

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI "FEDERICO II"

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA



TESI DI DOTTORATO DI RICERCA

IN

"DIRITTI UMANI, TEORIA, STORIA E PRASSI"

XXXIII CICLO

Il creazionismo giudiziario in materia penale

Relatore

Ch.mo Prof. Carlo Longobardo

Candidato

Dott. Francesco Tuccillo

Coordinatore

Ch.mo Prof. Cosimo Cascione

ANNO ACCADEMICO 2019/2020

*«Non v'è cosa più pericolosa
di quell'assioma comune che bisogna consultare lo spirito della legge.
Questo è un argine rotto al torrente delle opinioni»¹.*

¹ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, II ed., Firenze, Le Monnier, 1950, p. 172.

INDICE

I

Le concause patologiche della metamorfosi del paradigma tradizionale di legalità

1. Una introduzione alle aporie dottrinarie del creazionismo giudiziario in materia penale.....	1
2. Principio di legalità e separazione dei poteri.....	6
2.1. Un concetto proteiforme tra mitologia ed effettività.....	12
3. È davvero corretto parlare di «crisi della legalità»?	18
3.1. Le diverse garanzie presidiate dalla riserva di legge	24
4. Le ragioni del “cortocircuito” del sistema	29
5. I fattori endogeni del mutamento di paradigma	31
5.1. Il declino della funzione rappresentativa del Parlamento.....	32
5.2. Le distorsioni nell’iter di produzione normativa	35
5.3. L’inesistenza di meccanismi di vigilanza dell’opinione pubblica sull’operato dell’asse Governo-maggioranza	38
6. I fattori esogeni	39
6.1. I riflessi sul legislatore nazionale dell’ europeizzazione del diritto penale	42
6.2. Le possibili istanze “antilegittime” celate nell’accezione sostanziale della <i>matière pénale</i>	46

II

Il creazionismo giudiziario tra prassi e (in)determinatezza

1. Alcune precisazioni sui termini della “invasione di campo”	52
2. L’incidenza del sistema multilivello delle fonti.....	63
3. Le colpe del legislatore	68
3.1. Il concorso eventuale nei reati associativi come icona del creazionismo giudiziario.....	73
3.2. Le più importanti tappe “normative” nella giurisprudenza della Cassazione: la sentenza <i>Demitry</i>	75

3.2.1. La sentenza <i>Carnevale</i>	78
3.2.2. La sentenza <i>Mannino</i>	79
3.3. La sentenza <i>Contrada c. Italia</i> della Corte EDU	81
3.3.1. Il destino (infelice) dei cd. “fratelli minori” di Contrada	83
3.4. La (in)certezza del diritto al tempo della (im)prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie. Brevi riflessioni.....	88
4. Le oscillazioni interpretative “vere e proprie” su testi normativi rimasti immutati nel tempo. Alcuni recenti esempi in materia di giudicato e stupefacenti	91
5. La tradizionale ritrosia della Consulta nel censurare le fattispecie incriminatrici per <i>deficit</i> di determinatezza	98
5.1. Sui recenti “sussulti” della giurisprudenza costituzionale: tre passi in avanti	103
5.2. (segue) ... e un mezzo passo indietro	113

III

Instabilità giurisprudenziale e prospettive di riforma

1. Il segnali di scivolamento dal «formante» al «deformante»	121
2. I connotati teorici del principio di prevedibilità.....	125
2.1. La differente ampiezza del corollario nei vari “livelli” del sistema.....	129
3. Il rapporto tra prevedibilità e colpevolezza nella dimensione nazionale. Brevi note sull’ <i>ignorantia legis</i> inevitabile	134
3.1. Le aperture ad una declinazione europea della colpevolezza	145
4. Quali possibili tutele contro l’imprevedibilità giurisprudenziale.....	148
4.1. La soluzione <i>de lege lata</i> suggerita dalla più recente giurisprudenza costituzionale	152
4.1.1. (segue) ... e le sue modalità attuative	156
4.1.2. L’azionamento dell’art. 5 c.p. come clausola di salvaguardia solo “residuale”	165
4.2. L’adozione del <i>recurso de amparo</i> come istituto <i>de lege ferenda</i> per le ipotesi di «eccesso di potere interpretativo»	167
Bibliografia	169

CAPITOLO I

Le concause patologiche della metamorfosi del paradigma tradizionale di legalità

SOMMARIO: 1. Una introduzione alle aporie dogmatiche del creazionismo giudiziario in materia penale - 2. Principio di legalità e separazione dei poteri - 2.1. Un concetto proteiforme tra mitologia ed effettività - 3. È davvero corretto parlare di «crisi della legalità»? - 3.1. Le diverse garanzie presidiate dalla riserva di legge - 4. Le ragioni del “cortocircuito” del sistema - 5. I fattori endogeni del mutamento di paradigma - 5.1. Il declino della funzione rappresentativa del Parlamento - 5.2. Le distorsioni nell’iter di produzione normativa - 5.3. L’inesistenza di meccanismi di vigilanza dell’opinione pubblica sull’operato dell’asse Governo-maggioranza - 6. I fattori esogeni - 6.1. I riflessi sul legislatore nazionale dell’uropeizzazione del diritto penale - 6.2. Le possibili istanze “antilegittarie” celate nell’accezione sostanziale della *matière pénale*.

1. Una introduzione alle aporie dogmatiche del creazionismo giudiziario in materia penale

Nella comune percezione dell’attuale realtà giuridico-ordinamentale, si ha sovente la sensazione che l’area di ciò che noi giuristi “occidentali” consideriamo «diritto» vada riducendosi sempre più ad un’enorme raccolta di *casi paradigmatici*, alla stregua di un asettico “calderone” in cui l’interprete è chiamato a mescolare gli “ingredienti” delle più “gustose” pronunzie giurisprudenziali¹.

¹ Sottolinea - *rectius*, ammonisce - che il diritto non possa in alcun modo coincidere con un mero «commentario di giurisprudenza» M. DONINI nella sua relazione su *Diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell’illecito interpretativo*, tenuta al Convegno svoltosi presso l’Università di Parma, 9-10 ottobre 2015, su “Cassazione e legalità penale”, i cui Atti sono stati raccolti nel volume a cura di A. CADOPPI, *Cassazione e legalità penale*, Roma, 2017, pp. 77 ss.

Le ragioni di una simile “degradazione” delle regole di sistema – proclamate dalle conquiste illuministiche, prima, e razionalizzate dalle elaborazioni della teoria generale del reato, poi – non sono di facile individuazione.

Tale difficoltà, beninteso, non afferisce ad una generalizzata inconsapevolezza circa le motivazioni di detta rottura, quanto, piuttosto, alla impossibilità di stabilire con certezza la misura della loro corresponsabilità nel ridefinire il perimetro e l’area della pietra angolare del nostro ordinamento: il *principio di legalità*.

Senza anticiparne eccessivamente la trattazione, si può accennare: all’evidente declino della rappresentatività del Parlamento e della sua centralità nel processo di produzione normativa, grandemente svilita dall’imponente ricorso alla decretazione d’urgenza²; ad una progressiva regressione della compartecipazione della società civile nei processi decisionali della politica³; alla diffusione (non solo in Italia) del cd. *populismo penale*⁴, inteso quale uso demagogico e congiunturale del diritto penale, che, soprattutto attraverso l’utilizzo distorto dei canali di informazione (social network su tutti), funge da “cassa di risonanza” delle paure dell’elettorato, divenendo nient’altro che un

² Pur ridimensionato dai correttivi offerti dalla Consulta nella celebre sentenza 24 ottobre 1996, n. 360, in *Giur. cost.*

³ G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell’età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, 2011, pp. 79 ss. e, in particolare, p. 89.

⁴ La letteratura degli ultimi anni in argomento è vastissima. *Ex plurimis*, si v. L. FERRAJOLI, *Il populismo penale nell’età dei populismi politici*, in *Questione giustizia. Trimestrale promosso da Magistratura democratica*, 1/2019, 79 ss.; E. AMATI, *L’enigma penale. L’affermazione dei populismi nelle democrazie liberali*, Torino, 2020; A. MANNA, *Il fumo della pipa (il c.d. populismo politico e la reazione dell’Accademia e dell’Avvocatura)*, in *Arch. pen.*, 2/2018, pp. 1 ss.; G. FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, 2013, pp. 95 ss. e, nel medesimo volume, D. PULITANÒ, *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, pp. 123 ss.; G. INSOLERA, *Il populismo penale*, in *disCrimen*, 13 giugno 2019; da ultimo, v. anche M. DONINI, *Populismo penale e ruolo del giurista*, in *Sist. pen.*, 7 settembre 2020, nonché A. LUCARELLI, *Populismi e rappresentanza democratica*, Napoli, 2020.

odioso strumento di propaganda politica⁵, affatto efficace per le finalità proprie della materia da esso contagiata.

Tra le motivazioni e gli effetti di detto affievolimento del carattere assoluto della riserva di legge – o, se vogliamo, del sensibile aumento della sua “tendenziale assolutezza” – va inserito il fenomeno che dà il titolo al presente lavoro di ricerca: il diritto penale “di matrice giurisprudenziale”⁶.

È innegabile, invero, un’alterazione profonda dell’originario equilibrio statutale tra il formante legislativo e quello giurisprudenziale nella esatta delimitazione di quei comportamenti che assurgono, in concreto, a fatto tipico. Difatti, la “grammatica comune” di dottrine, categorie e principi, nei quali sono stati incasellati decenni di sapere penalistico, subisce oggi il pericoloso influsso di un potere, quello giudiziario, che reclama uno spazio ben più ampio di quello che gli competerebbe nella “rassicurante” ottica della separazione dei poteri. Esso sembra aspirare, cioè, ad essere protagonista e “motore propulsivo” della macchina penale, non più sottoposto ai precetti della *lex scripta*, ma in grado di (ri)scrivere in via interpretativa il contenuto.

Complice la perdurante inadeguatezza del legislatore (di ogni colore politico) in sede di produzione normativa, è stata proprio la giurisprudenza nazionale – non di rado smossa da una domanda di giustizia avanzata a gran voce dalla collettività – ad autoattribuirsi, in molti casi, la funzione di tipizzare condotte non rientranti nelle scelte politico-criminali del Parlamento⁷. Con la fin troppo ovvia conseguenza non solo di “scuotere alle fondamenta” il meccanismo

⁵ In argomento, si v. F. PALAZZO, *Il limite della political question fra Corte costituzionale e Corti europee. Che cosa è “sostanzialmente penale”?*, in (a cura di) M. DONINI – L. FOFFANI, *La «materia penale» tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2018, p. 13, secondo cui è innegabile l’animo marcatamente “emotivo” del legislatore degli ultimi anni, proteso alla eticizzazione sia dei valori personalissimi più sentiti dalla collettività (ad es. dignità, uguaglianza, identità personale, ecc.), sia di macrofenomeni civili e sociali particolarmente odiosi, primi fra tutti la corruzione e i *white collars crimes*.

⁶ Sulla ambiguità concettuale di tale definizione, ormai adottata da larga parte della dottrina, cfr. *infra* Cap. II, par. 1.

⁷ L’evoluzione archetipico-giurisprudenziale del concorso esterno in associazione mafiosa è del tutto emblematica di tale processo, non certo recente.

istituzionale di *check and balances*, avvedutamente calibrato dall'Assemblea Costituente, ma anche di frustrare il carattere frammentario del diritto penale, oltre che il suo essere l'*ultima ratio* del ventaglio dei possibili interventi statuali. Simili sollecitazioni propriamente *endogene* fanno poi da sfondo ad altrettanti fattori per così dire *esogeni* del citato sconvolgimento⁸.

Anche da tale angolatura, si tratta di un fenomeno diffuso e caratterizzato da plurime concause.

In sintesi, la struttura multilivello in cui si è vertebrato il sistema, con una moltiplicazione di Carte presidiate da altrettante Corti, è certamente il primo degli elementi ad aver determinato la destrutturazione della tradizionale "piramide" della gerarchia delle fonti, storicamente imperniata sui dogmi della sovranità degli Stati e del loro conseguente monopolio sulla produzione giuridica⁹.

In questo senso, l'ingravescente "invadenza" dei vincoli sovranazionali sull'esercizio dello *jus puniendi* pare un processo di ormai impossibile reprimibilità, pur restituendo a molti la sensazione di un sistema penale «sostanzialmente eteroguidato»¹⁰, in cui, mentre il Parlamento «recita il ruolo di mero comprimario»¹¹, le direttive politico-criminali vengono concretamente definite dall'incidenza di una moltitudine di fonti sovranazionali, magmatica e in rapida espansione.

⁸ La distinzione può ritenersi ormai entrata nel lessico comune della dottrina per catalogare i fattori della "crisi" del principio di legalità; l'argomento verrà analizzato approfonditamente nei paragrafi successivi. Sin da ora, cfr., *ex plurimis*, C. CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Napoli, 2012, p. 28; N. ZANON, *Su alcuni problemi attuali della riserva di legge in materia penale*, in *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, 2012, pp. 318 ss.; C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2010, pp. 23 ss.; L. PELLEGRINI, *Riserva di legge e competenza penale europea*, in *Oss. fon.*, 2, 2011, pp. 9 ss.

⁹ Sulle tappe evolutive di simile transizione, cfr. P. GROSSI, *Novecento giuridico: un secolo post-moderno*, Napoli, 2011, *passim*.

¹⁰ La metafora è di M. ROMANO, *Complessità delle fonti e sistema penale. Leggi regionali, ordinamento comunitario, Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 2008, p. 548.

¹¹ V. NAPOLEONI, *Il sindacato di legittimità costituzionale in malam partem*, in V. MANES - V. NAPOLEONI, *Le legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino, 2019, p. 520.

Il quadro della situazione si “aggrava” ulteriormente allargando l’orizzonte dell’indagine alla prospettiva internazionale della CEDU (oltre che *stricto sensu* sovranazionale dell’UE), i cui influssi modificano sensibilmente – non soltanto in senso espansivo¹² – la definizione sostanziale (e politico-garantistica) della *matière pénale*¹³. Il che, a ben vedere, scava ancor più in profondità il solco tra la dimensione *in the books* e quella *in action* della legalità, scaricando sul giudice comune l’onere di raccordare e omogeneizzare tutti i caotici *input* normativi di questo panorama in continua evoluzione.

Non è un caso che la metafora più utilizzata per descrivere detta situazione di incertezza sia quella di un vero e proprio *labirinto*¹⁴, nel quale l’interprete, come un novello Dedalo, si vede costretto ad orientarsi, con i mezzi a sua disposizione, alla disperata ricerca della “via d’uscita” ermeneutica più coerente con i principi nazionali e sovranazionali.

In definitiva, le descritte aporie impongono, *melius re perpensa*, un ripensamento critico della concezione di legalità, sia nella prospettiva tradizionale della riserva di legge di cui all’art. 25, comma 2, Cost., sia soprattutto nell’ottica del rapporto stesso tra giudice e legge, “scolpito” nell’art. 101 Cost.

L’analisi dei problemi posti dalla tendenza creazionistica della giurisprudenza, detto altrimenti, non può più essere circoscritta ad una esegesi sulla origine delle devianze, indiscutibilmente “patologiche”, dei rapporti tra chi scrive il precetto e chi, in punto teorico, dovrebbe limitarsi ad una sillogistica applicazione dello stesso.

¹² Lo puntualizza A. BERNARDI, *Il difficile rapporto tra fonti penali interne e fonti sovranazionali*, in (a cura di) C. E. PALIERO – S. MOCCIA – G. DE FRANCESCO – G. INSOLERA – M. PELISSERO – R. RAMPIONI – L. RISICATO, *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, Napoli, 2016, p. 37. Sul medesimo argomento, v. anche R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell’Unione Europea. Linee guida di un sistema integrato di tutela dei beni giuridici sovranazionali e dei beni giuridici di interesse comune*, Milano, 2005, p. 257.

¹³ Sottolinea il carattere “bidimensionale” delle garanzie affermate nella giurisprudenza CEDU, in una sfera sia “punitiva” che “preventiva” della sanzione, F. PALAZZO, *Il limite della political question fra Corte costituzionale e Corti europee*, cit., pp. 11-12.

¹⁴ V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012, pp. 3 ss.

Piuttosto, pare maggiormente proficuo provare ad interrogarsi sulla natura “fisiologica” che il fenomeno sembra andare assumendo nell’attuale “sistema vivente” delle fonti, nonché sui possibili correttivi, sostanziali e processuali, per rivitalizzare i caratteri della determinatezza della fattispecie penale e della prevedibilità della decisione giudiziale.

2. Principio di legalità e separazione dei poteri

Per analizzare le concause e i possibili effetti del cennato «terremoto teorico e pratico»¹⁵, appare opportuno procedere ad alcune puntualizzazioni storiche e concettuali sulla tenuta e sulla reale portata da attribuire oggi al *principio di legalità* in materia penale.

Si tratta, verosimilmente, della più impegnativa sfida del penalista contemporaneo.

Una simile affermazione, senza dubbio *tranchant*, trova la propria *raison d'être* nella circostanza per cui il suddetto principio è notoriamente vittima di profonde trasformazioni, pur essendo stato l'unico, tra i molteplici «percorsi giuridici della postmodernità»¹⁶, a polarizzare i consensi di tutta la dottrina penalistica dell'ultimo secolo, a prescindere dagli orientamenti e dalla differente sensibilità delle varie Scuole di pensiero¹⁷.

Il dogma intransigente di una legalità legislativa e Stato-centrica ha rappresentato, cioè, il vero *leitmotiv* ideologico della scienza giuridica moderna degli Stati costituzionali di diritto, monoliticamente raccolta attorno alla certezza

¹⁵ F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XXXVI, II, 2007, p. 1280.

¹⁶ L'espressione è di F. PALAZZO, *Principio di legalità e giustizia penale*, in *Cass. pen.*, 7-8, 2016, p. 2695.

¹⁷ Per una magistrale ricostruzione teorica e storiografica del principio di legalità, non si può non rinviare a L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 2018, pp. 368 ss.

che solo la *lex scripta parlamentaria* e gli atti ad essa equipollenti fossero in grado di proteggere sia il *cives* che l'intera *societas* dalle aberrazioni punitive tipiche dell'*Ancien Régime*¹⁸.

Non è un caso come gli ordinamenti occidentali di *civil law* derivino buona parte delle proprie Carte costituzionali dalla comune esigenza - «drammaticamente avvertita»¹⁹ a partire dalla metà del diciottesimo secolo - di superare le numerose condizioni che concorrevano a rendere il diritto incerto e le sanzioni punitive indeterminate²⁰.

Per citare solo i più “celebri” di questi fattori, basti pensare alla caotica, eterogenea ed oscura congerie di fonti normative; all'«incudine dell'*arbitrium principis*» sulle scelte dei singoli e alla “voracità punitiva” del *crimen laesae maiestatis*²¹; alla commistione della dimensione giuridica con quella morale, fondata sulla equiparazione tra delitto e peccato²²; al «perniciosissimo arbitrio nelle mani dei giudici»²³, acuito dall'adozione di un modello processuale di stampo inquisitorio, e quindi caratterizzato da segretezza e scrittura,

¹⁸ Sulle differenti realtà vigenti nel frastagliato panorama penalistico dell'Europa prerivoluzionaria, cfr. M. CHIANTINI, *Diritto e processo penale alla fine dell'Ancien Régime*, in (a cura di) M. ASCHERI, *Lezioni di storia delle codificazioni e delle costituzioni*, Torino, 2008, pp. 21 ss.

¹⁹ Cfr. S. MOCCIA, *La crisi della legalità nella crisi del sistema penale*, in AA.VV., *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, cit., p. 341, il quale sottolinea il carattere concreto e impellente, tutt'altro che meramente teorico, di tale necessità.

²⁰ Per un approfondimento sulle varie “matrici politico-culturali del diritto penale moderno”, cfr. G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VIII ed., Torino, 2019, pp. XVII ss. Con specifico riferimento all'epoca medievale, poi, ci si riporta al variopinto affresco tratteggiato da P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Bari, 1995 e ID., *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2007, pp. 15 ss.

²¹ G. AMARELLI, *Dalla legolatria alla post-legalità: eclissi o rinnovamento di un principio?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3, 2018, p. 1408. Il secondo aspetto viene diffusamente esaminato da M. SBRICCOLI, *Crimen laesae maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Milano, 1974.

²² Sul punto, cfr. S. MOCCIA, *Carpzov e Grozio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, Napoli, 1979, *passim*, il quale puntualizza come la necessità di dividere nettamente la sfera del diritto da quella della morale fosse già stata anticipata nel diciassettesimo secolo da alcuni esponenti del cd. “giusnaturalismo laico”, ma che il sostrato sociale e culturale di quel periodo storico non fosse ancora pronto per una simile rivoluzione ideologica.

²³ G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, II, 1780-88, p. 20.

dichiaratamente sbilanciato a favore dell'organo di accusa e del tutto noncurante di qualsivoglia diritto di difesa; da ultimo, allo «splendore dei supplizi»²⁴, crudeli e spiccatamente mediatici, perché strumentalizzati per intrattenere il volgo e, al contempo, veicolare nello stesso il timore dei castighi dello Stato leviatano²⁵, in una chiara ottica di prevenzione generale negativa²⁶.

Tutto ciò rappresenta la premessa socio-giuridico-culturale alla base delle conquiste tradizionalmente attribuite all'Illuminismo giuridico, sintetizzabili, ai nostri fini, nel celebre brocardo *nullum crimen, nulla poena sine lege*²⁷.

È proprio nel terreno del diritto penale, invero, che le istanze legalistiche dell'Età dei Lumi sono state declinate nella loro versione più assoluta e rigoristica²⁸, proprio a voler testimoniare l'affrancamento delle scelte di criminalizzazione dalla "oscura" aleatorietà pre-settecentesca, blindandole all'interno delle solide pareti di assiomi quali la riserva di legge, la tassatività, determinatezza e irretroattività delle fattispecie penali e, infine, il divieto di applicazione analogica delle stesse²⁹.

Al centro di questa trasformazione viene, cioè, collocata l'idea, tanto semplice quanto rivoluzionaria, che solamente la legge scritta ed entrata in vigore prima

²⁴ M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, trad. it. a cura di A. Tarchetti, Torino, 2014, pp. 35 ss.

²⁵ Il riferimento non può che andare a T. HOBBS, *Leviatano, o la materia, la forma e il potere di uno Stato ecclesiastico e civile*, edizione italiana a cura di A. Pacchi, Roma-Bari, 2008.

²⁶ Per l'analisi storica e sistematica degli aspetti positivi e negativi delle funzioni generalpreventive e specialpreventive della pena, si rinvia *in toto* a S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, pp. 47 ss. e pp. 96 ss.

²⁷ È consuetudine riconoscere a P.J.A. FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, Giessen, 1826, par. 20, la paternità del solo *nulla poena sine lege*; tuttavia, come sottolineato da C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, I, München, 1992, 74, non vi sono dubbi che il celebre giurista tedesco volesse includere in tale formula anche il *nullum crimen sine lege*. Di questa opinione, anche G. VASSALLI, voce *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig. disc. pen.*, VIII, Torino, 1994, nota (7), p. 286, e M.A. CATTANEO, *Anselm Feuerbach filosofo e giurista liberale*, Milano, 1970, pp. 446 ss.

²⁸ Cfr. G. VASSALLI, *Nullum crimen*, cit., p. 282, il quale puntualizza come «in nessun campo il principio di legalità assume le dimensioni rigorose che sono proprie della materia criminale», sicché per quest'ultima si è ormai avvezzi ad utilizzare «la locuzione "principio di stretta legalità"».

²⁹ In argomento, si v. S. MOCCIA, *La 'promessa non mantenuta'. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001, pp. 11 ss.

del fatto possa riuscire a tracciare, con sufficiente fermezza, il confine tra il lecito e l'illecito, di modo da fornire ai cittadini una «conoscenza previa e certa delle conseguenze delle loro azioni»³⁰.

Così concepita, la legalità assume il «volto disteso e apparentemente rassicurante della legalità legislativa»³¹, il cui fulcro è rappresentato dalla riserva di legge quale «riserva di organo parlamentare democratico e, quindi, garanzia formale minima avverso possibili abusi del potere statale» nel campo delle scelte private della libertà personale dei consociati³².

In fondo, si può dire che l'intera storia del costituzionalismo moderno tragga origine dall'idea che il potere pubblico debba fondarsi sulla sovranità popolare, la cui massima espressione non può che essere il principio democratico³³.

Di qui deriva l'individuazione di una duplice funzione garantistica sottesa al principio in esame³⁴, indirizzato: da un lato, alla protezione del cittadino da parte di tutti i poteri pubblici che siano titolari, a qualsiasi titolo, della coercizione penale; dall'altro, a consentire la prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie connesse alla violazione di precetti penali, in termini di certezza di libere scelte d'azione³⁵.

Sarebbe, tuttavia, riduttivo limitare l'incidenza di simili conquiste alla "semplice" affermazione di garanzie a livello individuale e collettivo, in quanto la matrice contrattualistica della legalità ha trasfuso il proprio *imprinting* nel

³⁰ P. COSTA, *Pagina introduttiva. Il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XXXVI, I, cit., pp. 2-3. Cfr. anche C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, trad. it. a cura di S. Moccia, Napoli, 1998, il quale, nell'operare una rilettura teleologica in chiave politico-criminale della teoria generale del reato, ben evidenzia come la tassatività/determinatezza del *Tatbestand* costituisca l'unico vero strumento irrinunciabile per garantire la libertà dei consociati.

³¹ M. VOGLIOTTI, voce *Legalità*, in *Enc. dir.*, Annali, IX, Milano, 2013, p. 373.

³² G. AMARELLI, *Dalla legolatria alla post-legalità*, cit., p. 1410.

³³ F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in (a cura di) G. GIOSTRA - G. INSOLERA, *Costituzione, diritto e processo penale*, Milano, 1998, pp. 41 ss. In argomento, cfr. anche C. CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, cit., pp. 55 ss.

³⁴ G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, Bari-Roma, 2017, p. 117.

³⁵ Cfr. Corte cost., sentenza 24 marzo 1988, n. 364, par. 8, in *Giur. cost.*

DNA stesso degli edifici costituzionali, guidando la genesi e l'evoluzione della dottrina dello Stato e della separazione dei poteri.

Ed infatti, con specifico riferimento alla dimensione italiana, il principio in esame - consacrato a livello codicistico (artt. 1 e 2 c.p.), ma, soprattutto, elevato a rango costituzionale (art. 25, comma 2 Cost.) - si è riflesso principalmente sulla struttura della nostra Repubblica parlamentare, ispirando la logica della suddivisione dei poteri dello Stato³⁶, nonché i principi afferenti alla magistratura e all'ordinamento giurisdizionale³⁷.

Se la stretta legalità va, pertanto, considerata la *forma essendi* del diritto penale contemporaneo³⁸, ciò rende, ancorché semplicisticamente, l'idea di quanto profonde possano essere le implicazioni di una presunta "crisi" della stessa.

Ridefinire - o, addirittura, tracciare *ex novo* - i contorni del pilastro portante del *Rechtstaat*, difatti, non può che generare una sorta di *butterfly effect*³⁹ su numerosi aspetti di un edificio giuridico articolato su più livelli come quello moderno, cagionando degli evidenti problemi di "stabilità" dello stesso, che, in quanto tali, esigerebbero una importante ricalibratura del meccanismo di "pesi e contrappesi" su cui è stato eretto e si è sviluppato nei decenni.

Una vera e propria "reazione a catena" che finirebbe - giusto per ripetere *en passant* le conseguenze di più immediata preconizzazione - per travolgere la

³⁶ È evidente in tale impostazione l'influsso di MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 1748, edizione a cura di L. Versini, Paris, Éditions Gallimard, 1995, p. 112, che, nello stigmatizzare forme di governo caratterizzate dalla concentrazione dei poteri nelle mani del singolo, per primo puntualizzò nettamente come «pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir».

³⁷ V. MANES, "Common Law-isation del diritto penale"? *Trasformazione del nullum crimen e sfide prossime future*, in *Cass. pen.*, 3, 2017, pp. 957 ss.

³⁸ F. PALAZZO, *Principio di legalità e giustizia penale*, cit., p. 2695.

³⁹ Trattasi dell'espressione riportata in un famoso articolo del matematico e meteorologo E.N. LORENZ, *Predictability: does the flap of a butterfly's wings in Brazil set off a tornado in Texas?*, 1972, presentato al 139° convegno della American Association for the Advancement of Science. Con tale locuzione, si intende asserire che la variazione anche infinitesima di alcune condizioni iniziali di un dato sistema possa produrre degli sconvolgimenti su scala più grande, di natura crescente e di carattere imprevedibile nel comportamento successivo del predetto contesto di riferimento.

relazione tra la legittimazione democratica del Parlamento e la sua prerogativa di unico titolare del potere legislativo *in criminalibus*; per imporre, quindi, la ricerca di un nuovo punto di equilibrio tra il suddetto organo rappresentativo della volontà popolare e la genetica voracità dell'esecutivo nell'auto-attribuirsi potestà *lato sensu* legislative (ben evidente nell'utilizzo distorto che negli anni è stato fatto della decretazione d'urgenza e di quella legislativa⁴⁰); per ripensare i criteri di recepimento delle istanze eurounitarie e convenzionali, fino ad ora chiamate a confrontarsi e, per certi versi, ad arrestarsi dinanzi al carattere assoluto della riserva di legge in materia penale⁴¹; per "legalizzare" una funzione nomopoietica dei giudici comuni⁴², da cui discenderebbe il susseguente problema di definire regole in grado di assicurare l'«accessibilità del precetto» e la «prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie», canoni ormai indefettibili della giurisprudenza di Strasburgo⁴³ ed ormai penetrati con vigore anche nel lessico domestico; per consacrare definitivamente, infine, un potere normativo della Corte costituzionale, non più "vincolata" dalla legalità-riserva di legge a decisioni solo "riduttive" (o ablative parziali) del dettato legislativo, ma abilitata *tout court* ad emettere anche sentenze più propriamente «manipolative»⁴⁴ (ossia

⁴⁰ In argomento, cfr. C. CUPELLI, *La legalità delegata*. cit., *passim* e, in particolare, pp. 130 ss.

⁴¹ Si pensi soprattutto alle implicazioni della nota dottrina dei cd. "controlimiti", di recente tornata al centro del dibattito dottrinale e giurisprudenziale con la celebre "saga Taricco", e, nello specifico, con l'ordinanza 26 gennaio 2017, n. 24 e poi con la sentenza 18 aprile 2018, n. 115 della Corte costituzionale. In tali occasioni, la Consulta, facendo leva sui canoni di determinatezza e irretroattività della fattispecie penale, ha elevato il principio di legalità *ex art. 25, co. 2 Cost.* al rango di principio supremo dell'ordinamento, come tale tetragono anche alla *primauté* del diritto dell'Unione Europea. Sul punto si ritornerà assai diffusamente nel secondo capitolo.

⁴² Sottolinea i rischi sistematici di una simile apertura S. MOCCIA, *Sulle precondizioni dell'ermeneutica giudiziale nello Stato di diritto*, in *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, 2012, pp. 299 ss.

⁴³ *Ex multis*, F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *AA.VV., La crisi della legalità*, cit., pp. 213 ss.

⁴⁴ L. ELIA, *Divergenze e convergenze della Corte costituzionale con la magistratura ordinaria in materia di garanzie difensive nella istruzione sommaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1965, p. 562. Critico nei confronti di tale espressione è C. PEDRAZZI, *Inefficaci le sentenze manipolative in materia penale?*, in *Diritto penale*, I, Milano, 2003, p. 383, secondo il quale la stessa risulterebbe in realtà «più efficace che precisa». In argomento, si v. anche M. BERTOLINO, *Dalla mera*

“additive” o “sostitutive” del testo di legge), senza soggiacere al tradizionale limite delle «rime obbligate»⁴⁵.

2.1. Un concetto proteiforme tra mitologia ed effettività

Dalle considerazioni che precedono, si deduce come i delicati equilibri raggiunti nell'attuale assetto istituzionale siano essenzialmente il prodotto di una fideistica esaltazione della legge generale e astratta come unica possibile fonte del diritto⁴⁶.

Tale impostazione risente, innegabilmente, dell'eredità culturale settecentesca prerivoluzionaria e rivoluzionaria, foriera di un vero e proprio “culto” della legge come diretta promanazione della volontà generale, personificata in una Assemblea di rappresentanti del popolo liberamente eletti.

Secondo questa logica, in effetti, il sistema avrebbe una sua coerenza “circolare”, in quanto sarebbe sempre il popolo, nei cui confronti i giudici amministrano la giustizia e dal quale essi provengono, a voler comminare delle sanzioni – celeri,

interpretazione alla «manipolazione»: creatività e tecniche decisorie della Corte costituzionale tra diritto penale vigente e diritto vivente, in (a cura di) M. BERTOLINO – L. EUSEBI – G. FORTI, *Studi in onore di Mario Romano*, I, Napoli, 2011, p. 57, la quale, proprio per evitare simili censure, ha proposto di adottare la nomenclatura di «sentenze di accoglimento parziale (a contenuto interpretativo)».

⁴⁵ La celebre espressione è stata coniata da V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, 1984, pp. 402 ss. per indicare come la Consulta non possa manipolare una disposizione impugnata, “salvandone” la legittimità costituzionale attraverso una soluzione “creativa”, preferita fra le diverse possibili. Al contrario, come limpidamente specificato, di recente, da V. NAPOLEONI, *Il sindacato di legittimità costituzionale in malam partem*, cit., p. 456, la Corte costituzionale può solamente adottare l'unica «soluzione direttamente imposta dalla norma costituzionale violata, ovvero logicamente e univocamente necessitata alla luce della stessa disposizione censurata o del sistema normativo in cui essa si inserisce», in quanto «la Corte non “inventa”, ma “trova” già nell'ordinamento la norma costituzionalmente corretta». Per una completa analisi di tutte le posizioni espresse dalla dottrina e dalla giurisprudenza in tale dibattito, invero assai ampio e variegato, cfr. C. CUPELLI, *La legalità delegata*, cit., pp. 35 ss.; M. ROMANO, *Complessità delle fonti e sistema penale*, cit., pp. 551 ss.; V. NAPOLEONI, *Il sindacato di legittimità costituzionale in malam partem*, cit., pp. 455 ss.; M. SCOLETTA, *Metamorfosi della legalità. Favor libertatis e sindacabilità in malam partem delle norme penali*, Pavia, 2012, p. 275.

⁴⁶ G. FIANDACA, *Prima lezione*, cit., pp. 119 ss.

effettive e proporzionate alla gravità dei delitti⁴⁷ – per la realizzazione di fatti che il popolo stesso, personificato dal legislatore, ha previamente qualificato come dannosi per la collettività.

In realtà, abbandonando per un attimo detta tradizionale prospettiva istituzionale a vantaggio di una visuale prettamente storiografica, ci si avvedrebbe del fatto che la legge sia tutt'altro che l'aristotelico "motore immobile" di un universo giuridico in perenne movimento, apparendo, invece, come un'entità fortemente influenzata dalle contingenze ideologiche e culturali del frangente temporale oggetto di osservazione.

La connotazione rigorosamente formalistica della riserva di legge, in fondo, presuppone solo che tutto ciò che sia stato positivizzato da un organo all'uopo legittimato secondo meccanismi normativi ben delineati e che sia, dunque, giunto a conoscenza dei consociati attraverso una predefinita modalità di promulgazione e pubblicazione, debba considerarsi *ex se* intrinsecamente giusto, perché espressivo di una volontà generale⁴⁸.

Questa visione ottimistica e idealizzata della *lex* – comprensibilmente impostasi nel terreno fertile della dimensione liberal-democratica della Costituzione – si scontra, però, con il dato dell'evidenza storica, che ha visto il *nullum crimen* ricoprire, specialmente nelle esperienze totalitarie del Novecento, una formidabile *funzione autoritaria*, quale manifestazione forte e inderogabile della sovrana volontà dello Stato⁴⁹.

⁴⁷ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., pp. 280 ss. e 298 ss.

⁴⁸ Sul punto, P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, cit., p. 212, paragona la legge ad un «vaso vuoto, che il potere supremo può riempire a suo piacimento dei contenuti più vari, perché non saranno questi a conferirle venerabilità ma soltanto il fatto di essere legge».

⁴⁹ In argomento, cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, X ed., Milano, 2017, pp. 5 ss., il quale, nel ricostruire meticolosamente l'evoluzione del procedimento di reiezione della legalità formale a cavallo tra le due guerre mondiali, ne identifica l'epicentro anzitutto nella Russia sovietica. L'A., in particolare, individua tre momenti fondamentali nella «costruzione di una nuova legalità rivoluzionaria»: iniziata con l'abrogazione della legislazione penale zarista e la legittimazione di un diritto giurisprudenziale creativo (1918-1919); proseguita con il Codice penale del 1922 (al quale si uniformarono i Principi della legislazione delle Repubbliche federali del 1924 e, quindi, il codice della RSFSR del 1926), con cui si accolse

A tal proposito, va richiamata, in primo luogo, la sovversione di sistema avvenuta nella Germania del periodo nazista. Quivi, la «degenerazione di segno autoritario»⁵⁰ fu da subito evidenziata dalla sostituzione del par. 2 del codice penale del 1871 con il c.d. *Führerprinzip*⁵¹, a tenore del quale andava punito non solo «chi commette un fatto che la legge dichiara punibile», ma anche colui che «merita punizione secondo l'idea di fondo di una legge penale e secondo il sano sentimento del popolo», con la precisazione che laddove non trovi «diretta applicazione al fatto nessuna legge penale, il fatto sarà punito secondo la legge la cui idea di fondo meglio gli si adatta»⁵².

Questa prevaricazione del *nullum crimen sine poena* sul *nullum crimen, nulla poena sine lege*⁵³ – la cui essenza coincide con l'ampissima vaghezza della fonte normativa del «sano sentimento del popolo» (*gesundes Volksempfinden*) – incarna perfettamente il carattere politico totalitario del *Reich*, scientemente premuratosi di demolire i diaframmi garantistici dello Stato di diritto e trasformare la giustizia penale in mera «persecuzione amministrativa»⁵⁴. In questo modo, a

una concezione di reato in senso materiale, comprensiva cioè di ogni condotta pericolosa per l'ordinamento socialista e suscettibile di interpretazione analogica da parte dei giudici; terminata, infine, con le riforme successive al XX Congresso del P.C.U.S. del 1956, poi condensate nel Codice della RSFSR del 1960, all'interno del quale, in una prospettiva di recupero della certezza del diritto, si ritornò ad una concezione formale di legalità (divieto di analogia e irretroattività della legge penale), mantenendone la nozione materiale solo *pro reo*, ovvero nel senso di «non considerare reati i fatti previsti dalla legge, ma in concreto ritenuti socialmente non pericolosi».

⁵⁰ A. FIORELLA, voce *Reato in generale (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1987, p. 774. Cfr. anche C. CUPELLI, *La legalità delegata*, cit., p. 57.

⁵¹ Legge 28 giugno 1935.

⁵² In argomento, si v. S. MOCCIA, *La 'promessa non mantenuta'*, cit., pp. 14 ss. e G. VASSALLI, voce *Nullum crimen*, cit., p. 293, il quale rammenta che, nella stessa occasione, venne resa facoltativa, da parte dei giudici, l'applicazione dei principi di non ultrattività delle norme penali incriminatrici e della prevalenza della legge penale più favorevole (par. 2a RStGB), introducendo altresì la possibilità di pronunciare una sentenza di condanna anche solo sulla base di un «accertamento alternativo» (par. 2b RStGB).

⁵³ H.H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Berlin, 1983, p. 1983, richiamato da C. CUPELLI, *op. cit.*, loc. cit.

⁵⁴ M. RONCO, *Il principio di legalità*, in (a cura di) M. RONCO, *Commentario al codice penale, vol. I. La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone*, Bologna, 2010, p. 19.

dissolversi fu non solo la certezza del diritto, ma la sua stessa «giuridicità»⁵⁵, inaugurando quella *climax* ascendente di violenza e terrorismo penale culminata poi negli orrori dell'Olocausto.

Un ulteriore esempio di snaturamento del carattere democratico e liberale del principio si è avuto, anche se in maniera differente, con il codice Rocco del 1930, all'interno del quale esso divenne il manifesto dell'*instrumentum regni* del regime fascista, icasticamente cristallizzato nelle leggi "fascistissime" del 1926 e in quelle razziali del 1938⁵⁶.

In quella esperienza, sebbene fossero stati mantenuti i contenuti liberali del codice Zanardelli (legalità, irretroattività della legge penale e divieto di analogia), questi furono declinati in una versione «nominalistica, astratta e formale»⁵⁷, cui si accompagnò, parallelamente, una loro sostanziale elusione nella prassi applicativa.

Pur non soppresso formalmente come nell'esperienza nazista, infatti, il principio di legalità venne ridotto dal regime fascista a niente più di un mero orpello, in cui, alla totale mancanza di qualsiasi controllo circa l'effettivo rispetto dello stesso nella formulazione delle fattispecie di parte speciale, si accompagnava soprattutto l'assenza di una reale legittimazione democratica del legislatore⁵⁸. Le leggi del Ventennio, d'altronde, lungi dal costituire la sintesi di un dibattito parlamentare tra esponenti eletti democraticamente e rappresentativi di tutte le forze politiche, furono null'altro che il prodotto di un'unica, vera forza politica, ossia la Camera dei fasci e delle corporazioni, istituita d'imperio e geneticamente

⁵⁵ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 9.

⁵⁶ In riferimento alle vicende legislative razziali del regime fascista, si rinvia alla meticolosa ricostruzione profferita da S. GENTILE, *La legalità del male. L'offensiva mussoliniana contro gli ebrei nella prospettiva storico-giuridica (1938-1945)*, 2013, Torino.

⁵⁷ Sul punto, si v. le rigorose note critiche espressa da G. NEPPI MODONA, *Principio di legalità e giustizia penale nel periodo fascista*, in *Quaderni fiorentini*, II, cit., pp. 983 ss.

⁵⁸ G. AMARELLI, *Dalla legolatria alla post-legalità*, cit., p. 1413. Sulle caratteristiche del tecnicismo giuridico e della legislazione penale susseguente alle riforme fasciste, cfr. P. PIASENZA, *Tecnicismo giuridico e continuità dello Stato: il dibattito sulla riforma del codice penale e della legge di pubblica sicurezza*, in *Politica del diritto*, 1979, pp. 261 ss. e, in particolare, pp. 272-273.

strutturata per impedire la benché minima dialettica tra maggioranza e opposizione⁵⁹.

È curioso, pertanto, che il medesimo principio, finanche formulato testualmente in maniera identica, abbia oggi dei connotati così lontani da quelli che ne ispirarono novant'anni fa la trasposizione nel codice penale.

Detto stupore deriva dalla dirompente influenza culturale che tale assioma ha avuto negli Stati costituzionali di diritto, da noi ereditata quale carattere indefettibile di un ordinamento sensibile alla libertà dei suoi cittadini ed avvertita come l'unico possibile assetto istituzionale espressivo di valori pluralistici e liberal-democratici.

Eppure, la distanza siderale tra legalità costituzionale e legalità totalitaria – avvicendatesi nell'arco dell'incalzante "Secolo breve"⁶⁰ – documenta come il principio in esame non vada ammirato passivamente come simulacro immanente di una idealizzata giustizia, bensì studiato come un concetto al quale approcciarsi con coscienza critica e nella consapevolezza della sua relatività temporale, figlia delle «trasformazioni cui anche la legalità è soggetta nel fluire e nelle mutevoli condizioni della storia»⁶¹.

Simili deformazioni, per l'appunto, comprovano la *natura proteiforme* di detto assioma, il quale anche in futuro, al mutare del contesto ideologico e istituzionale, potrebbe tornare ad essere uno strumento di violenza, sottoposto a torsioni "liberticide" in aperta antitesi col suo spirito garantista. Da questo punto di vista, la legalità non può essere considerata come un «dato

⁵⁹ Cfr. nuovamente G. NEPPI MODONA, *Principio di legalità e giustizia penale*, cit., p. 986, che, denunciando il difetto di ogni legittimazione rappresentativa di tale organo legislativo, ricorda come la sua istituzione abbia calpestato ogni minoranza politica, povera di «alcuna rappresentanza a livello parlamentare» e «ridotta alla clandestinità o all'esilio, quando non rinchiusa nelle patrie galere o inviata al confino».

⁶⁰ L'espressione rinvia convenzionalmente al saggio dello storico E.J. HOBBSAWM, *Il Secolo Breve. 1914-1991*, Milano, 2014. In argomento, cfr. anche U. ECO, *Il Novecento. Il secolo breve. Storia*, 2016, Milano.

⁶¹ F. PALAZZO, *Il principio di legalità tra Costituzione e suggestioni sovranazionali*, in *Legisl. pen.*, 29 gennaio 2016, p. 2.

incondizionatamente positivo 'in sé'»⁶², essendo più calzante il paragone - tratto da una celebre ed efficacissima metafora di Piero Calamandrei - con uno «stampo» in cui, a seconda delle intenzioni del fabbro, «si può colare oro o piombo»⁶³.

Tali constatazioni, beninteso, non possono in alcun modo coincidere con una indolente rinuncia ad esplorare le ragioni e la possibile direzione di simili cambiamenti, né, men che meno, con un atteggiamento di acquiescenza verso i "tradimenti" che da tempo paiono consumarsi nei confronti della legalità⁶⁴.

