

## Riserva di legge e legge regionale con particolare riferimento alla materia urbanistica

**Autore:** Ronconi Sara

**In:** Diritto amministrativo

“(…) le sole leggi possono decretare le pene sui delitti e questa autorità non può risiedere che presso il legislatore che rappresenta tutta la società unita per un contratto sociale.” (C. Beccaria, Dei delitti e delle pene). Nella concezione illuministica del diritto penale assunse un ruolo fondamentale il principio di legalità, posto a baluardo della libertà personale. I presupposti della riflessione penale illuministica si rinvengono nelle due concezioni del “contrattualismo” e dell’“utilitarismo”.

Alla stregua di questi due principi, le istituzioni statali traggono la loro legittimazione da un accordo liberamente stipulato tra i cittadini atto a conferire a queste l’esercizio di poteri finalizzati alla salvaguardia dei diritti naturali dei cittadini stessi il cui soddisfacimento è prodromico al raggiungimento della massima utilità sociale. Se lo Stato esercita il suo potere punitivo a salvaguardia del benessere sociale nei confronti dei suoi cittadini, questi devono essere messi nelle condizioni di evitare la pena conoscendo, previamente alla condotta illecita, il relativo precetto. La conoscibilità del precetto penale è garantita dal principio di irretroattività della norma penale statale, e, in primis, dalla univocità della fonte del precetto atta ad evitare la stratificazione cumulativa di fonti eterogenee che potrebbero inficiare la chiara e precisa conoscenza dei precetti penali. Ciò pregiudicherebbe la loro osservanza e la controllabilità ed evitabilità della limitazione della libertà personale.

La pena, infatti, assolve, anche, ad una funzione deterrente atta a salvaguardare la società dal crimine attraverso la minaccia di restrizioni al bene più prezioso dell’individuo. Tale funzione per essere efficace presuppone, innanzitutto, la chiara e precisa conoscibilità del precetto per la salvaguardia della collettività e del singolo da pene non controllabili. Lungi dal soddisfare più mitiche che reali esigenze di certezza del diritto (Delpino), suscettive di essere soddisfatte dall’osservanza legislativa del principio di tassatività, il principio di riserva di legge, sub specie del principio di legalità, è imposto da esigenze garantistiche per i cittadini.

Il diritto penale è posto dalla sola legge statale per assicurare esigenze garantistiche formali quanto all’iter formativo della norma penale in vista della preservazione della libertà del singolo e per il soddisfacimento fondamentale della difesa della collettività. Questa, se rappresenta la sola ratio sottesa al diritto penale, impone, per la natura del bene suscettivo di restrizione, una selezione dei beni tutelabili con il ricorso alla sanzione penale. Beni giuridici costituzionalmente rilevanti la cui salvaguardia è necessaria per garantire il benessere sociale.

Sotto l’aspetto formale, il principio di riserva di legge statale ex art. 25.2 Cost., primo argomento per

confutare la sussistenza in capo alle Regioni di una potestà normativa penale, preserva il cittadino dalla “pericolosità” del potere e del procedimento esecutivo. Inoltre, la miglior determinazione possibile della fattispecie penale preserva altresì il cittadino dall’uso e dall’abuso del potere applicativo della legge penale da parte del giudice.

La “legge” di cui agli artt. 25.3 Cost., 1 e 199 c.p. è la legge dello Stato. Se la medesima è imprescindibile si ammettono limitate aperture tali da consentire il concorso integrativo degli atti dell’esecutivo per soddisfare la necessaria elasticità derivante dalla concretezza e praticità ultime della norma, senza però inficiare le esigenze garantistiche di fondo (riserva tendenzialmente assoluta).

La “legge” statale pertanto che fissa il precetto e la sanzione, purché con sufficiente precisione pur lasciandone l’integrazione ad un atto secondario, può essere sia la legge formale emanata dal Parlamento, sia gli atti avente forza di legge, quali i decreti delegati e i decreti legge. La tesi della riserva di legge formale si basa innanzitutto sulle modalità di esplicazione della potestà normativa, da un lato, attraverso un procedimento che dà voce ai diritti delle minoranze, e dall’altro, attraverso scelte di criminalizzazione che sono adottate da rappresentanti dei cittadini che non possono non agire nell’interesse dei rappresentati, vietando e punendo i medesimi nei limiti della stretta necessità per la loro stessa difesa.

