

## I. Introduzione

Il principio di legalità, è un caposaldo di ogni democrazia odierna in virtù della sua funzione garantista, avendo lo scopo di tutelare la popolazione da un qualsiasi intervento autoritario ed arbitrario del potere esecutivo e/o del potere giudiziario<sup>1</sup>.

Nessuno è al di sopra della legge, da ciò consegue che ogni attività di un pubblico potere deve essere sempre legittimato da un atto legislativo, la cui fonte sarà sempre il Parlamento, quale espressione della volontà popolare.

Tale valore, è alla base dello “*Stato di diritto*”, che ha al primo posto della scala gerarchica dei valori su cui è stato fondato, “*la legge*”, alla quale tutti devono sottostare e nessuno può porsi al di sopra<sup>2</sup>.

Pertanto, è d’uopo osservare come nei vari totalitarismi, che si sono succeduti nel passato, ed anche in quelli moderni, non vige questa gerarchia, perché il dittatore è al di sopra della legge, ed egli rappresenta l’unica fonte legislativa, alla quale non si contrappone nessun potere.

In relazione all’ambito penalistico, il principio di legalità trova la sua massima espressione ed adozione, difatti ogni crimine e ogni relativa pena deve essere disciplinato da una legge emanata dal Parlamento, e nessun altro provvedimento può introdurre reati e relative sanzioni; a tal proposito è opportuno citare il brocardo latino “*nulla crimen, nulla poene sine lege*”<sup>3</sup>.

Inoltre, il principio di legalità è un valore che viene considerato di primaria importanza anche a livello internazionale, ed in particolare si tenga conto di quanto espresso dall’art.7 CEDU<sup>4</sup>: “*Nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva*

---

<sup>1</sup> M. De Chiara, *La crisi del principio di legalità, 2022 Napoli*, C. Fiore, S. Fiore, Diritto Penale parte generale, 2021

<sup>2</sup> M. De Chiara, *La crisi del principio di legalità, 2022 Napoli*, C. Fiore, S. Fiore, idem.

<sup>3</sup> M. De Chiara, *La crisi del principio di legalità, 2022 Napoli*, C. Fiore, S. Fiore, idem

<sup>4</sup> M. De Chiara, *La crisi del principio di legalità, 2022 Napoli*, C. Fiore, S. Fiore, idem

*reato secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso”.*

Il principio di legalità si articola necessariamente in tre corollari, strettamente connessi tra loro, essi sono: **1) la riserva di legge; 2) il principio di irretroattività; 3) il principio di tassatività; 4) il divieto di analogia.**

Per quanto concerne il primo, in particolare riferimento al diritto penale, la produzione normativa si basa sul concetto di **riserva di legge**, secondo il quale, le norme penali possono essere disciplinate esclusivamente da atti legislativi, prodotti dal Parlamento, che è l'organo legislativo. Quindi, anche questo principio, ha una funzione garantista, in quanto circoscrive la creazione di norme penali esclusivamente al Parlamento, quale espressione della volontà popolare, ed esclude in maniera categorica l'eventualità che dei reati e relative sanzioni possano essere introdotti da altri poteri dello Stato. Con questa organizzazione, si vuole garantire l'uniformità di trattamento dei cittadini, in modo da evitare che si possano creare delle norme che siano a favore dei singoli gruppi<sup>5</sup>.

In relazione al **principio di irretroattività**, sancito anche dall'art.7 della CEDU, esso ha la funzione di ribadire la supremazia esclusiva della legge, affermando che nessun cittadino può essere punito per una condotta, che nel momento in cui è stata compiuta non era stata contemplata come illecita da una norma prevista dall'ordinamento. Pertanto, anche tale concetto è a tutela del popolo, in quanto mette a riparo dalle decisioni autoritarie ed arbitrarie dello Stato, o del potere giudiziario, che non potranno in nessun modo sanzionare un individuo che nel momento in cui ha commesso l'azione, non poteva essere

---

<sup>5</sup> M. De Chiara, *La crisi del principio di legalità*, 2022 Napoli ,C. Fiore, S. Fiore, idem

consapevole della illiceità della sua condotta, in quanto non vi era nessuna norma che stabilisse l'illegalità dell'azione commessa<sup>6</sup>.