Al contrario, il giurista di oggi, proprio perché memore di simili derive e pienamente edotto dei rischi di possibili "ricadute", deve essere più che mai vigile nel sostenere a gran voce regole di sistema "forti" a difesa delle libertà fondamentali, che non siano cioè remissive alle logiche *flo*, "flessibili" e "dinamiche", che accerchiano da più fronti il nostro sistema teleologicamente orientato⁶⁵.

⁶² In argomento, si rinvia alla accuratissima disamina di G. AMARELLI, *Dalla legolatria alla post-legalità*, cit., pp. 1410-1414, ove l'A. individua proprio nella legalità "storicizzata" e in quella "relativa" i primi (e principali) fenomeni "corrosivi" della concezione "legicentrica" del principio in analisi.

⁶³ P. CALAMANDREI, *Prefazione* a C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, II ed., Firenze, Le Monnier, 1950, p. 92.

⁶⁴ La condivisibile puntualizzazione è di F. PALAZZO, *op. ult. cit.*, loc. cit.; ID., *Legalità fra law in the books e law in action*, in A. CADOPPI, *Cassazione e legalità penale*, cit., p. 64.

⁶⁵ Sul punto, cfr. S. MOCCIA, *Sistema penale e principi costituzionali: un binomio inscindibile per lo Stato sociale di diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3, 2018, pp. 1720 ss., il quale, nell'informare dei rischi derivanti dal sacrificio dei principi penalistici dello stato di diritto finanche a fini di semplificazioni processuali, prende atto della circostanza per cui «le esigenze della postmodernità, con la fine dello storicismo, hanno determinato la perdita dell'idea di fondamento, che ha spinto all'adozione di canoni 'deboli' di comprensione ed interpretazione della realtà, con il ricorso, nell'esperienza giuspenalistica, a logiche, miopi, d'immediatezza. Ma queste mal si adattano alla 'forza', alla sostanza dei diritti fondamentali, quali vengono normalmente in discussione con il controllo penale».

3. È davvero corretto parlare di «crisi della legalità»?

A questo punto, occorre una precisazione in ordine alla terminologia utilizzata – e, per certi versi, abusata – per descrivere gli accennati mutamenti della caratterizzazione del principio in analisi.

È oramai consuetudine denunciare una «crisi della legalità»⁶⁶, con ciò esprimendo una valutazione peggiorativa circa il suo stato attuale di salute rispetto ad un passato (più prossimo che remoto) in cui la stessa, evidentemente, sarebbe stata nel pieno del proprio vigore.

Facendo, tuttavia, tesoro della descritta fenomenologia “relativa” della legalità in generale, e, ancor di più, dell’aporìa dommatica insita nella considerazione della dimensione penale come una “monade” isolata e avulsa dalle trasformazioni che attraversano l’intero sistema giuridico⁶⁷, sarebbe forse più opportuno, in punto teorico, rivalutare una simile prognosi di “crisi”, per sposare una prospettiva più flessibile e, per così dire, possibilista.

A entrare in “crisi” concettuale non può essere l’idea di *legalità in sé*, che è per sua natura portata ad evolversi conseguentemente al mutare delle contingenze ideologiche e socioculturali del contesto storico di riferimento.

Ci pare più corretto, invece, parlare di una più neutrale *metamorfosi* del principio in esame, che, in un incedere quasi “evoluzionistico”, si sta adattando alle

⁶⁶ La letteratura in materia è pressoché sterminata, pertanto sarà richiamata di volta in volta sulla base delle singole problematiche affrontate nel corso di questo elaborato. In questa sede, *ex plurimis*, si rinvia ai pregevolissimi contributi contenuti in AA.VV., *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, cit., nonché a D. PULITANÒ, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1, 2015, pp. 29 ss.; F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio ‘fondamentale’*, cit., pp. 1279 ss.; ID., *Legalità fra law in the books e law in action*, cit., pp. 65 ss.; G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell’età del protagonismo giurisdizionale*, cit., pp. 79 ss.; C.F. GROSSO, *Il fascino discreto della conservazione (considerazioni in margine all’asserita crisi del principio di riserva di legge in materia penale)*, in *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, 2011, pp. 125 ss.; P. SCEVI, *La crisi della legalità nel diritto penale. Progressiva dissoluzione o transizione verso una prospettiva di crescita?*, in *Arch. pen.*, 3, 2017, pp. 2 ss.

⁶⁷ A. GARGANI, *Verso una ‘democrazia giudiziaria’? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, in *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, 2011, cit., pp. 99 ss.

mutazioni dello Stato sociale di diritto, rimettendo in discussione alcuni dei capisaldi su cui intere generazioni di giuristi si sono formate culturalmente⁶⁸.

Tra i tanti sconvolgimenti di detto *status quo*, spicca innegabilmente la riferita decostruzione del “mito” della legge.

Difatti, al di là delle descritte parentesi storiche e delle plurime sollecitazioni ad una sostanzializzazione della (riserva di) legge, ciò che emerge con chiarezza è che la “Arcadia” di un diritto penale legalistico debba ritenersi irrealizzabile nel suo estremismo epistemologico, risultando impossibile scindere nettamente la dimensione applicativa del precetto da quella interpretativa dello stesso.

Non si può negare, in tutta sincerità, il carattere obsoleto ed anacronistico della visione del giudice come mera “bocca della legge”⁶⁹, depotenziato a poco più di un burocrate preposto alla meccanica applicazione di precetti tanto ben determinati, chiari e precisi da precludere qualsivoglia attività *lato sensu* interpretativa⁷⁰.

Pur apprezzando e condividendo la cifra politica (e polemica) che ha portato i giuspubblicisti post-rivoluzionari a tali affermazioni, nell’attuale contesto appare, invece, insopprimibile l’opera concretizzatrice del giudice, quale unico soggetto dotato del potere di vitalizzare la generalità e astrattezza del testo di legge per calarla nella realtà del caso concreto⁷¹.

⁶⁸ N. ZANON, *Su alcuni problemi attuali della riserva di legge in materia penale*, cit., p. 315 ss., prende atto della profondità di simili trasformazioni in essere, precisando che «la questione di fondo è comprendere se a queste trasformazioni si debba cercare di resistere, ovvero se si debba semplicemente prendere atto del loro “accadere”, e piuttosto attivarsi per una loro razionalizzazione».

⁶⁹ Indimenticabile è la metafora di MONTESQUIEU, *De l’esprit des lois*, cit., p. 116, il quale chiosa: «les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n’en peuvent modérer ni la force ni la rigueur».

⁷⁰ Su questo caposaldo del pensiero illuministico, insostituibili sono le splendide pagine di C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., pp. 167 ss. e, in particolare, p. 174, ove si legge che «in ogni delitto si deve fare dal giudice un sillogismo perfetto; la maggiore dev’essere la legge generale; la minore, l’azione conforme, o no, alla legge; la conseguenza, la libertà o la pena. Quando il giudice sia costretto, o voglia fare anche soli due sillogismi, si apre la porta dell’incertezza».

⁷¹ Il problema è semmai diventato quello di individuare argini imperturbabili a tale attività “creativa” della giurisprudenza, istituzionalizzata da un peggioramento evidente della

Da questo punto di vista, le varie teorie dell'interpretazione – da intendersi nel suo senso primigenio di itinerario dinamico volto a cogliere ed attribuire significati a determinati segni⁷² – sono state elaborate negli anni proprio allo scopo guidare l'interprete per l'intera filiera che concorre a materializzare le incorporate parole del legislatore, partendo dal procedimento di individuazione delle fonti per finire poi con la pronuncia della sentenza come momento terminale di un giudizio, condotto secondo regole procedurali definite e inderogabili⁷³.

Se tali considerazioni sulla legalità sono vere in riferimento alla evoluzione di cui essa è innegabile oggetto nei sistemi di *civili law*, queste trovano ulteriori conferme nella differente “forma” che il principio ha assunto nei contesti di *common law*, come pure nella nozione di rilievo sovranazionale che ne ha dato la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo sulla base dell'art. 7 della CEDU⁷⁴. E questo perché il principio di legalità, in tutte le sue “declinazioni”, si fonda sulla fiducia dei consociati affinché venga loro assicurata la certezza del diritto e, di conseguenza, la prevedibilità della reazione sanzionatoria dell'ordinamento per la violazione dello stesso. Un affidamento, cioè, di tutti i cittadini a soggiacere a quelle precise regole – fissate in codici scritti oppure solo “viventi” – che siano già in vigore al momento in cui venga a realizzarsi la condotta illecita da cui avrà origine un accertamento da parte dell'Autorità giudiziaria.

qualità della legislazione degli ultimi anni e, per così dire, “istigata” dal diritto giurisprudenziale (ormai relativamente) vincolante di Strasburgo.

⁷² Cfr. F. VIOLA – G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 1999, p. 106, secondo cui detti segni possono essere della più disparata natura, non soltanto scritta (testi, discorsi, parole pronunciate in talune circostanze), bensì anche comportamentale, estrinsecandosi in atteggiamenti ed azioni che «danno forma alla nostra esistenza individuale e sociale».

⁷³ In argomento, si v. G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1990, p. 18, il quale, da un punto di vista terminologico, chiarisce come il vocabolo “interpretazione” debba ritenersi comprensivo sia della attività interpretativa che del risultato interpretativo.

⁷⁴ A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, 2014, p. 40.

Il *genoma garantistico* della legalità, quindi, è rimasto costante a prescindere dall'oggetto in cui la storia ha voluto che assumesse forma la *fiducia* dei consociati.

Nei contesti europeo-continentali, questa è stata indirizzata alla capacità del legislatore di redigere codificazioni scritte che fossero il frutto di scelte politico-criminali coerenti con la volontà del popolo, di cui esso è espressione e rappresentante; conseguentemente, alla correttezza dei magistrati nell'esercitare la propria funzione in nome del popolo, applicando il prodotto delle suddette valutazioni senza dilatarne il contenuto oltre il loro tenore letterale. Nei sistemi anglosassoni, di contro, detto affidamento si è concretizzato nello *stare decisis*, quale vincolo tendenziale per i giudici ad attenersi alle decisioni giudiziarie assunte in precedenza per casi dello stesso genere, opportunamente pubblicizzate attraverso un collaudato sistema di *law reporting* e dalle quali gli stessi non potessero arbitrariamente discostarsi⁷⁵. Siffatta possibilità è stata poi contemplata, in riferimento al singolo processo, solo mediante la tecnica del cd. *distinguishing*, secondo cui, risultando il caso concreto "distinguibile" rispetto a quello cui si riferisce il precedente vincolante, la *ratio decidendi* di quest'ultimo non potesse trovare applicazione nel primo, consentendo all'interprete di decidere liberamente⁷⁶. Quando, invece, si volesse sovvertire la *regula juris* vera e propria, tale mutamento interpretativo dovrebbe garantisticamente spiegare i

⁷⁵ Cfr. nuovamente A. CADOPPI, *op. ult. cit.*, p. 180, in cui l'A. ripercorre lo sviluppo storico dello *stare decisis*, rilevandone, nella versione britannica più risalente, il carattere inflessibile sia verticalmente che orizzontalmente e la natura "dichiarativa" della *common law*, intesa come un diritto preesistente «nell'inesplorato fondale del mare della legge consuetudinaria», che i giudici, cioè, nella qualità di semplici «giusdicenti», si limitavano a dichiarare per come essa era e non a plasmare a proprio piacimento. Sarà poi l'esperienza statunitense, fortemente influenzata dal pensiero di Holmes e Cardozo e dagli esponenti del cd. realismo giuridico, a riconoscere ai giudici il ruolo di "creatori" del diritto, rendendo il vincolo al precedente più malleabile, quantomeno in orizzontale.

⁷⁶ Non sfugge, tuttavia, che tale strumento sia purtroppo sovente utilizzato nei paesi di *common law* come *escamotage* per «sfuggire alle "mascelle serrate" della dottrina del precedente». In questi termini critici, sempre A. CADOPPI, *ivi*, p. 176.

propri effetti solo per l'avvenire e non anche nel caso oggetto di decisione, seguendo le regole del cd. *prospective overruling* statunitense⁷⁷.

A prima vista, quindi, l'evoluzione *in action* della legalità non sembrerebbe interessare, quantomeno in via diretta, il "nocciolo duro" della stessa – peculiare ad entrambi i riferiti contesti – che si sostanzia nei canoni di irretroattività, determinatezza e tassatività delle fattispecie incriminatrici⁷⁸.

Ciò che può senz'altro essere tacciato di profonda "crisi", invece, è l'elemento che davvero contraddistingue il nostro sistema rispetto a quelli fondati sul valore del precedente giurisdizionale, ovvero il canone della *riserva di legge*. E ci piacerebbe intendere il termine "crisi" non solo nella sua consueta accezione negativa, ma colorare lo stesso della sua propria sfumatura etimologica⁷⁹, ossia ponendolo ad oggetto di una disamina – portata avanti certamente con acribia, ma anche con equanimità – circa la tenuta della natura assoluta del postulato, sempre più sferzata da fattori che vorrebbero acuirne la lassità, insita, secondo alcuni autori, nel suo carattere tendenzialmente assoluto⁸⁰.

Per descrivere tale ordine di idee, si è proposto di isolare due differenti dimensioni all'interno del principio di legalità in materia penale: una prospettiva "storica", che lo analizza come meccanismo di individuazione delle

⁷⁷ L. ANTONIOLLI DEFLORIAN, *Il ruolo del precedente nel common law inglese*, in (a cura di) U. VINCENTI, *Il valore dei precedenti giudiziari nella tradizione europea*, Padova, 1998, pp. 171 ss.

⁷⁸ Così anche G. FIANDACA, *Prima lezione*, cit., pp. 117 ss.

⁷⁹ Il termine origina dal sostantivo greco κρίσις, a sua volta derivante dal verbo κρίνω: «discernere, giudicare, valutare».

⁸⁰ Se è vero che la dottrina riconosce, ormai unanimemente, il carattere assoluto della riserva di legge, permangono, tuttavia, differenti opinioni sui "limiti" di tale absolutezza. La tesi attualmente maggioritaria parteggia per una riserva di legge in materia penale "tendenzialmente assoluta", con ciò intendendo che il principio costituzionale *de quo* possa dirsi rispettato solo a condizione che la legge indichi tutti gli elementi della fattispecie criminosa, rinviando ad una fonte di rango secondario (come un regolamento) il compito di specificarne uno o più elementi, secondo parametri di natura squisitamente tecnica ed anch'essi esplicitati a monte dalla medesima legge. Di questo avviso, F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XIX, 1973, pp. 41-43; M. ROMANO, *Commentario sistematico al codice penale*, I, Milano, 2004, sub *Art. 1*, pp. 17 ss.; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 56. Fortemente critico nei confronti di tale nomenclatura, foriera di un «ossimoro imbarazzante», è però M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, p. 83.

fonti legittimate alla produzione normativa, in tal senso condizionato delle epoche e dei contesti istituzionali; un versante «universalistico-astorico», inerente alla conoscibilità dei precetti da parte dei consociati e «tendenzialmente avulso dai suddetti condizionamenti»⁸¹. Mentre quest'ultimo, incarnato dai canoni di determinatezza-tassatività e irretroattività della norma penale, costituirebbe il vero cuore della legalità, assolvendo alla precipua funzione di garanzia ad esso congeniale, il *nullum crimen sine lege parlamentaria* rappresenterebbe solo una delle possibili concretizzazioni della legalità "storica" tra le eterogenee soluzioni adottate a seconda delle matrici politico-istituzionali dei contesti giuridici di riferimento.

Come a dire che il significato garantistico della legalità non deve per forza associarsi al principio della riserva di legge parlamentare⁸². Quest'ultima è solo la forma in cui il Costituente ha scelto di plasmarla.

Ad ogni buon conto, appare senz'altro comprensibile come il nostro giudizio di giuristi continentali risulti profondamente sbilanciato a sostegno di una simile importazione piuttosto che delle altre, regalandoci una maggiore sensibilità – con conseguente inquietudine – rispetto agli sconvolgimenti che essa sta attraversando da tempo.

Il vero problema da sottolineare, tuttavia, consiste nella circostanza per cui, a differenza di quanto postulato "sulla carta" dalla richiamata distinzione assiologica, si riscontra in Italia una crescente frustrazione anche dei connotati della dimensione "astorica" della legalità.

L'assenza di meccanismi che regolino l'espansione dei vari fenomeni di cui si dirà – *in primis*, quello della *verve* "creativa" della magistratura – si ripercuote negativamente, infatti, anche sul fronte della conoscibilità del precetto, frustrando altresì i canoni di determinatezza/tassatività ed irretroattività della

⁸¹ C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, cit., pp. 7 ss.

⁸² R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione Europea. Linee guida di un sistema integrato di tutela dei beni giuridici sovranazionali e dei beni giuridici di interesse comune*, cit., p. 434.

legge penale. L'innesto autonomo ed estemporaneo di istanze di sostanzializzazione del precetto, detto altrimenti, provoca momenti di caotica ibridazione del sistema, il quale, svilito nei diaframmi costituzionali della riserva assoluta di legge e, allo stesso tempo, carente di meccanismi in grado di assicurare la stabilità del precedente giurisdizionale e l'irretroattività del *revirement* sfavorevole, assiste oggi ad una inaccettabile crepatura di parte sensibile dei presìdi costituzionali, che dovrebbero tutelare i consociati tutte le volte in cui entrino nell'orbita della materia penale.

3.1. Le diverse garanzie presidiate dalla riserva di legge

L'analisi del profondo «scotimento concettuale»⁸³ della riserva di legge in materia penale esige alcune riflessioni sul suo fondamento.

È pacifico come la regola di cui all'art. 25, comma 2 Cost. assolve ad una essenziale funzione di garanzia connessa al principio di separazione dei poteri pubblici, attribuendo al solo potere legislativo il monopolio delle scelte di normazione in sede penale⁸⁴. Garanzia, del resto, assolutamente necessaria, vista l'invasività della sanzione penale sul bene fondamentale della libertà personale⁸⁵.

Evidente è, dunque, la differenza con il previgente Statuto Albertino del 1848, la cui natura "flessibile" relegava la riserva di legge ad una mera (e tendenziale)

⁸³ La metafora è di F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, cit., p. 1280.

⁸⁴ F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, cit., pp. 22 ss.

⁸⁵ F. BRICOLA, *Legalità e crisi: l'art. 25, commi 2° e 3°, della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70*, in (a cura di) S. CANESTRARI - A. MELCHIONDA, *Scritti di diritto penale*, Milano, 1997, p. 1280.

“autolimitazione” per il legislatore ordinario, che poteva «discrezionalmente attribuire all’esecutivo il potere di emettere norme penali»⁸⁶.

La rigidità della Costituzione Repubblicana, al contrario, ha rappresentato il “biglietto da visita” per una energica dichiarazione, al più alto livello della (allora contemplata) gerarchia delle fonti, del supremo carattere della *lex scripta parlamentaria*, trasfuso poi nei corollari di determinatezza e tassatività della fattispecie penale⁸⁷ e nel divieto di applicazione della stessa a fatti realizzati prima della sua entrata in vigore⁸⁸.

Più nel dettaglio, è possibile individuare una duplice *ratio* garantista della riserva di legge: per un verso, riconducibile ad una logica «legale/democratico-procedurale», che si concretizza nel controllo esercitato sia dalle minoranze nel

⁸⁶ Così F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 47, il quale specifica come tale circostanza fosse tutt’altro che rara, specie in epoca fascista, ove «si ebbe una vera “delegificazione” a favore della normazione regolamentare delegata».

⁸⁷ È noto come alcuni Autori utilizzino i due sostantivi come mera “endiadi”, a mo’ di semplici sinonimi tra loro complementari. Ci pare, però, più corretta la tesi secondo cui, pur essendo senz’altro necessario operare una lettura congiunta dei due corollari, essi si differenzino in base al soggetto destinatario dell’istanza legalistica: mentre la determinatezza, attenendo alla formulazione della fattispecie, costituisce un monito diretto nei confronti del legislatore, la tassatività, invece, riguarda il momento prettamente applicativo, avendo la «funzione di impedire al giudice l’estensione dell’incriminazione oltre i casi espressamente previsti». In argomento, cfr. S. MOCCIA, *La ‘promessa non mantenuta’*, cit., p. 13, per cui, mentre la determinatezza avrebbe una dimensione interna perché relativa alla formulazione della fattispecie, la tassatività costituirebbe una proiezione esterna indirizzata a precludere l’interpretazione analogica delle fattispecie penali. In argomento, non si può non riportare anche la celebre tripartizione operata da G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, IX ed., Milano, 2020, pp. 71 ss. tra: principio di «precisione», finalizzato ad imporre al legislatore di descrivere con la maggior dovizia di particolari possibile sia il precetto dell’illecito, sia le conseguenze sanzionatorie connesse alla sua perpetrazione; principio di «determinatezza», che onererebbe sempre il legislatore di introdurre reati suscettibili di dimostrabilità in giudizio, secondo la migliore scienza e conoscenza del momento storico considerato; principio di «tassatività», che vieterebbe al giudice di interpretare e, dunque, applicare analogicamente le norme penali. Sull’errore dommatico insito nella tendenza ad assorbire l’esigenza di tassatività delle fattispecie penali all’interno del perimetro della riserva di legge, accorpate sotto la comune formula di «legalità», cfr. ancora F. BRICOLA, *Legalità e crisi: l’art. 25, commi 2° e 3°, della Costituzione*, cit., pp. 1281, a giudizio del quale siffatta sovrapposizione creerebbe una confusione tra «un problema di fonti in senso tecnico, cui attiene la riserva, con un problema di formulazione delle norme in modo tale da impedire, attraverso i varchi delle clausole generali, interventi del potere giudiziario».

⁸⁸ F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979, pp. 3 ss.

procedimento legislativo, sia, più in generale, da tutte le forze politico-sociali della collettività; per altro verso, essa deve, altresì, essere apprezzata in un'ottica «costituzionale/giurisdizionale-sostanziale», come sindacato di costituzionalità della legge da parte della Consulta⁸⁹.

È parimenti indiscusso che la scelta di dotare il solo Parlamento del diritto esclusivo di stabilire se e cosa punire presupponga l'esistenza di un sottostante bilanciamento dei rapporti tra gli organi dai quali tali atti legislativi devono scaturire.

Ed infatti, la legge acquista vigore non come atto in sé, bensì in virtù delle caratteristiche pluralistiche di cui il Costituente ha dotato l'organo preposto ad operare le scelte politico-criminali⁹⁰. Anche perché, se le Camere sono la manifestazione istituzionale dell'intero popolo italiano, allora attribuire loro il monopolio della produzione normativa in materia penale «significa assicurare – a garanzia delle libertà dei cittadini – una più forte legittimazione politica delle scelte punitive dello Stato, e una ancor più accentuata preclusione agli interventi del potere esecutivo e del potere giudiziario»⁹¹.

Come rilevato in tempi risalenti da autorevolissima Dottrina, questa volontà dell'Assemblea Costituente si apprezza solo se rapportata alla «rappresentatività di quel potere, nel suo essere espressione non di una stretta oligarchia, ma dell'intero popolo, che attraverso i suoi rappresentanti, si attende che l'esercizio avvenga non già arbitrariamente, ma per il suo bene e nel suo interesse»; in questo senso, la base rappresentativa del Parlamento e le caratteristiche tassative del procedimento legislativo permettono «alle minoranze ed alle opposizioni di

⁸⁹ Effettua questa distinzione R. BARTOLI, *Incriminatione e giustificazione: una diversa legalità?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 2010, p. 601, secondo cui sarebbe proprio la «ratio costituzionale-sostanziale» a fungere da “prova del nove” circa il primato della legge nel nostro assetto politico-istituzionale.

⁹⁰ Tra i costituzionalisti, v. L. CARLASSARE, voce *Legge (riserva di)*, in *Enc. giur.*, XVIII, 1990, pp. 2 ss., a giudizio della quale «senza il carattere dell'organo che la emana, la legge, quale strumento di garanzia, sarebbe inconsistente».

⁹¹ G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 45.

limitare e controllare la volontà della maggioranza quanto alla determinazione del contenuto della disciplina sulle materie riservate»⁹².

Proprio per simili ragioni, ci sembra doveroso evidenziare la *finalità limitativa* della riserva di legge, che funge, in effetti, da “rete di contenimento istituzionale” a ciascuno dei poteri dello Stato, nessuno escluso.

Le più immediate restrizioni sono senz’altro rivolte ai poteri esecutivo e giudiziario, rispettivamente destituiti – come più volte ricordato – della facoltà di operare scelte di criminalizzazione che non siano manifestazione della sovranità popolare e di *jurisdicere* distaccandosi dal tenore letterale dei precetti. A ben vedere, però, il principio in esame è pensato per imbrigliare anche lo stesso potere legislativo, che si ritrova investito del rispetto di stringenti regole procedurali, sottoposto ad un costante controllo da parte dell’opinione pubblica ed assoggettato alla ineluttabile scure del vaglio di legittimità costituzionale.

In altre parole, quello di creare le leggi non è un potere “conferito” al legislatore, ma un vincolo cui esso è stato assoggettato⁹³: nel momento in cui la Costituzione ha riservato una determinata materia alla legge parlamentare, ha così imposto a quest’ultima di regolarne direttamente l’intera disciplina, senza poter delegare tale compito ad altre fonti, né tantomeno lasciare il settore privo di copertura normativa (e, dunque, soggetto a decisioni arbitrarie o discrezionali).

Possiamo concludere affermando che la riserva di legge rappresenti una *garanzia di procedimento più che di contenuto*, che non si esaurisce nella “intrinseca equità della legge” o negli attributi di rappresentatività e pluralismo dell’organo legislativo, ma che abbraccia la norma in ciascuna delle «diverse fasi della formazione, dell’entrata in vigore e della vigenza»⁹⁴.

⁹² G. DELITATA, *Cesare Beccaria e il problema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964, p. 968.

⁹³ L. CARLASSARE, *La riserva di legge: presupposti teorici e implicazioni pratiche*, in *Studium iuris*, 1996, pp. 986 ss.

⁹⁴ C. GRANDI, *Riserva di legge*, cit., p. 18; F. BRICOLA, *Legalità e crisi*, cit., pp.

Tali considerazioni ci spingono, quindi, a ritenere che il corollario in esame costituisca la garanzia costituzionale che più di tutte fonda la citata *fiducia* dei consociati, a presidio della quale si erige il nostro principio di legalità.

Non vi è alcun bisogno di sottolineare, infatti, il legame indissolubile, sul piano ideologico-costituzionale, tra il principio di legalità penale e quello democratico, il cui “trionfo”, quale modello di organizzazione statale adottato dalla maggioranza degli Stati costituzionali, si riesce a giustificare alla luce del fatto che «solo la *res publica*, mediante la rappresentanza democratica alla base della funzione legislativa, consente teoricamente il massimo rispetto dei diritti individuali di ognuno», specialmente quando «messi potenzialmente in discussione dal meccanismo punitivo criminale»⁹⁵.

In questo quadro, la legittimazione democratica del diritto penale, ispirata a canoni di «razionalità, ponderazione e avvedutezza nel vagliare la necessità del ricorso alla sanzione punitiva sulla base di un previo bilanciamento tra rispettivi costi e benefici», documenta implicitamente l’affermazione di un’accezione restrittiva del diritto penale come *extrema ratio* di tutela⁹⁶, ovvero come strumento ultimo cui ricorrere in assenza di ulteriori rimedi extrapenali (civili, amministrativi o extragiuridici) che possano ugualmente salvaguardare il bene o l’interesse in gioco.

D’altro canto, la stessa giurisprudenza costituzionale ha esplicitato l’esistenza anche di un aspetto positivo della riserva di legge, che si affianca e completa la descritta funzione negativa della stessa⁹⁷. Esso consisterebbe, per l’appunto, proprio nella concezione della pena come “ultima spiaggia” dell’intervento statale, sicché «il dualismo illuministico tra *nomos* e *physis*, espressivo della legittimazione esterna del diritto penale, viene dalla Corte “positivizzato”

⁹⁵ F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, IV ediz., Torino, 2011, p. 105.

⁹⁶ G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, in *Quaderni fiorentini*, II, cit., p. 1251; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 53. In senso analogo, anche G. DELITATA, *Cesare Beccaria e il problema penale*, cit., loc. cit.

⁹⁷ Corte cost., sentenza 30 ottobre 1989, n. 487, in *Cass. pen.*, 1990, pp. 198 ss. con nota di F. SORRENTINO, e in *Foro it.*, 1990, I, pp. 26 ss. con nota di G. FIANDACA.

all'interno dell'ordinamento giuridico, nel senso che le scelte di criminalizzazione si legittimano solo in funzione "dell'assicurazione delle condizioni minime del vivere democratico"»⁹⁸.

4. Le ragioni del "cortocircuito" del sistema

Il fascio delle vicissitudini che affliggono la riserva di legge in materia penale è espressivo sia di una crisi della legge come strumento di regolazione, sia di una crisi dell'ordinamento stesso⁹⁹. Si è già avuto modo di accennare al primo aspetto, evidenziando come molte virtù tradizionalmente attribuite allo strumento-legge siano, per lo più, "illusioni ideologiche".

A corredo di siffatte considerazioni dommatiche, si aggiunge che tale crisi è il frutto anche e soprattutto dell'utilizzo travolto che della legge è stato fatto negli anni (l'esempio della decretazione d'urgenza in Italia vale per tutti), come pure del «disordine dei testi normativi»¹⁰⁰, conseguente alla deleteria tendenza a "fare e disfare" compulsivamente una determinata disciplina anche a breve distanza di tempo, frustrandone una certa e chiara comprensione finanche per gli "addetti ai lavori" (figuriamoci per il *quivis de populo*).

In questo senso, la situazione non migliora alla luce dell'assai denunciato peggioramento della qualità delle novelle, la cui formulazione, oltre che tecnicamente imprecisa (se non contenutisticamente grossolana), troppo spesso è contraddistinta da un prodigo utilizzo dell'espedito del rinvio ad innumerevoli altri testi normativi - che, ancora una volta, si riflette negativamente sulla conoscibilità dell'esatto perimetro del precetto.

⁹⁸ C. CUPELLI, *La legalità delegata*, cit., p. 63.

⁹⁹ La puntualizzazione è di G. PINO, *L'insostenibile leggerezza della legalità penale*, in *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, 2014, p. 169.

¹⁰⁰ R. GUASTINI, *Conoscere il diritto. Un inventario di problemi*, in *Diritto & Questioni Pubbliche*, 13, 2013, p. 515, in riferimento a tale tendenza, formula una diagnosi di vera e propria «bulimia delle autorità normative».

Tutto questo renderebbe attuale l'esigenza di un ripensamento delle «credenziali democratiche» della legge, sia «per la quantità di legislazione che si limita a trasporre nell'ordinamento interno normative predisposte altrove», e sia per il «crescente, e talvolta schiacciante, ruolo assunto nell'esecutivo nella produzione di fonti primarie (atti aventi forza di legge) e all'interno del procedimento legislativo stesso»¹⁰¹.

Da qui discende il secondo profilo problematico, per cui la crisi della legge sarebbe il prodotto di una più generale disgregazione del classico sistema a struttura "piramidale" delle fonti¹⁰², adottato anche dal nostro ordinamento. Tanto è vero che a detta struttura organizzativa - monolitica e, per così dire, familiare - vengono già da tempo preferite figure «più complesse e disarmoniche, come la rete, l'arcipelago, o l'edificio barocco»¹⁰³.

Si può agevolmente intuire come le ragioni di ciò siano vieppiù complesse, abbracciando profili che spaziano dal mutamento dei rapporti tra democrazia pluralistica e società globalizzata (fortemente influenzata dall'ingerenza dei mercati) alla compresenza di diversi livelli di legalità (legislativa, costituzionale, eurounitaria e convenzionale), derivante dalla esistenza di centri di normazione infra-statali ed extra-statali dotati di autonome competenze normative¹⁰⁴, oltre che dalla crescente ingerenza di fonti normative internazionali, transnazionali e

¹⁰¹ G. PINO, *L'insostenibile leggerezza della legalità penale*, cit., p. 170.

¹⁰² Cfr. G. RADBRUCH, *Zur systematik der Verbrechenlehre*, in *Festgabe für R. Frank*, vol. I, Tübingen, 1926, p. 158, secondo cui tale classificazione deriva dal sistema botanico del naturalista svedese Linneo. In argomento, si v. anche C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, cit., pp. 47-48, secondo il quale detta impostazione risente soprattutto dell'influsso del positivismo, in cui, tuttavia, la rigorosa separazione tra diritto penale, da un lato, e valutazioni politico-criminale sulla realtà sociale, dall'altro, frustrano qualsiasi verifica sulla efficacia concreta delle opzioni dottrinarie della dottrina.

¹⁰³ G. PINO, *Interpretazione e "crisi" delle fonti*, Modena, 2014, pp. 7 e 68; ID., *L'insostenibile leggerezza*, cit., pp. 171-172.

¹⁰⁴ Si v. ancora G. PINO, *L'insostenibile leggerezza*, cit., p. 171, secondo cui tale complessità è acuita dalla presenza di «criteri di ordinazione degli atti normativi non verticali, ma orizzontali e persino "liquidi" come la competenza, la sussidiarietà, la proporzionalità, la leale collaborazione».

contrattuali¹⁰⁵. Come pure ha avuto senz'altro un rilievo di non poco conto anche la proliferazione del cd. «diritto penale massimo»¹⁰⁶, espressione che si riferisce all'ipertrofico ricorso alla (minaccia della) sanzione penale come risposta "forte" – dal punto di vista simbolico, ma spesso inconsistente sul piano dell'efficacia¹⁰⁷ – da parte dello Stato ai problemi sociali maggiormente avvertiti dalla collettività.

5. I fattori endogeni del mutamento di paradigma

Per poter effettuare una anamnesi più precisa delle patologie che affliggono la riserva di legge, ci sembra appropriato adottarne la razionalizzazione in fattori *endogeni* ed *esogeni*¹⁰⁸, a seconda che gli stessi traggano origine da problematiche interne agli ordinamenti giuridici statuali, oppure rappresentino il prodotto dell'incidenza di istanze *tout court* sovranazionali sui medesimi.

Si è già avuto modo di accennare come, in realtà, la "compartimentazione stagna" di detti elementi possa risultare fuorviante, giacché gli stessi, alla luce dei diversi livelli dell'attuale sistema "vivente", non possono che compenetrarsi vicendevolmente, ponendosi in una relazione reciproca di causa-effetto sia logica che cronologica.

Ciononostante, detta classificazione è senz'altro pregevole nella parte in cui consente di analizzare singolarmente le singole voci, proponendone una distinta analisi concettuale basata sulla loro funzione operativa e, quindi, sulle motivazioni che ne hanno palesato la manifestazione.

¹⁰⁵ G. PALOMBELLA, *È possibile una legalità globale? Il Rule of law e la governance del mondo*, Bologna, 2012.

¹⁰⁶ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., pp. 80-87.

¹⁰⁷ S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie del sistema penale*, Napoli, 1997, *passim*.

¹⁰⁸ Per i principali riferimenti bibliografici di tale classificazione, si rinvia alla nota n. 8.

5.1. Il declino della funzione rappresentativa del Parlamento

Partendo dai primi, la dottrina denuncia un profondo *deficit* di democraticità che affligge il diritto penale d'oggi¹⁰⁹, cagionato dalla inadeguatezza del sistema di *rappresentanza politica* edificato sulla attività di "mediazione" dei partiti¹¹⁰.

La trasformazione della legalità, in prima battuta, è soprattutto il prodotto di una crisi istituzionale, e, precisamente, delle regole riguardanti il *trait d'union* tra la generalità dei consociati e l'organo preposto a darvi voce: per utilizzare la brillante immagine evocata da autorevole Dottrina¹¹¹, se la legge è la "cinghia di trasmissione" della democrazia dal Parlamento al popolo, nell'ipotesi in cui la democrazia venga corrotta, allora non potrà che entrare in crisi anche la legalità. Questo progressivo deperimento della rappresentanza politica non è certo una novità recente, ma può dirsi in moto da tempo.

Volendo sintetizzare all'osso un problema di enorme complessità - che appassiona da anni i costituzionalisti e per il quale chi scrive non ha né lo spazio, né le conoscenze sufficienti ad esaurire il tema - i fattori tradizionalmente identificati come gli artefici di tale fenomeno sono l'affermazione del *principio maggioritario* e la *deriva tecnocratica della politica*.

In riferimento al primo elemento, la dottrina più accorta non manca di sottolineare come la tensione tra detto principio e la democrazia penale risenta indubbiamente di una visione kelseniana di quest'ultima, nel senso di auspicabile compromesso tra maggioranza e opposizione¹¹². Come a dire che le scelte di criminalizzazione debbano sempre rappresentare il punto di incontro

¹⁰⁹ G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, cit., p. 1268.

¹¹⁰ In argomento, si rinvia alla raccolta di scritti a cura di N. ZANON - F. BIONDI, *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica. Atti del convegno svoltosi a Milano il 16-17 marzo 2020*, Milano, 2001, e, in particolare, ai contributi di L. CARLASSARRE, *Problemi attuali della rappresentanza politica*, pp. 21 ss. e M. LUCIANI, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, pp. 109 ss.

¹¹¹ F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, cit., pp. 1291 ss.

¹¹² G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, cit., p. 1254.

tra le diverse istanze politiche, qualificandosi, cioè, come un «compromesso» partorito dalla dialettica del dibattito parlamentare¹¹³.

Ciononostante, non si può non prendere atto della perdurante manchevolezza del sistema della rappresentazione politica a struttura partitica¹¹⁴: sia in riferimento al vecchio sistema elettorale proporzionale, ove era stato del tutto svilito il ruolo di controllo della minoranza; sia riguardo al successivo maggioritario, laddove l'ipertrofica agenda dei lavori parlamentari comprime enormemente i tempi che un dibattito davvero approfondito richiederebbe, riducendo il ruolo dell'opposizione ad un'attività meramente ostruzionistica o, peggio ancora, aprioristicamente polemica con la linea dettata dalla maggioranza.

Trattasi di strategie elettorali ormai note, affatto finalizzate a stimolare il riferito confronto parlamentare, bensì a compiacere il bacino elettorale di appartenenza, tentando, al contempo, di raggiungere anche quella fetta di cittadini "perennemente indecisi", puntualmente decisiva alle urne¹¹⁵.

Come si vedrà, inoltre, sovente è lo stesso "asse Governo-maggioranza" ad impedire scientemente all'opposizione di fornire un reale apporto nei procedimenti di produzione normativa¹¹⁶.

In tal modo, quindi, finiscono per dissolversi le barriere esistenti tra «uomini di governo e singoli parlamentari, con definitivo sbiadimento del ruolo di questi ultimi»¹¹⁷, soprattutto se si considera che, assai di frequente, la capacità stessa

¹¹³ H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia*, in ID., *I fondamenti della democrazia*, trad. it. a cura di A.M. Castronuovo, F.L. Cavazza e G. Melloni, Bologna, 1966, p. 65, come richiamato da G. FIANDACA, *op. ult. cit.*, loc. cit.

¹¹⁴ C. CUPELLI, *La legalità delegata*, cit., pp. 28 ss.

¹¹⁵ Il fenomeno del populismo, citato in premessa, non costituisce altro che l'estremo sviluppo di simile modo deleterio di fare politica. Per una attualissima analisi delle motivazioni sottese alla nascita e al rafforzamento dell'evidente nesso funzionale tra il populismo penale e quello politico - specie in riferimento alle politiche securitarie proclamate da alcuni esponenti del cd. "governo Conte I" dell'attuale legislatura - si v. ancora L. FERRAJOLI, *Il populismo penale nell'età dei populismi politici*, cit., pp. 79 ss.

¹¹⁶ Cfr. par. 5.2.

¹¹⁷ F. PALAZZO, *Introduzione ai principi del diritto penale*, Torino, 1999, p. 232.

dell'opposizione di influire sull'*iter* legislativo viene *in toto* sterilizzata da accordi politici, finalizzati ad ostracizzare qualsiasi contributo della stessa. Del resto, l'attuale sistema elettorale¹¹⁸ ha mantenuto il meccanismo delle liste bloccate senza possibilità di preferenze, rafforzando e consolidando ulteriormente il potere delle segreterie partitiche, in grado ora di incanalare i consensi dei cittadini nella direzione da loro prestabilita all'atto della definizione della graduatoria dei candidati¹¹⁹.

In questo contesto, si inserisce il secondo fattore di crisi, consistente in una esasperazione della base di copertura "tecnica" su cui si fondano le decisioni della maggioranza. Detto altrimenti, è ormai conclamato un processo di *tecnicizzazione della politica*¹²⁰, in cui le decisioni di maggiore complessità vengono sempre più "scaricate" sui pareri degli esperti, se non, in alcuni casi, affidate loro in prima battuta¹²¹.

Tale sistema genera una proliferazione di poteri «senza responsabilità» (quali, ad esempio, autorità indipendenti e legislatori tecnici), del tutto privi di rappresentanza politica e legittimati unicamente dalle proprie referenze, competenze e autorevolezza; tutti requisiti certamente apprezzabili, ma, a ben vedere, avulsi dalla logica costituzionale della copertura democratica di tutti quegli organi preposti ad effettuare le scelte normative¹²².

¹¹⁸ Legge 3 novembre 2017, n. 165, rubricata "Modifiche al sistema di elezione della camera dei deputati e del Senato della Repubblica", cd. Rosatellum.

¹¹⁹ Si v. C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, cit., pp. 26-27, secondo cui vi sarebbe una vera e propria inversione dei rapporti tra Parlamento e Governo, in cui non spetta più al primo il potere ed il compito di esprimere il secondo, accordandogli la fiducia; al contrario, sono i *leaders* di partito, componenti del futuro Governo, a «designare preventivamente nelle liste elettorali i membri della "propria" maggioranza parlamentare, per cui è quest'ultima a risultare, nei fatti, espressione dell'esecutivo in carica».

¹²⁰ G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, cit., p. 91, si esprime in termini di una vera e propria «tecnocrazia».

¹²¹ Si pensi alle diverse esperienze di governo cd. "istituzionale" o "tecnico" di Ciampi (1992-1993), Dini (1995-1996), Monti (2011-2013), Letta (2013-2014) e, da ultimo, Draghi.

¹²² In questi termini, A. GARGANI, *Verso una 'democrazia giudiziaria'?*, cit., pp. 103-104.

5.2. Le distorsioni nell'iter di produzione normativa

Connesso al precedente problema della componente tecnocratica, è l'utilizzo distorto e "snaturato" delle fonti governative¹²³, sia nel senso di un sensibile aumento - qualitativo e quantitativo¹²⁴ - dell'incidenza di norme di rango secondario, sia come vero e proprio abuso, da parte dell'esecutivo, della decretazione d'urgenza e dei decreti legislativi¹²⁵.

Il problema, vista la sua complessità, può essere in questa sede solo accennato.

Possono dirsi superate quelle opinioni dottrinali che parteggiavano per l'esclusione, dal novero delle fonti, delle leggi cd. "materiali", ovvero di quegli atti emanati da organi diversi dal potere legislativo, ma dotati di forza di legge¹²⁶: i *decreti legislativi* o *leggi delegate*, emanati dal Governo su delega del Parlamento (artt. 76 e 77, comma 1, Cost.) e i *decreti-legge*, emanati dal Governo sotto sua responsabilità e in casi straordinari di necessità e urgenza (art. 77 Cost.)¹²⁷.

Nondimeno, anche tra i fautori della linea interpretativa "inclusiva", residuano diverse perplessità soprattutto in riferimento ai decreti-legge, giacché confliggenti *ictu oculi* con la ponderazione che dovrebbe sottostare ad ogni singola scelta *in criminalibus*.

¹²³ C. GRANDI, *op. ult. cit.*, p. 32.

¹²⁴ V. MANES, *L'eterointegrazione della fattispecie penale mediante fonti subordinate. Tra riserva 'politica' e specificazione 'tecnica'*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1, 2010, pp. 87 ss. e, in particolare, pp. 94 ss.

¹²⁵ C. CUPELLI, *La legalità delegata*, cit., pp. 130 ss. e 146 ss.

¹²⁶ G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 57. Per obiezioni critiche all'inclusione dei decreti-legge tra le fonti del diritto penale, E. DOLCINI, *Principi costituzionali e diritto penale alle soglie del nuovo millennio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1, 1999, pp. 12 ss.

¹²⁷ Cfr. anche F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 53, il quale include in tali fonti anche i *decreti governativi in tempo di guerra*, emanati, ex art. 78 Cost., sulla base dei «poteri necessari» conferiti dalle Camere al Governo, nonché i *bandi militari*, emanati dall'autorità militare con forza di legge nella zona territoriale ove insiste il conflitto (artt. 17-20 c.p.m.g.). Tale opinione è certamente maggioritaria, ma incontra comunque talune critiche, per le quali si rinvia ai riferimenti bibliografici indicati dall'A.

Proprio per questo motivo, si denuncia come il ricorso alla decretazione governativa nella materia penale andrebbe “centellinato” a contingenze assolutamente straordinarie, e non utilizzato come lo strumento statisticamente prediletto per tale finalità¹²⁸. Tutto ciò non fa altro che acuire la sensazione di un trasferimento sostanziale della funzione legislativa in capo al Governo, il cui protagonismo normativo coincide con un evidente depauperamento del «ruolo politico e decisionale del Parlamento, cui sempre più sono sottratte le scelte veramente decisive»¹²⁹.