L’esigenza sottesa all’asseverazione di questa tesi, pur nobile, di preservare il cittadino e la sua libertà contro gli abusi del potere esecutivo, oltre ad essere illusoria e poco aderente alla realtà, è già stata ampiamente disattesa dallo stesso Parlamento che ha “permesso” ed incentivato l’insinuazione tra le fonti del diritto penale dei decreti legislativi e dei decreti legge. La necessità e l’urgenza sottesi a questi ultimi urtano con le esigenze di ponderazione degli interessi coinvolti, ineludibili ai fini della scelta di criminalizzazione delle condotte umane.

La relativizzazione del concetto di riserva di legge, quindi come visto, è più aderente alle esigenze della realtà che richiedono celerità ed elasticità delle scelte in materia penale entro i limiti fissati dalla legge ordinaria sancite con sufficiente precisione il precetto e la sanzione. D’altronde, i decreti legislativi e dei decreti legge sottostanno alle medesime garanzie riconosciute dalla Costituzione alla legge formale, cioè il sindacato di costituzionalità ed il referendum abrogativo.

Se notevoli sono le obiezioni sollevabili e sollevate ad una potestà normativa penale del potere esecutivo e relativamente superabili, appaiono invece difficilmente superabili le obiezioni contra un potere normativo regionale in materia penale. Le fonti del diritto penale si esauriscono in atti, pur diversi nel procedimento formativo e nell’organo promanante, pur sempre riconducibili agli organi centrali dello Stato. Le obiezioni ineriscono al carattere necessariamente nazionale della formazione in materia penale richiedente una valutazione generale e complessiva degli interessi coinvolti nelle scelte criminalizzatrici. La legge regionale, infatti, è emanata da un organo pur elettivo, il Consiglio regionale, ma che esplica la sua efficacia necessariamente nei limiti territoriali della Regione. Ciò comporta, in relazione alla medesima condotta, una grave disparità di trattamento: le libertà extra-confini regionali e la negazione della libertà

intra-confini regionali.

La dottrina e la giurisprudenza dominanti, salvo una nota eccezione (sent. C.Cost. 104/57), escludono la legge regionale dal novero delle fonti del diritto penale appunto e innanzitutto dall'esigenza di parità di condizioni di fruizione della libertà personale ex art. 3 Cost.. Ancora sulla base del disposto ex art. 120 Cost. che vieta alle Regioni di adottare provvedimenti che sono di ostacolo al libero esercizio dei diritti fondamentali; ex art. 5 Cost. che richiede per l'attuazione dell'unità politica dello Stato la unicità delle fonti del diritto penale. Inoltre, la intrinseca impegnatività delle scelte di criminalizzazione sul piano dei diritti fondamentali dell'uomo, non può che essere di pertinenza dello Stato. La medesima impegnatività comporta la necessità di una ponderazione complessiva di tutti i beni e bisogni sociali emergenti sul territorio dello Stato che una visione territorialmente parziale non può soddisfare (sent. C. Cost. 487/89). E' la peculiarità eccezionale del diritto penale ravvisabile nella pena che impone che questo non possa essere altrimenti posto che dalla legge statale (art. 25.3 Cost.).

Una ulteriore argomentazione di carattere testuale poi sostiene che quando la Costituzione si riferisce alla legge sia da intendersi come legge statale, diversamente quando ha voluto accomunare le leggi statali a quelle regionali lo ha sancito espressamente, come per esempio per l'art. 134 Cost. concernente la sottoponibilità a sindacato di costituzionalità delle leggi e degli atti aventi forza di legge dello Stato e delle Regioni.

E' pertanto precluso alle Regioni, sia a statuto ordinario che speciale, creare norme incriminatrici di competenza, pertanto, esclusiva dello Stato.

