

FERRANDO MANTOVANI

EROSIONE DEL PRINCIPIO DELLA RISERVA DI LEGGE,
INTERROGATIVI E RIMEDI ^(*)

SOMMARIO: 1. La funzione del principio della riserva di legge. – 2. La «costante» storica della finalità garantista e la «variabile» della *ratio* di garanzia. – 3. La reiezione della riserva di legge negli ordinamenti dittatoriali e totalitari. – 4. L'attuale erosione della riserva di legge negli ordinamenti democratici liberali. – 5. Le cause dell'erosione. – 6. Gli inquietanti interrogativi e i possibili rimedi. – 7. Considerazioni conclusive.

1. *La funzione del principio della riserva di legge*

Nei moderni ordinamenti liberaldemocratici, di *civil law*, il principio di legalità si articola – come è noto – in tre principi specifici, interdipendenti ed inscindibili, perché funzionalmente diretti ad un'unica finalità garantista, pur se operanti nei 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-determinatezza*; 3) il *principio di irretroattività*.

Per quanto concerne, più specificamente, il *principio della riserva di legge*, esso, di fronte alla pluralità di possibili fonti normative, intende riservare il *monopolio legislativo penale* al Potere legislativo. Con la duplice conseguenza di escludere dalle fonti del diritto penale: 1) innanzitutto le fonti non scritte; 2) nonché le fonti scritte diverse dalla legge (o dagli atti aventi forza di legge), cioè ogni altro atto normativo del potere esecutivo, della pubblica amministrazione.

La funzione del suddetto principio consiste, pertanto, primariamente non nella salvaguardia della certezza giuridica, come non si è mancato di affermare, cui provvedono invece, sotto i rispettivi profili, i principi di tassatività-determinatezza e di irretroattività della legge penale. E ciò per la duplice ragione: 1) perché la legge penale, come è sovente accaduto nella esperienza legislativa italiana, specie recente, può essere di contenuto del tutto incerto, per la genericità, vaghezza, oscurità della sua formulazione, mentre una fonte scritta sub-legislativa, quale un atto regolamentare del potere esecutivo, ben può essere, come sovente avviene, più precisa e tassativa della legge; 2) perché, concepita la

^(*) Il presente scritto è destinato agli Studi in onore del Professor Lorenzo Morillas Cueva, Cattedratico di diritto penale nell'Università di Granada.

legge in funzione di certezza, si farebbe salva la possibilità di una disciplina penale regolamentare, anche diretta ed autonoma, del potere esecutivo, che è proprio ciò che con tale riserva si è sempre inteso evitare.

Con l'attribuzione del *monopolio della criminalizzazione* al Potere legislativo si è inteso perseguire il duplice scopo: 1) di evitare, respingendo le fonti materiali e subordinando il giudice alla legge, una prima possibilità di *arbitrio del potere giudiziario* (alla seconda possibilità, insita nell'incertezza della legge, provvede il principio di tassatività-certezza); 2) di evitare, ancor prima, l'*arbitrio del potere esecutivo*: il «soggetto costituzionalmente più pericoloso».

2. La «costante» storica della finalità garantista e la «variabile» della ratio di garanzia

Nella storia del principio della riserva di legge la finalità della garanzia è sempre stata una costante: fin dai primordi.

Già nella speculazione greca l'idea della «legge» – come non si è mancato di rilevare – venne intesa quale simbolo di razionalità, scudo contro l'arbitrio del potere e garanzia di eguaglianza di trattamento rispetto alle decisioni caso per caso, prese sulla base delle mutevoli valutazioni soggettivistiche e non esenti dalle influenze delle passioni. E l'istanza legalitaria trova precedenti storici anche nel diritto romano, in quello comunale e nella criminalistica medievale. Ed anticipazioni fin dalle prime Carte medievali di libertà, 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 feudale) o tramite rappresentanti.

Ma il moderno principio della riserva fu una conquista, nell'ambito del più generale principio di legalità, del pensiero illuministico-liberale quale reazione allo strapotere dello Stato di polizia e nuova garanzia della libertà del cittadino. Fino ad assurgere ad idea-forza degli ordinamenti liberaldemocratici, con la conseguente «costituzionalizzazione» nelle Costituzioni, ancor più se rigide, e il solenne riconoscimento in Carte europee ed internazionali.