Ulteriori distorsioni si riscontrano poi anche nella fase propriamente “interna” del procedimento legislativo¹³⁰. Viene, quindi, biasimato anzitutto il frequente ricorso ai cd. maxi-emendamenti¹³¹, con cui il Governo elimina alla radice le *chances* dell’opposizione di fornire un apporto utile alla discussione.

Lo stesso discorso vale, poi, per la frequente apposizione della “questione di fiducia” su disegni di legge ritenuti “fondamentali” per la maggioranza. Detto espediente dà vita ad una sorta di *aut aut*, con cui imporre un *ultimatum* al Parlamento sull’approvazione incondizionata del testo di legge, “minacciando” le dimissioni del Governo nell’ipotesi di mancata approvazione/ratifica dello

¹²⁸ Da ultimo, si v. il *Rapporto 2019-2020* dell’Osservatorio sulla legislazione della Camera dei deputati e pubblicato sul sito della stessa. Senza considerare la seconda parte dello stesso – preposta all’analisi delle disposizioni realmente emergenziali per far fronte alla pandemia da “Covid-19” – anche la produzione, precedente all’emergenza, dell’attuale XVIII legislatura manifesta nettamente tale tendenza.

¹²⁹ C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, cit., p. 31, che, a sua volta, richiama le posizioni assunte da R. BALDUZZI – F. SORRENTINO, voce *Riserva di legge*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 1223 e A. RUGGIERI, *Stato e tendenze della legislazione (tra molte ombre e qualche luce)*, in *Rassegna parlamentare*, 1999, p. 179.

¹³⁰ Ancora C. GRANDI, *op. ult. cit.*, pp. 33 ss.

¹³¹ Trattasi di proposte di modifica di un dato testo legislativo interamente sostitutive dello stesso, e contraddistinte da un unico mega-articolo; questo viene approvato mediante votazione secca senza dibattito sui singoli (e numerosissimi) commi, sicché si tratta, in sostanza, di un testo integralmente redatto dall’esecutivo. Per un sunto critico delle caratteristiche e dei “paradossi” cui conduce tale fenomeno, cfr. N. LUPO, *Emendamenti, maxi-emendamenti e questione di fiducia nelle legislature del maggioritario*, in (a cura di) E. GIANFRANCESCO – N. LUPO, *Le regole del diritto parlamentare nella dialettica tra maggioranza e opposizione*, Roma, 2007, pp. 41 ss.

stesso¹³². Il quadro si complica ancor di più se si considera la prassi di ricorrere ad una combinazione di entrambi i fenomeni derogatori delle regole costituzionali poc'anzi richiamati; specialmente nelle ultime legislature, invero, sono stati proposti numerosi "voti blindati" su determinati testi normativi¹³³, strutturati come maxi-emendamenti sui quali il Governo ha posto anche la questione di fiducia.

Non vi è alcun bisogno di sottolineare come tali prassi parlamentari sterilizzino qualsivoglia tipo di dibattito in aula, eludendo indefettibilmente il controllo sui singoli emendamenti governativi e, con esso, i principi costituzionali che disciplinano l'iter legislativo¹³⁴.

Infine, si denuncia uno sbilanciamento a favore del riferito asse Governo-maggioranza anche relativamente alle regole procedurali interne alle singole assemblee¹³⁵.

Più nel dettaglio, si evidenzia come, oltre alle deformazioni "manifeste", costituite dai maxi-emendamenti e dalla prassi del voto blindato, in realtà l'agenda parlamentare risulti comunque indirizzata dalla linea dettata dall'esecutivo, essendo questo munito del potere di stabilire, attraverso la formazione del calendario dei lavori e dei vari ordini del giorno, la preminenza di alcune tematiche piuttosto che di altre - *scilicet*, di imporre la trattazione prioritaria di quelle questioni, la cui risoluzione appaia capitale ai fini della sua agenda politica, nonché di scegliere i tempi da assegnare al dibattito parlamentare e lo spazio da riservare in esso alle opposizioni¹³⁶.

¹³² C. CUPELLI, *La legalità delegata*, cit., p. 33.

¹³³ Tra i costituzionalisti, v. anche E. GRIGLIO, *I maxi-emendamenti del Governo in Parlamento*, in *Quad. cost.*, 4, 2005, pp. 809 ss.

¹³⁴ N. LUPO, *Emendamenti, maxi-emendamenti e questione di fiducia nelle legislature del maggioritario*, cit., p. 104.

¹³⁵ C. CUPELLI, *La legalità delegata*, cit., p. 34.

¹³⁶ Si v. nuovamente C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, cit., pp. 36-37, il quale conclude come la presidenza di entrambe le Camere rafforzi ulteriormente la riferita coalizione tra l'esecutivo e la maggioranza parlamentare, in grado di esercitare un controllo pressoché assoluto sia sui contenuti delle leggi, sia, ancor prima, sull'oggetto e sulla

5.3. L'inesistenza di meccanismi di vigilanza dell'opinione pubblica sull'operato dell'asse Governo-maggioranza

Ulteriore fattore di crepatura della democraticità del diritto penale è la totale assenza di strumenti di supervisione, che la collettività possa attivare per stigmatizzare le suddette distorsioni.

Manca, in effetti, un meccanismo di controllo: sia preventivo e *in itinere* della norma penale, funzionale cioè ad esercitare "pressioni" sul Parlamento prima dell'approvazione di una legge invisibile all'opinione pubblica; sia *a posteriori*, nel senso di responsabilizzazione politica dei fautori del provvedimento incriminato, che si possa riverberare negativamente sugli stessi alle successive competizioni elettorali¹³⁷. Da questa prospettiva, non si può che ribadire come l'adozione di un sistema elettorale con liste bloccate impedisca l'assunzione di una responsabilità politica personale dei governanti, precludendo ai cittadini la facoltà di esprimere o negare preferenze a specifici candidati, ma solo alle coalizioni con cui questi si presentano alle urne.

Non si può che concludere, quindi, riportando le condivisibili perplessità di chi, nel prendere atto della innegabile capacità dei *mass media* di pilotare l'opinione pubblica, rimarca come l'influsso sul circuito mediatico di «concentrazioni finanziarie politicamente orientate» non faccia altro che ridurre ancor di più il «tasso di democraticità del controllo pubblico che da quei mezzi dovrebbe invece esser veicolato»¹³⁸.

tempistica delle deliberazioni dell'aula, con evidente «ulteriore contrazione dei margini di controllo lasciati all'opposizione».

¹³⁷ *Ivi*, p. 38.

¹³⁸ F. PALAZZO, *Introduzione ai principi*, p. 233; C. CUPELLI, *La legalità delegata*, cit., p. 34.

6. I fattori esogeni

Occorre adesso allargare l'indagine sul deterioramento della riserva di legge ai fattori per così dire *esogeni*, cui parimenti si può imputare di aver contribuito allo svilimento del ruolo del Parlamento nella elaborazione delle fattispecie incriminatrici.

In effetti, se l'attuale assetto dell'edificio dell'Unione tende sempre più ad incoraggiare un progressivo ravvicinamento delle dimensioni penali nazionali, esso, tuttavia, si trova a fare i conti con le singole tradizioni storiche, culturali e politico-dogmatiche degli stessi, le quali, sebbene per certi versi anacronistiche¹³⁹, risultano estremamente difficili da scalfire.

L'inizio del lento processo di erosione del carattere strettamente statale dei singoli sistemi penali europei può farsi coincidere con la nascita del Consiglio d'Europa, il cui impulso ha portato al varo di numerose convenzioni, finalizzate a predisporre strumenti giuridici di cooperazione internazionale nella lotta contro il crimine, nonché ad armonizzare i singoli ordinamenti nazionali per fare "fronte comune" contro fenomeni delittuosi di rilievo europeo (ad esempio, in materia di protezione dei dati personali, terrorismo, riciclaggio e ambiente)¹⁴⁰.

Già prima del Trattato di Lisbona¹⁴¹, il legislatore eurounitario contribuiva, attraverso l'uso di decisioni-quadro, direttive e regolamenti, ad incidere sulla

¹³⁹ Critico, in tal senso, è A. BERNARDI, *Il difficile rapporto tra fonti penali interne e fonti sovranazionali*, in (a cura di) AA.VV., *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, cit., pp. 9 ss. e pp. 29 ss., secondo cui la "distanza culturale" tra i prodotti normativi della politica criminale europea e quelli di matrice nazionale non sarebbe poi così ampia. Secondo l'A., infatti, anche le norme penali europee presenterebbero, in molti casi, la medesima «propensione all'ipertrofia» delle loro corrispettive nazionali, stante il «tendenziale parallelismo riscontrabile tra i Paesi membri e le organizzazioni sovranazionali sul piano delle scelte di politica criminale».

¹⁴⁰ Sul punto, v. A. BERNARDI, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno. XXXI – L'ordine giuridico europeo: radici e prospettive*, II, Milano, 2002, p. 468; F. PALAZZO, *L'influenza dell'attività del Consiglio d'Europa sul diritto penale italiano*, in (a cura di) M. CAPPELLETTI – A. PIZZORUSSO, *L'influenza del diritto europeo sul diritto italiano*, Milano, 1982, pp. 633 ss.

¹⁴¹ Firmato il 13 dicembre 2007 ed entrato ufficialmente in vigore il 1° gennaio 2009.

individuazione di obblighi di incriminazione in capo al legislatore nazionale¹⁴². Ciononostante, fino al 2009, l'Unione non poteva dirsi dotata, sulla carta, di strumenti direttamente incisivi sulla materia penale dei singoli Stati membri, ma solo del potere di influenzarle mediatamente attraverso "obblighi di incriminazione" contenuti nei suddetti atti¹⁴³.

Solo con il suddetto Trattato di Lisbona, attraverso l'art. 83 TFUE, è stata introdotta una *competenza* (apparentemente) *diretta* dell'Unione in determinate materie, stabilendo come il Parlamento europeo e il Consiglio possano stabilire «norme minime» relative ai reati e alle sanzioni riguardanti due "macro-settori": da un lato, quello delle sfere di gravi forme di criminalità a carattere transfrontaliero, elencate dalla norma e suscettibili di futuro ampliamento da parte del Consiglio; dall'altro, l'obiettivo di riavvicinare le disposizioni penali dei singoli Paesi membri per garantire l'efficace attuazione della politica eurounitaria in settori oggetto di misure di armonizzazione¹⁴⁴.

Tale previsione di diritto primario – in un certo senso preconizzata da alcune importanti pronunce della Corte di Giustizia degli anni Novanta e Duemila¹⁴⁵ –

¹⁴² M. CONDINANZI, *Fonti del «terzo pilastro» dell'Unione europea e ruolo della Corte costituzionale*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2007, pp. 513 ss.

¹⁴³ Per un affresco sull'influenza di tali fonti europee sul diritto penale nazionale, si rinvia a V. MASARONE, *Rapporti tra diritto penale e fonti europee*, in (a cura di) A. CAVALIERE – V. MASARONE, *L'incidenza di decisioni quadro, direttive e convenzioni europee sul diritto penale italiano*, Napoli, 2018, pp. 9 ss.

¹⁴⁴ Come sottolineato da A. CAVALIERE, *Un tentativo di visione d'insieme degli ordinamenti politico-criminali emergenti dalla normativa europea in materia penale*, in (a cura di) A. CAVALIERE – V. MASARONE, *L'incidenza di decisioni quadro, direttive e convenzioni europee*, cit., pp. 402 ss., il criterio utilizzato per accorpate tutte le condotte descritte nell'art. 83 TFUE non attiene all'offesa dei beni giuridici, bensì alla identificazione di "campi di materia", ovvero di una serie di fenomeni che, per la loro estensione o rilevanza, meritano di essere contrastati a livello di politica criminale europea. Nello stesso senso, cfr. anche V. MASARONE, *Il "diritto penale europeo" al vaglio dell'offensività: fondamento ed esiti*, in *Arch. pen.*, 1, 2019, p. 17, la quale definisce quella in esame una mera «norma di funzionamento», preposta ad indicare ambiti di intervento e non a descrivere dettagliatamente il contenuto dei precetti.

¹⁴⁵ La Corte di giustizia, in effetti, già pochi anni prima della sottoscrizione del Trattato di Lisbona, ha "preannunciato" tale effetto espansivo attraverso una pronuncia relativa alla tutela dell'ambiente, ovvero CGUE, 13 settembre 2005, *Commissione c. Consiglio*, C-176-03, in *Dir. pen. proc.*, 10, 2005, p. 1312. In tale occasione, pur riconoscendo che il principio di legalità in materia penale esuli delle competenze della Comunità europea, la Corte conclude come

aspirerebbe a consolidare nei cittadini europei una sorta di *comune sentimento di giustizia*¹⁴⁶, proclamando la loro eguaglianza sostanziale sia come autori che come soggetti passivi di quei reati che, per la loro intrinseca gravità, ledono i diritti dell'Unione stessa.

Altro obiettivo sarebbe, inoltre, quello di evitare che la disomogeneità sanzionatoria tra gli Stati possa trasformare alcuni ordinamenti nazionali in veri e propri *paradisi criminali*, nei quali i cittadini europei, liberi di circolare nel territorio dell'Unione, possano programmare di commettere determinate fattispecie (ad esempio, in materia di criminalità economica), consapevoli del trattamento sanzionatorio più blando o, addirittura, inesistente che ivi incontrerebbero¹⁴⁷.

Tale *effetto espansivo* trova il proprio strumento privilegiato nella direttiva, che impone ai singoli Stati membri di dare puntuale attuazione alle disposizioni in essa contenute, pena l'apertura di una procedura di infrazione con condanna da parte della Corte di giustizia ad una pena pecuniaria (art. 260 TFUE).

Ed è questo il motivo per cui una parte autorevole della dottrina¹⁴⁸, alla luce dei molteplici meccanismi posti a presidio delle varie fasi del processo normativo e "applicativo" europeo, tende a ridimensionare i timori di quanti vedano nella

quest'ultima possa comunque adottare provvedimenti in relazione alla disciplina penale dei singoli Stati membri, laddove sia necessario applicare soluzioni penali «effettive, proporzionate e dissuasive» quali misure indispensabili per la lotta contro violazioni ambientali gravi. Sulla complessa evoluzione giurisprudenziale di tali "segnali premonitori", v. anche A. BERNARDI, *L'armonizzazione delle sanzioni in Europa: linee ricostruttive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1, 2008, pp. 111 ss., ed ai riferimenti bibliografici e giurisprudenziali ivi indicati.

¹⁴⁶ A. BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell'Unione Europea: problemi e prospettive*, in *Dir. pen. cont.*, 1, 2012, p. 44; ID, *L'armonizzazione delle sanzioni in Europa: linee ricostruttive*, cit., pp. 80 ss.

¹⁴⁷ In argomento, cfr. S. RIONDATO, *Competenza penale della Comunità europea. Problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza*, Padova, 1996, pp. 140 ss.

¹⁴⁸ V. ancora A. BERNARDI, *Il difficile rapporto tra fonti penali interne e fonti sovranazionali*, cit., p. 37, il quale suffraga tale tesi richiamando: il ruolo dei Parlamenti nazionali nella fase ascendente del procedimento legislativo; il cd. *freno d'emergenza* nella fase centralizzata (art. 83, comma 3, TFUE); gli ambiti di discrezionalità nazionale all'atto della trasposizione e precisazione delle "norme minime", cd. fase discendente; il ricorso in annullamento alla CGUE; infine, la possibilità per la Corte costituzionale di invocare i cd. controlimiti.

citata norma una clausola per l'affermazione di una competenza penale europea a carattere indiretto. Al contrario, andrebbe riconosciuto anche un effetto per così dire *compressivo* delle norme UE nei confronti di fattispecie penalmente rilevanti per la disciplina nazionale, sostanziatesi in interventi di depenalizzazione di fatti precedentemente disciplinati da alcune fonti del vecchio terzo pilastro¹⁴⁹.

6.1. I riflessi sul legislatore nazionale dell'europeizzazione del diritto penale

È innegabile come, dopo Lisbona, i legislatori nazionali siano stati in parte depotenziati della discrezionalità che ad essi spetterebbe, in via esclusiva, per le decisioni in materia penale. D'altronde, se è vero che le norme dell'Unione, il più delle volte, lasciano un non irrilevante margine di discrezionalità agli Stati membri nella definizione del *quomodo* articolare sanzioni "adeguate", "appropriate", "proporzionate", "dissuasive" ed "efficaci" nel contrastare le violazioni di norme europee, è altrettanto vero, però, che comunque i singoli ordinamenti non possono discostarsi da simili *input*.

In proposito, il principio di *leale cooperazione* di cui all'art. 4 TUE (già art. 10 TCE) è stato da sempre utilizzato dalla Corte di giustizia come "base legale" per affermare due corollari finalizzati ad "ingabbiare" la discrezionalità dei Paesi membri: da un lato, quello di *assimilazione*, che, nel caso di fattispecie eurounitarie, vincola gli ordinamenti nazionali a predisporre sanzioni interne analoghe a queste, per tutte quelle situazioni di natura e gravità simili; dall'altro,

¹⁴⁹ Giunge a tale conclusione C. SOTIS, *Le regole dell'incoerenza. Pluralismo normativo e crisi posmoderna del diritto penale*, Roma, 2012, pp. 106 ss., il quale, nel novero di tale attività di depenalizzazione dell'Unione, riporta gli interventi effettuati da quest'ultima in tema di negazionismo e di pedopornografia virtuale.

il principio di *efficacia-proporzionalità*, per cui tali sanzioni devono risultare effettive, congrue alla gravità del fatto e dissuasive¹⁵⁰.

Tali assiomi, quindi, già da prima del Trattato di Lisbona, recavano dei veri e propri obblighi di incriminazione per i legislatori nazionali, i cui spazi di manovra dipendono tuttora dal tipo di strumento utilizzato dall'Unione e dal contenuto di quest'ultimo.

E così, i suddetti margini di apprezzamento si riducono quasi a zero tutte le volte in cui gli atti eurounitari giungano a prefissare, in modo preciso, tutti i caratteri essenziali delle fattispecie da recepire, come, ad esempio, la tipologia, l'entità e finanche le specifiche finalità delle sanzioni nazionali che dovranno salvaguardare i precetti da essi introdotti¹⁵¹.

Difatti, nel caso in cui tali precetti unionali siano inclusi in un regolamento (coperto dalla regola generale della *primauté* e della diretta applicabilità sul diritto interno), allora vi sarà un unico modo per scongiurare problemi di rielaborazione "originale" del precetto medesimo da parte del legislatore interno, nonché di riproduzione materiale dello stesso (che lo sottrarrebbe alla interpretazione "centralizzata" della Corte di giustizia): quello di un ampio ricorso alla tecnica del *rinvio alla fonte europea* da parte della norma interna di carattere meramente sanzionatorio - il che appare di problematica conciliabilità con il principio di legalità e, soprattutto, con il suo corollario della riserva di legge assoluta¹⁵². Dubbi certamente ineludibili nelle ipotesi di rinvio generico a disposizioni ancora inesistenti, nonché di rinvio formale ("elastico") a precetti già esistenti, ma che permangono anche nelle ipotesi di rinvio recettizio ("rigido"), pur fissando queste il contenuto della norma oggetto di rinvio¹⁵³.

¹⁵⁰ Cfr. A. BERNARDI, *L'uropeizzazione del diritto e della scienza penale*, cit., pp. 480 ss. e, in particolare, i riferimenti normativi e giurisprudenziali indicati a p. 482; C. GRANDI, *op. cit.*, pp. 51 ss.

¹⁵¹ Ancora A. BERNARDI, *L'uropeizzazione*, cit., p. 482-483.

¹⁵² C. GRANDI, *Riserva di legge*, cit., p. 52.

¹⁵³ G. FORNASARI, *Riserva di legge e fonti comunitarie. Spunti per una riflessione*, in (a cura di) D. FONDAROLI, *Principi costituzionali in materia penale e fonti sovranazionali*, Padova, 2008, pp. 23

In ferimento, poi, ai vincoli di penalizzazione contenuti in direttive¹⁵⁴, l'art. 83, commi 1 e 2, TFUE individua nelle stesse gli atti normativi privilegiati allo scopo di adottare le «norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni» nei settori elencati.

Tuttavia, a ben vedere, la competenza penale dell'Unione in tali materie deve comunque qualificarsi come formalmente indiretta e settoriale, in quanto pur sempre necessitante della mediazione di leggi nazionali di attuazione¹⁵⁵.

Pertanto, sebbene detti obblighi di armonizzazione eurounitaria assumano le sembianze della legge nazionale che li recepisce, è evidente come la riserva di legge nazionale sia rispettata soltanto da un punto di vista formale, ma venga "scavalcata" nella sostanza. In questo modo, il Parlamento nazionale si ritrova privo di qualsiasi controllo sull'*an* delle scelte *in criminalibus*, pur essendo un organo democraticamente eletto – a differenza delle istituzioni europee, cui storicamente si imputa un incolmabile *deficit* di democraticità¹⁵⁶.

Ergo, se anche il Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, con il combinato disposto degli artt. 83 e 86, disegna una competenza penale eurounitaria solo indiretta, di indiretto essa conserva soltanto la veste formale, giacché, nella sostanza, incide profondamente sui beni giuridici da tutelare, sulle

ss. Nel senso della possibile compatibilità con la riserva di legge del rinvio "rigido", C. GRANDI, *ivi*, p. 53.

¹⁵⁴ Emanabili ex art. 289 TFUE da parte del Parlamento europeo e del Consiglio, su proposta della Commissione.

¹⁵⁵ G. GRASSO, *Il trattato di Lisbona e le nuove competenze penali dell'Unione*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Romano*, VI, cit., pp. 2326 ss.

¹⁵⁶ C. CUPELLI, *La legalità delegata*, cit., pp. 293 ss.; ID., *Il Parlamento europeo e i limiti di una codecisione in materia penale*, in *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, 2012, pp. 535 ss. Smorza di molto tali pecche di "democraticità" A. BERNARDI, *Il difficile rapporto tra fonti interne e fonti sovranazionali*, cit., pp. 11 ss. e ID., *La competenza penale accessoria dell'Unione europea: problemi e prospettive*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1, 2012, pp. 57 ss., secondo il quale il Trattato di Lisbona avrebbe, al contrario, profondamente inciso sulla "parlamentarizzazione" dell'Unione, estendendo l'utilizzo della procedura di codecisione alla maggioranza delle questioni in materia penale e rafforzando il ruolo dei singoli Parlamenti nazionali nei processi politici eurounitari. In questo senso, il Trattato di Lisbona potrebbe tranquillamente definirsi un «trattato dei parlamenti».

tecniche di tutela, sulla strutturazione delle fattispecie incriminatrici e sulle scelte sanzionatorie¹⁵⁷.

Simili timori, francamente, non sembrano svanire neppure invocando la procedura cd. del *freno d'emergenza*, introdotta al terzo comma del citato art. 83 TFUE. Questa prevede che, laddove uno Stato membro ritenga che un progetto di direttiva, da approvare con la procedura legislativa ordinaria, incida su suoi diritti fondamentali, esso possa richiedere che intervenga il Consiglio europeo, così determinando la sospensione della procedura legislativa in questione. In caso di accordo del Consiglio Europeo, quest'ultimo, entro quattro mesi dalla sospensione, rimetterà il progetto al Consiglio dell'UE, determinando la riassunzione della procedura legislativa ordinaria. In caso di disaccordo, invece, almeno nove Stati potranno informare il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione della intenzione di instaurare una cooperazione rafforzata e, per l'effetto, adottare l'atto in questione; analogamente, in mancanza di unanimità nel Consiglio, (almeno) nove Stati membri avranno la facoltà di instaurare automaticamente una cooperazione rafforzata in materia di polizia (cd. cooperazione operativa, ex art. 87, par. 3, TFUE) e in relazione alla creazione di una Procura europea (art. 86, par. 1, TFUE)¹⁵⁸.

Per quanto tale impalcatura sia certamente apprezzabile e costituisca un indubbio passo in avanti verso una democratizzazione dei processi penali europei, essa non può minimamente dirsi raggiunta.

Le scelte di politica criminale, che limitano più di tutte la libertà degli individui, certamente meriterebbero una più ampia legittimazione democratica e un dibattito aperto anche all'opinione pubblica - tutti requisiti che continuano a

¹⁵⁷ G. GRASSO, *Relazione di sintesi*, in (a cura di) G. GRASSO - G. ILLUMINATI - R. SICURELLA - S. ALLEGREZZA, *Le sfide dell'attuazione di una Procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, Milano, 2013, p. 725. Sul carattere solo "accessorio" della competenza penale dell'Unione ex art. 83, comma 2, TFUE, cfr. ancora A. BERNARDI, *op. ult. cit.*, pp. 45 ss.

¹⁵⁸ G. TESAURO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2020, pp. 38-39.

difettare nella prospettiva sovranazionale, a causa della perdurante «assenza di un vero popolo o comunque di una pubblica opinione europei»¹⁵⁹.

6.2. Le possibili istanze “antilegitarie” celate nell’accezione sostanziale della *matière pénale*

Tra le varie convenzioni elaborate dal Consiglio d’Europa, la più importante – sia per il suo oggetto, sia per il *meccanismo di controllo* da essa previsto¹⁶⁰ – è senza dubbio la *Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell’Uomo e delle Libertà Fondamentali* (CEDU), firmata a Roma il 4 novembre 1950 e oggi solidamente qualificata – grazie ai chiarimenti forniti dalla Corte costituzionale con le celeberrime sentenze “gemelle”, n. 348 e n. 349 del 2007¹⁶¹ – quale *parametro interposto* di costituzionalità, di rango subcostituzionale ma supralegislativo.

A differenza degli obblighi di penalizzazione provenienti dall’Unione, gli *input* promananti dalla CEDU, nella interpretazione che di essa forniscono i Giudici di Strasburgo, non danno luogo ad un processo di *law making* in senso stretto, che, in quanto tale, richiederebbe di saggiare il coefficiente di democraticità degli organi sovranazionali coinvolti. Al contrario, tale fonte pattizia è indirizzata ad

¹⁵⁹ G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 71. Cfr. anche G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, I, Torino, 2012, p. 260, secondo cui tale erosione della garanzia democratica della riserva di legge deve essere invece considerata come un “contributo ineludibile” nell’ottica della «progressiva e irreversibile integrazione degli ordinamenti giuridici promossa dall’esperienza del diritto comunitario ed europeo».

¹⁶⁰ Ancora A. BERNARDI, *ibidem*.

¹⁶¹ Corte cost., sentenze 24 ottobre 2007 (ud. 3 luglio 2007), n. 348 e 349, entrambe in *Giur. cost.*, con note di A. RUGGIERI, *La CEDU alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale- astratta e prospettiva assiologico-sostanziale d’inquadramento sistematico (a prima lettura di Corte cost. nn. 348 e 349 del 2007)*, e di D. TEGA, *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 349 e 349 del 2007: la Cedu da fonte ordinaria a fonte “sub-costituzionale del diritto, entrambi in Forum di Quaderni Costituzionali*, 2007. Più in generale, sulla natura del rapporto tra diritto interno e diritto dell’Unione, cfr., nella manualistica, G. STROZZI – R. MASTROIANNI, *Diritto dell’Unione Europea. Parte istituzionale*, VIII ed., Torino, 2020, pp. 472 ss.; G. TESAURO, *Manuale di diritto dell’Unione europea*, cit., pp. 278 ss.

imporre agli Stati del Consiglio d'Europa, firmatari della stessa: sia degli *obblighi negativi*, ovvero di astensione dal porre in essere fatti pregiudizievoli di alcuni diritti e libertà fondamentali dei cittadini degli stessi; sia dei vincoli *positivi*, rivolti ad ottenere che il singolo Paese provveda alla relativa protezione, mediante sanzioni penali¹⁶².

Nell'ambito della giurisprudenza convenzionale sulla interpretazione e corretta applicazione degli articoli 6 e 7 CEDU, si può serenamente affermare come la *matière pénale* abbia oggi dei contorni tendenzialmente più ampi di quelli della "materia penale" domestica.

Sin dalla celeberrima sentenza *Engel c. Paesi Bassi* dell'8 giugno 1976, la Corte EDU, pur senza fornire una nozione o un ambito applicativo preciso della materia penale in sé, ha enucleato un *vademecum* di criteri, volti ad identificare quelle ipotesi in cui una determinata disposizione sanzionatoria statale, a prescindere dalle "etichette" con cui sia stata formalmente bollata, debba essere considerata intrinsecamente afflittiva e, quindi, "sostanzialmente penale". Ciò perché, laddove si accettasse supinamente la qualificazione utilizzata dal Paese contraente, si rischierebbe di frustrare sia lo scopo che l'oggetto della Convenzione, le cui garanzie in materia penale verrebbero subordinate alle oscillazioni di meri atti di sovranità statale¹⁶³.

Si tratta di criteri di carattere generale ed ampio, tra loro alternativi¹⁶⁴, che impongono all'interprete di vagliare: la qualificazione giuridica formalmente data alla sanzione dall'ordinamento nazionale; la natura dell'illecito (operata anche attraverso un raffronto con gli altri sistemi nazionali europei); la natura

¹⁶² G. DE VERO, *Gli obblighi di penalizzazione di fonte europea*, in AA.VV., *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, cit., pp. 96 ss.

¹⁶³ *Engel c. Paesi Bassi*, 8 giugno 1976, par. 81-83; *Öztürk c. Germania*, 21 febbraio 1984, par. 52.

¹⁶⁴ Cfr. però *Jussila c. Finlandia*, 23 novembre 2006, par. 30-31, in cui si precisa come detti criteri possano essere utilizzati anche cumulativamente, ma solo nel caso in cui nessuno di essi fornisca, da solo, una risposta univoca sulla natura sostanzialmente penale di una determinata disposizione nazionale.

(punitiva e repressiva, non restitutoria o risarcitoria) e la gravità della sanzione¹⁶⁵.

Se il fatto è qualificato come penale dallo Stato, allora avrà la medesima natura anche per la Convenzione¹⁶⁶; in caso contrario, esso potrà comunque ricadere in tale perimetro sulla scorta dei suddetti altri due criteri.

Del resto, tale impostazione è nata per vigilare proprio sui fenomeni di depenalizzazione operati dai singoli ordinamenti e, in dettaglio, per impedire che la loro realizzazione determini la dispersione di quel fascio di tutele convenzionali, dettate dalle regole del giusto processo e del *nullum crimen*, di cui agli artt. 6-7 CEDU¹⁶⁷.

Non può però tacersi, a tal proposito, come l'ordinamento italiano sembri seguire la strada tracciata non tanto da Strasburgo, quanto piuttosto dall'Unione Europea, nel senso di una compartimentazione degli illeciti in categorie "penali" o "amministrative". In questo senso, la materia penale italiana conta ormai differenti sottosistemi di sanzioni funzionalmente punitive, ma non più unitariamente qualificabili come "penali"; ci si riferisce, in particolare, all'ordinamento penale propriamente detto, cui si affiancano oggi quello delle sanzioni amministrative di cui alla legge 24 novembre 1981, n. 689, e quello, recentissimo, della figura dell'illecito punitivo civile di cui al d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 7¹⁶⁸.

¹⁶⁵ V. ZAGREBELSKY, *La definizione della materia penale ai fini della Convenzione Europea dei Diritti Umani*, in (a cura di) M. DONINI - L. FOFFANI, *La «materia penale» tra diritto nazionale ed europeo*, cit., pp. 21 ss.

¹⁶⁶ In tema di pene accessorie, v. *Gouarré Patte c. Andorra*, 12 gennaio 2016, par. 30.

¹⁶⁷ Lo ha ricordato anche la Corte costituzionale in alcune recenti pronunce. Si pensi alla sentenza n. 49 del 2015, par. 6.1, relativa agli sviluppi al caso *Varvara*, con nota di V. MANES, *La "confisca senza condanna" al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, in *Cass. pen.*, 6, 2015, pp. 2204 ss., e, tra i costituzionalisti, D. TEGA, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu*, in *Quaderni Costituzionali*, 2, 2015, pp. 400 ss. Cfr. anche la sentenza n. 109 del 2017, in *Giur. cost.*, con nota di F. VIGANÒ, *Una nuova pronuncia della Consulta sull'irretroattività delle sanzioni amministrative*, in *Dir. pen. cont.*, 5, 2017, pp. 330 ss.

¹⁶⁸ F. PALAZZO, *Il limite della political question fra Corte costituzionale e Corti europee*, cit., p. 15.

Ciò premesso, la diversità ontologica tra le due “versioni” della medesima materia può però condurre ad ulteriori ripercussioni negative sul principio di legalità domestico. Ci si riferisce, nel dettaglio, alla possibile insorgenza di problemi di coordinamento tra la nozione di materia “sostanzialmente penale” accolta dalla CEDU e quella di materia “formalmente penale”, il cui onere ricade anzitutto sul giudice interno.

Il problema, beninteso, abbraccia esclusivamente quelle ipotesi in cui non vi siano pronunce della Corte EDU che abbiano già riconosciuto la natura afflittiva di una data sanzione, o, addirittura, un orientamento “consolidato” dei Giudici di Strasburgo, la cui presenza, invece, porrebbe a carico dell’interprete un secco obbligo di uniformazione¹⁶⁹. Nel caso contrario, invece, laddove non sia possibile una interpretazione della normativa nazionale conforme alla CEDU, il giudice comune, a scanso di equivoci, dovrebbe sempre sollevare incidentalmente una questione di legittimità costituzionale per la possibile frizione con l’art. 117, comma 1, Cost. – norma attraverso cui gli *Engel criteria* entrano con rango interposto nell’ordinamento italiano.

Tuttavia, nulla esclude che detto interprete si assuma la responsabilità di risolvere da solo tale questione, applicando direttamente le garanzie convenzionali al caso concreto. Nel qual caso, pur animato da “buone intenzioni”, egli potrebbe dare vita ad una significativa lesione dei vari principi costituzionali che regolano la materia penale, e ciò per diversi motivi.

Anzitutto, l’interpretazione conforme della norma interna è attività suscettibile di notevolissimi margini di apprezzamento, sicché nulla vieta che essa possa condurre anche a risultati deteriori rispetto a quelli raggiungibili mediante una interpretazione “autonoma” della norma – senza considerare che, trovandoci nel terreno convenzionale, simili risultati sfavorevoli dovrebbero comunque essere

¹⁶⁹ Cfr. ancora Corte cost., sentenza n. 49 del 2015, cit.

sempre prevedibili ed accessibili per l'autore, il che complica ulteriormente la descritta operazione ermeneutica¹⁷⁰.

Ma vi è di più.

Invero, attraverso siffatta attività meramente discrezionale¹⁷¹, il singolo interprete non solo finirebbe per auto-investirsi di una inammissibile funzione "paralegislativa", ma soprattutto lo farebbe con efficacia esclusivamente *inter partes*, giacché non residuerebbe alcuna garanzia che la sua decisione venga poi seguita, in casi analoghi o sovrapponibili al suo. E questo conduce, altresì, al paradossale risultato di compromettere la stessa "legalità penale europea" (sempre in termini di prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie), la quale verrebbe anch'essa pregiudicata dalla non uniforme applicazione di un simile «controllo diffuso di convenzionalità della legge interna» da parte del giudice comune¹⁷².

Da questa prospettiva, pertanto, ogniqualvolta la norma interna non sia formalmente qualificata come penale, il giudice nazionale non dovrebbe *motu proprio* decidere di scavalcare il dato testuale legislativo; al contrario, onde evitare l'insorgere delle citate incertezze e contraddizioni, dovrebbe sempre optare per l'intervento chiarificatore della Consulta, sollevando la questione di legittimità costituzionale per possibile contrasto con l'art. 117, comma 1, Cost.

Detta soluzione sembra obbligata anche considerando come l'operazione di "sostanzializzazione" di una data sanzione rientri nelle corde della sola Corte

¹⁷⁰ Segue questo *iter* argomentativo F. PALAZZO, *Principio di legalità e giustizia penale*, cit., pp. 2702-2703.

¹⁷¹ *Ibidem*, ove si specifica come tale operazione riguardi, in primo luogo, il carattere *self-executing* o *non self-executing* della norma da applicare. In un secondo momento, poi, essa deve abbracciare i limiti stessi dell'interpretazione conforme, costituiti: per il diritto convenzionale, dal cd. "margine di apprezzamento"; per il diritto eurounitario, dai cosiddetti "controlimiti" del diritto nazionale rispetto alla *primauté* dello stesso. In ogni caso, quindi, dei margini di discrezionalità elevatissimi.

¹⁷² Di questo avviso N. ZANON, *Matière pénale e principio di legalità nella giurisprudenza costituzionale*, in AA. VV., *La «materia penale» tra diritto nazionale ed europeo*, cit., pp. 29-30, secondo cui una simile operazione lederebbe il retaggio stesso delle storiche sentenze "gemelle" n. 348 e 349 del 2007 della Consulta.

EDU, pensata proprio per superare possibili “truffe delle etichette” mediante il ricorso ai criteri valutativi più volte citati.

E se in tali casi la stessa Consulta deve, in linea teorica, arrestarsi dinnanzi a tale valutazione sulla natura della sanzione – che, indubitabilmente, contribuisce ad un ulteriore e profondo svilimento delle regole costituzionali sull’*iter* di produzione normativa – allora sarebbe fuor di logica attribuire un simile potere al giudice comune, per il quale la qualificazione formale data dalle Camere ad una norma non dovrebbe mai atteggiarsi a parametro “aggirabile” in via interpretativa.

Una simile distorsione finirebbe per surrogare l’attività ermeneutica alla qualificazione legislativa della sanzione, operata per effetto di un legittimo intervento di depenalizzazione, quale prodotto di una scelta lecita e discrezionale del Parlamento. In alteri termini, si arriverebbe al risultato, del tutto inaccettabile e paradossale, di una *riespansione* dei confini della materia penale, nella quale tornerebbe a confluire una sanzione in precedenza sottratta alla stessa, poiché trasformata in illecito civile o amministrativo¹⁷³ – con una fin troppo palese compromissione non solo del carattere frammentario e “minimo” del diritto penale, ma soprattutto del suo attributo di *extrema ratio*¹⁷⁴.

¹⁷³ In sintesi, è questo il senso delle censure mosse dalla Consulta nella sentenza n. 109 del 2017, cit., par. 3.1.

¹⁷⁴ N. ZANON, *Matière pénale e principio di legalità nella giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 35.

CAPITOLO II

Il creazionismo giudiziario tra prassi e (in)determinatezza

SOMMARIO: 1. Alcune precisazioni sui termini della “invasione di campo” - 2. L’incidenza del sistema multilivello delle fonti - 3. Le colpe del legislatore - 3.1. Il concorso eventuale nei reati associativi come emblema del creazionismo giudiziario - 3.2. Le più importanti tappe “normative” nella giurisprudenza della Cassazione: la sentenza Demitry - 3.2.1. La sentenza Carnevale - 3.2.2. La sentenza Mannino - 3.3. La sentenza Contrada c. Italia della Corte EDU - 3.3.1. Il destino (infelice) dei cd. “fratelli minori” di Contrada - 3.4. La (in)certeza del diritto al tempo della (im)prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie - 4. Le oscillazioni interpretative “vere e proprie” su testi normativi rimasti immutati nel tempo. Alcuni recenti esempi in materia di giudicato e stupefacenti - 5. La tradizionale ritrosia della Consulta nel censurare le fattispecie incriminatrici per *deficit* di determinatezza 5.1. Sui recenti “sussulti” della giurisprudenza costituzionale: tre passi in avanti - 5.2. (segue) ... e un mezzo passo indietro.

1. Alcune precisazioni sui termini della “invasione di campo”

Fino ad ora, non è stato volutamente approfondito l’aspetto che, più di tutti, costituisce l’emblema della descritta metamorfosi della legalità: ci si riferisce alla frequente tendenza della magistratura ad un vorace accentramento di prerogative ulteriori a quelle di cui l’ha dotata la Costituzione.

Il fenomeno è ormai imputabile, come inclinazione generale, all’intera categoria giudicante, sebbene i suoi tratti deteriori si apprezzino in riferimento a pronunzie spiccatamente paradigmatiche dei connotati viepiù normativi e politici, assunti da alcuni “celebri” arresti delle varie Corti che supervisionano e orientano il singolo interprete al rispetto di quanto contenuto nelle relative Carte.

Sul punto, appaiono necessarie alcune puntualizzazioni, preliminari all'esame delle problematiche poste dalla accennata funzione "demiurgica" assunta dalla giurisprudenza, nonché delle condizioni che ne hanno favorito l'espansione.

Più dirsi entrata nel lessico comune dei giuristi contemporanei – anche tra le fila dei penalisti, da sempre ideologicamente restii alla ridiscussione (anche solo accennata) dei principi fondamentali della propria materia – la dicotomia tra *diritto vigente* e *diritto vivente*¹⁷⁵: il primo, inteso come l'asettico fascio di tutti gli enunciati normativi prodotti dal legislatore; il secondo, quale totalità dei significati che ad essi attribuiscono i giudici.

È diritto vigente solo quello di creazione legislativa, concepito per essere calato nella prassi operativa dei tribunali; è diritto vivente, invece, quello di produzione giurisprudenziale, che nasce dalla argomentazione giudiziaria e rappresenta il frutto della interpretazione che la magistratura effettua, caso per caso, del diritto vigente preesistente.

Appare evidente, pertanto, come l'ampiezza della "zona grigia" che staziona tra la dimensione vigente e quella vivente del diritto si espanda in maniera inversamente proporzionale al grado di definibilità semantica del dato positivo. Ad una maggiore precisione della descrizione del fatto tipico, non può che fare da contraltare una ridotta opinabilità in diritto di un determinato accadimento storico, giacché – anche e soprattutto in un'ottica ossequiosa del principio di necessaria determinatezza delle fattispecie criminose, oltre che del carattere frammentario del diritto penale – l'argomentazione interpretativa risulta, in tali ipotesi, sempre "imbrigliata" nelle solide maglie del linguaggio legale. Specularmente, quando si riscontrano carenze nella determinatezza di una fattispecie, è sull'interprete che grava il compito di colmare la distanza tra

¹⁷⁵ L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Questione giustizia. Trimestrale promosso da Magistratura democratica*, 4, 2016, pp. 13 ss.; ID., *Contro il creazionismo giudiziario*, Modena, 2018, pp. 11 ss.

l'astrattezza della *disposizione* e la concretezza della *norma*¹⁷⁶, così da "spalancare la porta" a soluzioni per forza di cose "creative", perché necessitate dall'assenza dei riferimenti essenziali ad un loro puntuale contenimento.

Di pari passo, anche la sfera della argomentazione probatoria in sede processuale risente dell'influenza della indeterminatezza del linguaggio legale, tenuto conto della irrinunciabile connessione tra la descrizione ideale del *crimen* e la sua capacità di fungere da modello archetipico entro cui poter dimostrare la sussunzione del fatto storico. È proprio in relazione a questa operazione di raccordo, del resto, che vengono articolate le prove a carico presentate della pubblica accusa, e contrapposte quelle a discarico da parte della difesa, sicché la *verità processuale*, cui approda il giudice all'esito del processo, risulta sempre dipendente dalla verificabilità e confutabilità giuridico-fattuale dell'accadimento materiale rispetto al modello astrattamente contemplato (e descritto) nelle previsioni normative¹⁷⁷.

¹⁷⁶ Il celebre distinguo è stato coniato, in ambito giuspubblicistico, da V. CRISAFULLI, voce *Disposizione (e norma)*, in *Enc. Dir.*, XIII, 1964, pp. 195 ss. Nel dettaglio, l'A. sostiene che, pur dovendosi considerare disposizioni tutte le «singole proposizioni linguistiche contenute nell'atto, in quanto dotate di una propria autonomia anche solo formale ed estrinseca, e pur se insuscettibili, in sé e per sé, di esprimere un significato normativo (relativamente) compiuto», non si potrebbe, tuttavia, riconoscere a ciascuna disposizione una potenziale capacità "normativa". Ciò perché vi sarebbero molte disposizioni che, sebbene formalmente inquadrate tra le fonti, risulterebbero prive di una reale portata prescrittiva, trattandosi di precetti meramente descrittivi e informativi (ad esempio, le leggi cd. meramente formali o le leggi provvedimento). Pertanto, solo dopo aver individuato quali disposizioni siano dotate delle richiamate caratteristiche di "normatività", sarebbe possibile procedere all'attività interpretativa vera e propria, consistente appunto nell'opera di coordinamento di tutti i «frammenti di norma» contenuti nella «molteplicità delle disposizioni». In argomento, cfr. anche F. VIOLA - G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, cit., pp. 117 ss., secondo cui «"all'inizio" vi è il testo giuridico normativo, "alla fine" vi è l'enunciato che funge da guida per la decisione del caso concreto», sicché «il terreno connettivo e di passaggio "dall'inizio" "alla fine" dal procedimento è rappresentato dall'interpretazione, dalle diverse possibilità concorrenti che, nel processo ermeneutico, vanno poste a confronto dall'interprete, chiamato a trasformare la disposizione come parte di un testo ancora da interpretare, nella norma come parte di un testo interpretato».