Infine, diretta conseguenza del principio di legalità è **il principio di tassatività**, il quale impone al legislatore di descrivere in maniera concreta e dettagliata la condotta che viene ritenuta illecita. Tale concetto, ha lo scopo di garantire la certezza del diritto in modo tale che il cittadino abbia chiaro quali sono le azioni che vengono considerate penalmente rilevanti, e quali invece vengono ritenute lecite. Pertanto, dall'applicazione di questo principio, deriva anche **il principio di tipicità**, secondo cui è reato solo quel fatto espressamente previsto tassativamente dalla legge.

In considerazione di quanto sopraesposto, possiamo dedurre che l'intero ordinamento, e nello specifico l'ambito penalistico, poggia le sue fondamenta sulla idealizzazione e applicazione del principio di legalità, che non è disciplinato da una specifica norma, ma che tuttavia, è possibile tracciarne il riferimento in alcuni specifiche norme, come ad esempio l'art. 1 c.p., secondo cui: **“Nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite.”**; oppure, troviamo riferimento anche all'interno della nostra Costituzione, come ad esempio, l'art. 23: **“Nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base a una legge.”**; e soprattutto dall'art.25 Cost. comma secondo: **“nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso”**.

Attualmente, vi è una chiara “*crisi del principio di legalità*”, dovuta a vari fattori, endogeni ed esogeni, come ad esempio: il ruolo interpretativo del giudice, che nel corso degli ultimi decenni è diventato sempre più preponderante, difatti spesso accade che nuove fattispecie delittuose vengano create e contemplate nel nostro ordinamento attraverso la funzione

---

<sup>6</sup> M. De Chiara, *La crisi del principio di legalità*, 2022 Napoli ,C. Fiore, S. Fiore, idem

<sup>7</sup> M. De Chiara, *La crisi del principio di legalità*, 2022 Napoli ,C. Fiore, S. Fiore, idem

giurisdizionale del giudice, pertanto si verifica di frequente che attraverso le varie sentenze della Cassazione, quest'ultima crei dei veri e propri reati penali che non sono parte del diritto sostanziale, e che non sono state teorizzate dall'organo legislativo, ragion per cui non vi sono delle leggi che hanno individuato dei nuovi reati, bensì essi sono stati tipicizzati dalla giurisprudenza<sup>8</sup>. Pertanto, l'esercizio della funzione del giudice, che attraverso il proprio compito giurisdizionale, sempre più decisivo nella disciplina di nuovi crimini, ha assegnato al potere giudiziario uno scopo non contemplato dal nostro ordinamento, ovviamente a scapito delle fondamenta sulle quali è stato creato l'ideologia dello Stato moderno, che non ha più come unica fonte di legittimazione, *“la legge”*, bensì una molteplicità di fonti che ovviamente comportano una maggiore difficoltà a garantire quel carattere di certezza e tassatività, quali connotati essenziali del diritto penale<sup>9</sup>.

In secondo luogo, il principio di legalità è in crisi, in quanto l'intervento del potere esecutivo nella produzione di norme è diventato sempre più invasivo e frequente, tutto ciò è sicuramente dovuto in gran parte allo stato di emergenza che spesso attraversa la nostra Nazione, ciò comporta un'eccessiva produzione di decreti legge emanati dal Governo per far fronte alle numerose difficoltà in cui versa il nostro Paese, ma naturalmente tutto ciò determina un indebolimento del potere legislativo che ormai rimane inattivo, ed è spesso sostituito dall'intervento del potere esecutivo, ragion per cui il Governo tramite la propria produzione normativa, che si concretizza con atti aventi forza di legge, ha assunto anch'egli un ruolo primeggiante nella creazione legislativa all'interno del nostro ordinamento, pertanto attualmente assistiamo ad una proliferazione

---

<sup>8</sup>M. De Chiara, *La crisi del principio di legalità*, 2022 Napoli, F. Mantovani, Diritto penale parte generale, 2021

<sup>9</sup>M. De Chiara, *La crisi del principio di legalità*, 2022 Napoli F., Mantovani, idem.

continua e costante di atti aventi forza di legge, che non vengono emanati dal potere legislativo bensì dal potere esecutivo<sup>10</sup>.