Mutevole, però, nel tempo, l'individuazione della *ratio essendi*, del fondamento del principio della riserva di legge. Col passaggio da visioni idealizzate a visioni più realistiche del suddetto principio.

Nella visione «ottimistica» dell'Illuminismo democratico tale principio si fondava sulle seguenti idee-base (da riconsiderare per vedere se e quanto delle originarie motivazioni di esso restino oggi valide): 1) la *limitazione delle libertà individuali* nella misura strettamente necessaria *pro bono pacis*; 2) la *tripartizione dei poteri* dello Stato; 3) la *supremazia del potere legislativo*, in quanto rappresentante di

tutta la «società unita» per contratto sociale e, come tale, incapace di essere ingiusto verso se stesso; 4) la *intrinseca giustizia della legge*, perché per definizione postula la compenetrazione del diritto naturale nel diritto positivo; 5) la *garanzia della massima certezza*, essendo la libertà la regola e la pena l'eccezione; 6) l'assoluta *subordinazione del giudice alla legge penale*, con la preclusione della stessa interpretazione da parte del giudice, mera «bocca della legge»; 7) l'*inammissibilità di controllo sulla legge* affidato ad una giurisdizione autonoma rispetto all'assemblea legislativa.

Smentite dagli ostinati dati di realtà, sono venute meno certe «illusioni illuministiche» sulla reale tripartizione dei poteri, sulla non pericolosità del potere legislativo (identificantesi con la maggioranza parlamentare e le forze di governo), sul garantismo e supremazia della legge (espressione della maggioranza politica e da limite al potere esecutivo, divenuta strumento anche di governo): con la sua possibile illegalità sostanziale (anche se varata secondo le procedure costituzionali).

Ma pur nell'attuale realtà politico-costituzionale la riserva di legge ha conservato una sua validità garantista. Mutando però la *ratio* della funzione di garanzia, individuata non più o non tanto nell'ideale del potere legislativo, rappresentativo dell'«unione» dell'intero popolo. Bensì nella realtà del potere legislativo come lo specchio più fedele (o meno infedele) del corpo sociale e, comunque, come centro dialettico della maggioranza o della minoranza, tendendosi anche 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. Ma restando, comunque, ferma la convinzione che la rappresentatività del Parlamento, coinvolgente nelle sue decisioni la maggioranza e minoranza e lo stesso procedimento legislativo, fondato sul dibattito parlamentare e snodantesi attraverso plurimi vagli critici, facciano ancora oggi del potere legislativo, nonostante la crisi di rappresentatività dei cittadini e i *deficit* di democraticità, quello più idoneo a garantire il cittadino contro arbitri e limitazioni della propria libertà e dei propri diritti. O, comunque, il «costituzionalmente» meno pericoloso. Garanzie individuate, altresì, nel controllo di costituzionalità della legge ad opera della Corte costituzionale e nel controllo nel merito mediante il *referendum* abrogativo.

3. La reiezione della riserva di legge negli ordinamenti dittatoriali e totalitari

Nella sua storia il principio della riserva di legge ha subito erosioni e reiezioni. Una prima scossa al suddetto principio di legalità, nella rigidità concepita dal liberalismo classico, si è avuta con l'irrompere del Positivismo penale e il conseguente spostamento del centro di attenzione dal delitto al delinquente e dalla pe-

na retributiva alle misure di prevenzione speciale. Per la verità, il suddetto principio non fu mai ripudiato dalla Scuola positiva, che «politicamente» continuò a ravvisare nella legalità formale una difesa dell'individuo contro l'onnipotenza statale e la forza bruta della maggioranza. Tuttavia nella nuova prospettiva di un diritto penale impostato sulla lotta contro la pericolosità criminale del soggetto, il fondamento logico-giuridico del *nullum crimen nulla poena sine lege* viene necessariamente incrinato rispetto, anzitutto, alla tassatività del fatto e, soprattutto, alla determinatezza delle conseguenze penali. Ed in materia di pericolosità sociale la legalità formale e il divieto di analogia venivano a mancare del fondamento logico-giuridico.

Ma motivo di profonda meditazione e di eloquente monito è la costante storica della reiezione del principio della riserva di legge nella sua funzione garantista nei regimi dittatoriali e, ancor più integralmente, nei regimi totalitari.