¹⁷⁷ Approfondisce il rapporto tra "verificabilità giuridica" e "denotazione legale," L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., pp. 94 ss. e, in particolare, pp. 97 ss., specificando che ogni tesi giudiziaria può essere «verificabile e falsificabile» - nel senso di giudizio in termini di "vero" o "falso" relativamente ad una data asserzione - «se e solo se

Si comprende, quindi, come le vicissitudini del principio di legalità risentano in negativo della descritta commistione tra poteri costituzionali, che si esplica nel fenomeno della sovrapposizione di quei soggetti (indipendenti e sottoposti soltanto alla legge *ex art. 101, comma 2, Cost.*) incaricati soltanto della applicazione della legge medesima, con quei soggetti cui ne è, invece, affidata la produzione.

È importante premettere come non si voglia né possa, in alcun modo, negare dignità all'attività interpretativa declinata "in senso fisiologico", sulla cui *actio finium regundorum* si concentrano le teorie dell'interpretazione e, da ultimo, le diverse correnti dell'ermeneutica giuridica¹⁷⁸.

Invero, appare innegabile come il testo legislativo – al pari di ogni altro testo – presenti, per definizione, una "struttura aperta", che consente diverse interpretazioni tra cui selezionare la più adatta (di contro, sarà certamente più semplice escludere quelle interpretazioni immediatamente percepite come sbagliate o impossibili)¹⁷⁹.

In argomento, sono ben note le obiezioni sollevate dalle concezioni "cognitivistiche", "normativistiche" e "formalistiche" rispetto a qualsivoglia operazione *lato sensu* estensiva del tenore letterale della norma¹⁸⁰: la materia

i termini in essa impiegati sono forniti di estensione determinata; ovvero, poiché l'estensione è determinata dall'intensione, se e solo se sono definite in modo chiaro e preciso le loro intensioni». In altre parole, tali operazioni sono realizzabili soltanto a patto che le «definizioni legali che stabiliscono le connotazioni delle figure astratte di reato, e più in generale dei concetti penali, siano sufficientemente precise da consentire, in sede di applicazione della legge, la *denotazione giuridica* (o qualificazione, o classificazione o sussunzione giudiziaria) di fatti empirici esattamente determinati».

¹⁷⁸ La bibliografia in argomento è estremamente vasta, tanto da non potere essere esaustivamente richiamata in questa sede. Come limpidamente sottolineato da G. VATTIMO, *Opere complete. 1 Ermeneutica*, II, Milano, 2008, nella corrente ermeneutica confluiscono i lavori di numerosi filosofi, risultando preferibile calare gli aspetti comuni agli stessi nel terreno della filosofia del diritto, piuttosto che tentare una loro sterile classificazione. Per "toccare con mano" gli scritti del più "celebre" tra i filosofi di detto movimento, cfr. H. GADAMER, *Verità e metodo. Elementi di una ermeneutica filosofica*, 1986, trad. it. a cura di G. Vattimo, Milano, 2001.

¹⁷⁹ U. ECO, *Interpretazione e sovrainterpretazione*, Milano, 1995, pp. 64 ss.

¹⁸⁰ G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, cit., p. 127.

penale, che va ad incidere al massimo livello possibile sulla libertà individuale, dovrebbe sempre essere contraddistinta da meri imperativi, che traccino, con serafica certezza, la linea di demarcazione tra il punibile e il non punibile, di modo da circoscrivere l'operazione ermeneutica alla individuazione dell'unica interpretazione "giusta" del testo normativo.

Sebbene simili considerazioni trovino, in punto teorico, il favore generalizzato dell'intera dottrina in materia, tuttavia, si è già avuto modo nel primo capitolo di sottolineare il carattere "mitologico" dell'ideale di giudice relegato a semplice *bouche de la loi*.

In primo luogo, infatti, una simile ricostruzione presupporrebbe l'esistenza di un legislatore talmente acuto e, per così dire, "predittivo" da riuscire a disciplinare in maniera esasperatamente determinata (e, quindi, prevedibile) ciascun prodotto normativo sin dalla sua creazione. Solamente una legge perfettamente intelligibile e - pur nei limiti della selezione politico-criminale operata in sede normativa - già pronta ad abbracciare il ventaglio di tutte le possibili situazioni che dovrà disciplinare *pro futuro*, sarebbe davvero in grado di impedire all'interprete anche il minimo scostamento dalla stessa. In altre parole, per esaudire l'ideale illuministico, il legislatore, dinnanzi alla inesauribile susseguirsi di sviluppi storici, dovrebbe sempre "farsi trovare già pronto" ad agire, così evitando che, a causa della sua indolenza, le nuove sfide dell'innovazione penale vengano affrontate mediante quell'agilissimo strumento rappresentato dall'interpretazione e, tramite essa, dalle decisioni giudiziali.

A ben vedere, tuttavia, anche da un punto di vista pratico ci sembra che l'ideale di *buon legislatore* non possa che arrendersi dinnanzi ad insormontabili ostacoli di natura empirica.

Tirando le somme sull'operato delle varie legislature che si sono avvicinate negli anni, invero, nessuna pare essere stata davvero in grado di scolpire ogni precetto di sua manifattura con ricorrenti caratteristiche di chiarezza, precisione, tassatività e determinatezza, sì da renderlo sempre ed aprioristicamente immune da ambiguità e, dunque, da necessità di interpretazione. Il che non significa che tali esigenze non debbano essere elevate ad *imperativi categorici* dei lavori

parlamentari in materia penale, cui, cioè, le Camere (o il legislatore delegato) debbano incondizionatamente tendere come obiettivi in sé delle loro decisioni *in criminalibus*; ma vuole soltanto prendere atto del fatto che, storicamente, il legislatore si è dimostrato quasi sempre inadeguato al raggiungimento concreto delle richiamate, nobili, prerogative.

Questo severo giudizio, come si vedrà, è il frutto soprattutto della evidentissima involuzione qualitativa dei prodotti normativi degli ultimi decenni.

Non è un mistero, infatti, che simile inadeguatezza, al giorno d'oggi, venga paradossalmente "accettata" dal legislatore stesso, che non di rado scarica volentieri sulla magistratura il compito di riempire di contenuto talune disposizioni, ovvero, sul fronte delle politiche di contrasto alla criminalità, ne delega quasi "in bianco" l'elaborazione alle Procure Generali.

In altri termini, ciò che si vuole denunciare non è l'opera di «perfezionamento creativo della legge»¹⁸¹ da parte del giudice, se con questa espressione si intende solo quell'attività a carattere cognitivo in cui l'argomentazione, agganciata a riferimenti preesistenti e corroborata dalle risultanze probatorie, è preordinata al momento della sussunzione, che porterà alla formazione della "verità giuridica" sancita nella sentenza di merito.

Simile attività, definibile creativa *in senso improprio* o *debole*¹⁸², coincide con la *funzione giurisdizionale* stessa, la cui struttura sillogistica prevede che la decisione processuale costituisca sempre la sintesi tra l'argomentazione probatoria e quella giudiziaria. Un'attività, dunque, che presuppone il preventivo esercizio di un potere di normazione da parte del legislatore, giacché, in assenza di un testo previgente da applicare, in teoria dovrebbe risultare impossibile sia interpretare (nel senso chiarito) ed applicare il diritto, sia, nei giudizi di gravame, sindacare sulle modalità con cui è avvenuta l'operazione sussuntiva.

¹⁸¹ H. GADAMER, *Verità e metodo*, cit., p. 382.

¹⁸² L. FERRAJOLI, *Contro il creazionismo giudiziario*, cit., pp. 21 ss. e pp. 28 ss.

Ed è questo il motivo per cui è impensabile stigmatizzare il prezioso contributo valutativo del giudice, che è l'unico soggetto costituzionalmente in grado di fungere da *pendant* tra l'epigrafico testo legislativo ed il significato che, partendo dalle motivazioni retrostanti alla sua promulgazione, ad esso intendeva concretamente conferire il legislatore.

Al contrario, si vogliono qui evidenziare le problematiche poste da quelle manifestazioni di creatività interpretativa *in senso proprio* o *forte*¹⁸³, in cui, cioè, il giudice dà vita ad un diritto nuovo, che si colloca al di là del testo della legge o addirittura si contrappone allo stesso.

In via di prima approssimazione, si tratta, quindi, di ipotesi in cui detta creatività, procurando una evidente frattura nel descritto sillogismo giudiziario, non può dirsi *derivata*, ma piuttosto *originaria*¹⁸⁴. Con la conseguenza che, per assurdo, in tali casi la pronuncia del giudice – e, quindi, la verità processuale da essa riconosciuta – parrebbe quasi non presentare i riferiti tratti di giurisdizione¹⁸⁵, scontando una profonda alterazione del rapporto tra la premessa maggiore (la legge preesistente) e la premessa minore (il quadro probatorio del fatto storico).

Le manifestazioni patologiche di questo fenomeno espansionistico sono state icasticamente dipinte in termini di “*diritto penale giurisprudenziale*” o “*giurisprudenza-fonte*”¹⁸⁶, cui contrapporre ideologicamente quello di conio legislativo tanto caro agli illuministi, il “*diritto penale legale*”.

¹⁸³ Ancora L. FERRAJOLI, *Contro il creazionismo*, cit., p. 22.

¹⁸⁴ In argomento, cfr. anche G. ZACCARIA, *Sul concetto di positività del diritto*, in (a cura di) G. ZACCARIA, *Diritto positivo e positività del diritto*, Torino, 1991, pp. 329 ss.

¹⁸⁵ Con riferimento al diritto civile, si v. N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, pp. 37.

¹⁸⁶ In relazione al settore del diritto penale, cfr. M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale*, cit., *passim*; ID., *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, cit., pp. 145 ss.; G. FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in *Cass. pen.*, 5, 2005, pp. 1722 ss.; ID., *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in (a cura di) F. PALAZZO, *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, Napoli, 2001, pp. 299 ss.; ID., *Diritto penale giurisprudenziale e spunti di diritto comparato*, in (a cura di) G. FIANDACA, *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, Padova, 1997, pp.

La richiamata espressione abbraccerebbe, pertanto, tutte quelle ipotesi di diritto che «si definisce, stabilisce, organizza e consolida nelle sentenza di ogni grado di giurisdizione, ma soprattutto quello che si consolida in indirizzi interpretativi ripetuti, tanto più rilevanti se collocato nei gradi superiori, perché è lì che esso comincia a cristallizzarsi come giurisprudenza-fonte»¹⁸⁷; sicché, trattandosi di un sapere che valorizza massime più che sentenze, esso rimarrebbe pur sempre «liberamente valutabile e derogabile da altri giudicanti», esprimendo una «dottrina giurisprudenziale» solo a patto che sia «realmente motivato e non meramente deciso con richiami autoritativi a superiori e precedenti statuizioni»¹⁸⁸.

Ebbene, una terminologia di questo tipo è indubbiamente dotata del pregio di evocare con precisione il descritto divario tra la sfera vigente e quella vivente del diritto, sottolineando, ancora una volta, come la dimensione *in action* di quest'ultimo non possa che fuoriuscire dalla penna dei magistrati.

Tuttavia, attribuire ad una manifestazione patologica del sistema una etichetta giuridica dotata di assonanza per certi versi paritaria rispetto a quella del diritto penale "legale" (e, quindi, "dottrinale"), pare un'antinomia concettuale che desta non poche perplessità¹⁸⁹.

Una simile operazione, d'altronde, non si limita a riconoscere quel minimo contributo "debole" apportato dal singolo interprete, che, come detto, è una

5 ss.; ID., *Spunti problematici di riflessione sull'attuale ruolo della scienza penalistica*, in (a cura di) G. INSOLERA, *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, Bologna, 2005, pp. 41 ss.; G. CONTENUTO, *Principio di legalità e diritto penale giurisprudenziale*, in *Foro it.*, 1988, pp. 484 ss.; A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, cit., pp. 67 ss.; F. VIGANÒ, *Riflessioni conclusive in tema di 'diritto penale giurisprudenziale', 'partecipazione' e 'concorso esterno'*, in (a cura di) L. PICOTTI - G. FORNASARI - F. VIGANÒ - A. MELCHIONDA, *I reati associativi: paradigmi concettuali e materiale probatorio. Un contributo all'analisi e alla critica del diritto vivente*, Padova, 2005, pp. 279 ss.

¹⁸⁷ M. DONINI, *Diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, cit., pp. 81-82.

¹⁸⁸ *Idem*.

¹⁸⁹ Definisce l'operazione *de qua* una «ambivalenza» e un «equivoco epistemologico», L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, cit., pp. 15 ss. e ID., *Contro il creazionismo giudiziario*, cit., pp. 21 ss.

componente ineliminabile dell'attività ermeneutica. La stessa, al contrario, legittima anche le descritte forme di creatività "in senso forte", che, in un assetto di *civil law* come il nostro, conducono ad arbitrii e anarchia giurisprudenziale, in larga parte declinati in senso giustizialista.

Il riconoscimento in capo alla magistratura del compito, o del potere male esercitato, di creare diritto, darebbe vita ad un insanabile «equivoco epistemologico» rispetto al principio di legalità stesso¹⁹⁰, oltre che alla soggezione dei giudici alla legge ed alla separazione tra i poteri: confondere il confine che passa tra «l'inevitabile spazio della "discrezionalità interpretativa" del giudice con la "creazione del diritto"», potrebbe portare alla dissoluzione della linea di demarcazione «tra *legittima* interpretazione e *illegittima* creazione», così assecondando quelle «tentazioni creazionistiche della giurisdizione che di tutto hanno bisogno fuorché essere incoraggiate»¹⁹¹.

A ciò si aggiunge che parlare di "diritto penale giurisprudenziale" sembra quasi esprimere un atteggiamento dottrinale di rassegnazione rispetto al dilagante fenomeno della genesi giurisprudenziale delle fattispecie penali, se non di rinuncia a trovare delle soluzioni sufficienti non a "sciogliere le matasse interpretative", ma ad evitarne *ab origine*, o quantomeno depotenziarne grandemente, la formazione cronica¹⁹².

¹⁹⁰ L. FERRAJOLI, *Contro il creazionismo giudiziario*, cit., pp. 21 ss.

¹⁹¹ *Idem*, p. 23.

¹⁹² Affronta la questione da una prospettiva più costruttiva T.E. EPIDENDIO, *Prescrizione, legalità e diritto giurisprudenziale: la "crisi" del diritto penale tra le Corti*, in www.archivioldpc.dirittopenaleuomo.org, 28 settembre 2017, pp. 28 ss., il quale, prendendo atto dell'autonomia reclamata dal fenomeno giuridico in parola, apre alla possibilità di «lavorare su una nozione di diritto giurisprudenziale la cui presenza venga riconosciuta quando la scelta della "norma" attribuita a una "disposizione" giuridica sia determinata principalmente da fattori extratestuali variabili nel tempo e nello spazio (cioè quando la scelta normativa è "sovradeterminata" rispetto al "testo")», ove tale "sovradeterminazione" va intesa «non nel senso tradizionale psicanalitico, di determinazione del significato sulla base di una pluralità di fattori derivati dall'inconscio, ma nel senso più strettamente linguistico di significato determinato da una molteplicità di fattori (quindi di carattere economico, sociale, etico o politico) non esplicitati dal testo, senza i quali non sarebbe possibile attribuire quel significato».

Per tutte le suesposte ragioni, quindi, appare preferibile analizzare le motivazioni ed i possibili strumenti non di avallo, ma di contrasto al fenomeno in questione.

Risulta fin troppo evidente, infatti, come il creazionismo giudiziario rappresenti il “primo nemico” rispetto all’esigenza principe del diritto penale: consentire al cittadino “in procinto di agire” di avere la certezza che, all’atto della realizzazione di determinati comportamenti, vedrà attivarsi una precisa risposta sanzionatoria da parte dell’ordinamento.

Il fenomeno in questione, per l’appunto, frustra l’effettività del *nullum crimen*, ormai afflitto dalla frantumazione del principio di determinatezza sotto la spinta della «marea fluttuante del diritto vivente»¹⁹³. È fin troppo evidente che l’incessante susseguirsi di *revirements* interpretativi e di soluzioni giurisprudenziali creative rende più che mai indefinibili sia il perimetro, che l’area delle fattispecie incriminatrici, trasformando la materia penale in un terreno incerto, costantemente sferzato dal “mutare dei venti” degli orientamenti interpretativi e, per così dire, “tipizzanti”.

La tendenza, del resto, appare in costante crescita sia per l’incremento del diritto penale del rischio, sia per il cattivo uso del diritto penale complementare¹⁹⁴.

Queste torsioni innaturali, infatti, giocano un ruolo decisivo anche e soprattutto alla luce della spasmodica esigenza di “produttività” del sistema penale, sul cui altare molti diritti fondamentali vengono tutti i giorni abitualmente sacrificati per fornire all’opinione pubblica l’immagine di un processo celere ed efficiente.

¹⁹³ Cfr. A. CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., p. 119, il quale ben rileva come simile incertezza si palesi sia in riferimento a “contrastati sincronici”, posto che il cittadino non potrà prevedere quale delle due o più interpretazioni della stessa norma verrà sposata dal giudice nel processo che lo vedrà imputato; sia in riferimento a “contrastati diacronici”, consistenti in una “svolta” giurisprudenziale che «si applicherà inesorabilmente, con efficacia retroattiva, al fatto da lui commesso, anche qualora si trattasse di mutamento *in pejus*».

¹⁹⁴ C. LONGOBARDO, *Causalità e imputazione oggettiva. Profili dommatici e di politica criminale*, Napoli, 2011, pp. 228 ss., individua quali *exempla* di siffatta tendenza la mancanza di determinatezza, l’irricoscibilità del precetto, l’irrisorietà della sanzione, l’impossibilità di prova, la facilità di aggirare il divieto, la mancanza di controlli o l’impossibilità degli stessi, e, infine, il vantaggio economico dell’infrazione commessa rispetto alla sanzione comminata.

Una vera e propria mistificazione, visto e considerato che quasi mai alla “pubblicità” corrisponde una effettiva accelerazione dei tempi per addivenire alla più corretta decisione di merito.

Tutto ciò pare sconfinare in una vera e propria “degradazione giudiziale”, argutamente definita come «capitalismo processuale», che, attraverso la descritta «insensata corsa», cerca «il vantaggio dei ricavi (brevità dei tempi) sui costi (rispetto ai principi)»¹⁹⁵. Con evidente frustrazione della funzione costituzionale della pena e vanificazione del criterio dell’autonomia dello strumento punitivo rispetto a materie non penali ed alle «forme specifiche di responsabilità delle parti interessate che da essa normalmente derivano»¹⁹⁶.

Anche il settore processuale, pertanto, risente assai negativamente dello scardinamento della legalità/determinatezza a fini probatori, trasformando il processo, da uno strumento di accertamento, in un’arma per controlli sociali atipici ed anticipati¹⁹⁷, denaturando la certezza probatoria in una categoria assai “perniciosa”, e quindi accantonata per favorire prove “sociali”¹⁹⁸.

In conclusione, il creazionismo giudiziario ci sembra un fenomeno assolutamente deleterio, cui dover negare dignità e da ridurre il più possibile, a meno che non si voglia rinunciare completamente alle garanzie che offre il nostro principio di legalità, per sposare una prospettiva *flou* di “sostanzializzazione” della riserva di legge o, ancor più radicalmente, di definitiva «common Law-isation»¹⁹⁹ del diritto penale.

Pertanto, volendo cercare di dare conto dei vari fattori della problematica che si è tentato, in poche battute, di introdurre, ci sembra possibile individuare almeno

¹⁹⁵ C. LONGOBARDO, *Causalità e imputazione oggettiva*, cit., pp. 229-230.

¹⁹⁶ C. LONGOBARDO, cit., p. 230. In argomento, cfr. anche ID., *Sistematica e politica criminale: un ritorno, poco auspicabile, all’irriducibilità del binomio?*, in *Crit. dir.*, 3-4, 2002, pp. 382 ss.

¹⁹⁷ S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., *passim*.

¹⁹⁸ Sul punto, si v. anche M. NOBILI, *Nuovi modelli e connessioni: processo – teoria dello Stato – epistemologia*, in (a cura di) AA.VV., *Studi in ricordo di Gian Domenico Pisapia*, II, Milano, 2000, pp. 497-498.

¹⁹⁹ L’espressione è di V. MANES, “Common Law-isation del diritto penale”? *Trasformazione del nullum crimen e sfide prossime future*, cit., p. 957.

quattro “responsabili” della stessa: il sistema multilivello delle fonti; il legislatore; il potere giudiziario in sé; la Corte costituzionale.

2. L’incidenza del sistema multilivello delle fonti

Pare opportuno iniziare questa analisi partendo dalla più ovvia delle compenetrazioni giurisprudenziali nel nostro ordinamento, quale quella di matrice sovranazionale. Si è già avuto modo di trattare l’argomento al termine del primo capitolo, per cui ci si limiterà a poche ulteriori precisazioni.

La struttura a più livelli dell’attuale ordinamento normativo presenta, come sua iniziale articolazione, la rigidità della Costituzione, che attribuisce ai giudici il compito da fungere “da prima linea” nella valutazione della possibile illegittimità delle leggi rispetto ai principi costituzionali: i giudici ordinari sono dotati della facoltà di segnalare la frizione; quelli costituzionali, del potere esclusivo di riscontrarla ufficialmente e darvi efficacia in senso sfavorevole alla norma contrastante con la Carta.

Detto sindacato accentrato di costituzionalità rappresenta, in effetti, il primo stimolo all’utilizzo della argomentazione interpretativa, ovvero di quella tecnica che consente di declinare il significato di una determinata disposizione in ragione della norma cui essa deve conformarsi.

Questo onere di interpretazione cd. «conforme» – talvolta qualificata anche con le sfumature di «adeguatrice», «compatibile» o «orientata»²⁰⁰ – consiste proprio nella direttiva al giudice comune di comporre le antinomie di cui assuma consapevolezza attraverso un approccio di carattere *conciliativo* e, a ben vedere, *unidirezionale*; tale relazione, invero, è segnata a monte da una disparità (gerarchica o di competenza) tra la norma “condizionante” e quella

²⁰⁰ Sulle differenze tra le varie formule, cfr. V. NAPOLEONI, *L’onere di interpretazione conforme*, in (a cura di) V. MANES – V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima*, cit., pp. 50 ss. ed i contributi ivi riccamente riportati.

“condizionata”, logicamente in senso preferenziale nei confronti della prima²⁰¹. Un dovere, dunque, che impone al giudice di evitare, finché è possibile, la *rottura insanabile* della questione di legittimità costituzionale, prodromica alla demolizione della norma da sottoporre a scrutinio²⁰².

I problemi sorgono allorché si consideri che tale giudizio di costituzionalità si sostanzia concretamente in un raffronto tra due norme, ambedue suscettibili di una propria decodificazione ermeneutica da parte del relativo censore, sicché l'esito del “test” dipende quasi sempre dal significato che «rispettivamente si attribuisce alle proposizioni normative in comparazione»²⁰³.

In argomento, quindi, è evidente una prima crepa nella struttura tradizionale dello stato di diritto, delineandosi il difficile rompicapo della convivenza dei due “mondi” della *legalità legale* e di quella *costituzionale*, con conseguente tensione tra i rispettivi “custodi” (la magistratura per la prima, la Consulta per la seconda)²⁰⁴. In assenza di una puntuale regolamentazione normativa, la delimitazione dei corrispondenti poteri interpretativi – ciascuno dei quali autonomo ed essenziale allo scopo²⁰⁵ – resta demandata ad un «tacito (e

²⁰¹ La bibliografia in argomento è vastissima. *Ex plurimis*, senza pretese di esaustività, cfr. A. LONGO, *Spunti di riflessione sul problema teorico dell'interpretazione conforme*, in *Giur. cost.*, 24 gennaio 2012, pp. 25 ss.; V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., pp. 43 ss.; M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. Dir.*, Annali, IX, Milano, 2015, pp. 440 ss.; T.E. EPIDENDIO, *Riflessioni teorico-pratiche sull'interpretazione conforme*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3-4, 2012, pp. 26 ss.

²⁰² Come recita un celebre passaggio di Corte cost., sentenza 14 ottobre 1996, n. 356, in *Giur. cost.*, «le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali». In tal senso, cfr. anche R. BIN, *L'interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, in *RivistaAIC*, 1, 2015, p. 4, il quale evidenzia come l'interprete non sia più libero di scegliere in autonomia quale canone ermeneutico utilizzare, bensì sia tenuto ad applicare “prioritariamente” quello dell'interpretazione conforme.

²⁰³ V. NAPOLEONI, *L'onere di interpretazione conforme*, cit., p. 55.

²⁰⁴ *Ibidem*; M. LUCIANI, *Interpretazione conforme*, cit., p. 461 ss.; G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2017, p. 371.

²⁰⁵ Se è vero che la Corte costituzionale è l'unico organo dotato del potere esclusivo di espungere dall'ordinamento quelle norme che siano insanabilmente confliggenti con la Carta fondamentale, è anche vero, però, che spetta al giudice comune il compito, cronologicamente antecedente a quello della Consulta, di vagliare preliminarmente la non manifesta

articolato) “patto istituzionale” fra i protagonisti»²⁰⁶, i cui termini sono più volte mutati negli anni, ma sempre sul presupposto del riconoscimento della reciproca autonomia di giudizio.

La questione si complica ulteriormente allargando l’onere di «interpretare in maniera conforme a» anche ad altre norme o principi, per così dire, “prevalenti” rispetto alla legge interna, quali il diritto dell’Unione europea e la CEDU.

Difatti, anche le giurisdizioni internazionali che vigilano sul rispetto di Carte cogenti per il nostro ordinamento, si atteggiavano a «interpreti privilegiati» della normativa stessa rispetto al giudice italiano²⁰⁷. Entrano in scenda, così, ulteriori “custodi” di altrettante legalità, ciascuno legato alle proprie, insindacabili, logiche: la Corte di giustizia in riferimento al diritto ed alla *legalità eurounitaria*; la Corte EDU che vigila sul rispetto della *legalità convenzionale*, sancita dalla CEDU e dai suoi protocolli.

Ebbene, la conformazione pluralistica dei corpi normativi contemporanei non rende configurabile un vero e proprio rapporto gerarchico tra le rispettive fonti, quanto più una relazione di *competenza*²⁰⁸, resa però ardua dalla natura

infondatezza una determinata questione di legittimità, ovvero di respingere l’eccezione di parte non adeguatamente motivata.

²⁰⁶ Cfr. V. NAPOLEONI, *L’onere di interpretazione conforme*, cit., p. 55, che individua tre direttrici di fondo di tali patti: la prima abilita la Consulta a reinterpretare i testi legislativi sottoposti al suo scrutinio senza alcun vincolo rispetto alla ricostruzione offerta dal giudice *a quo*; la seconda si configura come una eccezione alla prima, relativa all’ipotesi in cui l’interpretazione del remittente sia qualificabile come “diritto vivente”; la terza conferisce la più ampia discrezionalità alla magistratura ordinaria di valutare ogni possibile interpretazione conforme a Costituzione (e di darne adeguata motivazione, a pena di inammissibilità dell’ordinanza di rimessione), prima di attivare l’incidente di costituzionalità vero e proprio. In argomento, si v. anche L. IANNUCILLI, *L’interpretazione secundum Constitutionem tra Corte costituzionale e giudici comuni. Brevi note sul tema*, Atti del seminario del 6 novembre 2006 svoltosi a Roma su «Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici», in www.cortecostituzionale.it, pp. 6-7.

²⁰⁷ In questi termini, F. VIGANÒ, *Il giudice penale e l’interpretazione conforme alle norme sovranazionali*, in (a cura di) P. CORSO, *Studi in onore di Mario Pisani*, II, Piacenza, 2010, pp. 634 ss.

²⁰⁸ R. BIN, *L’interpretazione conforme*, cit., p. 4, in ottica eurounitaria, ben rileva come, in effetti, la relazione con il diritto interno sia sempre stata ricostruita dalla Corte di giustizia in termini di «preminenza, mai di gerarchia».

pluricentrica del sistema stesso, in cui ogni opinione differisce a seconda dell'ordinamento di appartenenza dell'organo che la esprime.

Ed allora, sul fronte interno, la faccenda investe il valore e la vincolatività delle soluzioni interpretative adottate dalle citate Corti sovranazionali.

In verità, per la Corte di giustizia la tematica è risolta da tempo, giacché, subito dopo la celebre sentenza *Granital*²⁰⁹, la Corte costituzionale ha riconosciuto alle sentenze interpretative lussemburghesi una efficacia vincolante, trattandosi di pronunce che, pur non creando *ex novo* norme europee, concorrono ad indicarne il significato e la sfera applicativa all'interno dei Paesi dell'Unione²¹⁰.

Analogamente, le già citate sentenze "gemelle" n. 348 e n. 349 del 2007 hanno specificato come le disposizioni della CEDU assurgano a parametro interposto di costituzionalità, nel significato a loro attribuito dalla giurisprudenza di Strasburgo. Da questo punto di vista, però, i problemi di raccordo si pongono soprattutto considerando che quest'ultima, mediante l'equiparazione del formante giurisprudenziale alla *lex*, profila serenamente la "sagoma" di un giudice non soltanto interprete della norma penale, bensì artefice della stessa²¹¹.

Di qui, si è assistito ad una diversificazione dell'atteggiamento della Consulta rispetto al grado di vincolatività per il giudice interno dei vari tipi di interpretazione sovranazionale: sul fronte eurounitario, si è venuta a configurare una vera e propria *apicalizzazione* del diritto dell'Unione (come interpretato dalla Corte di giustizia), rafforzata dalla possibilità di ricorrere al rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE* anche da parte del Giudice delle leggi²¹²; in ottica convenzionale, è da riscontrarsi, invece, una graduale tendenza della Corte

²⁰⁹ Corte cost., sentenza 5 giugno 1984, n. 170, in *Giur. cost.*

²¹⁰ Corte cost., sentenza 23 aprile 1985, n. 113, in *Giur. cost.*

²¹¹ Come noto, la Corte EDU deve confrontarsi sia con ordinamenti di *civil law* come il nostro, sia con sistemi ispirati alla logica della *common law*, per la quale è "diritto" non soltanto la fonte legislativa (*statutory law*), ma anche il diritto giurisprudenziale (*judicial law*). In questi puntuali termini, V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., pp. 23-24.

²¹² A. BERNARDI, *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea*, in (a cura di) A. BERNARDI, *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, Napoli, 2015, p. 8.

costituzionale al *ridimensionamento* dell'ascendenza delle pronunce della Corte EDU, anche e soprattutto alla luce del fatto che quest'ultima giudica su singoli casi e non su previsioni generali.

Come noto, tale processo è culminato con la sentenza n. 49 del 2015²¹³, mediante cui si è tentato di smorzare il vincolo gravante sul giudice interno in base all'art. 117, comma 1, Cost. (quale "porta di ingresso" nell'ordinamento interno della giurisprudenza di Strasburgo), e la regola generale della sua autonomia interpretativa e soggezione alla sola legge (art. 101, comma 2, Cost.). La Corte costituzionale, in particolare, ha ridefinito la subalternità della magistratura ai vincoli convenzionali in una chiave assolutamente restrittiva, secondo cui – al di fuori delle parti processuali dei giudizi arrivanti dinanzi alla Corte EDU – le pronunce di quest'ultima onerino i giudici nazionali ad adeguarvisi solamente a patto che esse esprimano un «diritto consolidato», ovvero siano sentenze cd. «pilota», adottate secondo la procedura di cui all'art. 61 del regolamento della Corte EDU²¹⁴. Salvo tale ipotesi qualificata, dunque, il giudice nazionale, di fronte a linee interpretative convenzionali non ancora "stabilizzate", resterà libero di agire anche nei confronti di una norma di rango interposto: nel momento in cui quest'ultima, confliggente con una disposizione di rango ordinario, dovesse porsi a sua volta in contrasto con la Costituzione, il giudice potrà «interpretare la CEDU in senso conforme a Costituzione, a dispetto delle pronunce della Corte di Strasburgo, così da evitare l'incidente di costituzionalità»²¹⁵.

²¹³ Cfr. Corte cost., sent. 26 marzo 2015 (ud. 14 gennaio 2015), n. 49, in www.cortecostituzionale.it.

²¹⁴ Sulla "procedura di sentenza pilota", si v. F.M. PALOMBINO, *La «procedura di sentenza pilota» nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 4, 2008, pp. 91 ss.; ID., *Sul monopolio interpretativo (o presunto tale) della Corte europea dei diritti umani*, in *Oss. fon.*, 1, 2018, pp. 1 ss.

²¹⁵ V. NAPOLEONI, *L'onere di interpretazione conforme*, cit., p. 140.

3. Le colpe del legislatore

La seconda motivazione dell'ampliamento degli spazi di discrezionalità giurisprudenziale può ricondursi, in via generale, ad una spropositata dispersione dell'autorevolezza della politica, la quale, a partire dagli anni Settanta, è stata più volte accusata di aver abdicato alla sua funzione di governo della collettività.

Pare doveroso precisare il significato di un'asserzione così *tranchant*. Non è di certo un mistero che sia da tempo avvertita una delegittimazione democratica e sociale della politica, consolidatasi in un profondo sentimento di sfiducia nei confronti di una "classe" ormai tacciata di epidemica incapacità di rappresentare e "dare voce ai cittadini"²¹⁶. Potrebbe certamente apparire semplicistica l'associazione di idee per cui detta frattura tra la classe dei rappresentati e quella dei rappresentanti sia alimentata soprattutto dalla periodica deflagrazione di scandali a sfondo corruttivo, che scuote cadenzatamente tutti i livelli istituzionali, senza grosse distinzioni di latitudini politiche²¹⁷.

Ciononostante, aguzzando la vista, il *cliché* della cattiva politica non è il solo fattore della descritta diffidenza.

Invero, da una prospettivamente squisitamente amorale, è acclarato come la reattività del nostro sistema istituzionale-burocratico sia pressoché azzerata dall'ipertrofia dei processi decisionali, che, oltre a rallentare fino a paralizzare la "macchina istituzionale", funge da comodissimo pretesto, dietro cui, di frequente, finiscono per trincerarsi i politici stessi, impegnati molto più in una perenne attività di mediazione degli interessi in gioco, che nella predisposizione

²¹⁶ Disapprovazione ampiamente certificata dai dati della assai scarsa affluenza alle elezioni politiche delle tornate degli ultimi decenni, ben lontane dalle elevatissime percentuali di partecipazione popolare degli anni Settanta.

²¹⁷ A ben vedere, è il clamore mediatico in sé a favorire il suddetto sentimento comune, in quanto la spettacolarizzazione mediatica delle indagini preliminari molto spesso rappresenta l'unica vera condanna per i soggetti sottoposti alle stesse. Contrariamente a quanto si possa pensare, sovente allo scandalo non segue la condanna per le accuse a loro carico "date in pasto" alla pubblica piazza.

di soluzioni concrete per il superamento delle incongruenze alla base dei dissidi²¹⁸.

Per i medesimi motivi, è altresì diffusa una generalizzata *opinio* di *mala gestio* della cosa pubblica, specialmente in aree-chiave del nostro sistema economico, come la sanità, l'istruzione, le politiche economiche, le misure pensionistiche ed assistenziali e, non certo da ultimo, il settore penale. Sensazione che viene acuita dalla inesperienza ed impreparazione tecnica, dimostrate da molti esponenti delle maggioranze o, addirittura, delle "squadre di Governo", i cui nominativi – lo si ricorda – vengono individuati non all'esito di un'analisi mirata sul profilo concretamente più adatto a ricoprire un determinato ufficio, quanto seguendo logiche di mera convenienza partitica (nel caso dell'inserimento di un candidato nelle "zone alte" della lista elettorale), ovvero di "manifestazione di forza" nell'eterno *certamen* tra maggioranza e opposizione (ben evidente nelle nomine dei vertici di tanti ruoli *lato sensu* direttivi).

Tutto ciò alimenta, non a torto, la celebre logica del *sospetto* nei confronti dell'intera categoria dei governanti, fortemente depauperata di credibilità e ormai stabilmente accompagnata, nella comune percezione, da un'odiosa etichetta di parzialità e conflitto di interessi²¹⁹.

Se poi ci si sposta dalla prospettiva socioculturale a quella prettamente giuridica (che più ci interessa), è agevolmente riscontrabile come il descritto *deficit* di capacità decisionale sia stato, fin troppe volte, colmato dalla intraprendenza della magistratura.

Il primo elemento che ha favorito l'espansionismo giudiziario, con conseguente proliferazione di oscillazioni interpretative, è proprio questa assenza di

²¹⁸ L. CASTELLANI, *Il potere vuoto. Le democrazie liberali e il ventunesimo secolo*, Milano, 2016, p. 47, si esprime in termini di «vetocrazia», intesa come incapacità strutturale della classe politica di prendere decisioni e di farlo celermente.

²¹⁹ Nel suo ultimo scritto, lo ricorda brillantemente F. SGUBBI, *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa. Venti tesi*, Bologna, 2019, p. 59, il quale sottolinea la singolarità di tale contraddizione, posto che simili sospetti investono le caratteristiche istituzionali stesse della democrazia rappresentativa. In argomento, si v. anche C. GALLI, *Le élites italiane di fronte alla responsabilità*, Bari, 2012.

credibilità, responsabilità e rispetto della legalità legislativa da parte dei governanti²²⁰, tradottasi in una «irresponsabile vacuità degli attori politici» rispetto a problematiche attuali e urgenti di politica criminale²²¹. La scelta deliberata del legislatore di non agire determina, per forza di cose, il trasferimento sull'interprete del compito "precettivo" di regolare le situazioni che avrebbero, invece, richiesto un intervento normativo²²².

Gli esempi di questa cd. supplezza giudiziaria sono innumerevoli.

Provvisoriamente, può essere citata la nota diatriba giurisprudenziale in merito alla applicabilità della disciplina della cd. "legge sulla stampa" (l. 8 febbraio 1948, n. 47) anche all'ipotesi in cui la testata giornalistica operi esclusivamente su internet, e non anche cartacea. In tal caso, appunto, è stata soltanto la perdurante negligenza del legislatore nel fare chiarezza sulla controversia, ad incoraggiare i singoli interpreti a forzare la naturale portata del testo di legge ed effettuare scelte tanto creative da potersi serenamente definire "normative".

Nel dettaglio, la Cassazione è giunta a ricomprendere la testata giornalistica telematica nel concetto di "stampa" ex art. 1, l. 47/1948, escludendo il sequestro preventivo della stessa nelle ipotesi di diffamazione a mezzo stampa «in quanto si tratta di prodotto editoriale sottoposto alla normativa di rango costituzionale e di livello ordinario, che disciplina l'attività di informazione professionale diretta al pubblico»²²³. Seguendo questo stesso indirizzo, da ultimo, si è estesa *in malam*

²²⁰ È questo il primo "tradimento della legalità" denunciato da F. PALAZZO, *Il principio di legalità tra Costituzione e suggestioni sovranazionali*, cit., pp. 13 ss.

²²¹ G. INSOLERA, *Qualche riflessione e una domanda sulla legalità penale nell'epoca dei giudici*, in *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, 2012, p. 289.

²²² In argomento, v. E. LUPO, *Tra la lettera e lo spirito della legge: tensioni giurisprudenziali*, in *Iustitia. Rivista di cultura giuridica dell'UGCI*, 29 marzo 2019, pp. 4 ss., testo della relazione tenuta dall'A. al LXVII Convegno Nazionale dell'Unione Giuristi Cattolici Italiani svoltosi a Roma il 9-10 dicembre 2017 ed intitolato "Lo spirito e la lettera della legge, oggi".

²²³ Cass. pen., SS.UU., 29 gennaio 2015, n. 31022, *Fazzo*, Rv. 264089-Rv.264090, con note di L. PAOLONI, *Le sezioni Unite si pronunciano per l'applicabilità alle testate telematiche delle garanzie costituzionali sul sequestro della stampa: ubi commodi, ibi et incommoda?*, in *Cass. pen.*, 10, 2015, pp. 3454 ss.; C. MELZI D'ERIL, *Contrordine compagni: le Sezioni Unite estendono le garanzie costituzionali previste per il sequestro degli stampati alle testate on line registrate*, in *www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*, 9 marzo 2016, pp. 1 ss.; L. DIOTALLEVI, *La Corte di*

partem l'applicazione della responsabilità di cui all'art. 57 c.p. anche al direttore del periodico telematico²²⁴.

Parimenti da rilevare è la "goffaggine" tecnica dimostrata in sede di elaborazione parlamentare delle leggi, assai di frequente partorite come disposizioni geneticamente vaghe ed imprecise, se non contraddistinte da lapalissiane criticità di tipo semantico-strutturale.

Questa categoria è forse più grave della prima, in quanto, se l'inerzia legislativa, ad essere "buoni", può comunque giustificarsi in ragione della difficoltà tecnica della materia su cui intervenire, ovvero dell'assenza dei "numeri" necessari a far passare alle Camere una data riforma, la scelta di predisporre fattispecie consapevolmente generiche è, invece, da considerarsi a tutti gli effetti dolosa²²⁵.

D'altronde, per un verso, essa esprime la volontà del Parlamento di rinunciare alla sua funzione normativa, delegandola ad un organo costituzionalmente preposto ad altro, oltre che privo della necessaria legittimazione democratica; per altro verso, indica una incapacità sia giuridica che politica del legislatore, palesando l'assenza di accordi tra le forze parlamentari che consentano l'approvazione definitiva di un testo omogeneo in tutti i suoi punti, e non di un "collage" la cui amalgama spetterà ad un organo per sua natura indipendente e, quindi, dotato del potere di interpretare il significato della disposizione.

Beninteso, si tratta di episodi tutt'altro che isolati, dal momento che censure di tal guisa possono essere mosse praticamente a tutte le riforme degli ultimi anni, ciascuna delle quali ha richiesto l'immediato intervento delle Sezioni Unite per chiarire dubbi interpretativi²²⁶.

cassazione sancisce l'equiparazione tra giornali cartacei e telematici ai fini dell'applicazione della disciplina in materia di sequestro preventivo: un nuovo caso di "scivolamento" dalla "nomofilachia" alla "nomopoiesi"?, in *Giur. cost.*, 3, 2015, pp. 1055 ss.

²²⁴ Cass. pen., sez. V, 11 gennaio 2019 (ud. 23 ottobre 2018), n. 1275, con nota di F. LOMBARDI, *La responsabilità del direttore del periodico telematico ex art. 57 c.p. tra interpretazione estensivo-evolutiva e analogia in malam partem*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2, 2019, pp. 1 ss.

²²⁵ E. LUPO, *Tra la lettera e lo spirito della legge: tensioni giurisprudenziali*, cit., p. 23.

²²⁶ *Ivi*, pp. 7 ss., si riportano alcuni recenti contrasti interpretativi sorti in merito: alla ricorribilità per Cassazione, nonché ai reati cui poter applicare la sospensione del

Se ne deve concludere, pertanto, come sia il Parlamento il principale progenitore del fenomeno della supplenza giudiziaria, a causa della sua colpevole abitudine di scaricare (direttamente o indirettamente) sul giudice l'onere di definire i contorni di fattispecie penali²²⁷, ovvero di cause di non punibilità (ne è un esempio innegabile anche la struttura dell'istituto della particolare tenuità del fatto *ex art. 131-bis c.p.*²²⁸).

Una simile omissione, del resto, mal si attaglia all'attuale fisionomia dell'attività giudiziale, che finisce per incorrere in un marchiano paradosso: da un lato, si impone al giudice di decidere utilizzando il "puro e semplice" dato normativo; dall'altro, tuttavia, gli si forniscono fattispecie vaghe, oscure o indeterminate, senza esonerarlo contestualmente dal suo dovere e dalla sua responsabilità di decidere il caso concreto²²⁹.

procedimento con messa alla prova dell'imputato; ai vasti interventi di depenalizzazione del 2016, che hanno dato luogo sia ad un incremento delle sanzioni punitive amministrative, sia alla nascita della nuova figura dell'illecito punitivo civile.

²²⁷ Sul punto, F. PALAZZO., *Legalità fra law in the books e law in action*, cit., p. 65, eleva la riforma del delitto di false comunicazioni sociali (l. 27 maggio 2015, n. 69), e, segnatamente, la parte relativa al mantenimento o meno della punibilità del cd. falso valutativo, ad emblema della descritta abdicazione del legislatore alle sue prerogative normative. Secondo l'A., infatti, posto che già i lavori preparatori preannunciavano esplicitamente l'intenzione di demandare alla Cassazione il futuro compito di «valutare se gli elementi valutativi e le stime possano o meno rientrare all'interno di un concetto che implica fatti materialmente rilevanti», la novella costituiva un «esempio plateale di una incondizionata rinuncia all'esercizio dell'*ars legiferandi*».

²²⁸ In argomento, si v. G. AMARELLI, *La particolare tenuità del fatto nel sistema della non punibilità*, in *disCrimen*, 14 dicembre 2018, pp. 1 ss. Sulla applicabilità dell'istituto ancor prima della dichiarazione di apertura del dibattimento, cfr., di recente, V. GIORDANO – R. MUZZICA, *Le nuove frontiere della particolare tenuità del fatto: l'applicazione con sentenza predibattimentale*, in *Sist. pen*, 10, 2020, pp. 99 ss.

²²⁹ Lo sottolinea limpidamente L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 154, chiarendo come si tratti di una «aporia intrinseca alla struttura dei sistemi penali positivi (...): il dovere giuridico di decidere sia pure illegittimamente o con legittimità ridotta quale fondamento effettuale della legittimità relativa (alla legge, anche se non ai principi costituzionali) del potere giudiziario di disposizione».