In terzo luogo, vi è anche un fattore esogeno che ha determinato la crisi del principio di legalità, il quale è costantemente sovrastato anche dalle norme internazionali, che derivano dall'ordinamento comunitario, e che spesso prevalgono sulle norme interne. Difatti, la regola generale prevede l'applicazione della norma comunitaria, anche se essa è in contrasto con i principi dell'ordinamento interno, difatti gli Stati "*disobbedienti*", spesso vanno incontro ad una sanzione, perché non hanno voluto conformarsi all'ordinamento comunitario<sup>11</sup>, tanto premesso si deduce la supremazia di quest'ultimo a danno della legalità nazionale.

Tuttavia, la nostra Corte Costituzionale ha sempre ribadito che in materia penale vige la sovranità dell'ordinamento interno, il quale rappresenta la principale fonte del diritto penalistico. I principi su cui si basa la certezza del diritto dello Stato interno, quali il principio di legalità, il principio di riserva di legge non possono essere subordinati alla necessità di doversi omologare all'ordinamento comunitario, che rimarrà sempre in secondo piano, rispetto alle fonti interne del diritto. Tutto ciò risulta fondamentale ribadirlo, perché è chiaro ed evidente che l'eventuale supremazia del diritto comunitario rappresenta una minaccia per la certezza del nostro diritto interno, pertanto è opportuno chiarire che per quanto concerne la produzione normativa penale, la principale fonte resta quella interna. Tuttavia, in relazione ad alcuni crimini particolari che toccano in maniera comune tutti i Paesi, gli ordinamenti delle varie Nazioni devono necessariamente integrarsi, instaurando un rapporto di collaborazione nella lotta ai crimini quali il terrorismo o il crimine organizzato, in modo tale da riuscire a sconfiggere questi problemi nel modo più efficiente possibile<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup>M. De Chiara, *La crisi del principio di legalità, 2022 Napoli*, F. Mantovani, Diritto Penale parte generale, 2021

<sup>11</sup> M. De Chiara, *La crisi del principio di legalità, 2022 Napoli*, F. Mantovani, idem

<sup>12</sup> M. De Chiara, *La crisi del principio di legalità, 2022 Napoli*, C. Fiore, S. Fiore, idem

Pertanto, in conclusione, in considerazione di quanto sopra descritto, è opportuno dedurre che la crisi del principio di legalità esiste e persiste negli ultimi decenni, per vari fattori esogeni: la supremazia dell'ordinamento comunitario sull'ordinamento interno, per la quale spesso scaturisce l'obbligo per il legislatore italiano di dover produrre norme interne *ad hoc* per conformarsi alle norme europee, anche se tuttavia, tale minaccia non sembrerebbe così preoccupante in particolare riferimento all'ambito penalistico; oppure a fattori endogeni, quali il ruolo predominante assunto dal giudice e dalla giurisprudenza nella creazione di fattispecie normative, che spesso sono di natura giurisprudenziale, e che di solito hanno sostituito la creazione legislativa esercitata dal Parlamento; l'invasione del potere esecutivo, che attraverso l'emanazione dei provvedimenti che hanno forza di legge così come previsto dalla Costituzione ha spesso ricoperto il ruolo che in realtà spetterebbe all'organo legislativo, cioè al Parlamento, quale espressione della volontà popolare<sup>13</sup>, ed altri fattori che verranno descritti in seguito.