Già con l'avvento dei regimi dittatoriali europei dello scorso secolo il principio in questione ha subito, così in Italia, una reiezione, per così dire, parziale, poiché, pur non essendo formalmente respinto come tale, è fatto oggetto di una mutazione genetica della sua *ratio essendi*. A riprova della polivalenza di una identica categoria giuridica, il principio della riserva di legge è concepito non più nella sua primaria funzione garantista, ma innanzitutto in funzione autoritaria, antilluministica e antigiusnaturalistica, quale statocentrica affermazione del primato della legge di uno Stato autoritario, che non ammette altra fonte del diritto al di fuori delle leggi da esso emanate, manifestazioni uniche ed inderogabili della sua volontà. E in contraddizione con una concezione garantista del suddetto principio: la previsione nei codici e nella legislazione penale speciale di figure di reato, fortemente politicizzate, vaghe, onnicomprensive, veicoli per raccordare la legge penale alla ideologia autoritaria e strumenti per la sua difesa.

Ma la proclamata ed integrale reiezione del principio della riserva di legge si ebbe nel periodo tra le due guerre mondiali. Ove la crisi del vecchio Stato liberale, con l'affermazione di nuove concezioni dei rapporti tra individuo e Stato e con una più chiara coscienza critica del carattere formale del garantismo liberale, porta alla nascita del *totalitarismo*, tragica connotazione del secolo scorso, che dà l'avvio al *totalitarismo penale*, con epicentri nella Unione sovietica e nella Germania nazionalsocialista.

A) Nell'Unione sovietica e poi nei vari Paesi socialisti, il *diritto penale socialista*, fondato sul marxismo-leninismo e con la critica marxista al «feticismo borghese della legalità formale» e il passaggio alla «legalità sostanziale», si snoda attraverso le tre fasi: 1) la fase dello scontro rivoluzionario, con *rifiuto della legalità formale tout court* attraverso l'abrogazione della legislazione penale zarista e la creazione giurisprudenziale del diritto, con la propria fonte nella «coscienza socialista» della giustizia; 2) la fase dello *sforzo di costruzione di una nuova legalità*

rivoluzionaria classista, volta a realizzare la difesa ed i fini progressivi della dittatura del proletariato. Con la prima formalizzazione nei Principi direttivi del diritto penale, circoscritto alla sola parte generale e rimettendo ancora alla coscienza rivoluzionaria del giudice la determinazione dei fatti criminosi. E si perviene alla costruzione di un sistema penale – conclusasi la guerra civile con l’affermazione del nuovo potere sovietico – soltanto col Codice penale del 1922, fondato su una concezione materiale del reato, comprensiva di ogni condotta pericolosa per l’ordinamento socialista e col ricorso all’analogia in assenza di una norma incriminatrice. E la coscienza giuridica socialista, degradata da fonte primaria del diritto, resta pur sempre lo strumento integrativo della legge, attraverso cui il giudice arriva alla essenza sociale dei fatti, e la legalità rivoluzionaria realizza la «conformità allo scopo»; 3) la fase, coincidente con la stabile strutturazione della nuova società socialista e col disgelo poststaliniano, del *tentativo di recupero del principio di legalità*, con l’intento di sfuggire alle precedenti fratture della certezza giuridica come pure agli eccessi della astrattezza del formalismo legislativo, fondando l’applicazione della legge sulla rilevanza sociale del fatto. E col Codice del 1960 si ripristina il principio del *nullum crimen, nulla poena sine lege*, col divieto dell’analogia e della retroattività della legge penale, e si conserva il valore pratico della nozione materiale del reato soltanto a favore del reo, non considerandosi reati i fatti ritenuti socialmente non pericolosi. Caduto il comunismo, la nuova fase di transizione verso un ordinamento democratico-garantista ha prodotto il codice penale della Federazione russa del 1996, con una più integrale riaffermazione del principio di legalità-tassatività. Analoghe fasi sono riscontrabili anche negli altri Paesi comunisti, Cina compresa.