3.1. Il concorso eventuale nei reati associativi come icona del creazionismo giudiziario

Ci sembra che nessun istituto incarni il descritto fenomeno meglio del cd. concorso eventuale o “esterno” nei reati associativi, la cui tormentata vicenda può essere elevata ad emblema stesso del creazionismo giudiziario.

Trattasi, come noto, di una figura assente nel codice penale, ma elaborata dalla giurisprudenza con l'intento di colpire tutte quelle condotte di sostegno doloso ad associazioni mafiose, poste in essere da individui non annoverabili neppure nel più infimo rango gerarchico della stabile struttura organizzativa del sodalizio, quale quello di semplice “partecipe”, ed altresì carenti dell'elemento psicologico che contraddistingue la fattispecie associativa, quel dolo specifico comunemente noto come *affectio societatis*²³⁰.

Per descrivere il fenomeno si parla anche di “contiguità mafiosa”, proprio per rendere l'idea di come l'istituto in parola si muova giustappunto in quella intercapedine che insiste tra le condotte *stricto sensu* associative e quei comportamenti che, al contrario, non assurgono a rilevanza penale²³¹.

²³⁰ L'elemento psicologico in questione si sostanzia nella volontà di far parte del sodalizio, unitamente alla consapevolezza, desumibile anche da fatti concludenti, delle caratteristiche dell'organizzazione stessa, degli scopi perseguiti e dei mezzi impiegati per realizzarli, primo fra tutti l'utilizzo del metodo mafioso. Si tratta, quindi, di un elemento soggettivo che ha ad oggetto la prestazione di un contributo utile alla vita del sodalizio ed alla realizzazione dei suoi scopi. In giurisprudenza, cfr., *ex plurimis*, Cass., 1° febbraio 1991, n. 1332 e Cass., I sez. pen., 25 novembre 2003, n. 4043, entrambe in *www.dejure.it*. In dottrina, su tutti, si v. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, I, V ed., Bologna, 2012, pp. 498 ss.

²³¹ La letteratura in argomento è sterminata. A titolo di bibliografia essenziale, si segnalano i seguenti contributi: A. CAVALIERE, *Il concorso eventuale nel reato associativo. Le ipotesi delle associazioni per delinquere e di tipo mafioso*, Napoli, 2003; V. MAIELLO, *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale. Raccolta di scritti*, Torino, 2015; G. FIANDACA – C. VISCONTI, *Il concorso esterno come persistente istituto “polemogeno”*, in *Arch. pen.*, 2, 2012, pp. 487 ss.; G. FIANDACA, *La tormentosa vicenda giurisprudenziale del concorso esterno*, in *Legisl. pen.*, 2003, pp. 691 ss.; ID., *Il concorso esterno tra guerre di religione e laicità giuridica. Considerazioni sollecitate dalla requisitoria del p.g. Francesco Iacoviello nel processo Dell'Ultri*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1, 2012, pp. 251 ss.; C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Torino, 2003; G.A. DE FRANCESCO, *I poliedrici risvolti di un istituto senza pace*, in *Legisl. pen.*, 2003, pp. 704 ss.; ID., *Il concorso esterno nell'associazione mafiosa torna alla ribalta del*

Difatti, la partecipazione integra un reato di mera condotta, che si sostanzia nel solo «fatto» di far parte del sodalizio, sottostando alle sue regole organizzative e condividendone le finalità, fino ad acquisire uno *status* al suo interno, sulla base del quale ricevere e impartire ordini. Per contro, la figura del concorrente eventuale non compenetra nel tessuto organizzativo²³², sicché viene a configurarsi un reato di evento (o causale puro), in cui, in sede di verifica circa la sussistenza del nesso di causalità, il contributo concorsuale del concorrente andrà rapportato non al fatto tipico altrui (come nella disciplina generale di cui agli artt. 110 ss. c.p.), bensì ad un elemento eterogeneo, un “mega-evento”, consistente in un vantaggio per l’intera associazione criminosa (ovvero per un suo rilevante settore di attività e/o di influenza) in termini di rafforzamento o di mantenimento in vita del clan.

Questo distinguo rappresenta una conquista recente, frutto di un *iter* giurisprudenziale durato più di trent’anni e, poiché non ancora supportato e delimitato da un dato normativo *ad hoc* cui poter fare riferimento, in grado tutt’oggi di evolvere ulteriormente.

Non è un caso che la dottrina abbia aspramente criticato tale proliferazione di orientamenti e modelli interpretativi, sia alla luce della palese incompatibilità col principio di legalità, sia a causa della tendenza giurisprudenziale a “modellare”

sindacato di legittimità, in *Cass. pen.*, 7-8, 2012, pp. 2552 ss.; G. DE VERO, *Il concorso esterno in associazione mafiosa tra incessante travaglio giurisprudenziale e perdurante afasia legislativa*, in *Dir. pen. proc.*, 11, 2003, pp. 1325 ss.; A. MANNA, *L’ammissibilità di un c.d. concorso esterno nei reati associativi tra esigenze di politica criminale e principio di legalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, pp. 1187 ss.; P. SCEVI, *Il concorso eventuale nei reati associativi: questioni aperte e prospettive di riforma*, in *Arch. pen.*, 2, 2017, pp. 1 ss.; G. INSOLERA, *Ancora sul problema del concorso esterno nei delitti associativi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 2008, pp. 632 ss.; T. PADOVANI, *Note sul c.d. concorso esterno*, in *Arch. pen.*, 2, 2012, pp. 1 ss.

²³² O «perché non volitivamente interessato, ovvero perché non ritenuto “affidabile” dall’associazione (o ancora perché quest’ultima considera di poter lucrare da lui utilità maggiori non affiliandolo: rispettandone, cioè, l’autonomia esistenziale e quindi consentendogli di conquistare il più largo credito possibile nei diversi settori delle istituzioni, dell’economia e della società civile)». In questi termini, V. MAIELLO, *op. ult. cit.*, pp. 22 ss.

i contorni dell'istituto sulla base degli elementi probatori disponibili nei singoli processi, onde addivenire alla pronunzia di sentenze di condanna²³³.

Appare chiaro da subito che, in assenza di un intervento legislativo, laddove la giurisprudenza non avesse definitivamente in maniera sufficientemente chiara i paradigmi della partecipazione rilevante ai fini dell'art. 416-bis c.p., tutta quell'area di comportamenti ora riconducibili nell'alveo della contiguità mafiosa non sarebbe mai assunta ad autonoma rilevanza penale.

3.2. Le più importanti tappe "normative" nella giurisprudenza della Cassazione: la sentenza *Demitry*

Solamente ripercorrendo brevemente le singole tappe che hanno contribuito alla "positivizzazione giurisprudenziale" dell'istituto, si può comprendere la portata del fenomeno oggetto di questo studio.

Superando quell'orientamento tradizionale che, fino agli anni Novanta, negava l'ammissibilità di un concorso eventuale di tipo materiale nel reato associativo²³⁴, le Sezioni Unite, attraverso la celebre sentenza del 5 ottobre 1994,

²³³ G. FIANDACA – C. VISCONTI, *Il concorso esterno come persistente istituto "polemogeno"*, cit., p. 489, riscontrano nella giurisprudenza una vera e propria «ambiguità o ambivalenza di rapporti tra "fatto" e "prova"», che sovente non consente di comprendere se l'imputazione di concorso esterno derivi dalle condotte materialmente poste in essere, ovvero se queste costituiscano dei meri riscontri probatori di una contiguità mafiosa che i giudici ritengono già pienamente esistente.

²³⁴ *Ex multis*, Cass. pen., sez. I, 19 gennaio 1987, n. 107; Cass. pen., 21 marzo 1989, n. 418. Successivamente, cfr. soprattutto Cass. pen., sez. I, 18 maggio 1994, n. 2342 e 2348, in *Foro it.*, 1994; Cass., 5 giugno 1994, n. 2699, tutte in *www.dejure.it*. L'argomento più utilizzato dall'orientamento negazionista poggiava sul rilievo per cui chi contribuisce alla vita dell'associazione con un'azione tangibile e vantaggiosa per il sodalizio, ha posto in essere tutti i requisiti per annoverarsi tra i concorrenti necessari e, pertanto, non potrebbe più dirsi esterno ad essa. A sostegno di tale ordine di idee, si adduceva inoltre una ritenuta esaustività della normativa diretta alla regolamentazione repressiva dei fenomeni di contiguità mafiosa, avendo il legislatore già preso in considerazione alcune condotte agevolatrici del sodalizio criminoso, poste in essere da soggetti collaterali allo stesso: da un lato, tramite l'introduzione dell'aggravante del delitto di favoreggiamento personale di cui all'art. 378, co. 2° c.p. (inserito dall'art. 2, l. 13 settembre 1982, n. 646); dall'altro, mediante la previsione

n. 16, resa sul caso *Demistry*²³⁵, giungono definitivamente a ritenere configurabile il suesposto ibrido giuridico, impegnandosi a scolpirne, in chiave dichiaratamente “normativa”, presupposti e limiti di applicabilità.

Con tale pronunzia, difatti, la Suprema Corte analizza e sconfessa gli argomenti della tesi negazionista, definendo le differenze “tipiche” oggettive e soggettive tra il partecipe ed il concorrente eventuale: il *partecipe* è un soggetto fisiologicamente membro del sodalizio, ossia un individuo «senza il cui apporto quotidiano o, comunque, assiduo, l’associazione non raggiunge i suoi scopi o non li raggiunge con la dovuta speditezza, il che apre la strada ad una vasta gamma di possibili partecipi, che vanno da coloro che si sono assunto o ai quali sono stati affidati compiti di maggiore responsabilità – i promotori, gli organizzatori, i dirigenti – a quelli con responsabilità minori o minime, ma il cui compito è o è pure necessario per le fortune dell’associazione»; al contrario, il *concorrente eventuale* è per definizione «colui che non vuole far parte dell’associazione e che l’associazione non chiama a far parte, ma al quale si rivolge sia, ad esempio, per colmare temporanei vuoti in un determinato ruolo, sia, soprattutto, nel momento in cui la fisiologia dell’associazione entra in *stato di fibrillazione* [corsivo nostro, *n.d.r.*], attraversa una fase patologica, che, per essere superata, esige il contributo temporaneo, limitato, di un esterno». Ne deriva che «lo spazio proprio del concorso eventuale materiale appare essere quello dell’emergenza nella vita dell’associazione o, quanto meno, non lo spazio della normalità, occupabile da uno degli associati. L’anormalità, la patologia, poi, può esigere anche un solo contributo, anche episodico, estrinsecantesi, appunto, in un unico intervento», in quanto «ciò che rileva è che quell’unico contributo serva

dell’aggravante cd. “del metodo mafioso” di cui all’art. 7, d.l. 13 maggio 1991, n. 152, convertito con la legge 12 luglio 1991, n. 203 (oggi art. 416-bis.1 c.p.).

²³⁵ Cass., SS.UU., sentenza 5 ottobre 1994, n. 16, *Demistry*, in *www.giurisprudenzapenale.com*. La prima decisione giurisprudenziale che si espresse in senso favorevole all’ammissibilità del concorso esterno nell’associazione di tipo mafioso è stata la sentenza *Altivalle*, Cass. pen., sez. I, 13 giugno 1987, n. 3492, in *Cass. pen.*, 1988, 1812 ss. (si tratta del famoso processo al presentatore televisivo Enzo Tortora), seguita dalla sentenza *Altomonte* (Cass., 23 novembre 1992, n. 4805).

per consentire all'associazione di mantenersi in vita, anche solo in un determinato settore, onde poter perseguire i propri scopi».

Anzitutto, è evidente l'originalità del riferimento ad una fase "patologica" ed emergenziale della vita dell'organizzazione, in antitesi uno stato di quiete proprio della quotidianità associativa. Come pure, appare palese il carattere "frammentario" dell'intervento normativo della Cassazione, irragionevolmente trasfuso nella scelta criminologica di circoscrivere la penale rilevanza del comportamento dell'*extraneus* solo a ipotesi di eccezionalità del suo ausilio²³⁶, sottraendo alla repressione penale il genere di manifestazioni collusive più diffuso, costituito: da un lato, da scambi reciprocamente vantaggiosi tra esponenti della società civile e delle istituzioni; dall'altro, da consorterie mafiose tutt'altro che "a corto di ossigeno", bensì talmente vitali da consentire l'erogazione di adeguate contropartite ai favori ricevuti²³⁷.

Da ultimo, si è confutato l'assunto della perfetta sovrapponibilità delle condotte e degli atteggiamenti psicologici rispettivamente del partecipe e del concorrente eventuale, rimarcandone, per contro, la ontologica diversità, sostanziandosi appunto nella mancanza della *affectio societatis* in capo al concorrente eventuale²³⁸.

²³⁶ G. FIANDACA, *La criminalità organizzata e le sue infiltrazioni nella politica, nell'economia e nella giustizia in Italia*, in (a cura di) V. MILITELLO - L. PAOLI - J. ARNOLD, *Il crimine organizzato come fenomeno transnazionale. Forme di manifestazione, prevenzione e repressione in Italia, Germania e Spagna*, Milano, 2000, pp. 258-259, rileva come «qualificare un certo contributo ad un'organizzazione mafiosa come utile in una prospettiva di "emergenza" o di normalità, dipende [...] non dalla disponibilità di criteri predeterminati e sicuri di giudizio, ma dal particolare punto di vista che si intende adottare, cioè in ultima analisi dal punto di vista soggettivo dell'osservatore», traducendo la formula del contributo causale in un giudizio che «rimane inevitabilmente aperto a una eccessiva discrezionalità da caso a caso».

²³⁷ A. MACCHIA, "Concorso esterno". *Storia di una creazione giurisprudenziale*, in *Dir. e giust.*, 22, 2003, p. 39. Cfr. anche M. PAPA, *Un "baco del sistema"? Il concorso esterno nell'associazione mafiosa tra prospettive di quarantena e terapie palliative*, in *Legisl. pen.*, 2003, p. 703, che evidenzia la carenza di determinatezza del concetto di «stato di fibrillazione».

²³⁸ G. INSOLERA, *Il concorso esterno nei delitti associativi: la ragione di stato e gli inganni della dogmatica*, in *Foro it.*, 2, 1995, p. 426.

3.2.1. La sentenza *Carnevale*

Al fine di dirimere tali contrasti interpretativi, nel 2002 le Sezioni Unite sono nuovamente tornate sull'argomento con la sentenza *Carnevale*²³⁹, la quale ha sposato e "difeso" la sentenza *Demistry*, cercando di precisarne i contenuti.

In tale occasione, la Cassazione avalla pienamente una concezione "mista" di partecipazione associativa, per cui è "partecipe" quel soggetto che, oltre ad essere inserito stabilmente ed effettivamente nell'organizzazione criminale, effettua anche atti di militanza associativa, esplicativi del ruolo funzionale e della qualifica gerarchica assunti all'interno di essa. Riguardo alla caratterizzazione archetipica del concorso eventuale, invece, viene del tutto eliminato il riferimento allo stato di fibrillazione, precisando come la fattispecie concorsuale sussista anche prescindendo dal verificarsi di una situazione di anormalità della vita dell'associazione.

La caratterizzazione causale del contributo costituisce il vero *punctum dolens* della sentenza, in quanto la sua struttura particolarmente contorta - in certi passaggi, addirittura ambigua - ha provocato una diffusa e condivisibile incertezza relativamente al modello da essa sposato²⁴⁰.

Più nel dettaglio, nei vari passaggi della sentenza, la Corte sembra optare per un modello di causalità strutturato secondo il paradigma dei reati di evento (il cui accertamento va effettuato con un giudizio *ex post*), ma allo stesso tempo fa riferimento alla "idoneità della condotta", con la conseguenza che andrebbe utilizzato il criterio della prognosi postuma, caratterizzato da una formulazione in concreto ed *ex ante*.

Tuttavia, nonostante i numerosi indizi a favore di un meccanismo prognostico di valutazione del contributo causale, alla fine le Sezioni Unite affermano esplicitamente l'adesione al paradigma concorsuale fondato sul parametro

²³⁹ Cass., SS.UU., 30 ottobre 2002, *Carnevale*, n. 22327, in *www.dejure.it*.

²⁴⁰ G. FIANDACA, *La tormentosa vicenda giurisprudenziale del concorso esterno*, cit., p. 695.

causale proprio dei reati di evento, concludendo come la reale incidenza di una singola (ovvero reiterata) condotta debba effettivamente gravare in termini causali sulle sorti dell'associazione²⁴¹.

3.2.2. La sentenza *Mannino*

Tre anni dopo, con la sentenza *Mannino* del 2005²⁴², le Sezioni Unite hanno tentato di risolvere simili incongruenze interpretative, ritornando ad un costrutto molto simile a quello proposto dalla sentenza *Demitry*.

Il punto nodale della nuova ricostruzione riguarda il contributo dell'*extraneus*, che deve dispiegare un'incidenza causale reale a favore del sodalizio criminale, da accertarsi *ex post* sulla base dei canoni espressi dalla nota sentenza *Franzese*²⁴³, non essendo sufficiente la mera idoneità dell'apporto a raggiungere tale obiettivo, ovvero l'astratta e potenziale proficuità per la consorceria criminale. Non viene ritenuto sufficiente, difatti, che «il contributo atipico – con prognosi di mera pericolosità *ex ante* – sia considerato idoneo ad aumentare la probabilità o il rischio di realizzazione del fatto di reato, qualora poi, con giudizio *ex post*, si riveli per contro influente o addirittura controproducente per la verifica dell'evento lesivo»²⁴⁴.

Quanto al dolo dell'*extraneus*, questo deve abbracciare soprattutto il contributo causale recato dal proprio comportamento alla realizzazione del fatto concreto, sostanziandosi nella consapevolezza e volontà di agire, in sinergia con le

²⁴¹ V. MAIELLO, *Il concorso esterno*, cit., pp. 78 ss., sottolinea la «natura zigzagante» del percorso argomentativo della Cassazione anche sulla differenziazione tra il contributo episodico e l'attività continuativa: il primo potrà essere considerato rilevante a titolo di concorso esterno solo nell'ipotesi di effettivo raggiungimento dello scopo prefissato, così ricalcando il paradigma dei reati di evento; la seconda, al contrario, prescindere dall'esito positivo dell'opera del concorrente, in quanto l'idoneità del contributo dell'*extraneus* andrà valutata prognosticamente in rapporto alla reiterata e costante attività da questi perpetrata.

²⁴² Cass., SS.UU., 12 luglio 2005, n. 33748, *Mannino*, in *www.dejure.it*.

²⁴³ Cass., SS.UU., 11 settembre 2002, n. 30328, *Franzese*, in *www.dejure.it*.

²⁴⁴ Cass., SS.UU., *Mannino*, cit.

condotte dei sodali, nella produzione dell'evento lesivo del "medesimo reato". In altri termini, si richiede che l'elemento venga qualificato: in negativo, dall'assenza dell' *affectio societatis*; in positivo, dalla consapevolezza «dei metodi e dei fini della stessa (a prescindere dalla condivisione, avversione, disinteresse o indifferenza per siffatti metodi e fini, che lo muovono nell'interno)». Il concorrente esterno, cioè, deve rendersi «compiutamente conto dell'efficacia causale della sua attività di sostegno, vantaggiosa per la conservazione o il rafforzamento dell'associazione: egli "sa" e "vuole" che il suo contributo sia diretto alla realizzazione, anche parziale, del programma criminoso del sodalizio». Ne deriva l'impossibilità di ritenere sufficiente il dolo eventuale del concorrente, inteso come mera accettazione da parte di questi del rischio di verificazione dell'evento, ritenuto solo probabile o possibile insieme agli altri risultati intenzionalmente perseguiti.

Si può ritenere che la sentenza *Mannino* rappresenti l'approdo "nomopoietico" definitivo sui concetti di concorso esterno e di partecipazione associativa, ricalcando il quale si orienterà quasi tutta la giurisprudenza successiva. Difatti, già con la prima celebre sentenza successiva, la *Dell'Utri*²⁴⁵, la Cassazione si limiterà a statuire come il coefficiente psicologico debba investire il fatto tipico oggetto della norma, il contributo causale al rafforzamento dell'associazione e quello alla realizzazione, anche soltanto parziale, del programma criminoso.

²⁴⁵ Cass., V sez. pen., 9 marzo 2012, n. 15727, in *www.dejure.it*. I paradigmi causali della sentenza *Mannino* sono stati recentemente ripresi dalle Sezioni Unite nella citata sentenza 13 giugno 2014, n. 25191, in *www.dejure.it*, che, in merito ai rapporti tra riciclaggio e associazione mafiosa, ha ribadito che «quando il delitto presupposto del riciclaggio o dell'illecito reimpiego sia la stessa associazione mafiosa (cioè, dunque, quando i proventi riciclati o reinvestiti siano il frutto immediato dell'associazione), si dovrà affermare (...) che assume la qualifica di concorrente esterno nell'associazione il soggetto che - pur non inserito stabilmente nell'organizzazione e privo dell' *affectio societatis* - fornisca mediante l'attività di riciclaggio o illecito reimpiego un concreto, specifico, consapevole e volontario contributo che sia dotato, sulla base di una valutazione *ex post*, di effettiva efficienza causale in relazione alla concreta realizzazione del fatto collettivo e si configuri, quindi, come condizione necessaria per la conservazione o il rafforzamento delle capacità operative dell'associazione o, quantomeno, di un suo particolare settore e ramo di attività o articolazione territoriale, se si tratta di un sodalizio particolarmente articolato».

Si ribadisce, inoltre, che l'unico dolo ammissibile è quello diretto, quale «coscienza e volontà, che l'agente deve avere, di dare il proprio contributo al conseguimento degli scopi dell'associazione, tramite il rapporto col soggetto qualificato» con riferimento ad una proiezione finalistica dell'agire del concorrente esterno, che ha tutte le caratteristiche tipiche del dolo specifico e rende evanescente il discrimine rispetto al profilo psicologico dell'*intraneus*²⁴⁶.

3.3. La sentenza *Contrada c. Italia* della Corte EDU

La natura esclusivamente giurisprudenziale dell'istituto in parola, da sempre negata dalla giurisprudenza nazionale, è stata, invece, inequivocabilmente riscontrata nella sentenza *Contrada c. Italia* della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo²⁴⁷.

²⁴⁶ Cfr. però la seconda sentenza *Dell'Utri* (Cass., I sez. pen., 9 maggio 2014 (dep. 1° luglio 2014), n. 28225, in *www.dejure.it*, in cui la Corte pare discostarsi leggermente dall'orientamento precedente, poiché richiede all'*extraneus* non la volontà di perseguire metodi e fini dell'organizzazione oppure di dividerli, bensì la mera consapevolezza in ordine agli stessi (a prescindere dalla condivisione di essi, che egli anzi può intimamente avversare) ed all'efficacia causale del suo contributo. In motivazione, si legge che «la particolare struttura della fattispecie concorsuale comporta (...), quale essenziale requisito, che il dolo del concorrente esterno investa, nei momenti della rappresentazione e della volizione, sia tutti gli elementi essenziali della figura criminosa tipica sia il contributo causale recato dal proprio comportamento alla realizzazione del fatto concreto, con la consapevolezza e la volontà di interagire, sinergicamente, con le condotte altrui nella produzione dell'evento lesivo del "medesimo reato». Pertanto «il concorrente esterno, pur sprovvisto dell'*affectio societatis* e, cioè, della volontà di far parte dell'associazione, deve essere consapevole dei metodi e dei fini della stessa (a prescindere dalla condivisione, avversione, disinteresse o indifferenza per siffatti metodi e fini, che lo muovono nel foro interno) e si renda compiutamente conto dell'efficacia causale della sua attività di sostegno, vantaggiosa per la conservazione o il rafforzamento dell'associazione». La Cassazione, in tale pronuncia, pone l'accento sul momento rappresentativo del dolo dell'*extraneus*, richiedendo in capo a questi tanto la contezza dell'efficacia causale del suo contributo quanto la consapevolezza degli scopi e dei metodi propri del sodalizio criminale, senza però pretendere l'espressa condivisione di tali scopi e metodi. A differenza del partecipe, quindi, il concorrente esterno può, nel proprio foro interno, anche provare avversione od indifferenza rispetto al programma della consorceria criminosa.

²⁴⁷ Corte EDU, ric. 66655/2013, sentenza 14 aprile 2015, in *www.giurisprudenzapenale.com*. In argomento, fra i tantissimi contributi della dottrina, cfr. F. PALAZZO, *La sentenza Contrada e i*

In tale pronuncia, la Corte EDU, accogliendo il ricorso presentato dai legali di Bruno Contrada, condannato alla pena di dieci anni di reclusione per concorso esterno in associazione mafiosa, ha riscontrato una violazione dell'art. 7 CEDU, dichiarando la sentenza di condanna «ineseguibile ed improduttiva di effetti». Nel dettaglio, i giudici di Strasburgo hanno ritenuto che, essendo il concorso eventuale frutto di un'evoluzione giurisprudenziale, iniziata negli anni Ottanta e consolidatasi solo nei Novanta, l'imputato, all'epoca dei fatti per i quali era stato condannato (commessi tra il 1979 e il 1988) non era nella condizione di conoscere e prevedere gli elementi costitutivi dell'illecito in esame.

In altri termini, poiché tutte le succitate pronunce erano successive ai fatti di causa, la sentenza risultava viziata dal punto di vista della *conoscibilità* temporale del delitto per cui vi era stata condanna, cagionando una palese lesione del *nulla poena sine lege*, e, in particolare, delle sue estrinsecazioni di *irretroattività* e di *prevedibilità* della legge penale.

Dal caso Contrada, emerge la conferma del principio di diritto secondo il quale l'applicazione della legge penale postula indefettibilmente la previa definizione del precetto in termini chiari, precisi ed univoci, pena la violazione del principio di determinatezza. Parimenti, con la sentenza in esame, la Corte EDU riafferma l'esigenza di applicare la sanzione penale esclusivamente ai quei comportamenti umani che si siano manifestati in un momento successivo all'introduzione di una fattispecie criminosa, sia essa avvenuta a livello legislativo, ovvero definita all'esito di un più o meno articolato *iter* giurisprudenziale.

Ciononostante, la giurisprudenza italiana successiva è rimasta salda nella propria convinzione che il concorso esterno non costituisca un istituto di

cortocircuiti della legalità, in *Dir. pen. proc.*, 9, 2015, pp. 1061 ss.; V. MAIELLO, *Consulta e Corte Edu riconoscono la matrice giurisprudenziale del concorso esterno*, in *Dir. pen. proc.*, 8, 2015, pp. 1022 ss.; M. DONINI, *Il caso Contrada e la Corte EDU. La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giudiziaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1, 2016, pp. 346 ss.; F. VIGANÒ, *Il caso Contrada e i tormenti dei giudici italiani: sulle prime ricadute interne di una scomoda sentenza della Corte EDU*, in www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 26 aprile 2016; G.A. DE FRANCESCO, *Brevi spunti sul caso Contrada*, in *Cass. pen.*, 1, 2016, pp. 12 ss.

creazione giurisprudenziale, bensì il “semplice” frutto della generale funzione incriminatrice dell’art. 110 c.p., la cui configurabilità troverebbe una conferma testuale nella disposizione di cui all’art. 418, comma 1, c.p., che contiene la disciplina dell’autonoma figura delittuosa di assistenza agli associati²⁴⁸.

Nel ribadire tale conclusione, in effetti, la Cassazione ha ritenuto infondata anche la possibile violazione del principio di determinatezza e di ragionevolezza della pena, in quanto, per il concorrente esterno, sotto il primo profilo, la pena è quella prevista dall’art. 416-*bis* c.p., e, sotto il secondo profilo, il giudice, applicando norme generali (sia in tema di circostanze attenuanti, sia gli artt. 132-133 c.p.), può comminare una pena adeguata al concreto disvalore della condotta tenuta dall’agente²⁴⁹.

3.3.1. Il destino (infelice) dei cd. “fratelli minori” di Contrada

All’indomani della sentenza Contrada, si è posto il problema del trattamento da riservare ai cd. “fratelli minori” di Contrada, ovvero a tutti quegli imputati condannati per concorso esterno in associazione mafiosa, relativamente a fatti

²⁴⁸ Cass. pen., II sez. pen., 30 aprile 2015, n. 34147, in *www.dejure.it*. Più di recente, v. anche Cass., I sez. pen., 27 settembre 2017 (dep. 23 ottobre 2017), n. 48570, in *www.dejure.it*, con riguardo all’istanza di liberazione anticipata speciale presentata nell’interesse di Marcello Dell’Utri. In tale circostanza, la S.C. ha ribadito l’orientamento secondo il quale «la fattispecie di concorso esterno in associazione di tipo mafioso non costituisce un istituto di creazione giurisprudenziale, bensì è conseguenza della generale funzione incriminatrice dell’art. 110 cod. pen., che trova applicazione al predetto reato associativo qualora un soggetto, pur non stabilmente inserito nella struttura organizzativa del sodalizio (ed essendo quindi privo dell’*affectio societatis*) fornisce alla stessa un contributo volontario, consapevole, concreto e specifico che si configuri come condizione necessaria per la conservazione o il rafforzamento delle capacità operative dell’associazione». Di conseguenza, la Corte ha escluso che il concorso esterno possa rientrare tra i reati per i quali l’ordinamento penitenziario consenta benefici, dichiarando altresì la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell’art. 4, d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, nella parte in cui esclude i condannati per i reati di cui all’art. 4-*bis* O.P. dalla disciplina più favorevole in tema di entità della detrazione di pena per semestre ai fini della liberazione anticipata, stabilita, in via generale, per gli altri condannati.

²⁴⁹ Cass., II sez. pen., 13 aprile 2016, n. 18132, in *www.dejure.it*.

posti in essere prima del “consolidamento giurisprudenziale” dell’istituto, avvenuto con la sentenza *Demetry* del 1994. Ci si è chiesti, cioè, se la soluzione adottata dai Giudici di Strasburgo nella vicenda in esame fosse o meno estendibile anche a tutti quei “casi paralleli” di soggetti che, pur trovandosi in una situazione analoga, non fossero però stati parte processuale del giudizio dinanzi alla Corte EDU.

Sul punto, numerosi sono stati gli imputati che hanno tentato di utilizzare il *decisum* della sentenza Contrada per ottenere, in sede di incidente di esecuzione, la revoca della propria sentenza di condanna; tuttavia, ognuno di tali tentativi è andato incontro ad un muro invalicabile di provvedimenti di rigetto²⁵⁰.

Da ultimo, sono state interpellate le Sezioni Unite della Cassazione²⁵¹, che, con la sentenza *Genco*, hanno definitivamente escluso tale possibilità²⁵².

Con tale pronuncia, si chiarisce, anzitutto, come la mancata partecipazione al giudizio svoltosi a Strasburgo precluda a qualsiasi “altro” imputato la possibilità di invocare gli obblighi di conformazione previsti dall’art. 46 CEDU, sulla scorta delle seguenti, perentorie, argomentazioni: la sentenza Contrada non costituisce una “sentenza pilota”, in quanto non è stata pronunciata all’esito della procedura di cui all’art. 61 del regolamento della Corte EDU; alla stessa non è possibile attribuire neppure lo *status* di cui al comma 9 del medesimo art. 61,

²⁵⁰ *Ex multis*, cfr. S. BERNARDI, I “fratelli minori” di Bruno Contrada davanti alla Corte di Cassazione, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2, 2017, pp. 257 ss.; ID., Ancora sui “fratelli minori” di Bruno Contrada: un nuovo diniego in Cassazione, in www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 11 dicembre 2017.

²⁵¹ La questione è stata sollevata dalla sesta sezione della Cassazione, in seguito ad una istanza di revisione “europea” della propria condanna ex art. 630 c.p. Numerosi sono stati i soggetti che hanno tentato tale via, ma sempre senza successo (tra i tanti, lo stesso Marcello Dell’Utri, sul quale si è pronunciata negativamente, da ultimo, Cass., V sez. pen., 19 giugno 2019, n. 27308). Sul “giudicato europeo”, come novellato in seguito alla sentenza della Corte costituzionale 4 aprile 2011, n. 113, in *Giur. cost.*, si rinvia alla tavola rotonda con contributi di G. CANZIO – R.E. KOSTORIS – A. RUGGIERI, *Gli effetti dei giudicati “europei” sul giudicato italiano dopo la sentenza n. 113/2011 della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2, 2011, 28 giugno 2011, pp. 1 ss.

²⁵² Cass. pen., SS.UU., sentenza 3 marzo 2020 (ud. 24 ottobre 2019), n. 8544, *Genco*, con nota di S. BERNARDI, *Le Sezioni Unite chiudono la saga dei “fratelli minori” di Bruno Contrada: la sentenza Contrada c. Italia non può produrre effetti erga omnes*, in *Sist. pen.*, 11 marzo 2020.

non trattandosi di una sentenza che «segnali l'esistenza di un problema strutturale o sistemico all'interno di una Parte contraente» (nel caso di specie l'ordinamento italiano); la pronuncia *de qua*, infine, non può definirsi espressiva di un "orientamento giurisprudenziale definitivo", ovvero di un "diritto consolidato", nel senso vincolante chiarito dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 49/2015²⁵³.

La Cassazione, in sintesi, pur senza negare la natura vincolante di ogni singola pronuncia dei Giudici di Strasburgo, nega però che la sentenza *Contrada c. Italia* possa spandere i propri effetti al di fuori delle parti processuali del medesimo giudizio.

Il profilo maggiormente interessante della sentenza *Genco* riguarda, senza dubbio,

l'idiosincrasia della Cassazione rispetto all'«inedito rigore» della ricostruzione operata dai Giudici di Strasburgo del concetto di prevedibilità della fattispecie penale: a fronte della non uniformità di orientamenti convenzionali sui canoni di accessibilità e prevedibilità di cui all'art. 7 CEDU – che hanno visto avvicinarsi

²⁵³ Cfr. Corte cost., sentenza n. 49/2015, cit., ove, come già riferito, si specifica che il giudice interno è «tenuto a porre a fondamento del proprio processo interpretativo» soltanto un «"diritto consolidato", generato dalla giurisprudenza europea», mentre «nessun obbligo esiste in tal senso, a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento ormai divenuto definitivo». Ciò comporta che soltanto «nel caso in cui si trovi in presenza di un "diritto consolidato" o di una "sentenza pilota", il giudice italiano sarà vincolato a recepire la norma individuata a Strasburgo, adeguando ad essa il suo criterio di giudizio per superare eventuali contrasti rispetto ad una legge interna, anzitutto per mezzo di «ogni strumento ermeneutico a sua disposizione», ovvero, se ciò non fosse possibile, ricorrendo all'incidente di legittimità costituzionale (sentenza n. 80 del 2011). Quest'ultimo assumerà di conseguenza, e in linea di massima, quale norma interposta il risultato oramai stabilizzatosi della giurisprudenza europea, dalla quale questa Corte ha infatti ripetutamente affermato di non poter «prescindere» (*ex plurimis*, sentenza n. 303 del 2011), salva l'eventualità eccezionale di una verifica negativa circa la conformità di essa, e dunque della legge di adattamento, alla Costituzione (*ex plurimis*, sentenza n. 264 del 2012), di stretta competenza di questa Corte. Mentre, nel caso in cui sia il giudice comune ad interrogarsi sulla compatibilità della norma convenzionale con la Costituzione, va da sé che questo solo dubbio, in assenza di un "diritto consolidato", è sufficiente per escludere quella stessa norma dai potenziali contenuti assegnabili in via ermeneutica alla disposizione della CEDU, così prevenendo, con interpretazione costituzionalmente orientata, la proposizione della questione di legittimità costituzionale» (par. 7).

concezioni soggettivistiche²⁵⁴, oggettivistiche²⁵⁵ ed evoluzionistiche²⁵⁶ – la Corte EDU avrebbe adottato nell'*affaire* Contrada una combinazione del criterio soggettivo e (in larga parte) di quello oggettivo, ancorato alla acclarata esistenza di un contrasto giurisprudenziale compostosi solo nel 1994²⁵⁷.

Le Sezioni Unite, quindi, concludono affermando il «carattere peculiare della decisione in esame, condivisibilmente definito atipico o anomalo da parte della dottrina e meritevole di più attenta elaborazione, anche perché basato su presupposti di fatto non correttamente percepiti: essa si inserisce in un contesto in cui, per la vocazione naturalmente casistica delle decisioni, risulta mutevole e di volta in volta diverso il criterio adottato per riconoscere la prevedibilità dell'esito giudiziario»; ne discende che «la statuizione adottata nei confronti del ricorrente Contrada dalla Corte EDU non è vincolante per il giudice nazionale al di fuori dello specifico caso risolto e non consente di affermare in termini generalizzati l'imprevedibilità dell'incriminazione per concorso esterno in associazione mafiosa per tutti gli imputati italiani condannati per avere commesso fatti agevolativi di un siffatto organismo criminale prima della sentenza Demitry e che non abbiano adito la Corte Europea, ottenendo a loro volta una pronuncia favorevole»²⁵⁸.

È di tutta evidenza, quindi, che le Sezioni Unite si pongano in argomentata

²⁵⁴ *Ex multis*, Corte EDU, sentenza 1° settembre 2016, *X e Y c. Francia*, ric. 48158/2011 e Corte EDU, sentenza 6 ottobre 2011, *Soros c. Francia*, ric. 50425/2006, in cui la Corte ha valorizzato la posizione e la qualifica professionale dei ricorrenti ai fini della valutazione della prevedibilità della condanna.

²⁵⁵ Da ultimo, Corte EDU, Grande Camera, sentenza 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada c. Spagna*, ric. 42750/2009, in cui la Corte ha posto l'accento sulla imprevedibilità oggettiva del mutamento giurisprudenziale avvenuto in assenza totale di "segnali premonitori", quali i precedenti conformi.

²⁵⁶ Ci si riferisce a quelle pronunce in cui i Giudici di Strasburgo hanno ricostruito la prevedibilità dell'incriminazione alla luce dell'evoluzione del contesto sociale. In questo senso, cfr. *ex multis* Corte EDU, sentenza 22 novembre 1995, *S.X. c. Regno Unito*, ric. 20166/1992 e Corte EDU, sentenza 24 maggio 1988, *Müller c. Svizzera*, ric. 10737/1984.

²⁵⁷ Cass. pen., SS.UU., *Genco*, cit., in cui le Sezioni Unite rimarcano che, laddove la Corte EDU avesse invece utilizzato il criterio soggettivo o quello basato sulla considerazione sociale, essa sarebbe senz'altro giunta a «ben diverso epilogo».

²⁵⁸ Cass. pen., SS.UU., *Genco*, cit., par. 5.3 delle motivazioni in diritto.

contraddizione con il nucleo sostanziale del *decisum* europeo²⁵⁹, continuando a negare la natura giurisprudenziale del concorso esterno e a ribadire che lo stesso si radichi nella base legale degli artt. 110 e 416-*bis* c.p., rispetto ai quali la giurisprudenza nostrana avrebbe svolto negli anni un'opera meramente interpretativa e, per così dire, stabilizzatrice delle variegate soluzioni esegetiche alternatesi fino all'inizio degli anni Novanta.

Viene, infine, segnalato come simili conclusioni trovino riscontro anche nella circostanza per cui il concetto di prevedibilità delle conseguenze penali della condotta non sia estraneo all'ordinamento nazionale, essendo lo stesso veicolato attraverso il richiamo alla nozione di errore incolpevole sulla legge penale, impareggiabilmente tratteggiato dalla Corte costituzionale con la sentenza 24 marzo 1988 (ud. 23 marzo 1988), n. 364. Da questa prospettiva, quindi, la Corte europea avrebbe «ricondotto al principio di legalità convenzionale quella nozione di prevedibilità che la giurisprudenza costituzionale italiana aveva già riconosciuto, pur se correlata al principio di colpevolezza, in termini altrettanto funzionali per la garanzia del cittadino».

La conclusione, pertanto, è di escludere «che dal giudicato della Corte europea nel caso Contrada sia possibile rintracciare contenuti che consentano di estrarvi, per espressa indicazione, oppure in base al complessivo percorso ermeneutico seguito, la individuazione di una fonte generale di violazione dei diritti individuali, garantiti alla Convenzione»²⁶⁰.

²⁵⁹ In questi termini, F. PERRONE, *La resistenza del giudicato penale, civile e amministrativo in conflitto con le pronunce della Corte EDU: impatto sistematico delle Sezioni Unite Genco*, in *Federalismi.it*, 4, 2012, p. 255.

²⁶⁰ Cass. pen., SS.UU., *Genco*, cit., par. 6.5 delle motivazioni in diritto.

3.4. La (in)certeza del diritto al tempo della (im)prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie. Brevi riflessioni

Prescindendo dall'adesione o meno a tale ultima soluzione, il perdurante contrasto tra la visione nazionale e quella convenzionale della prevedibilità, ci sembra acuire, piuttosto che depotenziare, la situazione di incertezza in cui vertono sia il cittadino, sia l'interprete stesso.

Su un dato non è certamente possibile trattare: sia la Corte EDU, sia le Corti nostrane dichiarano, senza mezze misure, di voler garantire sempre e comunque al singolo individuo la possibilità di prevedere se e a quale tipo di reazione, da parte dell'ordinamento interno, egli andrà incontro laddove decida di porre in essere determinate condotte.

Tuttavia, la vicenda in esame consente di apprezzare la portata concreta delle ricadute della differente ampiezza di un principio che, in punto teorico, dovrebbe garantire, in tutte le sue "versioni", null'altro che il diritto del cittadino a non pagare per condotte realizzate in un momento in cui non ne avrebbe potuto intendere la penale rilevanza.

Invero, in antitesi rispetto a quanto tuttora pervicacemente sostenuto dalla Cassazione, appare incontrovertibile come la sentenza *Contrada*, prendendo atto del fatto che l'incriminazione per concorso eventuale non fosse sufficientemente chiara e prevedibile per l'imputato all'epoca in cui egli commise i fatti a lui addebitati, costituisca *de facto* una «prima vera "messa in mora" del sistema giuridico italiano rispetto all'irresponsabilità dell'interprete in materia penale»²⁶¹.

A tale riguardo, la critica tradizionale alla sentenza *Contrada c. Italia* – che investe principalmente il richiamato riconoscimento di una genesi puramente giurisprudenziale del concorso esterno in associazione per delinquere di stampo

²⁶¹ M. DONINI, *Il caso Contrada e la Corte EDU. La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giudiziaria*, cit., p. 347.

mafioso – non coglie, a ben vedere, nel segno.

Come impeccabilmente sottolineato²⁶², l'art. 7 CEDU sarebbe stato violato in ogni caso, posto che l'incriminazione non poteva affatto ritenersi "chiara" o "prevedibile" per il *quivis de populo* al momento del fatto. A tale situazione si è giunti soltanto in seguito all'intervento decisivo delle Sezioni Unite *Demistry*, a cui – vuoi in chiave solo interpretativa, vuoi in una veste più propriamente tipizzante – va comunque riconosciuto non solo di aver ammesso definitivamente la configurabilità del concorso eventuale nelle fattispecie associative, ma anche di averne impropriamente definito tutti gli elementi "normativi". Da cui, a onore del vero, non è possibile trovare alcuna traccia nella base legale da sempre utilizzata dalla Cassazione per "giustificarne" la compatibilità con il principio di legalità, ossia il combinato disposto degli artt. 110 e 416-bis c.p.

Una spiegazione affatto condivisibile, posto che, a giudizio di chi scrive, la suesposta architettura non appare per nulla assimilabile ad un normale concorso di persone nel reato, costituendo piuttosto l'emblema di un utilizzo subdolo di quella norma oltremodo indeterminata che è l'art. 110 c.p., strumentalizzata per colmare, a fini punitivi, una lacuna della parte speciale del codice²⁶³.

Tralasciando ciò, il riconoscimento di natali legislativi ovvero giurisprudenziali all'istituto non muta il riflesso della incertezza di fondo sui connotati dello stesso, inevitabilmente traslatasi, fino alla sentenza *Demistry*, nel campo della sua

²⁶² V. MANES, *Retroattività, diritto e processo penale (da Scoppola a Contrada)*, in (a cura di) F. BUFFA – M.G. CIVININI, *Gli speciali di Questione Giustizia. La Corte di Strasburgo*, aprile 2019, pp. 297 ss. e, in particolare, pp. 306-307.

²⁶³ In argomento, si concorda con quanto sostenuto da M. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale*, cit., pp. 21-22, secondo il quale l'«assimilazione del concorrente esterno a quello interno ha realizzato davvero un "titolo autonomo" di reato», che è del tutto slegato rispetto «alla previsione dell'art. 416-bis, dove ci sono tanti *altri* titoli autonomi (promotori, capi, organizzatori, partecipi), che infatti non potrebbero adattarsi a esso. E se gli è estranea, è in realtà da esso *esclusa*». In questo senso, quindi, l'art. 110 c.p. assume la «funzione specifica di aggiungere una tipologia di concorrente esclusa dalla parte speciale e di farlo *solo per questo delitto* (o solo per i delitti associativi)», trattandosi di «un'operazione che riguarda solo poche norme di parte speciale, non l'applicazione normale di categorie di parte generale».

oggettiva prevedibilità.