---

<sup>13</sup> M. De Chiara, *La crisi del principio di legalità*, 2022 Napoli, C. Fiore, S. Fiore, idem

## II. Fattori endogeni.

Il principale fattore endogeno, è il ruolo del giudice che quest'ultimo ha assunto negli ultimi decenni nella creazione delle norme, nell'ambito soprattutto penalistico<sup>14</sup>.

La Corte di Cassazione, congiuntamente alla Corte Europea dei diritti dell'uomo, ha ormai affermato in maniera indubbia il fatto che la giurisprudenza sia fonte del diritto, considerando l'origine giurisprudenziale come equipollente alla fonte legislativa. Difatti, il concetto di legalità è ormai da intendersi in senso più allargato, pertanto la giurisprudenza è ormai una fonte del diritto al pari della legge, invero l'elaborazione giurisprudenziale rappresenta anch'essa l'origine normativa del nostro ordinamento interno<sup>15</sup>.

In senso opposto, si è mossa invece la Corte Costituzionale nostrana, la quale ha invece ribadito l'importanza del principio di legalità, quindi l'interpretazione del giudice e le sentenze emanate da una qualsiasi Corte, non possono essere considerati equivalenti, alle norme emanate dal nostro Parlamento, perché la nostra Costituzione, e l'intero "*Stato di diritto*" pone le proprie basi sul "*principio di legalità*"<sup>16</sup>, e quindi sul concetto che il potere di normazione penale spetta esclusivamente all'organo legislativo, tutelando le garanzie che derivano dal detto principio, pertanto secondo la Corte Costituzionale è assolutamente negativo assegnare al potere giudiziario uno scopo che non gli spetta, quale la funzione legislativa, dato che tale direzione è in assoluto

---

<sup>14</sup> M. De Chiara, *La crisi del principio di legalità, 2022 Napoli*, i G. Fiandaca, idem; F. Mantovani, erosione del principio della riserva di legge, interrogativi e rimedi

<sup>15</sup> M. De Chiara, *La crisi del principio di legalità, 2022 Napoli*, Alberto Di Martino, Una legalità per due? Riserva di legge, legalità e giudice fonte.

<sup>16</sup> M. De Chiara, *La crisi del principio di legalità, 2022 Napoli*, A. Di Martino, idem.

contrasto con i principi della nostra Costituzione, e dell'intera teoria illuministica<sup>17</sup>.

La teoria della fonte giurisprudenziale, dal punto di vista costituzionale, non soltanto interno ma anche internazionale, non può essere accolta, in quanto i diritti dell'uomo<sup>18</sup> e i principi fondamentali della collettività degli individui, possono essere sanciti e tutelati soltanto dalla legge.

Tuttavia, attualmente assistiamo in tutti i paesi europei ad una supremazia della giurisprudenza, la quale ha comportato inevitabilmente un indebolimento del principio di legalità e delle garanzie che derivano da esso. L'illecito deve essere identificato in maniera precisa e determinata dalla norma penale, difatti lo "Stato di diritto" è tenuto ad informare il cittadino su quali sono le condotte ritenute illegali dal proprio ordinamento, garantendo in questo modo la certezza del diritto, e la corretta informazione nei confronti della collettività. I parametri dell'irregolarità di una condotta, e le relative sanzioni possono essere stabilite esclusivamente dall'organo legislativo, in modo da evitare qualsivoglia deriva autoritaria, non consentendo al potere esecutivo e/o al potere giudiziario di legiferare in maniera del tutto autonoma ed arbitraria<sup>19</sup>.

La garanzia che deriva dal principio di legalità che a sua volta stabilisce il principio della riserva di legge, è fortemente minacciato quando la creazione giurisprudenziale, assume un ruolo di primo piano, difatti la conseguenza che ne deriva è la mancanza della determinatezza e tassatività dell'ordinamento interno, che a sua volta comporta la crisi della certezza del diritto dovuta ad un'eccessiva arbitrarietà interpretativa del giudice<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup>M. De Chiara, *La crisi del principio di legalità, 2022 Napoli*, G. Fiandaca, idem; F. Mantovani, idem; G. Pino, *l'insostenibile leggerezza della legalità penale*

<sup>18</sup>M. De Chiara, *La crisi del principio di legalità, 2022 Napoli*, G. Fiandaca, idem; Paola Scevi, *la crisi della legalità nel diritto penale*.