B) Ma la più radicale reiezione del principio di legalità nelle sue tre componenti della riserva di legge, della tassatività-determinatezza e dell’irretroattività, si ebbe nella Germania nazionalsocialista. Ove, senza cambiamento legislativo totale, ma con una riforma parziale dei testi legislativi, si trasformò il codice penale liberale del 1871 nel codice del totalitarismo nazista. Metamorfosi operata, anzitutto, con la sostituzione del paragrafo 2, consacrante il principio del *nullum crimen, nulla poena sine lege*, con una nuova formulazione, incriminatrice non solo dei fatti dichiarati espressamente punibili, ma anche di chi si merita punizioni secondo il pensiero fondamentale di una legge penale e secondo il «sano sentimento del popolo». Fonte, quest’ultima, amplissima e così vaga, che non solo superò l’ambito di una vera e propria analogia, ma che trovò la suprema espressione nella volontà del capo (*Führer*). I cui ordini, anche informali, finirono per abolire non solo la certezza del diritto, ma la stessa «giuridicità», fino al terrorismo penale nazista e all’impunità o alla doverosità della violenza pure dei lager e degli olocausti. Col crollo del regime nazista si ritornò subito al ripristino, da parte della stessa Commissione alleata di controllo, del testo originario del suddetto par. 2.

Dalle paradigmatiche vicende soprariferite due le *costanti storiche emergenti*, di una forte valenza pedagogica: 1) il ripudio del principio di legalità, nelle sue tre componenti garantiste, ad ogni avvento di regimi autoritari e totalitari; 2) la riaffermazione del suddetto principio ad ogni ritorno allo Stato liberaldemocratico.

4. *L'attuale erosione della riserva di legge negli ordinamenti democratici liberali*

Nei tempi presenti si è riproposto in termini nuovi il fenomeno dell'erosione del principio della riserva di legge, della tassatività-determinatezza e, conseguentemente, dell'irretroattività. Novità, individuabile ed individuata in una «rete normativa», complessa, legislativa, sublegislativa ed internazionale: un intreccio di fonti, cui non si sottrae nemmeno il diritto penale. Con un primo paradosso: che tali principi, sopravvissuti, nei regimi liberaldemocratici, a tutti gli attacchi frontali (della critica ideologica, psicoanalitica, scientifica) e recuperati dalla moderna dottrina nel loro valore garantista, sono oggi vulnerati – ironia della storia – nonostante la loro espressa consacrazione in Costituzioni, addirittura rigide, quale quella italiana.

Quanto poi al loro *grado di erosione*, si parla, a seconda delle diverse accennazioni, di «crisi o, addirittura, di eclissi» o, soltanto, di «relativizzazione», essendo il suddetto principio operante in misura diversa, nella sua assolutezza, nel medesimo diritto punitivo, penale, amministrativo e civile. E circa la *valutazione*, il fenomeno erosivo è considerato negativamente, come perdita valoriale e motivo di inquietudini, oppure con rassegnazione per la sua inevitabilità di fronte al nuovo che avanza. Quando non anche positivamente, con l'auspicio, sotto l'onda altresì dell'antipolitica e delle «miserie del legislatore», di un maggior pluralismo delle fonti. Nell'implicita convinzione dell'utile collettivo, derivante dall'integrazione del diritto penale ad opera innanzitutto del giudice nazionale e comunitario. E sotto l'effetto inebriante di questo «nuovo che avanza», il solo fatto del porsi l'interrogativo circa i rischi del sacrificio delle garanzie democratico-rappresentative del principio della riserva di legge viene considerato uno «scrupolo veteroilluminista».

5. *Le cause dell'erosione*

A questo proposito occorre, innanzitutto, distinguere, per così dire, tra: 1) le *cause indirette*, perché concorrono ad indebolire la *ratio* democratico-garantista della riserva di legge. Riscontrabili anche fuori dei confini italiani e ravvisate nei

mutamenti della democrazia reale, costituiti dal declino della centralità del Parlamento e della sua crescente inettitudine a fungere da luogo istituzionale di esempio della razionalità discorsiva; dalla perdita di capacità progettuale e di attitudine innovativa della politica; dall'indebolimento dei partiti e dalle derive populistiche delle maggioranze governative; dalla tendenza alla personalizzazione e alla mediatizzazione della politica; dallo scadimento delle qualità e del livello culturale e professionale del personale politico; 2) le *cause dirette*, perché concorrono direttamente alla erosione della riserva di legge e del più generale principio di legalità anche nelle ulteriori componenti della certezza e della non retroattività. E rispetto alle quali occorre ulteriormente distinguere: a) le *cause endogene*; b) le *cause esogene nazionali*, sovranazionali e internazionali.