In termini generali, quindi, il diritto alla conoscibilità della materia del divieto deve ritenere una componente indefettibile del *nullum crimen* costituzionale e convenzionale, cui corrisponde il dovere dell'ordinamento di non punire retroattivamente quelle condotte che, per forza di cose, ne siano scoperte²⁶⁴.

Eppure, l'arroccamento della magistratura a difesa del proprio operato sul concorso eventuale ed il conseguente conflitto con la giurisprudenza convenzionale, appaiono sintomatici di una situazione di perdurante incertezza sulle ipotesi di "legalità non legale"²⁶⁵.

Tutte incertezze che avrebbero necessitato, già da decenni, l'intervento risolutivo del legislatore: o introducendo forme di agevolazione dolosa dell'organizzazione mafiosa, mediante l'adozione di schemi flessibili di causalità²⁶⁶; o provvedendo ad una riforma strutturale dei reati associativi, magari strutturata con la previsione di un'unica figura di concorso, qualificata dalla «stabilità dell'organizzazione e del vincolo associativo», ed integrata da aumenti di pena in considerazione della maggior grado di offensività e gravità della condotta²⁶⁷. Una soluzione, quest'ultima, che presenterebbe degli indubbi vantaggi sia in termini di efficacia della risposta punitiva, sia in un'ottica di valorizzazione del principio di offensività.

Ad ogni buon conto, fin quando il legislatore continuerà ad essere

²⁶⁴ Ancora M. DONINI, *Il caso Contrada e la Corte EDU*, cit., p. 362; N. RECCHIA, *La Corte di cassazione alle prese con gli effetti nel nostro ordinamento della decisione Contrada della Corte Edu*, in *Giur. it.*, 5, 2017, pp. 1205 ss.

²⁶⁵ V. MANES, *Retroattività, diritto e processo penale*, cit., p. 307.

²⁶⁶ Propone questa soluzione V. MAIELLO, *Il concorso esterno*, cit., pp. 150 ss., secondo cui sarebbe preferibile una «tipizzazione della cd. *intransigentia concreta* (o in senso stretto), che costituisce l'idoneità quale oggetto del giudizio *ex ante* a base totale, fondato, cioè, su tutte le circostanze esistenti al momento della condotta, anche su quelle non conoscibili dall'osservatore modello».

²⁶⁷ A. CAVALIERE, *I reati associativi tra teoria, prassi e prospettive di riforma*, in (a cura di) G. FIANDACA - C. VISCONTI, *Scenari di mafia. Orizzonte criminologico e innovazioni normative*, Torino, 2010, p. 159; ID., *Il concorso eventuale nel reato associativo*, cit., p. 337 ss.; S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, cit., p. 239; ID., *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie del sistema penale*, cit., p. 68.

(volutamente?) assente, permarrà l'inquietante prospettiva che, di qui a tot giorni, mesi o anni, la Cassazione potrà nuovamente ridefinire i contorni dell'istituto per adattarlo alle esigenze politico-criminali del futuro. In tal caso, verosimilmente, assisteremo ad una nuova ipotesi di criptoretroattività *in malam partem*, mediante l'inclusione, nella "futura struttura tipica" dell'istituto, di condotte realizzate prima del *revirement* deteriore e che, senza lo stesso, sarebbero state ritenute (e prevedute) come penalmente irrilevanti sia dai giudici, che dai comuni cittadini.

4. Le oscillazioni interpretative "vere e proprie" su testi normativi rimasti immutati nel tempo. Alcuni recenti esempi in materia di giudicato e stupefacenti

Conclusa questa panoramica sulle "colpe" del legislatore, icasticamente sbandierate dalle aporie dogmatiche cui ha dato vita l'istituto del concorso eventuale, appare opportuno analizzare quelle tensioni giurisprudenziali che originano dalle singole "scelte valoriali" che gli interpreti hanno intervallato nel tempo in merito ad una data disposizione, traendone «norme diverse o addirittura di senso opposto»²⁶⁸.

Anche in tali casi, dunque, un fermo e preliminare "*j'accuse*" non può non essere indirizzato nei confronti del Parlamento, "reo" di un sostanziale atteggiamento di immobilismo. È fin troppo evidente che, attraverso il mancato adeguamento di fattispecie evidentemente obsolete rispetto all'evolversi della società, esso accetta *de facto* che tale compito venga svolto attraverso le decisioni giudiziali.

Nell'alveo di tale categoria di aporie, si trovano tutte quelle interpretazioni innovative di testi normativi che sono rimasti immutati nel tempo, ovvero quei casi in cui coesistono, in seno alla Corte di Cassazione (se non in una medesima

²⁶⁸ E. LUPO, *Tra la lettera e lo spirito della legge*, cit., p. 11.

sezione della stessa), orientamenti tanto contrastanti da richiedere l'intervento delle Sezioni Unite.

Non si possono certamente ripercorrere tutte le innumerevoli *querelle* che rispondono a questo identikit, trattandosi di una casistica pressoché sterminata. Ciononostante, alcuni recenti vicende possono rendere concretamente l'idea della portata del problema.

Si pensi all'esempio offerto dalla recente sentenza *Gatto* delle Sezioni Unite²⁶⁹, per certi versi anticipata da alcuni passaggi di un'altra decisione a SS.UU. di poco precedente, la sentenza *Ercolano*²⁷⁰, e recentemente confermata dalle Sezioni Unite *Marcon*²⁷¹.

Con la sentenza *Gatto*, la Suprema Corte ha affermato il principio di diritto secondo cui, a seguito di una sentenza irrevocabile di condanna, la dichiarazione di illegittimità costituzionale di una fattispecie penale, che sia differente rispetto a quella incriminatrice per la quale è stata dichiarata la penale responsabilità, ma che sia idonea a mitigare il trattamento sanzionatorio, imponga comunque al giudice dell'esecuzione di rideterminare *in melius* la pena che non sia stata ancora interamente espiata.

Ebbene, per quanto la citata sentenza sia stata indubbiamente ispirata dall'esigenza di interpretare in maniera conforme a costituzione e CEDU l'art. 30, comma 4, l. 11 marzo 1953, n. 53 (*"Norme sulla costituzione e sulla Corte*

²⁶⁹ Cass. pen., SS.UU., 14 ottobre 2014 (ud. 29 maggio 2014), n. 42858, *Gatto*, con nota di G. ROMEO, *Le Sezioni Unite sui poteri del giudice di fronte all'esecuzione di pena "incostituzionale"*, in www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 17 ottobre 2014.

²⁷⁰ Precisamente il par. 9.2 di Cass. pen., SS.UU., 7 maggio 2014 (ud. 23 ottobre 2013), n. 18821, *Ercolano*, ove la S.C. puntualizza che «non può condividersi la tesi, sostenuta da Sez. I, n. 27640 del 519/01/2012, *Hamrouni*, secondo cui l'art. 30, comma quarto, della legge n. 87 del 1953 deve ritenersi, a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 673 cod. proc. pen., implicitamente abrogato, in quanto la relativa disciplina sarebbe stata integralmente assorbita in quella della norma codicistica». In argomento, cfr. F. VIGANÒ, *Pena illegittima e giudicato. Riflessioni in margine alla pronuncia delle Sezioni Unite che chiude la saga dei "fratelli minori" di Scoppola*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 1, 2014, pp. 250 ss.

²⁷¹ Cass. pen., SS.UU., 15 settembre 2015 (ud. 26 febbraio 2015), n. 37107, *Marcon*.

costituzionale”)²⁷², è però innegabile come la stessa presenti un contenuto a tutti gli effetti innovativo rispetto alla portata testuale della disposizione.

Difatti, sebbene in un’ottica di valorizzazione dei diritti fondamentali (costituzionali e convenzionali) del condannato non solo al momento della pronuncia della sentenza di condanna, ma anche per tutto il corso dell’esecuzione della pena, si può dire che la Cassazione abbia portato a compimento il lento procedimento di erosione del mito dell’intangibilità della *res iudicata*, per premiare quella tendenza che, già da tempo, premeva per una versione più flessibile della stessa.

Il punto nodale della sentenza afferisce alla certosina analisi delle differenze tra i fenomeni dell’*abolitio criminis* e della dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma penale, specificando che, in tale ultimo caso, il diritto fondamentale alla libertà personale debba considerarsi prevalente rispetto all’intangibilità del giudicato.

Ci sembra, però, che la “lettura” fornita all’art. 30, comma 4, cit., non possa dirsi una “semplice” interpretazione del contenuto dello stesso. Il significato attribuito dalle Sezioni Unite, al contrario, costituisce un vero e proprio atto «nomopoietico, di creazione normativa»²⁷³, poiché non è ricavabile da nessuno

²⁷² In argomento, la stagione della decostruzione dell’intangibilità del giudicato può dirsi inaugurata in riferimento ai “fratelli minori” dalla celebre sentenza *Scoppola c. Italia*, Corte EDU, Grande Camera, 17 settembre 2009. In tale occasione, i giudici di Strasburgo hanno ritenuto che l’art. 7 CEDU includa, oltre al principio di irretroattività della norma penale sfavorevole, anche il principio di retroattività della *lex mitior*, da elevarsi, quindi, a diritto fondamentale della persona. Sul punto, si v. V. MANES, sub Art. 7, in (a cura di) S. BARTOLE – G. DE SENA – V. ZAGRABELSKI, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, Padova, 2012, pp. 284 ss. Con specifico riferimento ai “fratelli minori” di Scoppola, cfr. anche Corte cost., sent. 18 luglio 2013, n. 210, con nota di A. MARANDOLA, *Scoppola e altri: lex mitior e crisi del giudicato*, in *Giur. cost.*, 4, 2013, pp. 2949 ss.

²⁷³ Cfr. M. GAMBARDELLA, *Norme incostituzionali e giudicato penale: quando la bilancia pende tutta da una parte*, in *Cass. pen.*, 1, 2015, pp. 65 ss. e, in particolare, p. 84, a dire del quale, nel caso della sentenza in commento, «si ascrive al testo legislativo un significato “nuovo” o ulteriore rispetto ai significati attribuibili secondo le regole linguistico-semantiche del contesto sociale, culturale o organizzativo in cui l’interprete opera».

dei possibili significati astrattamente identificabili all'interno della cornice della disposizione in parola²⁷⁴.

Di recente, la giurisprudenza ha manifestato ancor più veementemente la propria "verve legislativa" nella sentenza *Caruso*²⁷⁵, con cui le Sezioni Unite hanno (per ora) risolto due annose questioni legate alla disciplina degli stupefacenti.

Da un lato, ai fini della configurabilità della fattispecie *ex art.* 73 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, è stato ritenuto sufficiente che la «pianta, conforme al tipo botanico previsto, sia idonea, per grado di maturazione, a produrre sostanza per il consumo», senza che abbia rilievo la «qualità di principio attivo ricavabile nell'immediatezza, ovvero se è necessario verificare anche che l'attività sia concretamente idonea a ledere la salute pubblica ed a favorire la circolazione della droga alimentandone il mercato».

Dall'altro, la S.C. ha affermato il principio secondo cui non rientrano nel perimetro tipico della suddetta disposizione quelle «attività di coltivazione di minime dimensioni svolte in forma domestica, che per le rudimentali tecniche utilizzate, lo scarso numero di piante, il modestissimo quantitativo di prodotto ricavabile, la mancanza di ulteriori indici di un loro inserimento nell'ambito del mercato degli stupefacenti, appaiono destinate in via esclusiva all'uso personale del coltivatore».

Ebbene, specialmente in riferimento alla seconda massima, risulta chiarissimo come la Cassazione abbia "dismesso i panni" della nomofilachia per "vestire" quelli del legislatore, posto che la fattispecie in analisi non presenta alcun tipo di appiglio semantico-letterale, cui poter ancorare l'enunciazione del suesposto principio di diritto.

²⁷⁴ In tal senso, vale l'insegnamento di R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011, p. 61, il quale puntualizza che l'attribuzione alla norma di un significato estraneo rispetto a tutti i significati ascrivibili ammissibili della stessa, non può in alcun modo dirsi "interpretazione", trattandosi piuttosto della «formulazione di una nuova norma».

²⁷⁵ Cass., SS.UU., 16 aprile 2020 (ud. 19 dicembre 2019), n. 12348, *Caruso*, in *www.dejure.it*.

La condotta di «coltivazione»²⁷⁶ di stupefacenti, invero, non appare in alcun modo “equivocabile” rispetto alla sua penale rilevanza ai sensi del primo comma dell’art. 73 cit., posto che la limitazione alla punibilità di cui all’attuale comma 1-*bis* risulta esplicitamente circoscritta alle sole condotte di importazione, esportazione, acquisto, ricezione a qualsiasi titolo e illecita detenzione di sostanze stupefacenti o psicotrope che appaiano «destinate ad un uso non esclusivamente personale».

Al contrario, con la sentenza in commento la Cassazione ci pare abbia ridefinito *in radice* la cornice archetipica della condotta di coltivazione. Più precisamente, abbandonato quell’orientamento che fondava il distinguo tra «coltivazione» e «detenzione» sulla natura “domestica” ovvero “tecnico-agraria” della coltivazione²⁷⁷, la Corte opera una graduazione della risposta punitiva relativamente alle condotte di coltivazione di sostanze stupefacenti, specificando: che la coltivazione domestica destinata all’autoconsumo debba considerarsi lecita «per mancanza di tipicità»; che la detenzione di sostanza stupefacente ad uso esclusivamente personale resti comunque soggetta al regime sanzionatorio dell’illecito amministrativo *ex art. 75, d.P.R. n. 309/90*; che alla coltivazione penalmente illecita possa applicarsi l’istituto della particolare tenuità del fatto, oltre che la figura attenuata di cui al quinto comma dell’art. 73, d.P.R. cit., ove ne ricorrano i presupposti.

La sentenza *Caruso* appare particolarmente interessante per due motivi.

²⁷⁶ La nozione di “coltivazione” viene mutuata dalla Convenzione Unica sugli Stupefacenti, adottata a New York il 30 marzo 1961 e successivamente recepita in Italia con l. 5 giugno 1974, n. 412. Essa può essere definita come quel complesso di attività non autorizzate, che vanno dalla messa a dimora del seme e dalla cura della pianta sino al momento antecedente alla raccolta delle parti “mature” di essa, rientrando nei concetti di “produzione” e “fabbricazione” della droga da destinare al consumo. In questo senso, F. LICATA – S. RECCHIONE – N. RUSSO, *Gli stupefacenti: disciplina ed interpretazione. Legislazione e orientamenti delle Corti Superiori*, Torino, 2015, pp. 222 ss. Sul tema, cfr. anche i contributi in (a cura di) G. INSOLERA – G. SPANGHER – L. DELLA RAGIONE, *I reati in materia di stupefacenti. Fattispecie monosoggettive. Criminalità organizzata. Profili processuali*, Milano, 2019.

²⁷⁷ Tra le tante pronunce, cfr. Cass., sez. VI, 10 maggio 2007, n. 17983, *Notaro*.

Il primo è che essa può ritenersi solo l'ultimo "manifesto" della dimestichezza raggiunta dalla Cassazione nel ridefinire i contorni applicativi di talune fattispecie "tradizionali", giungendo, in via solo apparentemente interpretativa, ma più propriamente creativa, a negare penale rilevanza anche a condotte limpidamente qualificate come illecite dal legislatore. Nel caso di specie, l'enunciato positivo che incrimina la condotta di «chiunque, senza l'autorizzazione di cui all'articolo 17, coltiva (...) sostanze stupefacenti o psicotrope di cui alla tabella I prevista dall'articolo 14» appare, senza mezze misure, insuscettibile di qualsivoglia ambiguità interpretativa.

In secondo luogo, la pronuncia *de qua* costituisce, altresì, un perfetto esempio della incapacità del legislatore di reagire alle nuove esigenze avvertite dalla collettività (specialmente dalle nuove generazioni) o, comunque, "suggerite" dalla normativa eurounitaria²⁷⁸, come testimoniano le numerose sentenze di merito e di legittimità che, anno dopo anno, stanno erodendo sempre più la penale rilevanza delle condotte di fruizione esclusivamente personale delle droghe, specialmente quelle volgarmente definite "leggere"²⁷⁹.

²⁷⁸ Nella sentenza in esame, è evidente l'influsso della Decisione Quadro n. 2004/757/GAI del 25 ottobre 2004, la quale esclude dal proprio campo applicativo quelle condotte legate al mondo degli stupefacenti ma «tenuta dai loro autori soltanto ai fini del loro consumo personale quale definito dalle rispettive legislazioni nazionali» (art. 2, par. 2).

²⁷⁹ Il riferimento va principalmente alla sentenza della Corte costituzionale 25 febbraio 2014, n. 32, con note di V. MANES - L. ROMANO, *L'illegittimità costituzionale della legge c.d. "Fini-Giovanardi": gli orizzonti attuali della democrazia penale*, in *Dir. pen. cont. - Riv. Trim.*, 1, 2014, pp. 215 ss. e di M. GAMBARDELLA, *La sequenza "invalidità" e "reviviscenza" all'origine del "nuovo" diritto penale degli stupefacenti*, in *Cass. pen.*, 4, 2014, pp. 1132 ss. In questo senso, appare significativa anche l'inversione di tendenza inaugurata dalle Sezioni Unite Caruso rispetto alla recente sentenza della Consulta 20 maggio 2016, n. 109, con nota di V. MONGILLO, *Sullo stato del principio di offensività nel quadro del costituzionalismo penale. Il banco di prova della coltivazione di cannabis*, in *Giur. cost.*, 3, 2016, pp. 941 ss. e L. ROMANO, *Non viola la Costituzione la fattispecie incriminatrice della coltivazione di cannabis per uso personale (rectius: la disposizione del T.U. Stup. che non vi riconnette una rilevanza meramente amministrativa)*, in *www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*, 30 maggio 2016. Nella stessa direzione, sebbene da includere nel solco di quelle pronunce espressive della ritrovata insofferenza della Consulta per gli irragionevoli automatismi sanzionatori, ci sembra che possa citarsi anche Corte cost., 8 marzo 2019, n. 40, in relazione alla quale si rinvia a R. BARTOLI, *La Corte costituzionale al bivio tra "rime obbligate" e discrezionalità? Prospettabile una terza via*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2, 2019, pp. 139 ss.

Proprio a causa dell'impatto epocale che la liberalizzazione di simili sostanze produrrebbe in un Paese ancora pervaso dalla morale cattolica e da una conseguente visione rigoristica in materia, ad oggi il legislatore continua a rimanere inerte rispetto alle sollecitazioni provenienti da una fetta sempre maggiore della pubblica opinione.

D'altronde, ciò non deve più stupire: la descritta deriva patologica della "*liaison dangereuse*" tra il potere legislativo e quello giudiziario, infatti, presenta, da questo distorto punto di vista, degli innegabili benefici per entrambe le "parti".

Il legislatore, scaricando sulla magistratura l'onere di prendere decisioni "impopolari", evita di inimicarsi quella nutrita frangia di elettorato ancora proibizionista, che di certo esternerebbe aspre critiche ad una simile liberalizzazione²⁸⁰.

La magistratura, dal canto suo, oltre ad essere ben lieta di accollarsi una simile funzione normativa, è (o dovrebbe essere) un potere totalmente indipendente a logiche politiche e, in quanto tale, libero di operare celermente ed in piena autonomia, senza dover "rendere conto" a nessuno se non alla legge²⁸¹. Un organo, quindi, dotato di una fortissima legittimazione, ammantato degli attributi di terzietà e imparzialità, contraddistinto (quantomeno come "soglia di accesso") da una elevata preparazione tecnica e costituzionalmente impermeabile a qualsiasi condizionamento istituzionale.

A perdersi, ancora una volta, sono i consociati, frustrati sia dall'assenza di una normativa "al passo con i tempi", sia, soprattutto, dalla carenza di certezza e

²⁸⁰ Critica aspramente tale atteggiamento conservatore A. CAVALIERE, *Il controllo del traffico di stupefacenti tra politica criminale e dogmatica*, in *Dir. pen. proc.*, 5, 2015, p. 558. Nel dettaglio, secondo l'A. il bene giuridico realmente tutelato dal T.U. Stup. - la vita e l'incolumità individuale degli assuntori, e non l'ordine pubblico - risentirebbe negativamente del descritto atteggiamento proibizionista, il quale, paradossalmente, si rivelerebbe controproducente per i soggetti tossicodipendenti e per la collettività, andando a sovraccaricare ulteriormente le aule di giustizia e il sistema penitenziario.

²⁸¹ Lo rimarca con il suo consueto acume G. INSOLERA, *Qualche riflessione e una domanda sulla legalità penale nell'epoca dei giudici*, cit., p. 291, chiosando come simile meccanismo dia luogo ad una «strana chimera», caratterizzata da una «tecnocrazia selezionata ancora, apparentemente, secondo un modello burocratico e giuspositivista».

conoscibilità della legge, perennemente in balia delle possibili letture distorsive ed oscillanti che di essa opera la giurisprudenza.

5. La tradizionale ritrosia della Consulta nel censurare le fattispecie incriminatrici per *deficit* di determinatezza

Da ultimo, anche la Corte costituzionale gioca un ruolo negativamente cruciale nell'espansione del fenomeno del creazionismo giudiziario.

L'esperienza italiana, infatti, dimostra come la valorizzazione del «più raffinato frutto dell'evoluzione del principio di legalità»²⁸², quale è il principio di tassatività/determinatezza, sia stata fin troppe volte relegata in secondo piano all'interno della "scala gerarchica" in cui la Consulta, nei decenni, ha ricompagnato le singole componenti della legalità.

D'altronde, a differenza della casistica di declaratorie di incostituzionalità fondate sulla riconosciuta sussistenza di analogie *in malam partem*, sul mancato rispetto del principio di irretroattività, su profili di eccesso di delega legislativa o, più in generale, sulla violazione del principio della riserva di legge statutale in materia penale, il numero di questioni sollevate ed accolte per *deficit* di determinatezza è certamente irrisorio²⁸³.

Simile ritrosia della Corte costituisce sia la causa che l'effetto dell'assenza di "stimoli" da parte della nostra giurisprudenza ad attivare l'incidente di costituzionalità per frizioni con il canone di tassatività/determinatezza, finanche dinnanzi ad illeciti manifestamente ondivaghi.

Ci sembra un mero esercizio retorico limitarsi a stigmatizzare il comportamento di tutti quei magistrati che, al posto di sollevare la questione di legittimità costituzionale consapevoli che la stessa abbia pochissime *chances* di

²⁸² M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., p. 40.

²⁸³ F. PALAZZO, *Legalità fra law in the books e law in action*, cit., p. 66.

accoglimento, decidono di colmare autonomamente di contenuto quelle fattispecie legislative che sanno benissimo essere indeterminate. Al contrario, questa innegabile tendenza – che, per carità, non è affatto giustificabile né condivisibile – va quantomeno studiata e compresa nella misura in cui è stata a lungo incoraggiata dalla latitanza di “delusioni” ricevute dal sindacato del Giudice delle leggi.

È in seno a quest’ultimo, pertanto, che si dovrebbe insistere, prima che altrove, in una campagna di sensibilizzazione alla giusta valorizzazione del canone di determinatezza, come pure ad una maggiore custodia del principio di frammentarietà.

Istituzionalizzare – sebbene in via indiretta – la pratica del “fai da te” giurisprudenziale spalanca la porta alla certezza che l’interprete si cimenterà nel riempimento di quei vuoti fisiologicamente congeniali alla materia penale, concepita come il terreno di contrasto solo alle più odiose forme di aggressione a determinati beni giuridici, costituzionalmente meritevoli di particolare protezione²⁸⁴.

In verità, tale atteggiamento della Consulta nei confronti del principio di tassatività/determinatezza non è stato sempre costante, ma è mutato nel tempo²⁸⁵.

Ai nostri fini, sono isolabili due fasi tradizionali dello stesso.

Nella prima, durata fino all’inizio degli anni Sessanta, la legalità legislativa vive in un’accezione di tipo “normativistico”²⁸⁶, venendo elevata ad emblema della «supremazia assiologica» di un modello fondato sulla legittimazione democratica delle istanze punitive dell’ordinamento, strumento indefettibile per la salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali.

²⁸⁴ In argomento, si v. il recente e pregevole lavoro di E. CONTIERI, *Dialettica del bene giuridico. Per il recupero di una prospettiva costituzionalmente orientata*, Pisa, 2019.

²⁸⁵ F. PALAZZO., voce *Legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1993, pp. 356 ss.

²⁸⁶ V. MAIELLO, *La legalità della legge del tempo del diritto dei giudici*, Napoli, 2020, pp. 17 ss.

È un periodo in cui vige una singolare compattezza culturale tra dottrina e giurisprudenza²⁸⁷, preoccupate anzitutto dall'esigenza di stabilizzare la legislazione vigente, anche a costo di ritenere ammissibili, nella materia penale, gli elementi vaghi e di incerta estensione²⁸⁸. Non è un caso, pertanto, che il sindacato della Consulta si concentri essenzialmente nella strenua salvaguardia della normativa precedente alla entrata in vigore della Costituzione, generando, a ben vedere, delle assurde "inversioni metodologiche", consistenti nel parametrare lo scrutinio di costituzionalità in relazione alla impostazione di previgenti disposizioni di rango ordinario²⁸⁹.

La seconda fase, al contrario, sebbene parimenti contraddistinta dalla assenza di declaratorie di illegittimità, vede i giudici costituzionali cimentarsi in una maggiore valorizzazione del principio di tassatività/determinatezza e, per la prima volta, nel riconoscimento di una dimensione "vivente" del diritto.

Al «congelamento costituzionale» subentra, quindi, uno stadio di «disgelo», nel quale si registra una profonda alterazione della dinamica classica tra legge e interpretazione, sotto forma di trasformazione del ruolo del giudice: si passa dalla «funzione ('istituzionalmente' *dichiarativa*) di attuare nei singoli casi i programmi politico-criminali delle disposizioni legali a quella

²⁸⁷ Sempre V. MAIELLO, *op. ult. cit.*, p. 19, puntualizza come si tratti degli anni in cui «la legalità funziona come convettore di una comune visione tra dottrina e giurisprudenza. Alla legalità della legge non si contrappone ancora il diritto dei giudici».

²⁸⁸ In argomento, cfr. G. VASSALLI, voce *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, cit., p. 322, il quale, prendendo spunto dagli studi di A. PAGLIARO, *Principio di legalità e indeterminatezza della legge penale*, in AA.VV., *Studi in onore di Biagio Petrocchi*, Milano, 1972, pp. 1287 ss., arriva a ritenere dimostrata «l'imprescindibilità di riferimenti non solo ai cosiddetti elementi normativi desumibili dalle leggi generali o da espressioni di comune esperienza (altruità, ingiustizia, illegittimità, arbitrarietà, vantaggi usurari, intensità dei rumori, lottizzazione, ecc.) ma anche agli elementi qualificati come «vaghi» e tratti tuttavia dal linguaggio comune (rissa, folla in tumulto, artifici, raggiri, ecc.)», che, pertanto, sarebbero tutt'altro che contrastanti con il principio di legalità.

²⁸⁹ S. MOCCIA, *La 'promessa non mantenuta'*, cit., p. 63, sottolinea come, in questa prima fase, siano stati dichiarati legittime praticamente tutte le fattispecie per le quali era stata sollevata la questione di legittimità costituzionale, anche quelle «per cui la discrezionalità dell'interprete appariva pressoché illimitata».

(‘istituzionalmente’ *interventistica*) di garante della cerchia dei beni dei quali la *forza normativa* dei fatti reclama protezione»²⁹⁰.

Sul piano della giurisprudenza di legittimità, viene inaugurata la stagione delle sentenze interpretative di rigetto, che, pur delineando la fisionomia e la portata del principio di tassatività/determinatezza, continuano a delegarne il rispetto alla giurisdizione ordinaria, finendo, così, per “disconoscerne sostanzialmente la funzione”²⁹¹.

Solamente a partire dagli anni Ottanta, è possibile riscontrare un mutamento radicale nell’atteggiamento della Consulta, la quale finalmente censura talune fattispecie per contrasto con il principio in esame²⁹².

Celeberrima è la sentenza 8 giugno 1981, n. 96²⁹³, con la quale viene sancita l’illegittimità costituzionale del delitto di plagio *ex art. 603 c.p.*²⁹⁴, trattandosi di una fattispecie «non verificabile nella sua effettuazione e nel suo risultato», a fronte di un obbligo a carico del legislatore di «formulare norme concettualmente precise sotto il profilo semantico della chiarezza e della

²⁹⁰ V. MAIELLO, *op. ult. cit.*, pp. 21-23.

²⁹¹ S. MOCCIA, *La ‘promessa non mantenuta’*, cit., pp. 64-65.

²⁹² Si pensi, ad esempio, a Corte cost., 22 dicembre 1980, n. 177, con cui viene dichiarata l’illegittimità costituzionale delle misure di prevenzione applicabili ai soggetti di cui all’art. 1, n. 3, l. 27 dicembre 1956, n. 1423, ovvero a coloro che «per le manifestazioni cui abbiano dato luogo diano fondato motivo di ritenere che siano proclivi a delinquere». In motivazione, la Consulta chiarisce come i presupposti del giudizio sulla «proclività a delinquere», ovvero le «manifestazioni», fossero totalmente rimessi alla libera valutazione del giudice, sia sul piano della definizione che su quello dell’accertamento, sicché la «formula legale non svolge, pertanto, la funzione di un’autentica fattispecie, di individuazione, cioè, dei “casi” (come vogliono sia l’art. 13, che l’art. 25, terzo comma, Cost.), ma offre agli operatori uno spazio di incontrollabile discrezionalità».

²⁹³ Corte cost., 8 giugno 1981, n. 96, con note di P.G. GRASSO, *Controllo sulla rispondenza alla realtà empirica delle previsioni legali di reato*, in *Giur. cost.*, 1981, I, pp. 806 ss., nonché di M. BOSCARELLI, *A proposito del principio di «tassatività»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 1147.

²⁹⁴ La norma prevedeva la punibilità con la reclusione da cinque a quindici anni di «chiunque sottopone una persona al proprio potere, in modo da ridurla in totale stato di soggezione».

intelleggibilità dei termini impiegati», oltre che suscettibili di essere accertate in giudizio²⁹⁵.

In questa occasione, la Consulta sottolinea la stretta relazione che sussiste tra la formulazione linguistica della fattispecie e la verificabilità empirica dell'accadimento ideale da essa descritto, chiosando come sarebbe assurdo «ritenere che possano considerarsi determinate (...) norme che, sebbene concettualmente intelleggibili, esprimano situazioni e comportamenti irreali o fantastici o comunque non avverabili e tanto meno concepire disposizioni legislative che inibiscano o ordinino o puniscano fatti che per qualunque nozione ed esperienza devono considerarsi inesistenti o non razionalmente accertabili».

Come puntualmente riferito²⁹⁶, la tesi secondo cui la determinatezza del «tipo criminoso» non vada individuata con esclusivo riferimento alla formulazione testuale della disposizione, ma come «sintesi espressiva di un omogeneo contenuto di disvalore penale», è stata, altresì, ulteriormente affermata dalla Corte costituzionale in due pronunce in materia di frode fiscale (sentenza n. 247 del 1989) e di prevenzione incendi (sentenza n. 282 del 1990), ed applicata per dichiarare l'illegittimità costituzionale di una fattispecie in materia di asilo, ingresso e soggiorno di cittadini extracomunitari (sentenza n. 34 del 1995).

Ciononostante, si tratta di arresti tanto significativi quanto isolati, posto che negli anni successivi si è continuato a registrare un perdurante atteggiamento di

²⁹⁵ In argomento, v. ancora S. MOCCIA, *op. ult. cit.*, p. 65, per il quale, in realtà, il vero «onere» posto dalla Consulta a carico del legislatore è quello della «determinazione della fattispecie in termini di precisione, affinché in sede di interpretazione, nel riportare il caso concreto alla norma, si possa esprimere un giudizio di corrispondenza su basi di controllabilità. Ciò significa che la norma dev'essere riferita a fenomeni, non solo rispondenti alla realtà, ma che siano razionalmente accertabili».

²⁹⁶ G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 92; F. PALAZZO, *Orientamenti dottrinali ed effettività giurisprudenziale del principio di determinatezza-tassatività in materia penale*, in (a cura di) A.M. STILE, *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, Napoli, 1991, pp. 57 ss.

“pigrizia” da parte della Consulta a censurare le norme penali contraddistinte da vaghezza e/o ambiguità.

5.1. Sui recenti “sussulti” della giurisprudenza costituzionale: tre passi in avanti

Contrariamente a detta tendenza, alcune pronunce degli ultimi anni parrebbero costituire l’espressione di una ritrovata spinta valorizzatrice, da parte della Consulta, del principio di legalità legislativa: ci si riferisce alle notissime sentenze n. 230 del 2012, n. 115 del 2018 e nn. 24 e 25 del 2019²⁹⁷.

Con la prima, la Corte costituzionale ha opposto un fermo sbarramento al riconoscimento di una efficacia retroattiva al *revirement* giurisprudenziale *in bonam partem*, così affermando che le oscillazioni interpretative in cui si frammenta quel distorto fenomeno, impropriamente definito “diritto giurisprudenziale”, non possano in alcun modo essere equiparate a innovazioni del testo legislativo²⁹⁸.

In tale occasione, difatti, viene categoricamente escluso che il mutamento giurisprudenziale intervenuto a Sezioni Unite della Cassazione, con cui decada la penale rilevanza del fatto per il quale sia intervenuta una sentenza di condanna irrevocabile, possa fungere da presupposto per la revoca del giudicato ai sensi dell’art. 673 c.p.p.

Pertanto, la sentenza in parola riafferma la gerarchia dei rapporti e delle differenze tra legislazione e giurisdizione. Essa, inoltre, specifica che la legalità può essere solo quella edificata sulla riserva di legge *ex art. 25, comma 2, Cost.*,

²⁹⁷ V. MAIELLO, *La legalità della legge*, cit., pp. 34 ss.

²⁹⁸ Corte cost., 12 ottobre 2012, n. 230, con note di V. MANES, *Prometeo alla Consulta: una lettura dei limiti costituzionali all’equiparazione tra ‘diritto giurisprudenziale’ e ‘legge’*, in *Giur. cost.*, 5, 2012, pp. 3474 ss. e V. NAPOLEONI, *Mutamento di giurisprudenza in bonam partem e revoca del giudicato di condanna: altolà della Consulta a prospettive avanguardistiche di (supposto) adeguamento ai dicta della Corte di Strasburgo*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3-4, 2012, pp. 164 ss.

rimanendo impregiudicata la regola generale secondo cui al precedente giurisprudenziale vada riconosciuta un'incidenza soltanto persuasiva ed argomentativa, ma non anche vincolante per «qualunque giudice della Repubblica». A ciascun interprete, cioè, «sia pure con l'onere di adeguata motivazione», deve sempre essere garantita la libertà di discostarsene o, nel caso delle Sezioni Unite, di riesaminare e superare le proprie posizioni.

La sentenza in commento risulta particolarmente pregevole perché, rispetto ad altri importanti arresti del passato²⁹⁹, essa viene alla luce nell'attuale sistema multilivello, in cui la Consulta, in seguito alla riforma dell'art. 117 Cost., assume il ruolo di garante del rispetto degli obblighi internazionali assunti dall'Italia, *in primis* quelli derivanti dalla CEDU.

Si tratta, detto altrimenti, di una sentenza che riafferma ed attualizza il ruolo cruciale della riserva di legge attraverso una «ri-consacrazione niente affatto tralatizia, ma anzi particolarmente importante in quanto destinata ad arrestare il lento declino del principio avviatosi, paradossalmente, all'indomani della sua apoteosi ad opera della sentenza n. 487/89»³⁰⁰.

Detto "ritorno alle origini" si pone, dunque, in netta controtendenza rispetto all'impostazione teorica mutuabile dalla giurisprudenza di Strasburgo, che ammette serenamente la retroattività del mutamento giurisprudenziale favorevole. E lo fa "riesumando" proprio quelle argomentazioni "vetero-illuministiche" da molti criticate, che circoscrivono il potere di normazione penale al solo organo democraticamente eletto ed espressivo della volontà popolare: soltanto il Parlamento, percorrendo sentieri procedurali fissi, è depositario del potere costituzionale di produrre norme limitative della libertà personale, in quanto tutte le scelte di tal guisa, nel bene o nel male della qualità

²⁹⁹ Il riferimento va soprattutto a Corte cost., 25 ottobre 1989, n. 487, con cui la Consulta nega qualsivoglia competenza in materia penale dei consigli regionali, spiegando che le opzioni di criminalizzazione implicano una scelta tra tutti i beni e i valori emergenti nell'intera società, che non può essere realizzata dai singoli consigli regionali (ognuno dei quali lavora in un'ottica per forza di cose egoistica).

³⁰⁰ Testualmente, V. MAIELLO, *La legalità della legge*, cit., p. 36.

del “prodotto finale”, sono comunque il risultato di un confronto dialettico con tutte le forze politiche e con la pubblica opinione³⁰¹.

La seconda tappa della riabilitazione della legalità legislativa da parte della giurisprudenza costituzionale non può che essere rappresentata dal celeberrimo *affaire Taricco*³⁰².

Ci si riferisce al noto “braccio di ferro” giurisprudenziale che ha visto la Corte di giustizia dell’Unione Europea e la Corte costituzionale nostrana fronteggiarsi sulla delimitazione del generale principio di *primauté* del diritto eurounitario rispetto a quello interno con esso confliggente.

In sintesi, le norme afferenti all’istituto della prescrizione del reato e, più precisamente, alla disciplina del “tetto massimo” del tempo necessario a

³⁰¹ Critico in riferimento alla soluzione adottata dalla Consulta, foriera di una «sterile» contrapposizione tra tutela costituzionale e tutela convenzionale, è A. RUGGIERI, *Penelope alla Consulta: tesse e sfila la tela dei suoi rapporti con la Corte EDU, con significativi ai tratti identificativi della struttura dell’ordine interno e distintivi rispetto alla struttura dell’ordine convenzionale* (“a prima lettura” di Corte cost. n. 230 del 2012), e ID., *Ancora a margine di Corte cost. n. 230 del 2012*, post scriptum, ambedue in *Giur. cost.*, 2012.

³⁰² La bibliografia sulla “saga” in questione è estremamente vasta. A titolo certamente non esaustivo, si rinvia ai pregevolissimi contributi raccolti in (a cura di) A. BERNARDI, *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli 2017, ed in (a cura di) A. BERNARDI – C. CUPELLI, *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L’ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale. Atti del convegno svoltosi nell’Università degli Studi di Ferrara il 24 febbraio 2017*, Napoli, 2017. In riferimento alle due sentenze Taricco della Corte di giustizia, si v. anche A. VENEGONI, *La sentenza Taricco: una ulteriore lettura sotto il profilo dei riflessi sulla potestà legislativa dell’Unione in diritto penale nell’area della lotta alle frodi*, in www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 29 ottobre 2015; V. MANES, *La “svolta” Taricco e la potenziale “sovversione di sistema”: le ragioni dei controlimiti*, in www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 6 maggio 2016; C. CUPELLI, *Ecce Taricco II. Fra dialogo e diplomazia, l’attesa sentenza della Corte di Giustizia*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 12, 2017, pp. 177 ss. Con specifico riferimento alla ordinanza n. 24/2017 ed alla sentenza n. 115/2018 della Consulta, invece, cfr. C. AMALFITANO, *La vicenda Taricco nuovamente al vaglio della Corte di giustizia: qualche breve osservazione a caldo*, in Eurojus.it, 29 gennaio 2017; R. MASTROIANNI, *La Corte costituzionale si rivolge alla Corte di giustizia in tema di “controlimiti” costituzionali: è un vero dialogo?*, in Federalismi.it, 7, 2017, pp. 1 ss.; A. RUGGIERI, *Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco, in una pronuncia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti (a margine di Corte cost. n. 24 del 2017)*, in *Consulta Online*, 1, 2017, pp. 1 ss.; ID., *Taricco, amaro finale di partita*, in *Giur. cost.*, 3, 2018, pp. 488 ss.; ID., *Dopo Taricco: identità costituzionale e primato della Costituzione o della Corte costituzionale*, in *Oss. fon.*, 3, 2018, pp. 1 ss.; M. DONINI, *Lettura critica a Corte costituzionale n. 115/2018*, in www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 11 luglio 2018; C. CUPELLI, *La Corte costituzionale chiude il caso Taricco e apre a un diritto penale europeo ‘certo’*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 6, 2018, pp. 227 ss.

prescrivere al netto degli atti interruttivi *ex art. 161 c.p.*, erano state qualificate dai Giudici di Lussemburgo come geneticamente predisposte a garantire l'impunità degli autori di frodi IVA di rilevante entità, così frustrando gli obiettivi finanziari dell'Unione *ex art. 325 TFUE*³⁰³.

Pertanto, ritenendo che tale norma dovesse atteggiarsi a fonte di rango primario e, quindi, che fosse direttamente applicabile nell'ordinamento interno con essa confliggente, la "regola Taricco" avrebbe dovuto imporre al giudice nazionale di disapplicare le norme sulla prescrizione del reato quando le stesse avessero potuto impedire l'inflizione di sanzioni effettive e dissuasive per gli autori di frodi gravi in materia di IVA o di interessi finanziari dell'Unione, ovvero generare una disparità di trattamento tra le ipotesi di frodi gravi lesive di interessi finanziari interni (per le quali operava un aumento di un terzo dei termini di prescrizione³⁰⁴) e quelle, di dimensioni e gravità comparabili, pregiudizievoli di interessi finanziari dell'UE (che seguivano la più permissiva disciplina ordinaria).

La "saga" in commento appare fondamentale per gli approdi costituzionali ai quali ha condotto.

Invero, la duplice "reazione" da parte della Corte costituzionale alla suddetta "regola" - contenuta prima nella ordinanza 26 gennaio 2017, n. 24 e, poi, cristallizzata nella splendida sentenza 18 aprile 2018, n. 155 - afferma e conferma, pur non dichiaratamente, l'esistenza dei cd. "controlimiti", intesi quale nucleo duro di principi nazionali "impermeabile" anche alla prevalenza del diritto dell'Unione ed alla integrazione³⁰⁵.

³⁰³ Cfr. Corte di giustizia, Grande Sezione, 8 settembre 2015, causa C-105/14, e Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza 5 dicembre 2017, causa C-42/17, comunemente nota come sentenza "Taricco-bis". Entrambe le sentenze sono consultabili in *www.eur-lex.europa.eu*.

³⁰⁴ Art. 17, d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, come modificato dal d.lgs. 13 agosto 2011, n. 138 (convertito in l. 14 settembre 2011, n. 148).

³⁰⁵ V. MANES, *La "svolta" Taricco e la potenziale "sovversione di sistema"*, cit.

Nel cerchio ristretto di simili connotati identitari, la Consulta iscrive appunto anche il principio di legalità penale, il quale, postulando le condizioni ineludibili per la dichiarazione di penale responsabilità di un determinato soggetto e per la sua conseguente punibilità, rappresenta un valore non scavalcabile dagli obblighi di matrice europea e, quindi, “preferenziale” rispetto alle limitazioni di sovranità derivanti dall’adesione dell’Italia all’Unione³⁰⁶.

Ed il profilo che, più di tutti, viene messo in risalto in tale occasione è appunto quello della necessaria determinatezza della fattispecie penale.

Anzitutto, la Consulta chiarisce come vada riconosciuto un limitato “spazio di manovra” alla interpretazione, posto che, nei paesi di tradizione continentale come l’Italia, la punibilità si fonda su «testi legislativi offerti alla conoscenza dei consociati». Rispetto a questi, l’ausilio interpretativo del giudice penale deve atteggiarsi a semplice «*posterius* incaricato di scrutare nelle eventuali zone d’ombra, individuando il significato corretto della disposizione nell’arco delle sole opzioni che il testo autorizza e che la persona può prefigurarsi leggendolo». Il principio di determinatezza *ex art. 25, comma 2, Cost.* – continua la Corte – deve cioè ritenersi operante «in una duplice direzione», in quanto lo stesso «non si limita a garantire, nei riguardi del giudice, la conformità alla legge dell’attività giurisdizionale mediante la produzione di regole adeguatamente definite per essere applicate, ma assicura a chiunque “una percezione sufficientemente chiara ed immediata” dei possibili profili di illiceità penale della propria condotta», sicché «quand’anche la “regola Taricco” potesse assumere, grazie al progressivo affinamento della giurisprudenza europea e nazionale, un contorno meno sfocato, ciò non varrebbe a “colmare l’eventuale originaria carenza di precisione del precetto penale”»³⁰⁷.

³⁰⁶ In argomento, sia consentito il rinvio a F. TUCCILLO, *Il regime della prescrizione nei reati tributari dopo la “saga Taricco” e le recenti riforme*, in *Giurisprudenza delle imposte*, 21 ottobre 2019, pp. 1 ss. e, in particolare, pp. 7 ss.

³⁰⁷ Corte cost., sentenza n. 115/2018., par. 11.

Pertanto, nonostante sia innegabile che persino «la più certa delle leggi ha bisogno di “letture” ed interpretazioni sistematiche», è altrettanto intuitivo che esse «non possono surrogarsi integralmente alla *prævia lex scripta*, con cui si intende garantire alle persone «la sicurezza giuridica delle consentite, libere scelte d’azione», di modo che «una scelta relativa alla punibilità deve essere autonomamente ricavabile dal testo legislativo al quale i consociati hanno accesso»³⁰⁸.