<sup>19</sup> M. De Chiara, *La crisi del principio di legalità, 2022 Napoli*, A. Di Martino, idem.

<sup>20</sup> M. De Chiara, *La crisi del principio di legalità, 2022 Napoli* G. Fiandaca, idem; F. Mantovani, idem; Paola Scevi, idem.

Peraltro, è opportuno specificare che la CEDU ha affermato che la produzione giurisprudenziale rappresenta una fonte normativa che si integra a quella legislativa, e che è da considerarsi limitatamente “*creativa*”<sup>21</sup>, dato che l’interpretazione normativa di ogni giudice può essere una linea di interpretazione che può indirizzare il legislatore nella creazione di nuove norme, o che addirittura può creare una vera e propria fattispecie normativa<sup>22</sup>.

Esempio tipico di nuovo crimine creato attraverso l’utilizzo esclusivo degli elementi giurisprudenziali, è “*il concorso esterno in associazione mafiosa*”, che è una fattispecie delittuosa non disciplinata da alcuna norma sostanziale bensì da varie sentenze giurisprudenziali. Difatti, fu la sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n.22327 del 21.5.2003, a delineare i requisiti di tale fattispecie criminosa, ribaditi successivamente da altre sentenze di fondamentale importanza quali la sentenza “*Demistry*”, “*Mannino*” e “*Carnevale*”<sup>23</sup>.

Tuttavia, in relazione al predetto reato “*giurisprudenziale*” l’andamento degli ultimi tempi, la legge abbia un valore superiore alla funzione giurisdizionale del giudice, è il “*caso Contrada*”, ove è possibile rinvenire il fenomeno di creazione totalmente giurisprudenziale, infatti ancora oggi non vi è una norma del codice penale che abbia disciplinato questa nuova fattispecie delittuosa, quale il “*concorso esterno in associazione mafiosa*”.

Difatti, è opportuno sottolineare che nella particolare vicenda sopra elencata, lo Stato Italiano fu condannato dalla CEDU, a risarcire il danno, per aver sanzionato penalmente il cittadino Bruno Contrada, per il reato di “*concorso esterno in associazione mafiosa*”, quando quest’ultimo non era ancora stato disciplinato da norme sostanziali ma soltanto da alcuni orientamenti giurisprudenziali non ancora consolidati. Pertanto, così come stabilisce l’art.7

---

<sup>21</sup> M. De Chiara, *La crisi del principio di legalità, 2022 Napoli*, A. Di Martino, idem

<sup>22</sup> M. De Chiara, *La crisi del principio di legalità, 2022 Napoli*, G. Fiandaca, idem; F. Mantovani, idem; Paola Scevi, idem

<sup>23</sup> M. De Chiara, *La crisi del principio di legalità, 2022 Napoli*, Paolo Scevi, idem.

della CEDU, e l'art.1 del codice penale italiano, nessun cittadino può essere punito per una condotta che al momento in cui è stata commessa non è prevista dalla legge come reato, né tantomeno può essere condannato se tale condotta viene successivamente considerata illecita rispetto al momento in cui è stata commessa<sup>24</sup>. Peraltro, si evince da tale sanzione della CEDU, la necessità di rispettare il concetto di legalità e di riserva di legge, perché l'ingiustizia subita dal Contrada, il quale non poteva essere a conoscenza della illiceità della propria condotta, è stata possibile soltanto a causa della patologia ormai in atto, che ha concesso l'eventualità che una determinata condotta potesse essere considerata illegale e che potesse essere irrogata una condanna per via esclusivamente giurisprudenziale.