A) *Endogene* sono le cause interne alla stessa legge e costituite dalla *patologia della legislazione penale*, esistendo uno stretto rapporto direttamente proporzionale tra la suddetta patologia e l'erosione giurisprudenziale della riserva di legge. E consistente, tale patologia: 1) nella inflazione legislativa, dovuta ad una logorica produzione, senza tregua e senza riposo, di leggi, non di rado più simboliche che necessarie, volte a declamare la sollecitudine politica a contrastare certe forme di criminalità o a rispondere a certe istanze sociali di sicurezza; 2) nella *endemica instabilità della legislazione* per il susseguirsi di regolamentazioni, abrogazioni, modificazioni, neo-regolamentazioni; 3) nella *sciatteria* linguistica ed *oscurità* del prodotto legislativo, per incultura od incuria tecnico-giuridica; 4) nella *legislazione per «clausole»*, ispirata a principi etico-sociali e ormai caratteristica dei moderni ordinamenti, rimettendosi alla discrezionalità dei giudici le scelte non effettuate dal legislatore; 5) nella *indeterminatezza della norma penale*, essendo la norma indeterminata non un *prius*, ma un *posterius* rispetto al concreto agire umano, poiché rimette al giudice la determinazione del contenuto precettivo della stessa caso per caso; 6) nella *decodificazione*, con la sovrapposizione sul tronco del codice penale della mala pianta della *legislazione speciale*, fino a privarlo della sua centralità. Col secondo paradosso: che tale codice finisce per essere, spesso, lo strumento meno usato nella pratica giudiziaria, con profonda alterazione della *complementarietà* delle leggi speciali; troppe, complesse confuse, sovrappoventesi, instabili. E siffatto scadimento del Parlamento nella tutela del principio di legalità comporta un terzo paradosso: della irrinunciabile funzione di garanzia del principio della riserva di legge, purché il Parlamento provveda non alla formulazione tecnica dei testi legislativi, ma al solo «controllo» garantista della produzione legislativa.

B) *Esogene nazionali* sono le cause di erosione esterne alla legge penale, ma pur sempre interne all'apparato statale. Consistenti nella proliferazione delle fonti normative, attribuite:

1) al crescente *ruolo del potere esecutivo* nell'attività normativa per la *tecnicizzazione* delle moderne società, richiedente conoscenze e competenze proprie degli apparati ministeriali; per la necessità di fronteggiare in modo rapido ed efficiente la complessità tecnica dei problemi; per l'esigenza di conciliazione di interessi potenzialmente collidenti, operata attraverso l'imprescindibile intervento di atti della pubblica amministrazione. Nonché nella eterointegrazione della fattispecie incriminatrice ad opera di fonti legislative extrapenali o sub-legislative, come tali erosive dell'assolutezza della riserva di legge;

2) nella *creatività normativa giurisdizionale*, concetto che però, per il suo significato imprecisato, polivalente, viene usato per indicare realtà diverse o contrapposte nell'ambito della crescente espansione dei poteri giudiziari, segnata dal passaggio illuministico del «giudice-bocca della legge» al più realistico «giudice-interprete della legge», fino all'inquietante «giudice-creatore di diritto penale». E, quindi, da creatività giurisdizionali non erosive a creatività giurisdizionali erosive o, addirittura, demolitrici della riserva di legge, anche se non sono sempre nitidi i confini di tale fondamentale distinzione. Non contrasta con la riserva di legge la *creatività giurisdizionale interpretativa*, stante la inevitabilità della interpretazione della legge, sia per la sua «genericità» ed «astrattezza» rispetto al caso concreto, sia per la presenza, in ogni parola di legge, di un «nucleo» di evidente chiarezza e di un «alone» di significati variabili. E, conseguentemente, la non riduzione dell'attività interpretativa ad una mera operazione «ricognitiva», e la insopprimibilità di un suo «margine di creatività», contribuendo a costruire, nella realtà del momento storico, la «norma». Pur sempre restando, a differenza dell'analogia, nell'ambito della disposizione di legge, anche se dilatata, come nell'interpretazione estensiva, sino al limite della sua massima estensione. Contrasta, pertanto, col principio della riserva di legge non la suddetta ineliminabile indeterminatezza insita nella legge, quando, quale che siano le tecniche di formulazione e gli elementi utilizzati (rigidi o elastici, ma non vaghi, indeterminati, etico-emotivi, cari ai regimi dittatoriali, totalitari, fondamentalisti), la fattispecie raggiunga – presa nel complesso dei suoi segni linguistici e ad interpretazione compiuta – il grado di determinatezza necessario e sufficiente a consentire al giudice di individuare il tipo di fatto predeterminato nella sua unità di disvalore. Ma contrasta col suddetto principio la indeterminatezza al livello dello stesso precetto generale ed astratto, precludendo di stabilire già *a priori* ciò che è lecito o vietato.