Simili affermazioni, detto altrimenti, paiono atteggiarsi a vero e proprio disconoscimento, da parte della Corte costituzionale, di decenni di pronunzie di inammissibilità di questioni di legittimità per vizio di determinatezza. Una sorta di “dichiarazione di intenti”, un impegno per il futuro a censurare concretamente le inadeguatezze del legislatore, da cui dipenderebbe senz’altro un epocale «mutamento di paradigma nel rigore sul controllo della tassatività delle regole penali»³⁰⁹.

Nel solco di queste considerazioni, si staglia la terza “tappa” del ritrovato entusiasmo legalistico della Consulta, rappresentata dagli epiloghi interni della sentenza *De Tommaso c. Italia*³¹⁰. Anche in questo caso si tratta di una vicenda estremamente nota e commentata³¹¹.

³⁰⁸ Corte cost., sent. ult. cit., par. 12-13.

³⁰⁹ M. DONINI, *Lettura critica a Corte costituzionale n. 115/2018*, cit., p. 23. Si v. inoltre V. MAIELLO, *La legalità della legge*, cit., pp. 37-38, il quale ben evidenzia come un simile auspicio provenga proprio da quella frangia della dottrina che negli anni ha «elaborato discorsi, e rimodellato categorie, assumendo quale campo di osservazione i significati espressi dalle norme *post applicationem*, quelli risultanti cioè dalla loro interpretazione».

³¹⁰ Corte EDU, Grande Camera, sentenza 23 febbraio 2017, *De Tommaso c. Italia*.

³¹¹ *Ex plurimis*, cfr. F. VIGANÒ, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 3, 2017, pp. 370 ss.; A.M. MAUGERI, *Misure di prevenzione e fattispecie a pericolosità generica: la Corte europea condanna l’Italia per mancanza di qualità della “legge”, ma una rondine non fa primavera*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 3, 2017, pp. 15 ss.; V. MAIELLO, *De Tommaso c. Italia e la cattiva coscienza delle misure di prevenzione*, in *Dir. pen. proc.*, 8, 2017, pp. 1039 ss.; A. DE LIA, *Le misure di prevenzione: dalla sentenza “de Tommaso c Italia” alle modifiche operate dalla legge n. 161 del 17 ottobre 2017*, 1° dicembre 2017, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, pp. 1 ss.

In sintesi, la Corte EDU, chiamata a pronunciarsi sulla disciplina delle misure di prevenzione personali basate sulle fattispecie di “pericolosità generica” ex art. 1 del cd. Codice Antimafia (l. 6 settembre 2011, n. 159, che ha sostituito la vecchia l. 27 dicembre 1956, n. 1423)³¹², pur riconoscendone l’estraneità dalla *matière pénale* degli artt. 6 e 7 CEDU, ne ha però dichiarato l’incompatibilità con la libertà di circolazione di cui all’art. 2, Prot. 4 CEDU³¹³.

Più nel dettaglio, i Giudici di Strasburgo ammettevano che la sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno nel comune di residenza fosse connotata da un sufficiente grado di accessibilità, posto che il cittadino interessato, al momento del fatto (verificatosi nel 2008), era perfettamente in grado di accedere alla base legale della misura in questione (all’epoca, l’art. 1 della citata legge n. 1423/1956).

Allo stesso tempo, però, essi ritenevano che la disciplina in parola fosse contraddistinta da un insufficiente grado di prevedibilità delle conseguenze della propria condotta da parte del soggetto attinto dalla misura *ante delictum*, e, dunque, concludevano nel senso della incompatibilità di tale disciplina nostrana rispetto agli standard di tutela garantiti a livello convenzionale³¹⁴.

Il passaggio decisivo della sentenza *De Tommaso c. Italia* è senza dubbio quello in cui si prende atto del fatto che, nelle due ipotesi di “pericolosità generica”

³¹² I destinatari della misura di prevenzione possono essere coloro che «debbono ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dediti a traffici delittuosi» e coloro che «per la condotta ed il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose».

³¹³ «Chiunque si trovi regolarmente sul territorio di uno Stato ha il diritto di circolarvi liberamente e di sceglierli liberamente la sua residenza.

Ognuno è libero di lasciare qualsiasi Paese, compreso il suo.

L’esercizio di questi diritti non può essere oggetto di restrizioni diverse da quelle che sono previste dalla legge e costituiscono, in una società democratica, misure necessarie alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al mantenimento dell’ordine pubblico, alla prevenzione delle infrazioni penali, alla protezione della salute o della morale o alla protezione dei diritti e libertà altrui.

I diritti riconosciuti al paragrafo 1 possono anche, in alcune zone determinate, essere oggetto di restrizioni previste dalla legge e giustificate dall’interesse pubblico in una società democratica.».

³¹⁴ F. VIGANÒ, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo*, cit., p. 371.

oggetto di scrutinio, né la legge, né la giurisprudenza ordinaria e di legittimità avessero «chiaramente indentificato gli 'elementi fattuali' né le specifiche tipologie di condotta che devono essere prese in considerazione per valutare la pericolosità sociale dell'individuo», sicché la legge in questione dovesse ritenersi carente di «previsioni sufficientemente dettagliate su che tipo di condotta sia da considerare espressiva di pericolosità sociale»³¹⁵.

Invero, la normativa in questione, sebbene già censurata dalla Consulta relativamente alla genericità del concetto di "proclività a delinquere", *de facto* continuava a fondarsi su questa valutazione, di modo che anche le altre fattispecie di pericolosità non indicavano «con sufficiente chiarezza lo scopo e le modalità di esercizio dell'ampissima discrezionalità conferita alle corti nazionali», non essendo «formulate con precisione sufficiente a garantire al singolo tutela contro interferenze arbitrarie e a consentirgli di prevedere in maniera sufficientemente certa l'imposizione di misure di prevenzione»³¹⁶.

Ebbene, proprio recependo le indicazioni contenute nella sentenza De Tommaso, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 24/2019, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della misura di prevenzione personale della sorveglianza speciale e di quelle patrimoniali del sequestro e della confisca, relativamente alle persone che, *ex art. 1, comma 1, lett. a)*, del Codice Antimafia, «debbono ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dedite a traffici delittuosi»³¹⁷. Con la sentenza n. 25/2019, poi, essa ha altresì dichiarato parzialmente illegittimo l'art. 75, commi 1 e 2, d.lgs. n. 159/2011, nella parte in cui prevede sanzioni penali per la violazione delle generiche prescrizioni di «vivere onestamente» e di

³¹⁵ Corte EDU, Grande Camera, *De Tommaso c. Italia*, cit., par. 117.

³¹⁶ *De Tommaso c. Italia*, cit., par. 118.

³¹⁷ Corte cost., sent. 24 gennaio 2019 (dep. 27 febbraio 2019), n. 24, in www.cortecostituzionale.it.

«rispettare le leggi», imposte dalla misura personale della sorveglianza speciale³¹⁸.

Le due pronunce in esame, pertanto, fanno propria la *ratio decidendi* della sentenza *De Tommaso*, valorizzando l'insegnamento sulla necessità non barattabile che i precetti penali debbano essere conformi ai principi convenzionali di precisione, determinatezza e prevedibilità³¹⁹.

Nella sentenza n. 24/2019, in particolare, la Consulta ribadisce nettamente quanto affermato in occasione dell'*affaire* Taricco, ovvero che nella materia penale l'esistenza di interpretazioni costanti non può valere *ex se* a colmare l'eventuale carenza di precisione del precetto penale³²⁰, occorrendo sempre un «diritto scritto di produzione legislativa», sulle cui eventuali "zone d'ombra" potrà poi intervenire l'interprete con il proprio scrutinio.

Tuttavia, ritenendo che le misure di prevenzione in esame non vadano annoverate all'interno del perimetro della materia penale, la Consulta stabilisce come non possa «del tutto escludersi che l'esigenza di predeterminazione delle condizioni in presenza delle quali può legittimamente limitarsi un diritto costituzionalmente e convenzionalmente protetto possa essere soddisfatta anche sulla base dell'interpretazione, fornita da una giurisprudenza costante e uniforme, di disposizioni legislative pure caratterizzate dall'uso di clausole generali, o comunque da formule connotate in origine da un certo grado di imprecisione»³²¹.

La sentenza in esame, dunque, nel sottrarre le misure di prevenzione agli "ambiti di azione" della riserva di legge assoluta, finisce per consolidare, sul

³¹⁸ Corte cost., sent. 24 gennaio 2019 (dep. 27 febbraio 2019), n. 25, in www.cortecostituzionale.it.

³¹⁹ Per un commento congiunto dei due provvedimenti, cfr. S. FINOCCHIARO, *Due pronunce della Corte costituzionale in tema di principio di legalità e di misure di prevenzione a seguito della sentenza De Tommaso della Corte EDU*, in www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 4 marzo 2019.

³²⁰ In questi termini, cfr. anche Corte cost., sent. 1° agosto 2008, n. 327, in *Giur. cost.*

³²¹ Corte cost., sent. 24/2019, cit., par. 12.

piano del diritto interno, la nozione “forte” di quest’ultima all’interno dei confini della materia penale³²².

Simili approdi permeano anche il *decisum* della sentenza n. 25/2019, la quale, ponendosi in perfetta linea di continuità soprattutto con la citata sentenza n. 230/2012, ribadisce nuovamente come l’art. 101 Cost. attribuisca alla giurisprudenza un contenuto puramente «dichiarativo», in quanto tale non assimilabile alla successione di leggi penali nel tempo. Difatti, nella prospettiva della legalità legislativa (l’unica possibile), «l’abolitio criminis – per *ius superveniens* o a seguito di pronuncia di illegittimità costituzionale – è cosa diversa dallo sviluppo della giurisprudenza, essenzialmente di legittimità, che approdi all’esito (simile) di ritenere che una determinata condotta non costituisca reato»³²³.

Nella stessa occasione, inoltre, la Consulta qualifica la sentenza *De Tommaso* come «approdo giurisprudenziale stabile» e «diritto consolidato», argomentando come, già nella sentenza n. 24/2019, essa stessa avesse «tenuto conto proprio della sentenza della Corte EDU e dell’esigenza di conformità al principio di prevedibilità, quale espresso da tale pronuncia»³²⁴, ai fini della declaratoria di illegittimità costituzionale delle misure di prevenzione ancorate alla valutazione di “pericolosità generica”.

In conclusione, superando l’orientamento precedentemente espresso nella sentenza n. 282/2010³²⁵, la Consulta stabilisce che quelle fattispecie che sanzionano penalmente la violazione, da parte del sorvegliato speciale, dell’obbligo di «vivere onestamente» e «di rispettare le leggi» siano

³²² Lo sottolinea V. MAIELLO, *La legalità della legge*, cit., pp. 39-40.

³²³ Corte cost., sent. 25/2019, cit., par. 5.

³²⁴ Corte cost., sent. 25/2019, cit., par. 14.1.

³²⁵ Cfr. Corte cost., sent. 7 luglio 2010, n. 282, in *Giur. cost.*, in cui la Corte aveva ritenuto infondata la questione di legittimità costituzionale, per contrasto con l’art. 25, comma 2, Cost., delle prescrizioni di “pericolosità generica” di cui al vecchio art. 5, comma 3, prima parte, l. n. 1423/1956, che, oltre al «vivere onestamente» e a «rispettare le leggi» imponeva al sorvegliato speciale anche di «non destare sospetti». Tale ultima prescrizione è stata poi espunta dal testo dell’art. 75, d.lgs. n. 159/2011.

costituzionalmente illegittime, violando «il canone di prevedibilità della condotta sanzionata con la limitazione della libertà personale, quale contenuto in generale nell'art. 7 CEDU e in particolare nell'art. 2 del Protocollo n. 4, e rilevante come parametro interposto ai sensi dell'art. 117, primo comma Cost.»³²⁶.

5.2. (segue) ... e un mezzo passo indietro

Le citate sentenze costituiscono un indubbio passo in avanti nella valorizzazione della determinatezza, con conseguente esclusione del formante giurisprudenziale dalla “filiera della punibilità”, attribuita in regime di monopolio al legislatore.

Tuttavia, a giudizio di chi scrive, la Consulta è recentemente incorsa in un “mezzo passo indietro”, giungendo, per certi versi, a sacrificare i suddetti progressi sull'altare della protezione della legislazione emergenziale legata alla pandemia da “Covid-19”.

Ci si riferisce, più in particolare, alla decisione sulla questione di legittimità costituzionale, sollevata per contrasto con l'art. 25, comma 2, Cost. della causa sospensiva del corso della prescrizione del reato introdotta per fronteggiare la calamità naturale tuttora in corso.

Nel dettaglio, l'art. 83, comma 4, d.l. 17 marzo 2020, n. 18, cd. “Cura Italia” (convertito con modificazioni nella l. 24 aprile 2020, n. 27), ha introdotto la sospensione del decorso dei termini di prescrizione del reato dal 9 marzo 2020 al 15 aprile 2020, poi prorogata, con l'art. 36, comma 1, d.l. 8 aprile 2020, n. 23 (convertito nella legge 5 giugno 2020, n. 40), sino all'11 maggio, anche per i fatti commessi prima del 9 marzo 2020.

³²⁶ Corte cost., sent. 25/2019, cit., par. 14.2.

Ebbene, sulla novella sono state immediatamente sollevate più questioni di costituzionalità³²⁷: trattandosi con evidenza di una innovazione ad effetti sfavorevoli, in quanto esplicitamente applicabile anche a condotte precedenti alla stessa, si è denunciata una possibile violazione del principio di irretroattività³²⁸. Questo perché, come evidenziato dai giudici remittenti, l'istituto in parola è ormai pacificamente annoverato dalla giurisprudenza costituzionale tra le disposizioni di natura sostanziale, e non tra quelle di stampo processuale, regolate in base al *tempus regit actum*³²⁹.

Ciononostante, con la sentenza n. 278/2020³³⁰, la Consulta ha ritenuto infondate simili censure attraverso delle considerazioni assai discutibili, soprattutto alla luce delle luminose considerazioni espresse solo due anni or sono nella sentenza n. 115/2018.

Più nel dettaglio, la Corte ribadisce in premessa come non sia affatto in discussione l'assoggettamento dell'istituto al *nullum crimen*, in quanto «la prescrizione nel nostro ordinamento giuridico, costituisce un istituto di natura sostanziale “che incide sulla punibilità della persona, riconnettendo al decorso

³²⁷ Le questioni sono state sollevate con due ordinanze (di contenuto uniforme) del 21 maggio 2020 del Tribunale di Siena, Dott. Spina, e con altrettante ordinanze (anch'esse di contenuto uniforme) del 27 maggio 2020 del Tribunale di Spoleto, Dott. Cercola. Tutti i provvedimenti sono consultabili in *Sist. pen.* In argomento, cfr. N. MADIA, *Dubbi di costituzionalità e nodi da sciogliere in materia di sospensione della prescrizione prevista dalla legislazione anti Covid-19*, in *Giur. pen. – Riv. trim.*, 2, 2020, pp. 47 ss.

³²⁸ Nessun dubbio, invece, ha destato il fatto che il primo decreto, pur pubblicato in Gazzetta Ufficiale il 17 marzo 2020, abbia disposto la sospensione a far data dal 9 marzo, in quanto questo era il termine iniziale «individuato dal decreto n. 11, pubblicato ed entrato in vigore l'8 marzo e quindi il giorno precedente l'inizio della sospensione, e poi confluito nel successivo n. 18». In questi termini, G. SANTALUCIA, *La sospensione della prescrizione dei reati in tempi di pandemia. La Corte costituzionale promuove la legislazione dell'emergenza*, in *Questione giustizia*, 11 gennaio 2021.

³²⁹ In questo senso, oltre alla sentenza n. 115/2018, cit., si v. anche a Corte. Cost., sentenza 1° agosto 2008, n. 324, in *Giur. cost.*, e a Corte cost., sentenza 23 novembre 2006 (ud. 11 ottobre 2006), n. 393, in *www.cortecostituzionale.it*.

³³⁰ Corte cost., sentenza 23 dicembre 2020 (ud. 18 novembre 2020), n. 278, in *www.cortecostituzionale.it*, con nota di G.L. GATTA, *Emergenza Covid e sospensione della prescrizione del reato: la Consulta fa leva sull'art. 159 c.p. per escludere la violazione del principio di irretroattività ribadendo al contempo la natura sostanziale della prescrizione, coperta dalla garanzia dell'art. 25, co. 2 Cost.*, 26 dicembre 2020, in *Sist. pen.*

del tempo l'effetto di impedire l'applicazione della pena", sicché "rientra nell'alveo costituzionale del principio di legalità penale sostanziale enunciato dall'art 25, secondo comma, Cost. con formula di particolare ampiezza»³³¹.

Parimenti, viene confermata la *ratio* garantistica dell'istituto, da apprezzarsi soprattutto in un'ottica di prevenzione generale, ovvero come progressivo affievolimento dell'interesse della collettività a perseguire i reati dopo un tempo eccessivo dalla loro commissione, conseguente ad una notevole attenuazione anche dell'allarme sociale percepito. Da questo punto di vista, sarebbe forse stato preferibile rimarcare maggiormente anche la finalità specialpreventiva del "diritto all'oblio", come baluardo precauzionale rispetto ad un possibile cortocircuito della funzione rieducativa della pena³³².

³³¹ Corte cost., n. 278/2020, cit., par. 9. Sul punto, cfr. R. BARTOLI, *Con una finta la Consulta aggira il problema della irretroattività/retroattività della sospensione della prescrizione connessa al Covid*, 8 febbraio 2021, p. 3, in *Sist. pen.*, secondo il quale, in realtà, non vi sarebbe questa grande differenza tra la concezione sostanziale della Corte costituzionale e quella processuale della Corte EDU. Questo perché, in ottica convenzionale, l'istituto si muove non soltanto nella prospettiva «dell'accertamento di una puntuale violazione di un diritto connessa a un caso concreto, ma anche con l'ottica di evitare che uno Stato assicuri l'impunità ad eventuali responsabili espressione o comunque connessi all'esercizio di pubblici poteri statali». Per tale motivo, la qualificazione della prescrizione come istituto processuale servirebbe ai Giudici di Strasburgo proprio per valutare concretamente le «violazioni dei diritti derivanti da reati e dalla conseguente impunità garantita dallo Stato».

³³² È fuori discussione che la punizione di un soggetto ad eccessiva distanza temporale dal fatto possa frustrare la funzione rieducativa della pena, in quanto l'esecuzione del trattamento risocializzante rischierebbe di incidere su una personalità profondamente differente rispetto alla "versione di sé" che, eoni addietro, realizzò la condotta tipica. In questo senso, *ex plurimis*, F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, VIII ediz., Torino, 2021, p. 608, il quale specifica appunto come la distanza temporale dal fatto attenua il rapporto stesso di «appartenenza personale» tra il reo e l'illecito, cristallizzato nel combinato disposto del primo e del terzo comma dell'art. 27 Cost. Sulla sentenza, poi, si v. ancora R. BARTOLI, *Con una finta*, cit., pp. 5 ss., che giustamente sottolinea come l'esclusivo riferimento alla funzione di prevenzione generale dell'istituto potrebbe, per assurdo, legittimare sia la riforma "spazzacorrotti" della prescrizione (in quanto l'attivazione del processo riattualizzerebbe la necessità di punire), sia tutti quei reati imprescrittibili – tutti profili che, di contro, in una prospettiva più propriamente personalistica entrano *ictu oculi* in crisi.

Fatte queste premesse, però, la Consulta, attraverso una lettura valorizzatrice della “clausola sospensiva generale” di cui al primo comma dell’art. 159 c.p.³³³, “salva” le disposizioni *de quibus* con un *iter* argomentativo che non appare condivisibile.

La Corte riepiloga come detta disposizione sia inquadrata come una norma “cerniera”, mediante la quale ogni stasi *ex lege* del procedimento o del processo penale determina simmetricamente una parentesi nel decorso del termine prescrizionale, con effetti che investono tutte le parti della vicenda giudiziaria, sia pubbliche che private.

Su questa scia, occorrerebbe, quindi, distinguere tra cause sospensive della prescrizione dipendenti dalla sospensione del processo ed ipotesi sospensive, per così dire, “autonome”, le quali, proprio perché carenti del richiamato collegamento, potrebbero spiegare effetti solo su fatti posti in essere dopo la loro entrata in vigore. L’art. 159, cioè, conterrebbe sì un “rinvio aperto”, ma sarebbe pienamente rispettoso della legalità, anche in quanto la Consulta potrebbe sempre vigilare sul suo corretto utilizzo da parte del potere legislativo, sia in termini di ragionevole durata del processo, sia sul piano dei canoni di ragionevolezza e proporzione.

Per questi motivi, la Corte conclude per la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale, richiamando quella giurisprudenza della Cassazione – la quale starebbe «assumendo la forma del diritto vivente»³³⁴ – che ha fatto salva la sospensione della prescrizione della cd. “prima fase” dell’emergenza Covid, proprio perché rientrante nel novero delle ipotesi attivabili grazie a questa regola preesistente³³⁵.

³³³ La norma stabilisce che «Il corso della prescrizione rimane sospeso in ogni caso in cui la sospensione del procedimento o del processo penale o dei termini di custodia cautelare è imposta da una particolare disposizione di legge (...)».

³³⁴ Corte cost., sentenza n. 278/2020, cit., par. 15.

³³⁵ Tra i diversi arresti citati, cfr. Cass., V sez. pen., sentenza 7 settembre 2020 (ud. 14 luglio 2020), n. 25222, Cass., III sez. pen., sentenza 9 settembre 2020 (ud. 23 luglio 2020), n. 25433 e Cass., III sez. pen., sentenza 17 luglio 2020 (ud. 2 luglio 2020), n. 21367, tutte in *www.dejure.it*.

Per vero, come già accaduto in occasione di alcuni eventi sismici di rilevante entità³³⁶, la norma in esame costituirebbe l'espressione di un principio generale, secondo cui la prescrizione non decorre finché non viene meno l'impedimento all'esercizio dell'azione, e sempre a patto che questa "stasi" del giudizio venga prevista da una precisa disposizione di legge, che la ancori ad elementi certi ed oggettivi.

Da tutto ciò, la Consulta deduce la compatibilità con l'art. 25, comma 2, Cost. dell'art. 159, comma 1, c.p., inteso come la base normativa "legalizzante" le disposizioni oggetto dello scrutinio di costituzionalità. Detto altrimenti, l'art. 83, comma 4, d.l. cit., costituirebbe null'altro che una specificazione della regola generale e preesistente di cui all'art. 159 c.p., sicché la retroattività della disposizione incriminata sarebbe solo "apparente", in quanto «la regola secondo cui quando il procedimento o il processo penale è sospeso in applicazione di una particolare disposizione di legge lo è anche il corso della prescrizione, è certamente anteriore alle condotte penalmente rilevanti proprio perché contenuta nel codice penale del 1930 e ribadita dalla richiamata novella del 2005»³³⁷.

Non ci sarebbe stata, quindi, «alcuna sospensione retroattiva del corso della prescrizione come conseguenza della sospensione di procedimenti e processi penali», avendo «trovato piena applicazione il principio secondo cui la legge (nella specie, di contenuto processuale) dispone per l'avvenire (art. 11 delle Disposizioni sulla legge in generale)», con la conseguenza che sia legittima «la

³³⁶ Si pensi al terremoto abruzzese del 2009, in seguito al quale l'art. 5, d.l. 28 aprile 2009, n. 39 (convertito con modificazioni nella l. 24 giugno 2009, n. 77) ha previsto la parallela sospensione dei processi penali e dei termini di prescrizione, che è stata ritenuta applicabile anche a fatti realizzati prima della sua entrata in vigore (di questo avviso, nella giurisprudenza di legittimità, cfr., *ex multis*, Cass., III sez. pen., sentenza 7 febbraio 2013 (ud. 13 dicembre 2012), n. 5982, in *www.dejure.it*). Una normativa simile è stata, altresì, introdotta in seguito al sisma dell'agosto 2016, che parimenti ha imposto una stasi dei processi penali (disposta con l'art. 49, commi 6 e 9, d.l. 17 ottobre 2016, n. 189, convertito con modificazioni nella l. 15 dicembre 2016, n. 226).

³³⁷ Corte cost., sentenza n. 278/2020, cit., par. 15.

ricaduta sulla prescrizione in termini di sospensione della sua durata, prevista dall'art. 1 del d.l. n. 11 del 2020, in combinato disposto con l'art. 10, comma 13, del d.l. n. 9 del 2020, in piena sintonia con l'art. 159, primo comma, cod. pen.»³³⁸. Ebbene, contrariamente al giudizio positivo espresso da una parte della dottrina³³⁹, riteniamo che la sentenza in esame presenti una malcelata contraddizione ontologica: da un lato, incensa il carattere sostanziale della prescrizione ed il suo assoggettamento al *nullum crimen*; dall'altro, però, ne svilisce *de facto* la dignità attraverso il veicolo della clausola "apertissima" di cui all'art. 159 c.p., che, in quanto norma processuale, segue il *tempus regit actum*.

La Consulta, detto altrimenti, rigira abilmente il quesito sottoposto, qualificando la sospensione della prescrizione per 64 giorni *ex art. 83 d.l. cit.* come null'altro che la "ridondante" specificazione di una regola generale preesistente nel codice penale, come tale perfettamente prevedibile per la generalità dei consociati.

Al contrario, ci sembra che l'interpretazione *de qua* avrebbe dovuto censurare con forza una operazione fin troppo evidentemente cripto-retroattiva.

Anzitutto, nei richiamati precedenti di situazioni emergenziali, in costanza delle quali sono stati sospesi i procedimenti penali ed i termini processuali e prescrizionali, il legislatore si è limitato ad esplicitare l'operatività del generale automatismo *ex art. 159 c.p.*, ma nulla ha osservato rispetto ad una sua esplicita applicabilità anche a fatti previgenti³⁴⁰.

Il vero regresso ermeneutico, però, consiste nel fatto che, a differenza delle ipotesi (come detto, solo apparentemente identiche) introdotte per fronteggiare le calamità naturali del passato, la decisione in commento viene alla luce in un

³³⁸ Corte cost., sentenza n. 278/2020, cit., par. 17.

³³⁹ Ad esempio, G.L. GATTA, *Emergenza Covid e sospensione della prescrizione del reato*, cit.

³⁴⁰ Cfr. N. MADIA, *Dubbi di costituzionalità e nodi da sciogliere*, cit., p. 49, secondo il quale risulterebbe quindi evidente che, in tali casi, la Cassazione non abbia proprio avvertito l'esigenza di soffermarsi sul problema inerente alla legittimità dell'applicazione retroattiva di tali discipline, «assumendo questo dato come un presupposto scontato delle sue decisioni».

mutato contesto giuridico e culturale, irreversibilmente segnato dallo scontro e, soprattutto, dalle conquiste garantistiche della saga *Taricco*.

Non si può negare come, *rebus sic stantibus*, la prescrizione si intrecci in profondità con le dinamiche giudiziarie, sicché pur essendo dotata di natura sostanziale, la stessa, in realtà, possiede anche un'anima processuale. Ma è altrettanto evidente come il descritto "salvataggio" della prescrizione Covid mal si addica alle esigenze di prevedibilità e di determinatezza così ben enunciate solo due anni fa dalla Consulta - soprattutto considerando la grande discrezionalità di cui sono stati dotati i giudici nei rinvii di tutti procedimenti, sia di "prima" che di "seconda" fascia (la soglia era inizialmente prevista non oltre il 15 aprile, ma poi, attraverso varie integrazioni, è stata portata sino al 31 luglio).

Non ci sembra in alcun modo rispettato quello *standard* di prevedibilità enunciato nel 2018, consistente nella "autonoma ricavabilità" dalla semplice lettura del testo della legge di tutte le varie componenti che concorrono alla definizione della punibilità. Infatti, se è vero che l'art. 159 fa parte del codice penale sin dalla sua promulgazione, è però palese che l'introduzione sopravvenuta di una norma sospensiva del processo penale - che, in quanto tale, segue il *tempus regit actum* - produrrà sempre effetti retroattivi su un istituto sostanziale, quale è la "tormentata" prescrizione.

Dopo essere stato abominevolmente sfigurato dalla riforma cd. "spazzacorrotti"³⁴¹, in questa circostanza l'art. 159 c.p., per assurdo, viene

³⁴¹ In una letteratura decisamente vasta in argomento, contraddistinta da commenti quasi totalmente negativi, si rinvia *ex plurimis*, a V. MANES, *Sulla riforma della prescrizione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1, 2019, pp. 557 ss.; R. BARTOLI, *Le modifiche alla disciplina della prescrizione: una sovversione dei principi*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, pp. 900 ss.; A. MANNA, *La c.d. sospensione del termine prescrizione dopo il giudizio di primo grado tra politica e diritto*, in *disCrimen*, 10 febbraio 2020, pp. 1 ss.; G. INSOLERA, *La riforma giallo-verde del diritto penale: adesso tocca alla prescrizione*, in *www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*, 9 novembre 2018; T. PADOVANI, *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, in *Arch. pen.*, 3, 2018, pp. 1 ss.; D. PULITANÒ, *Osservazioni sulla proposta di bloccare il corso della prescrizione*, in *Sist. pen.*, 9 dicembre 2019; A. CAVALIERE, *Le norme 'spazzaprescrizione' nella l. n. 3/2019*, in *Legisl. pen.*, 12 febbraio 2020. È

limpidamente innalzato a “scatola vuota”, riempiendo la quale il legislatore avrà la legittima facoltà di aggirare surrettiziamente l’unica componente della legalità mai barattabile, quale l’irretroattività. Se questa è l’opinione della Consulta, allora ci si dovrà abituare all’idea che, in qualsiasi momento, potranno essere approvate nuove ipotesi sospensive del processo penale, che, in automatico, posporranno ulteriormente il termine ultimo di prescrizione di reati già commessi, magari decenni addietro o in procinto di estinguersi.

Una conclusione del tutto paradossale e inaccettabile, che innegabilmente acuisce la sensazione di incertezza del diritto penale. Si tratta di una occasione mancata per rinforzare, anche in tempi di emergenza, il recente circolo virtuoso di pronunce costituzionali sulla rivitalizzazione del principio di determinatezza.

nota, invece, la posizione favorevole di G.L. GATTA, *Prescrizione bloccata dopo il primo grado: una proposta di riforma improvvisa ma non del tutto improvvisata*, in www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 5 novembre 2018; ID., *Una riforma dirompente: stop alla prescrizione del reato nei giudizi di appello e di Cassazione*, in www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 21 gennaio 2019.

CAPITOLO III

Instabilità giurisprudenziale e prospettive di riforma

SOMMARIO: 1. I segnali di scivolamento dal «formante» al «deformante» – 2. I connotati teorici del principio di prevedibilità – 2.1. La differente ampiezza del corollario nei vari “livelli” del sistema – 3. Il rapporto tra prevedibilità e colpevolezza nella dimensione nazionale. Brevi note sull’*ignorantia legis* inevitabile – 3.1. Le aperture ad una declinazione europea della colpevolezza – 4. Quali possibili tutele contro l’imprevedibilità giurisprudenziale – 4.1. La soluzione *de lege lata* suggerita dalla più recente giurisprudenza costituzionale – 4.1.1. (segue) ... e le sue modalità attuative – 4.1.2. L’azionamento dell’art. 5 c.p. come clausola di salvaguardia solo “residuale” – 4.2. L’adozione del *recurso de amparo* come istituto *de lege ferenda* per le ipotesi di «eccesso di potere interpretativo».

1. I segnali di scivolamento dal «formante» al «deformante»

Nei precedenti capitoli, si è cercato di esporre i termini dell’ingravescente ampliamento della libertà di azione della magistratura quale vettore della imprevedibilità delle decisioni giudiziali e, quindi, della incertezza del diritto penale.

La sensazione di ritorno al particolarismo giuridico, invero, sembra suggerire, in particolar modo nelle sue manifestazioni più politiche, una trasfigurazione della *ratio* stessa della norma penale: da strumento ontologicamente sanzionatorio – con cui l’ordinamento sceglie di punire un individuo che abbia realizzato fatti tipici, antiggiuridici e colpevoli, e, contestualmente, si impegna a curarne l’«integrazione sociale»³⁴² – essa si fa veicolo di scelte decisionali e di governo

³⁴² Cfr. ancora S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., pp. 102 ss. e 109 ss., secondo cui sarebbe preferibile una lettura del terzo comma dell’art. 27 Cost. in termini di “risocializzazione” del condannato, con ciò intendendo che la funzione costituzionale della

economico-sociale, stabilite però da un potere, quello giudiziario, costituzionalmente insensibile ad ogni influenza “esterna” e privo di una qualsiasi responsabilità politica³⁴³ o professionale³⁴⁴.

Del resto, sempre in tema di “supplenza giudiziaria”, non è una sorpresa che la magistratura penale guardi con grande interesse al finalismo repressivo: pur essendo ogni giudizio affidato nelle mani di un magistrato imparziale che assumerà una determinazione nelle forme del giusto processo, ciò non toglie che l’apparato *Giustizia* abbia come primo imperativo la finalità generalpreventiva di rispondere con vigore alle forme più gravi di criminalità. Una sorta di *autoritarismo bene intenzionato* – o, più polemicamente, di *moralismo giudiziario* – che, al dichiarato fine di garantire maggior tutela a determinati interessi, si abbandona con crescente dimestichezza a fenomeni di interpretazione ed applicazione estensiva di talune fattispecie delittuose, oltre che di istituti di parte generale³⁴⁵.

Rispetto alla legalità in senso *formale* di cui all’art. 25, comma 2, Cost., quindi, sembra che i custodi interni dell’apparato penale manifestino una slatentizzata predilezione per le sfumature *materiali* della stessa, per definizione a proprio agio anche con il diritto di derivazione giurisprudenziale.

Soprattutto guardando (forse con una “punta di invidia”) alla prospettiva convenzionale, la stessa Cassazione sponsorizza pervicacemente l’esistenza di una vera e propria “relazione concorrenziale” tra il piano legislativo e quello interpretativo, nel senso che «il reale significato della norma, in un determinato

pena sia quella di tendere al recupero del reo in chiave unicamente “sociale”. Attraverso tale precisazione, si disinnesci il rischio di valorizzare quel retroterra di emenda morale che la «rieducazione» del Costituente pare incapace di scrollarsi di dosso, riconducendo lo scopo della pena ad un unico concetto di genere – l’integrazione sociale, appunto – contraddistinto dalla sinergia degli aspetti positivi sia della prevenzione generale che di quella speciale.

³⁴³ F. SGUBBI, *Il diritto penale totale*, cit., pp. 60-61.

³⁴⁴ G. INSOLERA, *Qualche riflessione e una domanda*, cit., p. 289.

³⁴⁵ Le felici espressioni sono di D. PULITANÒ, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, cit., pp. 42 ss., il quale correda le stesse richiamando alcuni esempi in materia di dolo e colpa. Per ulteriore casistica, si v. anche F. GIUNTA, *La legittimazione del giudice penale tra vincolo di soggezione alla legge e obbligo di motivazione*, in *Giust. pen.*, 1, 2011, pp. 259 ss.

contesto socio-culturale» non emergerebbe «unicamente dall'analisi del dato positivo, ma da un più complesso *unicum*, che coniughi tale dato con l'atteggiarsi della relativa prassi applicativa». È al giudice che deve essere demandato il fondamentale compito di precisare la «esatta portata della norma, che, nella sua dinamica operativa, vive attraverso l'interpretazione che ne viene data», sicché la «struttura necessariamente generica della norma è integrata e riempita di contenuti dall'attività “concretizzatrice” della giurisprudenza»³⁴⁶.

Pertanto, se è proprio la giurisprudenza di legittimità ad autoincoronarsi «vettore di determinatezza semantica in grado di contribuire a rendere ragionevolmente prevedibili le conseguenze penali dell'azione»³⁴⁷, allora ritorna attuale chiedersi se l'ordinamento possa reggere alla interiorizzazione di forme di livellamento, se non di equiparazione, tra il decisionismo giudiziario e il formalismo legislativo.

In realtà, i reiterati *diktat* della Corte costituzionale contro un simile accostamento – finanche declinato *pro reo*³⁴⁸ – paiono per il momento tranquillizzanti, sebbene accompagnati dallo stabile riconoscimento dello *status* di «diritto vivente» alle linee interpretative consolidate della Cassazione, specialmente quando rese a Sezioni Unite.

Ci pare, quindi, lontana, almeno per il momento, la “sovversione di sistema” – da taluni finanche auspicata³⁴⁹ – che assumerebbe le sembianze di una imminente affermazione di un modello di giudice penale “totipotente”, con conseguente accettazione di una riserva di legge da parlamentare a

³⁴⁶ Cass. pen., SS.UU., 21 gennaio 2010, n. 18288, in *www.dejure.it*.

³⁴⁷ In questi termini, M. VOGLIOTTI, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, Torino, 2011, p. 9.

³⁴⁸ Si v. ancora le ferme argomentazioni utilizzate dalla Consulta nella già analizzata sentenza 12 ottobre 2012, n. 230, cit., contro il riconoscimento di una efficacia retroattiva al *revirement* giurisprudenziale *in bonam partem*.

³⁴⁹ Cfr. P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Bari-Roma, 2006, pp. 67 ss. e pp. 94 ss., e, indirettamente, ID., *Mitologie*, cit., pp. 208 ss.

giurisdizionale³⁵⁰. La direzione recentemente imboccata dalla giurisprudenza costituzionale, sebbene non del tutto esente da censure, costituisce un segnale rassicurante in tal senso, mostrandocela attenta e vivace nel presidiare il *nullum crimen*.

Contestualmente, tuttavia, restano più che fondate le preoccupazioni sullo stato manutentivo degli argini che dovrebbero imbrigliare le ondate della marea della *iuris-dictio*. È sotto gli occhi di tutti, infatti, che le numerose problematiche sollevate da un «diritto senza codice»³⁵¹, o comunque «liquido, *flou*, disordinato, policentrico, urgente, compulsivo, turbolento», sembrerebbero denotare un lento ma costante tramonto dell'età "della legge e dei codici", con il succedaneo sorgere di un'età "della giurisdizione e dell'interpretazione"³⁵².

Le manchevolezze della *legis-latio*, quindi, stimolano l'Accademia a cercare soluzioni che, più che all'*essere*, guardino al *dover essere* del sistema penale, ovvero a far sì che il "formante giurisprudenziale", per quanto radicato nelle dinamiche costituzionali ed europee, non si coniughi come "deformante" della legalità e dei diritti delle parti³⁵³.

Per questo motivo, il vero problema rimane quello di trovare un punto di equilibrio realistico tra le due componenti in gioco: da un lato, il protagonismo *in action* della magistratura, la quale, forte dell'armatura istituzionale di cui il Costituente l'ha dotata, vuole essere più che mai "compositrice" dello spartito penale e non soltanto "esecutrice" dello stesso; dall'altro, la crescente richiesta di rassicurazioni e garanzie che i diritti *in the books* non finiscano ulteriormente postergati rispetto alle esigenze di punibilità, inevitabilmente irrobustite dalla

³⁵⁰ Sono questi gli spunti suggeriti da F. GIUNTA, *Un'introduzione superflua (non perché amicale)*, in V. MAIELLO, *La legalità della legge*, cit., p. 11.

³⁵¹ C. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007.

³⁵² Le parole sono di V. MANES, *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica"*, in www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 17 gennaio 2018, p. 2.

³⁵³ Il gioco di parole è di D. PULITANÒ, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, cit., p. 56.

frammentazione applicativa che fuoriesce dalla propagazione del fenomeno creazionistico.

Si tenterà appunto di passare in rassegna i possibili termini di un simile bilanciamento, esplorando soluzioni *de iure condito* e *de iure condendo*, come pure rimedi a carattere sia “preventivo” che “successivo”³⁵⁴, tutti però contraddistinti dal comune denominatore di ridurre al minimo i pregiudizi che, nella prassi, ricadono sui consociati a causa delle oscillazioni interpretative *in malam partem*.

A tal fine, appaiono preferibili alcune precisazioni sulla fisionomia del principio di prevedibilità, quale criterio-guida per ricondurre le richiamate distorsioni entro i confini della ragionevolezza.

2. I connotati teorici del principio di prevedibilità

Il principio di prevedibilità – esaminato nella sua massima estensione teorica, che è quella mutuabile dalla dimensione convenzionale – può dirsi comprensivo di numerosi aspetti³⁵⁵.

Anzitutto, a dover essere prevedibile è *l'an* della punibilità, ossia non soltanto il carattere illecito di un determinato comportamento, ma soprattutto la sua qualificazione come fatto tipico, rilevante per il settore penale. Bisogna, cioè, consentire anticipatamente al singolo consociato di avere contezza, sulla base della semplice lettura della normativa vigente, se una precisa condotta rientri o meno astrattamente in una qualche ipotesi di reato. Una prima valutazione, quindi, che si lega a filo unico alla capacità del legislatore di onorare i canoni di determinatezza e chiarezza della fattispecie penale.

³⁵⁴ Effettua questo ulteriore distinguo, in base all’obiettivo di ridurre la proliferazione delle interpretazioni, ovvero solo di limitarne *ex post* l’incidenza *in malam partem*, D. PERRONE, *Nullum crimen sine iure. Il diritto giurisprudenziale tra dinamiche interpretative in malam partem e nuove istanze di garanzia*, Torino, 2019, pp. 290 ss.

³⁵⁵ F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in AA.VV., *La crisi della legalità*, cit., pp. 214-215.

A questa prevedibilità “generica”, deve però accompagnarsene sempre una, per così dire, “specificata”, che si sostanzia nella identificabilità *ex ante* della fattispecie di reato entro cui verrà materialmente sussunto il fatto storico. In altre parole, la prima non è in grado, da sola, di assolvere all’onere in esame, in quanto è soltanto attraverso la prognosi sulla esatta qualificazione giuridica dell’accadimento che si raggiungerà quello *standard* psicologico indispensabile per muovere un qualsiasi rimprovero di penale responsabilità.

Ma ciò non basta. Per dirsi davvero rispettato, il principio in esame dovrebbe abbracciare altresì il *quantum* della pena, ovvero il momento edittale, anch’esso inteso in un’accezione ampia e, per così dire, “bidirezionale”.

L’agente dovrebbe essere in grado, *in primis*, di antivedere il trattamento sanzionatorio che lo attenderà, quantomeno sotto forma di individuazione puntuale della cornice entro cui il giudice graduerà la pena, nonché delle circostanze attenuanti riconoscibili e delle aggravanti addebitabili nel caso di specie. In secondo luogo, lo si dovrebbe rendere edotto degli istituti di giustizia riparativa concretamente attivabili, di ipotetiche cause estintive del reato e, infine, delle possibili misure alternative da richiedere al giudice dell’esecuzione. Anche in questo caso, dunque, l’apporto della giurisprudenza convenzionale è risultato determinante nel precisare che la garanzia in parola debba estendersi anche alla fase esecutiva della pena, consentendo al condannato di essere tutelato per tutta la filiera della punibilità³⁵⁶.

Si può concludere questa cursoria premessa sul canone della prevedibilità sintetizzandola nei seguenti termini: esso deve ritenersi comprensivo dell’intero «spettro di eventi che vanno *dal primo atto di indagine* (o dall’eventuale *applicazione di misure precautelari ad opera della polizia*) *sino all’effettiva esecuzione della pena inflitta dal giudice della cognizione*», abbracciando un arco temporale

³⁵⁶ Sul punto, cfr. ancora Corte EDU, Grande Camera, *Del Rio Prada c. Spagna*, cit., con cui i Giudici di Strasburgo, sulla base di una lettura congiunta dell’art. 7 CEDU e dell’art. 49 CDFUE, hanno affermato che il condannato deve essere tutelato anche contro *revirements* interpretativi *in malam partem*.

che inizia ben prima del processo e che può tranquillamente concludersi molti anni dopo lo stesso³⁵⁷.

In questo senso, appare subito evidente come l'*arrêt Contrada*³⁵⁸ abbia palesato la profondità della differenza che intercorre tra la dimensione sovranazionale, nella quale il principio in esame viene ritenuto un valore non negoziabile, e quella costituzionale, in cui lo svilimento della determinatezza e l'innegabile crisi della riserva di legge non riescono, allo stato attuale, ad eguagliare il medesimo livello di tutela.

Abbiamo più volte ricordato come, in ottica europea, il principio in parola venga esteso non soltanto al diritto vigente, ma anche al diritto vivente, di tipo giurisprudenziale. Una simile apertura, se da un lato ridimensiona fortemente la logica "legicentrica" propria del nostro Stato di diritto, dall'altro costituisce senza dubbio un «potente rafforzamento della più profonda ed universale anima della legalità penale», quale è «l'esigenza di conoscibilità del precetto e delle conseguenze della sua violazione»³⁵⁹.

Se a ciò si aggiunge che la CEDU ha da tempo incluso la legalità-prevedibilità tra i diritti fondamentali dell'uomo, allora è di tutta evidenza che il principio *de quo* sia ormai elevato ad obiettivo assoluto ed inderogabile della tutela convenzionale – la cui considerazione verso la certezza del diritto, del resto, è testimoniata anche dalla attenzione manifestata dai Giudici di Strasburgo in relazione alle violazioni del diritto all'equo processo *ex art. 6 CEDU* nel settore civile e in quello amministrativo. Siffatta assonanza, se anche non può essere estesa *hic et nunc* al settore penale – le cui *rationes* vanno individuate nei principi costituzionali e convenzionali ad esso specificamente riservati nei vari "livelli" del sistema – rappresenta comunque una ulteriore conferma della estrema

³⁵⁷ Cfr. F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, cit., pp. 214-215, secondo cui il principio in esame potrebbe essere riformulato come «prevedibilità delle decisioni delle agenzie di *law enforcement* rispetto all'applicazione della legge penale».