Invero, la CEDU ha condannato lo Stato Italiano al risarcimento del danno nei confronti del cittadino Contrada, in virtù del principio di irretroattività, corollario del principio di legalità, che in quel caso non era stato rispettato dalla Corte Italiana, e quindi in questa particolare vicenda è possibile rilevare la funzione di garanzia del principio di legalità, e la sua applicazione a discapito della giurisprudenza<sup>25</sup> che arbitrariamente aveva creato un illecito non ancora contemplato dall'ordinamento interno.

Tuttavia, è opportuno specificare che la funzione giurisdizionale, ha uno scopo ben preciso, cioè quello di alimentare la certezza del diritto, e quindi consolidare quei precetti che sono già stati espressi con il diritto sostanziale. Difatti, è con l'interpretazione giudiziaria che deve essere sempre adeguatrice all'ordinamento, che si può dare una maggiore compattezza al diritto. Pertanto si deduce che il giudice, attraverso l'esercizio del proprio potere è sempre in qualche modo fonte del diritto<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup>M. De Chiara, *La crisi del principio di legalità*, 2022 Napoli, Paola Scevi, idem.

<sup>25</sup> M. De Chiara, *La crisi del principio di legalità*, 2022 Napoli, Paola Scevi, idem.

<sup>26</sup> M. De Chiara, *La crisi del principio di legalità*, 2022 Napoli, A. Di Martino, idem.

Nello specifico, possiamo individuare quali sono i compiti che la Corte Costituzionale assegna al giudice: superare la indeterminatezza del precetto penale, attraverso la emanazione delle sentenze; elaborare decisioni che siano conformi alla Costituzione, in modo da garantire una maggiore certezza del diritto senza un'interpretazione autonoma ed arbitraria della norma, bensì attraverso decisioni che siano conformi alla legge<sup>27</sup>.

Purtroppo, nell'epoca attuale, spesso avviene che il giudice attraverso il proprio potere interpretativo, manipola l'ambito della responsabilità penale stabilito dal legislatore, assumendo un ruolo di creatore normativo che disciplina nuovamente il precetto penale, in maniera di solito diversa rispetto a quanto già fatto precedentemente dal legislatore. Tale abitudine assunta dal potere giudiziario, determina in maniera preoccupante l'incertezza del diritto, che appunto deriva dal contrasto tra le norme sostanziali prodotte dal legislatore e l'interpretazione eccessivamente arbitraria dei giudici<sup>28</sup>.

In considerazione di quanto sopraesposto, si deduce l'espansione del potere giudiziario, segnato dal passaggio illuministico del *“giudice bocca della legge”*<sup>29</sup>, al concetto di *“giudice interprete della legge”* fino all'attuale *“giudice creatore del diritto penale”*<sup>30</sup>.

Tuttavia è opportuno non dimenticare che il ruolo d'interprete, è insito nella funzione del giudice, il quale può colmare alcune lacune legislative, quando il legislatore non ha provveduto a disciplinare alcuni casi specifici. La funzione del giudice si concretizza anche e soprattutto nell'interpretazione estensiva, che consente quindi di disciplinare ipotesi non legiferate in maniera diretta, ragion per cui uno spazio di creatività e di autonomia viene automaticamente assegnato al ruolo del giudice<sup>31</sup>. Ma, ciò non significa che la funzione giurisdizionale

---

<sup>27</sup> M. De Chiara, *La crisi del principio di legalità, 2022 Napoli*, Paola Scevi, idem.

<sup>28</sup> M. De Chiara, *La crisi del principio di legalità, 2022 Napoli*, Paola Scevi, idem.

<sup>29</sup> M. De Chiara, *La crisi del principio di legalità, 2022 Napoli*, F. Mantovani, idem.

<sup>30</sup> M. De Chiara, *La crisi del principio di legalità, 2022 Napoli*, F. Mantovani, idem.

<sup>31</sup> M. De Chiara, *La crisi del principio di legalità, 2022 Napoli*, A. Di Martino, idem.