempre più a collegarsi col diritto penale, sostanziale e processuale.

B) Tra le tante altre fonti, che danno vita al *diritto penale speciale o complementare*, in senso lato, applicabile solo a particolari categorie di soggetti in ragione della loro qualità o della condizione giuridica in cui vengono a trovarsi, vanno ricordati: 1) il *Codice penale militare di pace* ed il *Codice penale militare di guerra* (R.D. 20/2/41, n. 303), nonché la L. 23/3/56, n. 167, e la L. 11/7/78, n. 382, modificatrici del primo; che costituiscono il *diritto penale militare*. Tale diritto, sia sostanziale che processuale, non solo di guerra ma anche di pace, presenta deviazioni dai principi razionali di un diritto penale moderno e dai valori espressi dalla Costituzione, per cui si pone il problema di un suo adeguamento costituzionale, di una specialità limitata a specifiche incriminazioni (di violazioni tipicamente professionali) e al sistema sanzionatorio; e viene posta addirittura in dubbio la ragione, in periodo di pace, della sua stessa esistenza; 2) il D.lgs. n. 74/2000, modificato dal D.lgs. n. 158/2015 e poi dal D.L. 26/10/19, n. 124, conv. , con mod., nella L. 19/12/19, n. 157, la fonte principale del *diritto penale tributario*, il quale persegue i «reati fiscali», lesivi cioè di un interesse finanziario dello Stato, ed è sottoposto a regole in parte diverse da quelle del diritto penale comune ⁽²⁵⁾; 3) il

⁽²⁴⁾ MORTATI, *Istituzioni*, cit., 297, 873, 937, 944; BARILE, *Istituzioni*, cit., 608; GRASSO, *Il principio*, cit., 13 ss. (con esempi storici di norme penali dirette a certe persone individuabili a priori in ragione della loro partecipazione a taluni fatti storici); CARBONI, *L'inosseranza*, cit., 263 ss.

⁽²⁵⁾ Cfr. per il dir. pen. mil.: VENDITTI, *Il dir. pen. mil. sul sistema pen. it.*, Milano, 1997; RIONDATO, *Dir. pen. milit.*, Padova, 1998; NUNZIATA, *Corso di dir. pen. mil.*, Napoli 2015; BENELLI, *Prospettive di riforma del dir. pen. mil.*, in AA.VV., *Dir. e forze armate* (a cura di Riondato), Padova 2006, 231; FIAN-DACA, *Quale specialità per il dir. pen. mil.?*, in *Riv. it.*, 2008, 1058; BRUNELLI-MAZZI, *Dir. pen. mil.*, Milano 2007. Per il dir. pen. tributario: MALINVERNI, *Principi di dir. pen. tribut.*, Padova, 1962; VINCIGUERRA, *Reato tribut.*, in *N. Dig. it.*, XIV, 1967, 1006 ss.; ID., *I delitti doganali*, Milano, 1963; FLORA, *Profili penali in materia di imposte*, Padova, 1979; ID., *Contrab. dog.*, in *Dig.*, III, 1989, 124; ID., *Le recenti modifiche in materia pen. tributaria, ecc.*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 19; CARACCIOLI, *I reati tribut.*, Milano

D.L. 20/7/34, n. 1400 (convert. in L. 27/5/35, n. 835), per l'istituzione e il funzionamento del Tribunale dei minorenni, con le modifiche di cui al D.L. n. 1208/38, alla L. n. 1771/65, al D.P.R. n. 448/88, ai D.lgs. n. 272/89 e 12/91, che costituiscono fonti del *diritto penale minore* (n. 189); 4) il D.lgs. 30/4/92, n. 285 (e succ. mod.), sulla disciplina della circolazione stradale (il c.d. *Codice della strada*); 5) il Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza (R.D. 18/6/1931, n. 773, con le modif. di cui ai D.L.L. 323/44 e 419/44, alla L. n. 1423/56 e al D.lgs. n. 480/94), che continua a sopravvivere nonostante gli attacchi della Corte cost. ed i progetti di riforma.