Sono invece erosive, ma non distruttive, della riserva di legge, perché pur sempre ancorate ad un disposto legislativo: 1) la *creatività giurisprudenziale della «supplenza giudiziaria»*, concretantesi: a) nella attribuzione legislativa al giudice di poteri «delegati» di politica criminale, da parte di un legislatore non in grado di elaborarli, per la composizione di aspri conflitti; b) nell'*intervento innovativo diretto*, da parte del giudice, per la tutela di interessi emergenti, ma non ancora legislati-

vamente riconosciuti per i cronici ritardi del legislatore, attraverso la c.d. «interpretazione evolutiva» di vecchie fattispecie, incriminatrici o scriminanti, nate e concepite per altre finalità di tutela.

Ma una vera e propria reiezione della riserva di legge e frattura del vincolo di soggezione del giudice alla legge hanno avuto luogo con l'esperienza della creatività giurisprudenziale della eufemistica «interpretazione costituzionalizzata», che, in nome dell'adeguamento del diritto ai cambiamenti storici e ai principi costituzionali, assume a fonte del diritto non la legge penale ordinaria, doverosamente interpretata secondo la Costituzione, ma i principi, i valori e le finalità, sanciti o postulati dal testo costituzionale, ai quali si pretende di dare immediata applicazione giurisprudenziale, nel duplice senso della elargizione di particolari tutele o di scriminare fatti previsti dalla legge penale come reati, al fine di risolvere conflitti altrimenti insanabili alla stregua delle scriminanti codificate. Col compimento, così, non dei doverosi atti di giurisdizione (del *jus dicere*), cioè di applicazione della legge, ma di autentici atti di sovranità (del *jus facere*), cioè di creazione del diritto. E per la duplice ragione, stante il vigente ordinamento italiano: *a*) che i cambiamenti storici e i segni dei tempi debbono essere vagliati dal legislatore parlamentare, l'unico organo costituzionale investito del potere di adeguare la legislazione al «nuovo che avanza» (se meritevole di considerazione giuridica); *b*) che compito del magistrato, non meno essenziale, è di applicare le leggi interpretate, sì, secondo i principi della Costituzione. Nei limiti, però, in cui gli è consentito dal testo di legge. O, altrimenti, rimettere al giudizio della Corte costituzionale le ritenute incompatibilità della legge con la Costituzione.

C) *Esogene sovranazionali o internazionali* sono le cause di erosione della riserva di legge, costituite da fonti normative del diritto europeo comunitario (pur non essendo fonte di diritto penale europeo) o del diritto internazionale e del conseguente raccordo ed adeguamento del diritto interno alla suddetta normativa. Rispetto alla quale occorre, però, distinguere tra: 1) la normativa comunitaria o internazionale con *incidenza indiretta* sul diritto penale interno (quali le convenzioni europee, le direttive comunitarie generiche, le decisioni-quadro e il diritto internazionale pattizio), la quale, richiedendo una trasposizione legislativa statale, non contrasta almeno formalmente con la riserva di legge. Anche se ne stemperano la sostanza, trattandosi di obblighi di criminalizzazione, che di fatto espropriano il singolo parlamento sia dell'iniziativa legislativa, sia della scelta del contenuto della tutela penale e della politica criminale; 2) la normativa comunitaria con *incidenza diretta* sul diritto penale interno, perché, non bisognosa della suddetta trasposizione legislativa ed in forza del primato del diritto comunitario (come interpretato dalla giurisprudenza comunitaria), che impone al giudice interno l'adozione di interpretazioni conformi alla suddetta normativa o la disapplicazione della legge statale in caso di contrasto col diritto comunitario, non su-

perabile in via interpretativa. Similmente per il diritto internazionale consuetudinario, che entra direttamente nel diritto penale italiano in forza del c.d. «ordine di esecuzione in bianco», di cui all'art. 10/1 della Costituzione (fermo però la sua conformità alla Costituzione, sottostando esso al controllo della Corte costituzionale), con l'offerta al giudice di criteri interpretativi e l'imposizione al legislatore di provvedere alla tutela degli interessi internazionalmente protetti.