La preclusione si estende, altresì, secondo giurisprudenza dominante (per es. C. Cost. 21/57 e 58/57), alle ipotesi in cui la legge regionale preveda per la violazione delle sue disposizioni l'applicazione delle sanzioni penali già previste dalle leggi dello Stato; una sorta di rinvio sanzionatorio suscettivo di garantire la migliore efficacia delle disposizioni regionali attraverso il ricorso all'estremo rimedio penale.

Con la sent. C. Cost. 104/57 si assistette, invece, ad un, apparente, stravolgimento delle argomentazioni portate a sostegno dell'esclusione della legge regionale tra le fonti del diritto penale che ha ritenuto competente la Regione Sicilia a presidiare con sanzioni penale la propria legge elettorale. L'esigenza di tutela viene attuata attraverso una sorta di recezione delle disciplina penale statale ritenuta dalla Corte legittima. Però dalla stessa motivazione della sentenza, a contrario, si ravvisa una sorta di conferma del carattere statale della riserva ex art. 25 Cost. Da un lato, ne afferma la eccezionale deroga in materia elettorale in forza di legge regionale (art. 25.2 Cost.), come per la disciplina dei masi chiusi dettata dalla legge regionale in deroga all'art. 108 Cost., dall'altro subordina l'efficacia penale delle norme regionali in materia elettorale al fatto che siano preveduti come reato dalla legge nazionale, confermando il carattere statale della riserva di legge.

Una limitata eccezione all'incompetenza regionale in materia penale è stata introdotta poi per la Regione e le Province del Trentino A.A. dall'art. 23 Stat.. Pertanto la Regione nell'ambito delle materie di sua

competenza può autotutelarsi soltanto con sanzioni amministrative (C. Cost 21/57).

Una eventuale tutela penale potrà poi essere fornita, de jure condito, dalla legislazione penale statale potendo la legge regionale, al pari delle fonti secondarie statali, integrare la legge statale (per es. ex art. 42 c.p. in caso di colpa specifica per violazione di norme regionali cautelari o di delitti contro la P.A. i cui elementi costitutivi (“dovere”, “atto d’ufficio”, etc.) siano definiti dalla norma regionale). Secondo Padovani una deroga al divieto per le Regioni di legiferare in materia penale è contenuta nell’art. 9 della l. 689/81, che dispone che quando un fatto è assoggettabile ad una sanzione amministrativa prevista da una legge regionale e ad una sanzione statale applicabile in mancanza di altra disposizione, troverà applicazione la prima disposizione.

Un altro rilevante problema riguarda, poi, l’efficacia scriminante delle norme regionali facoltizzanti comportamenti vietati penalmente. E’ generalmente ammessa stante non già la restrizione bensì l’ampliamento della sfera di libertà personale che non abbisogna delle medesime garanzie (in dottrina: Fiandaca-Musco, Fiori, Marinucci. In giurisprudenza: C. Cost. 487/89; 355/96). A contrario è stato rilevato che in tal modo si determinerebbe una ingiustificata disparità di trattamento tra cittadini appartenenti a Regioni diverse.

Rispetto a soluzioni estremistiche, si può sostenere l’ammissibilità che norme regionali, come comunitarie e consuetudinarie, esplicino efficacia scriminante purché non eludenti la ratio essenziale sottesa ai tipi di scriminanti ex artt. 50 ss. (si pensi, per esempio, al consenso dell’avente diritto rispetto alla lesione illecita di beni indisponibili evidentemente giustificabile solo da fonte di pari grado). Sarebbe legittima una integrazione da fonte regionale della scriminante ex art. 51 c.p. in quanto norma pleonasticamente dichiarativa dell’efficacia scriminante dei diritti e doveri previsti aliunde ma traenti il loro fondamento ultimo nella legge.