C) Tra le numerosissime leggi, in cui trovansi disseminate norme penali, vanno particolarmente segnalati: il Codice civile, i RR.DD. 14/12/33, n. 1669, 21/12/33, n. 1736, 15/12/90, n. 386 (sulla cambiale, assegni, ecc.), il R.D. 16/3/42, n. 267, ora sostituito con il D.lgs. 12/1/19, n. 14 e succ.mod. (c.d. "codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza" sul fallimento), che costituiscono fonti del *diritto penale commerciale*; il Codice della navigazione (R.D. 31/1/41, n. 327); il T.U. delle leggi in materia doganale (D.P.R. 23/1/73, n. 43, e successive modif.); la legge sulla caccia del 5/6/39, n. 1016 (modif. dalle L. n. 799/67 e 968/77) e la legge sulla pesca dell'8/10/31, n. 1604; la legge sulla stampa del 9/2/48, n. 47; il D.P.R. 9/10/90, n. 309, sugli stupefacenti; la L. 20/2/58, n. 75, sulla prostituzione; le LL. 2/12/67, n. 895, 18/4/75, n. 110, e 21/2/90, n. 36, sulle armi; la L. 9/10/67, n. 962, sul genocidio; nonché le leggi sulle assicurazioni sociali, sulla infortunistica sul lavoro, sulla disciplina dei consumi, sull'inquinamento, sull'interruzione della gravidanza, sulla procreazione assistita, la clonazione e l'ibridazione (P.s., I: nn. 8, 9, 13), in materia urbanistica, sulle associazioni segrete, ecc.

Vedi: Capitolo III. I principi della riserva di legge e di codice penale ☞

II. La riserva di codice penale. – Previsto, questo principio, dall'art. 3 *bis* c.p., inserito dal D.lgs. 1/3/18, n. 21, in attuazione della L. 23/6/17, n. 103 (art. 1/85), che delegava al Governo «l'attuazione, sia pure tendenziale, del principio della riserva di codice nella materia penale ... attraverso l'inserimento nel codice penale di tutte le fattispecie criminose previste da disposizioni di legge in vigore, che abbiano a diretto oggetto di tutela beni di rilevanza costituzionale...». E il nuovo art. 3 *bis* così recita: «Nuove disposizioni che prevedono reati possono essere introdotte nell'ordinamento solo se modificano il codice penale ovvero sono inserite in leggi che disciplinano in modo organico la materia» ⁽²⁶⁾.

Ratio: la funzione propulsiva per il ripristino della centralità del c.p. e per porre un freno alla malapianta della legislazione speciale, che sta soffocando tale codice. E sempre secondo le sollecitazioni della legge delega, il D.lgs. suddetto ha trasferito nel codice penale una serie

1980; GROSSO, *L'evasione fiscale*, Torino 1980; D'AVIRRO-NANNUCCI, *I reati nella legislazione tribut.*, Padova, 1984; AA.VV., *Respons. e processo pen. nei reati tribut.*, Milano, 1986; TRAVERSI-GENNAL, *I nuovi delitti trib.*, Milano 2000; MARTINI, *La tutela pen. della «prestazione imposta»*, Torino 2007; LANZI-ALDROVANDI, *Dir. pen. tributario*, Padova 2017; DELLA RAGIONE, *La riforma del sistema sanzionatorio pen. tributario*, in *St. iur.*, 2016, 166.