6. *Gli inquietanti interrogativi e i possibili rimedi*

I fenomeni sopraelencati di erosione, di allontanamento o di abbandono del principio della riserva, se da un lato impongono una doverosa presa di atto, concernendo essi lo stato di salute di tale principio, da altro lato pongono una serie di interrogativi.

A) E precisamente: 1) se i suddetti fenomeni, nelle loro attuali dimensioni, siano maggioritari o minoritari. E la risposta appare essere, non inverosimilmente, nel primo senso, concernendo ancora specifici settori normativi e non l'intero sistema penale, legislativo e giudiziario, contrassegnato tuttora da un'ampia osservanza della riserva di legge: anche nell'ordinamento italiano e non di meno, se non andiamo errati, negli altri ordinamenti europei; 2) se tale principio continui a costituire, nella complessità delle attuale realtà, un «valore», pur coi suoi ridimensionamenti valoriali rispetto alle originarie concezioni ottimistiche e senza enfattizzazioni e mitizzazioni. Interrogativi, la cui risposta è positiva, almeno secondo la dottrina maggioritaria italiana, anche in forza del memore dato storico della duplice costante, che ne segna la vita: il ripudio del principio della riserva di legge e, più in generale, dell'intero principio di legalità, con l'avvento dei più penetranti totalitarismi ed il ripristino di tali principi col ritorno alle libertà democratiche; 3) se, ancor prima, esista a tutt'oggi una *possibile alternativa* in grado di assicurare quel «tanto di garanzia», assicurato dal principio della riserva di legge (specie se assoluta), e sostitutiva di tale principio. La risposta è fondamentalmente negativa, perché le prospettive dischiuse dall'allontanamento del diritto penale dal suddetto principio sono nel senso che esso serve, come ha sempre servito, non per assicurare una maggior giustizia, ma per cumulare l'arbitrio del legislatore e l'arbitrio del giudice. E sempre resta il problema di fondo, quando si esce dai confini della legge, di quali sono le altre fonti del diritto penale, 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 correzioni filosofiche della realtà, ciò che finisce per decidere è l'ideologia dell'interprete, dottrinale e giurisdizionale, o il finalismo dello Stato. E secondo l'ordinamento italiano il principio

della riserva di legge, perentoriamente affermato dall'art. 25 della Costituzione, impedisce di sbarazzarsi del legislatore. E se le suddette premesse hanno un fondamento, ne sono conseguenti corollari: 1) innanzitutto, non solo la non difesa e, ancor più, la non condivisione e non auspicio di ulteriori sviluppi erosivi del principio della riserva di legge, ma anche la *enfaticizzazione dell'ineluttabilità* dei fenomeni erosivi, favorendo ed incrementando così o addirittura legittimando le tendenze giurisdizionali, sopra esaminate, ad una «interpretazione creativa», col conseguente passaggio dal «diritto vivente» al «diritto libero». Come pure la non opposizione al processo di «europeizzazione» del diritto penale per l'eccepcito *deficit* di democraticità; 2) la ricerca e l'individuazione di un *sistema di rimedi* non solo per contenere i suddetti fenomeni erosivi e per ridurne le distorsioni, ma per la ricostruzione del principio della riserva di legge nella nuova realtà della pluralità di fonti, con il recupero della legalità coinvolgente non solo le fonti interne, ma anche le fonti comunitarie. Il problema, quindi, non è l'abbandono del principio della riserva di legge, pur se ammaccato, ma la sua rivitalizzazione, curandone le ammaccature o comunque quelle più profonde.