In particolare, in materia urbanistica, a fronte della norma statale sanzionatoria della costruzione senza (ex) concessione edilizia o in violazione sostanziale della stessa e della disciplina legislativa della sanatoria condizionata alla regolarizzazione amministrativa, molteplici sono stati gli interventi regionali atti ad estendere l’efficacia scriminante anche a fattispecie prescindenti dai requisiti previsti ex lege. La sent. Cost. 174/86, in particolare, ha riconosciuto la legittimità di siffatta procedura anche, e soprattutto, a prescindere dalla sopravvenienza della concessione in sanatoria. E’, però, da osservare che la ratio della disciplina legislativa condizionante l’effetto estintivo del reato alla regolarizzazione amministrativa, nasce proprio a seguito di un’attenta valutazione delle condotte illecite sanabili e degli interessi sottesi, alla stregua della quale le due discipline, penale e amministrativa, risultano intimamente connesse ed interdipendenti. Irrilevante diventa allora l’opponibilità argomentativa dell’autonomia regionale in materia. Per la Corte non si tratta di ampliare la sfera delle disposizioni scriminanti bensì di disposizioni sancite causa di estinzione del reato; la medesima condotta, in particolare, può dar luogo ad esiti diversi: soddisfare, da un lato, la condizione alla verifica della quale (concessione edilizia) la condotta illecita non comporta la comminazione di pene a fronte della cessazione del carattere di illecito penale (fatto non costituisce reato), o diversamente la medesima condotta, in assenza di quella condizione, costituisce

reato. A monte, però, della disciplina legislativa vi è una specifica valutazione di opportunità non suscettiva di applicazione analogica né, a maggior ragione, di essere minata da difformi scelte riconducibili all'autonomia regionale in materia, pur esistente, ma evidentemente non illimitata.

Dalla riforma del titolo V della Cost. (l. cost. 18 ott. 2001, n.3) è però mutata la prospettiva di fondo. Se ieri le Regioni avevano competenza esclusiva nelle materia specificamente elencate dall'art. 117 Cost. residuando alle Regioni la potestà legislativa nelle materie non elencate. In particolare, rileva la lett. l) dell'art 117 Cost. ("ordinamento civile e penale") oggetto, quindi, di legislazione statale, non essendo condivisibile l'assunto secondo il quale la lett. l) sarebbe limitata alla sola materia processuale escludendosi, infondatamente, l'aspetto sostanziale.

Sempre in quegli anni è intervenuta altresì un'altra rilevante riforma legislativa concernente la materia edilizia: il T.U. dell'edilizia 6 giugno 2001, che ha, semplificando, operato una riduzione dei molteplici titolo edilizi (ex l. del 1985) a due soli titoli: il permesso pubblico di costruire e la denuncia di inizio attività (DIA). Agli artt. 10 e 22 il T.U. sancisce i tipi di intervento assoggettati rispettivamente a permesso di costruire la cui omissione o violazione sostanziale si traduce in condotta penalmente illecita (art. 44 ex art. 20 l. 1985), e a DIA, potendo in entrambi i casi, la Regione derogare all'elencazione ex lege degli interventi sub permesso o DIA.

Alla Regione sarebbe, quindi, demandato l'ingente potere, assoggettando certi tipi di intervento a permesso pubblico rispetto alla previsione legislativa, di ampliare la sfera del penalmente illecito, e di restringerlo assoggettando a DIA interventi, ex lege assoggettati a permesso, la violazione della quale non darebbe luogo a sanzioni penali. Già prima dell'adozione del T.U. del 2001 alcune Regioni (Toscana, Lombardia, Emilia Romagna) avevano assoggettato a DIA alcuni interventi assoggettati dalla l. dell'85 a concessione edilizia (poi permesso pubblico) eludendo così la scelta legislativa criminalizzatrice delle condotte violative della concessione o realizzate in assenza di questa.

La sent. C. Cost. 2002 di poco postuma alla riforma del titolo V ed all'esplicito assoggettamento dell'ordinamento civile e penale alla potestà normativa statale modificando gli artt. 10 e 22 T.U. edilizia, ha chiarito che l'assoggettamento difforme rispetto a quello operato dal legislatore del 2001 degli interventi da DIA a permesso e viceversa, non ha rilevanza penale, rimanendo la medesima fissata esclusivamente dal legislatore statale. L'intervento della Corte Costituzionale non incide, pertanto, sull'autonomia regionale e sulla potestà normativa della medesima di mutare la collocazione degli interventi edilizi, rende solo la medesima conforme al nuovo dato costituzionale.

<https://www.diritto.it/riserva-di-legge-e-legge-regionale-con-particolare-riferimento-alla-materia-urbanistica/>