⁽²⁶⁾ DONINI, *La r. di c. (art. 3 bis c.p.) tra democrazia normante e principi costituzionali*, in *Leg. pen.*, 2018, 8; PAPA, *Dal cod. pen. «scheumorfico» alla playlist*, in *Discrimen*, 5/12/18; ID., *Codici e leggi speciali. Progettare una riforma dopo la r. di c.*, in *Riv. it.*, 2019, 417; AMBROSETTI, *Codice e leggi speciali. Progettare una riforma dopo la r. di c.*, ivi, 2019, 397; GALLO, *La cosiddetta r. di c. dell'art. 3 bis: buona idea, non così l'attuazione*, in *Dir. pen. cont.*, 20/12/18; BERNARDI, *Il nuovo principio della «r. di c.» e le modifiche al c.p.*, ivi, 9/4/2018; SEMINARA, *Codice penale, riserva di codice e riforma dei delitti contro la persona*, in *Riv. it.*, 2020, 423.

di disposizioni concernenti: 1) per la *Parte generale*, talune circostanze (quale l'aggravante del reato transnazionale: art. 61 *bis*), deroghe al bilanciamento di circostanze di reati particolarmente gravi (art. 69 *bis*), confisca c.d. allargata, già prevista dall'art. 12 *sexies* del D.L. n. 30/1992 (conv. in L. 356/1992) per i reati ivi indicati (art. 240 *bis*); 2) per la *Parte speciale*, i delitti contro la maternità (artt. 593 *bis*, 593 *ter*), contro l'eguaglianza (art. 604 *bis*, 604 *ter*), in materia di doping (art. 586 *bis*), di sequestro di persona a scopo di coazione (art. 289 *ter*), i delitti di attività organizzata per il traffico illecito di rifiuti (art. 452 *quaterdecies*), di indebitato utilizzo e falsificazione di carte di credito e di pagamento (art. 493 *ter*), di trasferimento fraudolento di valori (art. 512 *bis*), di violazione degli obblighi di assistenza familiare in caso di separazione o di scioglimento del matrimonio (art. 570 *bis*). Nonché alcune circostanze comuni, previste da leggi complementari e relative ai reati commessi per finalità di terrorismo o di eversione (art. 270 *bis*.1), con metodo mafioso o al fine di agevolare l'attività di associazioni mafiose (art. 416 *bis*.1), per finalità di discriminazione o di odio etnico, razziale o religioso (art. 604 *ter*).

Ma per un effettivo ripristino della centralità del codice penale non basta la previsione della riserva di codice (fra l'altro in una legge ordinaria e, quindi, senza la sanzione dell'incostituzionalità della prevedibile produzione continua di leggi speciali). E il trasferimento di disposizioni di legge speciali nel vigente codice. Ma richiede: 1) una poderosa *ricodificazione* del diritto penale, quale *corpus* di norme a tutela dei valori fondamentali di una civile vita associata; 2) la *complementarietà marginale* della legislazione speciale, circoscritta ai settori di materie eminentemente tecniche o della regolamentazione derogatoria avente il carattere della temporaneità o dell'eccezionalità (quali le leggi antimafia e anti-terrorismo). Onde evitare il rischio della normalizzazione, attraverso la codificazione, come diritto regolare e, quindi, della contaminazione della razionalità garantista del diritto penale. Due esigenze, che ha cercato di soddisfare lo schema del nuovo codice penale (1992). Ma cosa improbabile nei presenti tempi di persistente conflittualità ed inerzia politica, ostacolo all'incontro su valori fondamentali comuni, presupposto della ricodificazione, nonché della logorrea legislativa, della sciatteria tecnico-giuridica e di certe propensioni scientifiche per i sottosistemi (P.s., I, n. 2) ⁽²⁷⁾. E col crescente inquietante interrogativo se e o in quale misura ancora esista il diritto penale. E, comunque, sul suo stato di salute.

⁽²⁷⁾ MANTOVANI, *Sulla perenne esigenza della ricodificazione*, cit.; Id., *Verso un nuovo cod. pen.*, in Atti del Convegno (Firenze, 1995) su *Democrazia e giustizia italiana*, Firenze, 1997, 36.

L'estratto che stai consultando
fa parte del volume in vendita
su **ShopWKI**,
il negozio online di **Wolters Kluwer**

[Torna al libro](#)



CEDAM

IPSOA

UTET[®]
GIURIDICA

il fisco

 ALTALEX