B) Sul piano teorico ed astratto, appaiono se non sufficientemente agevoli, almeno non impossibili:

1) i *rimedi contro le cause erosive endogene*, eliminabili con l'eliminazione della «patologia della legislazione penale»: dell'inflazione e della instabilità legislativa, con la ricodificazione e con la ripristinata centralità del codice penale e la complementarietà marginale della legislazione speciale, giustificabile se circoscritta ai settori delle materie eminentemente tecniche e alla legislazione derogatoria con carattere di temporaneità ed eccezionalità e dell'emergenza; della *sciatteria linguistica*, con formulazione delle norme penali secondo chiarezza-determinatezza e con la correttezza ed uniformità del linguaggio usato, da affidare alla competenza tecnica dei formulatori dei testi legislativi, dotati della capacità di essenzializzazione e semplificazione in lucide sintesi;

2) i *rimedi contro le cause erosive esogene nazionali*: dei ritardi legislativi rispetto alle esigenze di tutela, con lo sveltimento del processo di produzione legislativa, attraverso anche l'abolizione del sistema bicamerale vigente in Italia. Cause eliminabili innanzitutto riportando l'attività giurisdizionale nel suo alveo istituzionale, costituito dalla applicazione della legge, con quell'ineliminabile coefficiente di «creatività interpretativa». Ma non dalla «creatività giurisdizionale del diritto», attività non consentita, anche costituzionalmente, al giudice. E che resta una funzione impropria della magistratura, anche quando è dovuta a «patologia legislativa» (favorendo le leggi indeterminate, oscure, illeggibili e le supplenze giudiziarie, la creatività del giudice). Erosione della riserva di legge superabile non con la legittimazione di tale impropria funzione, perché attribuibile a cattiva gestione del potere legislativo, bensì con la eliminazione di tale gestione;

3) i *rimedi contro le cause erosive esogene sovranazionali*, di meno agevole e più complessa attuazione, poiché le fonti normative comunitarie, non solo non sono ovviamente eliminabili, ma sono destinate ad intensificarsi con l'intensificazione del processo di integrazione europea, con la conseguente accentuazione dell'erosione del principio della riserva di legge. E stante la non eliminabilità delle suddette fonti e tenuto, altresì, conto che l'elaborazione, la formulazione e l'approvazione delle normative comunitarie sono operate dalla attività congiunta (la c.d. codecisione) non solo del Parlamento, rappresentativo dei popoli europei, ma soprattutto di istituzioni rappresentative dei governi e che esprimono il «Governo» della Comunità stessa, il rimedio che si propone è il seguente. L'elaborazione, per cominciare, di una legalità comunitaria, costruita su basi democratiche all'interno di una ricostruzione dell'intera costruzione europea. Con l'auspicio, quindi, di un'evoluzione istituzionale, che assicuri al Parlamento la stessa funzione legislativa, spettante oggi ai Parlamenti nazionali: con le leggi penali incentrate sul principio di legalità (riserva di legge, tassatività-determinatezza, irretroattività). Sicché la «copertura legislativa» della norma penale sarebbe assicurata, direttamente all'origine, al livello europeo, innanzitutto per quanto concerne la normativa comunitaria con incidenza diretta sulla legislazione penale interna.

7. *Considerazioni conclusive*

Tutto ciò premesso e passando dal piano teorico ad astratto al piano pratico e concreto, imprescindibile è l'interrogativo: se gli Stati coinvolti siano in grado e abbiano la volontà di attuare i rimedi adeguati per il recupero e la salvaguardia del principio della riserva di legge, nella sua dimensione nazionale e comunitaria, inimmaginabili senza una profonda inversione giuridico-politico-culturale. O se, viceversa, lascino sviluppare, per inerzia, rassegnazione, impotenza o non volontà, il processo di logoramento del suddetto principio, non sembrando muoversi le moderne società, sempre più complicatorie e destabilizzanti, verso una siffatta inversione giuridico-politico-culturale: nel quadro di un più generale «disordine giuridico».

Il futuro deciderà se l'attuale tendenza espansiva di questo «disordine giuridico» resterà soltanto una fase acuta, e quindi transitoria, coincidente con una crisi della nostra civiltà. O, invece, una crisi cronica e progressiva, per cui, attraverso nuovi sviluppi, sarà destinata a caratterizzare stabilmente i nostri ordinamenti giuridici, facendosi dell'*arbitrium iudicis* sintomi, assieme ad altri sintomi più inquietanti, della decadenza della nostra civiltà, per il riaffiorare di concezioni torbide del mondo.