³⁵⁸ Si v. nuovamente Corte EDU, *Contrada c. Italia*, cit.

³⁵⁹ F. PALAZZO, *Principio di legalità e giustizia penale*, cit., p. 2698.

sensibilità della Corte per la stabilità delle decisioni³⁶⁰, che, a sua volta, è condizione essenziale per la formazione ed il rafforzamento della fiducia della generalità dei consociati nel sistema giudiziario³⁶¹.

Non si può negare come la descritta distonia possa determinare conseguenze significative per il nostro ordinamento; conseguenze che, a ben vedere, già emergono per effetto della giustiziabilità europea dei difetti di legalità-determinatezza, *sub specie* di carenza di prevedibilità di una fattispecie penalmente rilevante, senza che rilevi la sua matrice legislativa o giurisprudenziale. Da ciò deriva che la prevedibilità europea sia, altresì, connotata dall'attributo della "concretezza": a dover essere prevedibile non è tanto la formulazione astratta del dato normativo, quanto il prodotto "finale" dell'attività interpretativa. In ottica convenzionale, cioè, si ritiene che il significato della disposizione positiva si perfezioni solo successivamente, all'atto della concretizzazione operata dall'interprete³⁶².

La diagnosi di incertezza, in definitiva, non dipende unicamente dalla categorizzazione come diritto vigente o vivente della "base legale" del precetto, bensì dalla sostanziale possibilità per il consociato di prevedere la propria sottoposizione a procedimento penale per un preciso titolo di reato.

Il *vulnus* individuato da Strasburgo nella vicenda *Contrada* consiste appunto nella circostanza per cui la configurabilità o meno di un concorso eventuale nei reati associativi *ex artt.* 110 e 416-*bis* c.p. non fosse affermabile con sicurezza mentre l'imputato commetteva le condotte incriminate, viste le alterne e contraddittorie pronunzie della Cassazione intervallatesi sul punto fino al 1994. È questo il motivo per cui il suddetto costrutto - di natura esclusivamente

³⁶⁰ Evidenzia la relazione sussistente tra la stabilizzazione dei precedenti giurisprudenziali, la loro applicazione uniforme e l'assolvimento della certezza del diritto G.A. DE FRANCESCO, *Brevi spunti sul caso Contrada*, cit., p. 13.

³⁶¹ F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità*, cit., pp. 216-217.

³⁶² In questo senso, cfr. D. PERRONE, *Nullum crimen sine iure*, cit., p. 209, la quale puntualizza come «il dato legislativo ("significante") raggiunge il proprio "significato" solo attraverso l'opera di intermediazione dell'interpretazione giurisprudenziale ("passaggio" da disposizione a norma)».

giurisprudenziale, nonostante il perdurante negazionismo delle Sezioni Unite³⁶³ – era oggettivamente imprevedibile per Bruno Contrada³⁶⁴, a difesa del quale la Corte EDU ha riconosciuto la responsabilità dello Stato italiano per aver violato l'art. 7 CEDU.

Detta vicenda attesta come ulteriori difetti di questo tipo ben possano portare al riconoscimento di responsabilità internazionali degli Stati aderenti alla CEDU, rendendo improcrastinabile la predisposizione, da parte degli stessi, di «strumenti stabili per evitare di incorrere in violazioni della legalità europea che, lungi dall'essere episodiche e legate a circostanze eccezionali, possono invece assumere carattere strutturale»³⁶⁵.

2.1. La differente ampiezza del corollario nei vari “livelli” del sistema

Da un punto di vista terminologico, la formulazione del *nullum crimen* enucleato dal primo paragrafo dell'art. 7 CEDU³⁶⁶ sembrerebbe dotata di margini più estesi della legalità “domestica” di cui all'art. 25, comma 2 della Costituzione³⁶⁷. Ciononostante, a ben vedere, la legalità convenzionale presenta allo stesso tempo sia una *deminutio* di tutela rispetto alla legalità nazionale, sia un altrettanto evidente accrescimento di alcune garanzie “legalistiche” per i consociati. Essa è, detto altrimenti, «una legalità *qualitativamente omogenea*

³⁶³ Cfr. ancora, da ultimo, Cass. pen., SS.UU., sentenza 3 marzo 2020 (ud. 24 ottobre 2019), n. 8544, *Genco*, cit.

³⁶⁴ In maniera parzialmente discordo, cfr. F. PALAZZO, *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*, cit., pp. 1061-1063.

³⁶⁵ F. PALAZZO, *Principio di legalità e giustizia penale*, cit., p. 2699.

³⁶⁶ «Nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva 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».

³⁶⁷ «Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso».

rispetto a quella domestica, ma 'allargata', cioè *contenutisticamente più ampia della legalità nazionale*»³⁶⁸.

Sotto il primo profilo, rientra la nota considerazione per cui il principio di legalità penale, nell'interpretazione offerta dalla Corte di Strasburgo, sia senz'altro «meno comprensivo di quello accolto nella Costituzione italiana (e, in generale negli ordinamenti continentali)»; ad esso resta, infatti, «estraneo il principio – di centrale rilevanza, per converso, nell'assetto interno – della riserva di legge, nell'accezione recepita dall'art. 25, secondo comma, Cost.», principio che «demanda il potere di normazione in materia penale – in quanto incidente sui diritti fondamentali dell'individuo, e segnatamente sulla libertà personale – all'istituzione che costituisce la massima espressione della rappresentanza politica: vale a dire al Parlamento, eletto a suffragio universale dall'intera collettività nazionale (sentenze n. 394 del 2006 e n. 487 del 1989), il quale esprime, altresì, le sue determinazioni all'esito di un procedimento – quello legislativo – che implica un preventivo confronto dialettico tra tutte le forze politiche, incluse quelle di minoranza, e, sia pure indirettamente, con la pubblica opinione»³⁶⁹. Di modo che, mirando il disegno costituzionale, sia la creazione di norme, sia la loro *abolitio* debbano sempre dipendere «da un atto di volontà del legislatore (*eius est abrogare cuius est condere*)», e non anche da «regole giurisprudenziali»³⁷⁰.

All'assenza di una garanzia democratica di questo tipo, fa da contraltare, nell'ottica convenzionale, una enorme valorizzazione del profilo della "riconoscibilità" di quanto debba ritenersi appartenente alla *matière pénale*, riconoscibilità che viene compendiata nei canoni di «accessibilità» e «prevedibilità» delle conseguenze penali di un preciso fatto al momento della sua realizzazione.

³⁶⁸ A. DI MARTINO, *Una legalità per due? Riserva di legge, legalità CEDU e giudice-fonte*, in *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, 2014, p. 98.

³⁶⁹ Cfr. ancora Corte cost., 12 ottobre 2012, n. 230, cit., par. 7.

³⁷⁰ Corte cost., cit., par. 11.

L'equiparazione tra la *judicial law* e la *statutory law* fa sì che non si possa prendere a momento valutativo, ai fini della verifica del rispetto della garanzia di cui all'art. 7 CEDU, soltanto quello di entrata in vigore della fonte positiva, ma anche quello del consolidamento definitivo di un dato indirizzo ermeneutico.

Nell'ottica di Strasburgo, in poche parole, il rispetto del principio di legalità viene valutato guardando al risultato interpretativo, e non alla premessa dello stesso, che è il testo da interpretare³⁷¹. A valere è soltanto che l'individuo, dinnanzi alla scelta se agire o meno, potesse legittimamente affidarsi ad una norma ed alla sua interpretazione giudiziale, senza essere sorpreso da estensioni ermeneutiche della stessa imprevedibili *ex ante*. Per Strasburgo, quindi, la risoluzione di un contrasto ovvero la stabilizzazione di un orientamento giurisprudenziale valgono, esattamente come la pubblicazione di una legge in Gazzetta Ufficiale, ad assicurare al singolo la ragionevole prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie della propria condotta – ciò che noi “legicentristi”

³⁷¹ In questo senso, Corte EDU, sez. II, 29 ottobre 2013 (def. 24 marzo 2014), *Varvara c. Italia*, con nota di F. MAZZACUVA, *La confisca disposta in assenza di condanna viola l'art. 7 CEDU*, in www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 5 novembre 2013. In particolare, cfr. par. 55 della sentenza in parola, ove si specifica che «la nozione di «diritto» («law») usata nell'articolo 7 corrisponde a quella di «legge» che figura in altri articoli della Convenzione; essa comprende il diritto d'origine sia legislativa sia giurisprudenziale e implica delle condizioni qualitative, tra cui quella dell'accessibilità e della prevedibilità (Cantoni c. Francia, 15 novembre 1996, § 29, Recueil des arrêts et des décisions 1996 V; S.W., sopra citata, § 35; Kokkinakis c. Grecia, 25 maggio 1993, §§ 40-42, serie A n. 260 A). Per quanto chiara possa essere la formulazione di una norma legale, in qualunque sistema giuridico, compreso il diritto penale, esiste immancabilmente un elemento di interpretazione giuridica. Sarà sempre necessario delucidare i punti dubbi e adattarsi alle mutate situazioni. Tra l'altro, è saldamente stabilito nella tradizione giuridica degli Stati parte alla Convenzione che la giurisprudenza, in quanto fonte del diritto, contribuisce necessariamente alla progressiva evoluzione del diritto penale. Non si può interpretare l'articolo 7 della Convenzione come una norma che vieta il graduale chiarimento delle norme della responsabilità penale attraverso l'interpretazione giuridica da una causa all'altra, a condizione che il risultato sia coerente con la sostanza del reato e ragionevolmente prevedibile (Streletz, Kessler e Krenz c. Germania [GC], nn. 34044/96, 35532/97 e 44801/98, § 50, CEDU 2001 II)».

definiremmo come «certezza di libere scelte d'azione», per adoperare ancora le celebri parole della Consulta³⁷².

Al riguardo, si è avuto modo di specificare come i “riferenti” costituzionali della garanzia della prevedibilità siano le specificazioni dogmatiche della necessaria determinatezza della fattispecie penale e del divieto di una sua applicazione in via analogica.

Quanto al primo, la proverbiale parsimonia dimostrata nei decenni dalla Corte costituzionale ha rappresentato un terreno fertile per «assecondare la sciatteria legislativa» ed «incrementare una disinvolta creatività giurisprudenziale»³⁷³, fungendo da deterrente alla proposizione della questione di legittimità costituzionale da parte dei giudici comuni.

Relativamente al divieto di analogia, poi, non si può tacere il “paradosso” in cui ristagna il nostro sistema, nel quale il soggetto istituzionalmente preposto a vegliare sul suo rispetto è, incredibilmente, lo stesso che dovrebbe essere limitato dallo stesso, ovvero proprio quella giurisprudenza ordinaria che, in realtà, sistematicamente tenta di aggirare, più o meno surrettiziamente, la recinzione legalistica per soddisfare esigenze di punibilità³⁷⁴.

Simili considerazioni, d'altronde, non coinvolgono il problema concreto che si pone in riferimento alla giustiziabilità di tutte quelle operazioni ermeneutiche che, non travalicando il limite letterale della norma, non si atteggiavano ad evidenti e insanabili analogie *in malam partem*, ma si manifestano come delle “comuni” interpretazioni estensive. Di qui la prognosi di inadeguatezza delle

³⁷² Cfr. ancora Corte cost., 24 marzo 1988, n. 364, cit.

³⁷³ G. FIANDACA, *Sulla giurisprudenza costituzionale in materia penale, tra principi e democrazia*, in *Cass. pen.*, 1, 2017, pp. 13 ss.

³⁷⁴ In argomento, F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità*, cit., p. 219, come logica conseguenza di simili considerazioni, sottolinea quanto pernicioso sia l'«annesso dubbio, irrisolto nel nostro sistema, del *quis custodiet ipsos custodes*, che è invece superato in quegli ordinamenti – come quello tedesco – che ammettono un ricorso di ultima istanza del condannato alla Corte costituzionale per violazione del divieto di analogia da parte della giurisdizione penale comune».

varie articolazioni *in the books* della legalità a garantire i consociati contro l'incoerenza della magistratura³⁷⁵.

Di contro, la penetrazione delle norme convenzionali nel nostro ordinamento consentirebbe di leggere il *nullum crimen sine lege* come un "diritto umano" ai sensi dell'art. 7 CEDU, come "arricchito" e "precisato" dalla giurisprudenza di Strasburgo.

Ma vi è di più. La giurisprudenza convenzionale in materia, difatti, grazie alla clausola di cui all'art. 52, par. 3, CDFUE³⁷⁶, arriva a "completare", per così dire, anche il contenuto del "principio di legalità e di proporzionalità dei reati e delle pene" sancito dall'art. 49 CDFUE³⁷⁷.

Questa profonda compenetrazione tra la legalità di Strasburgo e quella di Lussemburgo – il cui *acquis* comune determina una netta *primauté* di entrambe, quali fonti di diritto dell'Unione, rispetto alla normativa nazionale – estende le regole sulle antinomie tra il diritto interno e quello di stampo eurounitario anche

³⁷⁵ È questo il principale appunto che la frangia più "progressista" della dottrina italiana, ammiccando alla dimensione europea della legalità, muove al *nullum crimen* "tradizionale". Su tutti, si v. soprattutto A. CADOPPI, *Giudice penale e giudice civile di fronte al precedente*, in *Ind. pen.*, 2014, p. 24, secondo cui «la legalità, come principio che postula la *prevedibilità delle proprie azioni*, trova attuazione effettiva soprattutto relativamente alla legge come interpretata dai giudici, ovvero, detto altrimenti al 'diritto vivente'. Proprio per questo, se il diritto vivente (o *law in action*) è incerto, perché il precedente giurisprudenziale non ha sufficiente valore, e pullulano i contrasti, allora la legalità intesa come si è detto ne soffre irrimediabilmente. Non vale a nulla avere un codice ben fatto, se poi le interpretazioni dei giudici sono volubili come bandierine al vento».

³⁷⁶ «Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa».

³⁷⁷ «1. Nessuno può essere condannato per un'azione o un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o il diritto internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso. Se, successivamente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, occorre applicare quest'ultima.

2. Il presente articolo non osta al giudizio e alla condanna di una persona colpevole di un'azione o di un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, costituiva un crimine secondo i principi generali riconosciuti da tutte le nazioni.

3. Le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato».

al *nullum crimen* convenzionale: si viene a creare un vincolo, per il giudice comune, a dare diretta applicazione all'art. 7 CEDU nell'ipotesi di norme nazionali che si pongano in insanabile contrapposizione con lo stesso, le quali dovranno, di conseguenza, essere *in toto* disapplicate³⁷⁸.

I parametri dell'accessibilità del precetto e della prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie, dunque, finiscono per dare luogo ad un dovere di chiarezza giuridica gravante su tutti i titolari dello *jus puniendi*. Un onere con cui sono chiamati a confrontarsi tutti i protagonisti istituzionali, e cioè non soltanto il legislatore, ma anche la giurisprudenza nazionale, in virtù del suo ineliminabile ruolo di concretizzazione del precetto penale, che, a seconda del contesto di riferimento, oscilla tra l'equiparazione al formante legislativo ed una mera attività di puntualizzazione del significato del precetto, alla cui lettera dovrebbe pur sempre essere "incatenata".

3. Il rapporto tra prevedibilità e colpevolezza nella dimensione nazionale. Brevi note sull'*ignorantia legis* inevitabile

Sulla scorta del quadro tratteggiato, emerge la forza del legame tra la riconoscibilità della norma penale e l'ignoranza inevitabile della stessa. Allo stesso tempo, traspare anche quanto differente sia l'approccio al tema nei due contesti in analisi, posto che «ciò che a livello nazionale è causa di esclusione della colpevolezza, nell'ottica della Convenzione è causa di esclusione dell'esistenza stessa di una "legge"»³⁷⁹.

L'argomento merita senz'altro alcune precisazioni.

³⁷⁸ F. VIGANÒ, *op. ult. cit.*, p. 225.

³⁷⁹ Testualmente, V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in (a cura di) V. MANES - V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, p. 100.

La più volte citata sentenza n. 364/1988 ha rappresentato un punto di svolta “storico” nel profilare i connotati del nostrano principio di personalità della responsabilità penale³⁸⁰, chiarendo come il primo comma dell’art. 27 Cost. non vada declinato soltanto nel suo significato “minimo” di divieto di responsabilità per fatto altrui, ma come principio di responsabilità per fatto proprio colpevole³⁸¹.

Dichiarando l’art. 5 c.p. costituzionalmente illegittimo «nella parte in cui non esclude dall’inescusabilità dell’ignoranza della legge penale l’ignoranza inevitabile», la Consulta ha smorzato sensibilmente il rigore dell’irrelevanza assoluta dell’*ignorantia legis*, attribuendo all’*error iuris* inevitabile la possibilità di elidere il collegamento tra il disvalore di evento e il disvalore di azione, inteso proprio in termini di conoscibilità del precetto³⁸².

La Corte, quindi, fa propria un’accezione della colpevolezza in senso normativo³⁸³, riallacciando la *ratio* del principio di colpevolezza con la prospettiva della funzione rieducativa della pena di cui al terzo comma dell’art. 27 Cost.: soltanto la produzione di leggi tassative, «chiare e semplici»³⁸⁴ potrà porre l’individuo nella condizione mentale di avvedersi del disvalore della sua

³⁸⁰ D. PULITANÒ, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, pp. 686 ss.

³⁸¹ Lo puntualizza S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 164, il quale evidenzia come la Consulta «non accontentandosi più della presenza di un non meglio definito “nesso psicologico”», abbia conferito alla «regola di civiltà» di cui all’art. 27, comma 1, Cost. un «ambito concettuale più ampio e meglio definito, collegandola (...) alla concezione dell’illecito penale come illecito personale», che è caratterizzato dalla presenza del coefficiente soggettivo «in relazione agli elementi più significativi della fattispecie tipica».

³⁸² Per una rassegna dottrinale essenziale sull’irrelevanza dell’*error iuris*, cfr. F. PALAZZO, *Ignorantia legis: vecchi limiti ed orizzonti nuovi della colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, pp. 920 ss.; F. MANTOVANI, *Ignorantia legis scusabile ed inescusabile*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, pp. 379 ss.; G. VASSALLI, *L’inevitabilità dell’ignoranza della legge penale come causa generale di esclusione della colpevolezza*, in *Giur. cost.*, II, 1988, pp. 3 ss.; T. PADOVANI, *L’ignoranza inevitabile sulla legge penale e la declaratoria d’incostituzionalità parziale dell’art. 5 c.p.*, in *Legisl. pen.*, 1988, pp. 449 ss.

³⁸³ G. FIANDACA, *Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale: «prima lettura» della sentenza n. 364/88*, in *Foro it.*, I, 1988, pp. 1386 ss.

³⁸⁴ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., p. 383.

condotta - rendendo, in tal senso, "proprio" il fatto commesso³⁸⁵ - e, di conseguenza, farà sì che lo stesso possa essere individuato come il destinatario di un'azione di recupero sociale, venendo meno i rischi di desocializzazione connessi per definizione alla inflizione della sanzione penale³⁸⁶.

Per questi motivi, pur non intervenendo anche sull'art. 42, comma 3 c.p., con la sentenza in parola è stata *de facto* "esiliata" dall'ordinamento ogni forma di responsabilità oggettiva³⁸⁷, intesa come quella dichiarazione di penale responsabilità fondata sulla mera relazione condizionalistica tra la condotta e l'evento, ossia slegata dalla pur minima attribuibilità psicologica del fatto al suo autore - quantomeno in termini di colpa per ciascuno degli "elementi più significativi della fattispecie"³⁸⁸.

Ebbene, forgiato dalla compenetrazione tra tutti i suddetti principi costituzionali, il moderno principio di colpevolezza è un concetto "laico" ed "oggettivo", che guarda alla «motivabilità attraverso norme»³⁸⁹ del soggetto agente, ed impone sempre un accertamento concreto sia sulla possibilità per lo stesso di essere effettivamente raggiungibile dalla pretesa normativa, sia sulla esigibilità della condotta conforme alla legge.

Se, quindi, alla base del concetto di rieducazione del reo vi deve essere la possibilità di muovere allo stesso un rimprovero personale, nei termini su chiariti, allora ben si comprende come il corollario della conoscibilità della norma penale costituisca il «presupposto della rimproverabilità del fatto»³⁹⁰, dovendosi escludere qualsivoglia "rimprovero" a chi abbia agito per ignoranza

³⁸⁵ Ancora S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 168.

³⁸⁶ In questi termini, L. STORTONI, *L'introduzione nel sistema penale dell'errore scusabile di diritto: significato e prospettiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, pp. 1326 ss.

³⁸⁷ G. MARINUCCI - E. DOLCINI - G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 422 ss.

³⁸⁸ È questo il retaggio garantistico dell'"altra" celebre pronuncia del 1988, ovvero Corte cost., 30 novembre 1988 (dep. 13 dicembre 1988), n. 1085, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, con nota di P. VENEZIANI, *Furto d'uso e principio di colpevolezza*, pp. 289 ss.

³⁸⁹ D. BRUNELLI, *Divagazione sulle "dimensioni parallele" della responsabilità penale, tra ansie di giustizia, spinte moralistiche e colpevolezza normativa*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2, 2017, p. 12.

³⁹⁰ Corte cost., sentenza n. 364/1988, cit., par. 16.

inevitabile sul contenuto della legge medesima. È lo Stato, pertanto, che si dovrà onerare del dovere giuridico di informare correttamente i consociati, la cui violazione potrà fondare l'attivazione del meccanismo del "nuovo" art. 5 c.p.³⁹¹. L'indispensabilità che il soggetto agente sia messo nella condizione di poter effettivamente conoscere la legge penale – definita sinteticamente come «principio di "riconoscibilità" dei contenuti delle norme penali»³⁹² – valorizza l'*imprinting* contrattualistico della riserva di legge parlamentare, esprimendo appieno l'ideale illuministico di obbedienza del cittadino alle regole dello Stato in cambio della «sicurezza giuridica». Questa, in particolare, presenta una connotazione sia negativa che positiva³⁹³: la prima consiste nella circostanza per cui il consociato si sentirà tutelato da quelle stesse leggi cui si è impegnato ad obbedire; la seconda afferisce alla certezza della portata contenutistica e temporale delle suddette norme, dandogli la tranquillità che lo Stato non interverrà laddove vengano poste in essere "scelte d'azione" non ricadenti nei divieti e nei comandi antecedentemente proclamati. Di qui, il dipanarsi delle esigenze legalistiche di determinatezza ed irretroattività delle fattispecie penali, quali parametri di rasserenamento per il cittadino sia sulla netta delimitazione degli illeciti, sia in relazione alla sicurezza che le future modifiche *in malam partem* degli stessi non intaccheranno quelle condotte che, al momento della loro realizzazione, stazionavano nel campo della liceità.

In altri termini, la conoscibilità del comando rappresenta, al contempo, il presupposto ontologico ed il *target* finalistico cui è preposta l'intelaiatura costituzionale che origina dal reciproco arricchimento del principio di legalità con quello di colpevolezza.

³⁹¹ In questo senso, è evidente l'avvicinamento alla formulazione del § 17 StGB tedesco, ovvero a quella del § 9 StGB austriaco. Così, M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., sub Art. 5, p. 104.

³⁹² Corte cost. cit., par. 17.

³⁹³ A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, cit., p. 58.

Questo potrebbe essere definito come il *dover essere* del sistema, quella dichiarazione di assiomi liberal-garantistici attorno alla quale dovrebbero lavorare, con uno spirito di vicendevole sinergia e di rispetto delle rispettive sfere di attribuzioni, i vari “protagonisti” della macchina penale. Tuttavia, l’*essere* del sistema appare alquanto lontano dal ritratto ideale appena tratteggiato, specialmente a causa della sistematica noncuranza manifestata dalla giurisprudenza – di merito, di legittimità ed anche costituzionale – sulla effettiva valorizzazione dell’errore inevitabile.

Non vi è modo di negare che la casistica di assoluzioni in tal senso è desolante, trattandosi di pronunzie più che straordinarie, addirittura “casuali”³⁹⁴. Ma ciò non deve affatto stupire, visto e considerato che è stata la stessa giurisprudenza costituzionale ad incoraggiare una lettura fortemente restrittiva delle ipotesi di *ignorantia legis* scusabile. Appare fin troppo evidente, del resto, l’esigenza della Consulta di rendere non agevolmente “superabile” la matrice ideologica dell’art. 5 c.p.³⁹⁵, radicata nel convincimento che le istanze generalpreventive della pena risulterebbero assai indebolite laddove, alla tradizionale obbligatorietà della

³⁹⁴ F. VIGANÒ, *op. ult. cit.*, p. 222. In argomento, una pronunzia aderente ai valori della sentenza n. 364/1988, è certamente Corte cost., 24 febbraio 1995, n. 65, in *Foro it.*, 1995, II, p. 2054, con nota di D. BRUNELLI, *L’ignoranza inevitabile dei doveri militari dopo la manipolazione dell’art. 39 c.p. mil. Pace: nuovi spazi per l’imputazione dolosa della ‘culpa iuris’?*. Con tale pronuncia, in particolare, la Consulta ha dichiarato l’illegittimità costituzionale, per contrasto con gli artt. 3 e 27 Cost., dell’art. 39 c.p.m.p. nella parte in cui «non esclude dall’inescusabilità dell’ignoranza dei doveri inerenti allo stato militare l’ignoranza inevitabile», sicché, come sottolineato da D. BRUNELLI, *cit.*, la norma in parola copre adesso un ambito corrispondente a quello dell’ultimo comma dell’art. 47 c.p., autorizzando la punibilità a titolo doloso anche di fatti meramente colposi.

³⁹⁵ È possibile riscontrare detta opzione già nei *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, vol. V, parte I, Roma, 1929, pp. 30-31, ove si legge che «dal principio che la legge penale obbliga tutti coloro, cittadini o stranieri, che si trovino nel territorio dello Stato, e altresì tutti coloro che si trovino all’estero, limitatamente ai casi stabiliti dalla legge medesima, discende l’altro principio, di portata non meno generale, che l’ignoranza della legge penale non scusa». Pertanto, «l’inammissibilità dell’ignoranza della legge penale, quale causa di esclusione della responsabilità, costituisce un precetto d’ordine generale, che, per la sua efficienza, prescinde in modo assoluto dalla persona del singolo (...) Ricollegare il fondamento della regola in esame alla volontà dell’agente di commettere il fatto vietato dalla legge penale, con la consapevolezza, presunta *juris et de jure*, di tale divieto, sarebbe dunque troppo lontano dalla realtà delle cose».

legge penale, non si accompagnasse anche il rifiuto di riconoscere una valenza scusante all'ignoranza della stessa³⁹⁶. In poche parole, senza questo ulteriore presidio, «la legge penale diverrebbe condizionale, diverrebbe subordinata alla volontà di ogni privato che si tenesse per trascuranza o malizia all'oscuro»³⁹⁷.

Per questi motivi, già la sentenza n. 364/1988 ha precisato che la valutazione in parola debba essere sbilanciata ancorata a criteri *oggettivi*, "puri" e "misti", piuttosto che a caratteri *soggettivi*, propri dell'agente, di modo da considerare inevitabile, quindi scusabile, soltanto quell'ignoranza che sarebbe stata tale per tutti i consociati³⁹⁸.

Anzitutto, l'opinione largamente maggioritaria ritiene sufficiente la generica conoscibilità della "antigiuridicità" del fatto, e non anche della sua specifica illiceità in campo penale³⁹⁹.

In relazione al livello di diligenza richiesto all'individuo, questo si sostanzia in un vero e proprio "dovere di informazione", consistente nell'espletare «un qualsiasi utile accertamento, per conseguire la conoscenza della legislazione vigente in materia»⁴⁰⁰. Sul punto, la stessa Consulta ha puntualizzato come, onde evitare una eccessiva spersonalizzazione (che di certo colliderebbe con il

³⁹⁶ M. ROMANO, *Commentario*, cit., p. 101.

³⁹⁷ Sono le celebri parole di F. CARRARA, *Opuscoli di diritto criminale*, VII, Firenze, IV ed., 1899, p. 389, il quale chiosa come, sia in una cifra giuridica, sia (soprattutto) da un punto di vista politico, «ciò sarebbe intollerabile».

³⁹⁸ Sulla tematica, cfr. M. LANZI, *Error iuris e sistema penale. Attualità e prospettive*, Torino, 2018, *passim*, e, in particolare, pp. 65 ss.

³⁹⁹ Cfr. F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., p. 425, che rimarca la matrice generalpreventiva di simile esigenza, segnalando come sarebbe inopportuno «subordinare degli effetti così importanti come quelli conseguenti all'errore sul precetto ad una distinzione così difficile da verificare nella "testa" dell'autore come quella tra illiceità generica e illiceità penale»; da questo punto di vista, «si può ritenere che nella psiche dell'uomo delinquente l'efficacia motivazionale della coscienza della generica antigiuridicità sia sufficiente a orientare verso comportamenti conformi alle pretese giuridiche, proprio perché ciò che deve psichicamente condizionare la volontà dei cittadini è la *voluntas legis* come tale».

⁴⁰⁰ In questo senso, Cass., SS.UU., 10 giugno 1994, n. 8154, in *Foro it.*, 3, 1995, pp. 154 ss., con nota di E.R. BELFIORE, *Brevi note sul problema della scusabilità dell'ignorantia legis*. Più di recente, nello stesso senso, cfr. anche Cass., III sez. pen., 11 febbraio 2016 (ud. 7 gennaio 2016), n. 5179, e Cass., III sez. pen., 21 maggio 2013, n. 38335, entrambe in *www.dejure.it*.

principio di colpevolezza), il «metro dell'evitabilità dell'errore»⁴⁰¹ vari anche a seconda del livello di cultura o di socializzazione dell'agente, ovvero in relazione al grado di "qualificazione" dello stesso ed alle conoscenze ed abilità da questi possedute nel caso concreto⁴⁰². E così, mentre il "comune cittadino" potrà assolvere a tale dovere «con ordinaria diligenza, attraverso la corretta utilizzazione dei mezzi di informazione, di indagine e di ricerca dei quali disponga»⁴⁰³, di contro, i soggetti "qualificati", che svolgono professionalmente una determinata attività, saranno tenuti a rispettare uno *standard* "rafforzato", consistente nel conoscere e rispettare puntualmente le normative correlate alle mansioni specialistiche da essi esercitate⁴⁰⁴.

Altra distinzione tradizionalmente effettuata è quella tra delitti cd. "naturali" e delitti cd. "artificiali": i primi (*mala in se*) consisterebbero in offese a beni esistenziali di ogni società organizzata⁴⁰⁵, ovvero in fatti connotati da un apprezzabile riprovevolezza «al di là e "prima" della dimensione giuridica», la quale si limiterebbe soltanto a dichiararne o recepirne il disvalore sociale; di contro, i secondi (*mala quia vetita*) sarebbero dotati di un disvalore esclusivamente giuridico, sicché soltanto il divieto legislativo li renderebbe "mali" agli occhi della generalità dei consociati⁴⁰⁶.

⁴⁰¹ L'espressione è di M. CAPUTO, sub *Art. 5*, in (a cura di) T. PADOVANI, *Codice penale*, I, Milano, 2019, p. 86.

⁴⁰² Cass., III sez. pen., 21 febbraio 2018, n. 8410.

⁴⁰³ In questo senso, Cass., I sez. pen., 18 dicembre 2003 (dep. 9 giugno 2004), n. 25912, in *www.dejure.it*.

⁴⁰⁴ È questo il motivo per cui gli "esperti" possono rispondere dell'illecito anche nelle ipotesi in cui sussista a loro carico una *culpa levis* nell'espletamento della suddetta indagine giuridica. Così, da ultimo, cfr. Cass., IV sez. pen., 21 maggio 2018, n. 22523, e Cass., III sez. pen., 15 marzo 2017, n. 18928.

⁴⁰⁵ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. XXV, nel novero di tali delitti include quelli preposti alla tutela di beni giuridici quali vita, integrità fisica, libertà personale, onore, proprietà privata o pubblica.

⁴⁰⁶ F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., pp. 426-427, esemplifica il distinguo richiamando: per i delitti "naturali", il delitto di omicidio e, più in generale, qualunque aggressione all'integrità fisica dell'uomo, tutti contraddistinti da un originario disvalore pregiuridico; per quelli "artificiali", il «prelevamento venatorio per un numero di capi superiore a quello consentito».

Il succo della distinzione è che risulterebbe difficilmente invocabile l'inevitabilità dell'ignoranza rispetto a valori *ex se* ben radicati nella coscienza della collettività. La prognosi, invece, si invertirebbe relativamente ai secondi, i quali, essendo "socialmente neutri", costituirebbero l'espressione delle scelte politico-criminali del legislatore, ossia valutazioni temporalmente circostanziate al momento storico in cui sono originate e necessitanti di una conoscenza/informazione giuridica da parte del consociato.

La richiamata distinzione, sebbene da non sopravvalutare⁴⁰⁷, risulta comunque utile nella misura in cui consente di evidenziare come la legislazione complementare costituisca il terreno d'elezione dell'obbligo di informazione⁴⁰⁸, posto che è proprio nella materia dei reati artificiali che il principio di colpevolezza entra maggiormente in crisi⁴⁰⁹.

Tornando ai criteri cd. "oggettivi puri" di inevitabilità dell'ignoranza, il primo è costituito dalla «mancanza di riconoscibilità della disposizione normativa»⁴¹⁰, derivante dalla «oggettiva ed insuperabile oscurità della norma o del complesso di norme aventi incidenza sul precetto penale»⁴¹¹. Tale ipotesi, attraverso il richiamo operato dalla Consulta all'art. 73, comma 3, Cost.⁴¹², tesse una

⁴⁰⁷ F. PALAZZO, *Corso*, cit., p. 427, depotenzia l'importanza dogmatica della suddetta distinzione, che sarebbe «pur sempre molto relativa» e non escluderebbe «componenti di artificialità nei reati naturali e viceversa».

⁴⁰⁸ M. CAPUTO, *op. cit.*, pp. 87.

⁴⁰⁹ In argomento, cfr. A. VALLINI, *Antiche e nuove tensioni tra colpevolezza e diritto penale artificiale*, Torino, 2003, *passim*.

⁴¹⁰ Corte cost., sentenza n. 364/1988, cit., p. 27.

⁴¹¹ In questo senso, Cass., III sez. pen., 21 novembre 2016, n. 49266 e Cass., VI sez. pen., 19 giugno 2015, n. 25941. Sul punto v. anche Cass., IV sez. pen., 2 aprile 2015, n. 14011, in cui si specifica che «deve essere considerato errore sulla legge penale, come tale inescusabile, sia quello che cade sulla struttura del reato, sia quello che incide su norme, nozioni e termini propri di altre branche del diritto, introdotte nella norma penale ad integrazione della fattispecie criminosa, dovendosi intendere per "legge diversa dalla legge penale", ai sensi dell'art. 47 cod. pen., quella destinata in origine a regolare rapporti giuridici di carattere non penale e non esplicitamente incorporata in una norma penale, o da questa non richiamata neppure implicitamente».

⁴¹² Cfr. soprattutto il par. 17 di Corte cost., sentenza n. 364/1988, cit., ove si specifica che «le garanzie di cui agli artt. 73, terzo comma e 25, secondo comma, Cost., per loro natura formali, vanno svelate nelle loro implicazioni: queste comportano il contemporaneo

strettissima relazione tra il principio di riconoscibilità del precetto ed il dovere di “pubblicità delle leggi”⁴¹³, come pure tra colpevolezza e legalità, unite sotto l’egida della sufficiente determinatezza del precetto penale⁴¹⁴.

Per “oscurità della norma”, in particolare, deve intendersi un comando o un divieto espresso dal legislatore in maniera imprecisa, ambigua, non intellegibile o afferrabile da qualsiasi destinatario, il quale, pur applicandosi, non riuscirà a discernere con chiarezza dove passa il confine tra il lecito e l’illecito. Non ci si dovrà ovviamente riferire soltanto alle ipotesi di “oscurità assoluta”⁴¹⁵, nella quali vi è l’assenza o la totale incomprendibilità semantica del testo di legge, dal momento che, laddove il campo applicativo della scusante *ex art. 5 c.p.* fosse limitato a simili casi-limite, allora la stessa non risulterebbe mai concretamente applicabile, perché un qualche significato “di senso compiuto” è ricavabile pressoché da ogni disposizione⁴¹⁶.

La seconda ipotesi di oggettiva mancanza di riconoscibilità del precetto – quella che più ci interessa – abbraccia casi di «gravemente caotico (...) atteggiamento interpretativo degli organi giudiziari»⁴¹⁷.

La compresenza di una pluralità di orientamenti giurisprudenziali che, in relazione al medesimo accadimento, giungono a conclusioni differenti, foraggia

adempimento da parte dello Stato di altri doveri costituzionali: ed in prima, di quelli attinenti alla formulazione, struttura e contenuti delle norme penali. Queste ultime possono essere conosciute solo allorché si rendano “riconoscibili” (...) L’osservazione dell’“istante” in cui si viola la legge penale nell’ignoranza della medesima non può far dimenticare (...) che, “prima” del rapporto tra soggetto e “singola” legge penale, esiste un ben definito rapporto tra ordinamento e soggetto “obbligato” a non violare le norme, dal quale ultimo rapporto il primo è necessariamente condizionato. È stato osservato e ribadito, esattamente, che un precetto penale ha valore, come regolatore della condotta, non per quello che è ma per quel che appare ai consociati. E la conformità dell’apparenza all’effettivo contenuto della norma penale dev’essere assicurata dallo Stato che è tenuto a favorire, al massimo, la riconoscibilità sociale dell’effettivo contenuto precettivo delle norme».

⁴¹³ G. VASSALLI, *L’inevitabilità dell’ignoranza della legge penale*, cit., p. 11.

⁴¹⁴ Il collegamento è approfondito soprattutto da F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit.

⁴¹⁵ D. PULITANÒ, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in, cit., p. 723.

⁴¹⁶ M. LANZI, *Error iuris e sistema penale*, cit., p. 104.

⁴¹⁷ Corte cost., sentenza n. 364/1988, cit., p. 27.

una situazione di innegabile incertezza, che non consente al consociato di esprimere liberamente le proprie azioni. E così dovrebbero essere scusati tutti quei soggetti che abbiano fatto affidamento su un orientamento pacifico e consolidato circa la liceità di un determinato comportamento, mentre, dinanzi a decisioni discordanti, l'ignoranza sarebbe considerata assolutamente "evitabile". Per inciso, in presenza di un ragionevole ed ineliminabile dubbio circa l'illiceità o meno di una condotta, l'opinione più diffusa, tanto in dottrina⁴¹⁸ quanto in giurisprudenza⁴¹⁹, è che il soggetto dovrebbe sempre adottare un atteggiamento "cautelativo", astenendosi dal commetterla.

Quanto ai criteri cd. "oggettivi misti", infine, l'inevitabilità dell'ignoranza può derivare da particolari circostanze di fatto in cui si è formato il proposito criminoso, sempre però contestualizzate in relazione a casi in cui qualsiasi consociato sarebbe caduto in errore se si fosse trovato in presenza delle suddette circostanze⁴²⁰.

Da tutto quanto riportato, emerge come la risposta costituzionale alla imprevedibilità della legge penale si dimostri coerente con una logica curativa del problema, ma non anche come un meccanismo di tipo preventivo rispetto

⁴¹⁸ G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 444; M. ROMANO, *Commentario*, cit., p. 109. In argomento, si v. ancora F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità*, p. 223, che ben rileva come simile previsione si ponga agli esatti «antipodi rispetto all'esigenza illuministica di garantire al cittadino tutto ciò che non gli sia espressamente (e *chiaramente*) vietato non potrà costituire il presupposto per l'applicazione di una pena (e in genere dell'esercizio della potestà coercitivo-punitiva statale)».

⁴¹⁹ *Ex plurimis*, cfr. Cass., V sez. pen., 24 novembre 2016, n. 2506, *Incardona*; Cass., III sez. pen., 4 novembre 2015, n. 33039, *Guardinghi*. In maniera parzialmente difforme, Cass., III sez. pen., 8 aprile 2019, n. 23810, *Versaci*.

⁴²⁰ Si pensi al caso in cui il soggetto abbia ricevuto delle erronee assicurazioni da parte di soggetti istituzionalmente destinati a giudicare sui fatti da realizzare, oppure all'ipotesi in cui lo stesso sia stato precedentemente assolto per il medesimo fatto. In argomento, si v. ancora M. LANZI, *Error iuris e sistema penale*, cit., p. 348, secondo cui va riconosciuta efficacia anche ai pareri di professionisti o esperti privati che abbiano fornito attività di consulenza legale su una data attività, attraverso cui il cittadino non esperto sia stato reso edotto di una determinata disciplina; simile "dovere di agire informato" è apprezzabile principalmente in ambito societario, in cui gli amministratori (sulla base degli artt. 2381 ss. c.c.) rivestono una vera e propria posizione di garanzia. Sul punto, cfr. R. ZANNOTTI, *Diritto penale dell'economia*, Milano, 2017, p. 23.

allo stesso⁴²¹. La previsione di cui all'art. 5 c.p., oltre ad essere stata assai di rado utilizzata negli ultimi trent'anni⁴²², costituisce infatti un rimedio *ex post*, che, sulla scorta di una valutazione prognostica sulla impossibilità per il consociato di discernere la penale rilevanza di specifiche condotte, perde interesse a "rimproverarlo" e, dunque, non avverte più l'esigenza di rieducarlo.

Tuttavia, non sono previsti anche dei corrispondenti obblighi di natura sistemica sulla fattispecie che, a causa della sua oscura, ambigua o imprecisa formulazione (anche e soprattutto dovuta ad oscillazioni interpretative ovvero a mutamenti sopravvenuti), non poteva essere materialmente riconosciuta dall'individuo⁴²³. In questo senso, non si può più negare come le garanzie dell'art. 25, comma 2 Cost. restino "lettera morta", trattandosi di vizi che dovrebbero portare la Consulta a dichiararne l'illegittimità costituzionale per *deficit* di determinatezza, ma che la "oculatezza" di quest'ultima ha invece più volte incoraggiato.

Dinnanzi a dei contrasti giurisprudenziali, pertanto, il principio di colpevolezza dovrebbe teoricamente indurre i giudici ad astenersi dal punire un soggetto che abbia ignorato "in buona fede" la legge penale. Eppure, esso "si limita a prendere atto" dei contrasti, ma non impone anche alla giurisprudenza di prevenirli attraverso interpretazioni coerenti, che assicurino cioè «anche *per il futuro* - e nei confronti della *generalità* dei consociati - la prevedibilità delle decisioni giudiziali»⁴²⁴.

⁴²¹ F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità*, cit., pp. 223-224.

⁴²² Per una interessante rassegna giurisprudenziale in tal senso, si rinvia a V. PUSATERI, sub *Art. 5*, in (a cura di) E. DOLCINI - G.L. GATTA, *Codice penale commentato*, I, Milano, 2015, pp. 228 ss. Dalla stessa, emerge come pochissime siano state le assoluzioni *ex art. 5 c.p.* da parte della Cassazione, essendo elencate per lo più sentenze assolutorie di primo grado (anche molto datate), senza che ne sia annotato anche l'esito irrevocabile.

⁴²³ F. VIGANÒ, *cit.*, loc. cit.

⁴²⁴ In questi termini, ancora F. VIGANÒ, *cit.*, p. 224, secondo cui il principio di colpevolezza finisce per operare «come un rimedio individuale - e, per così dire, meramente *sintomatico* - a una situazione patologica dell'ordinamento, senza riuscire ad aggredire le *cause* reali della malattia».

3.1. Le aperture ad una declinazione europea della colpevolezza

Si è già ricordato che, mentre nella prospettiva costituzionale una norma irriconoscibile è una norma che continua ed esistere e a rimanere valida, la cui violazione viene risolta sul piano dell'errore inevitabile, e quindi della scusabilità del soggetto agente, al contrario in ambito convenzionale eventuali *deficit* di riconoscibilità/prevedibilità della legge penale producono effetti sul piano stesso della tipicità: una base legale (di matrice legislativa o giurisprudenziale) che non sia "accessibile" e "prevedibile", lede il diritto umano di cui all'art. 7 CEDU e, in quanto tale, viene qualificata da Strasburgo come inesistente.

Nonostante ciò, anche nella prospettiva convenzionale è recentemente maturata una importante sensibilità verso la valorizzazione del principio di colpevolezza. Il *leading case* può senz'altro individuarsi nella sentenza *Sud Fondi c. Italia* del 2009⁴²⁵, con cui, per quanto in maniera "embrionale", la Corte EDU ha comunque riconosciuto al corollario in esame la valenza di elemento costitutivo della fattispecie.

Appare significativo soprattutto il par. 116 della sentenza, ove la Corte, dapprima, puntualizza che l'art. 7 CEDU «non si riferisce in modo espresso al legame morale esistente tra l'elemento materiale del reato e la persona che ne viene considerata autore», ma poi evidenzia pure come «la logica della pena e della punizione, così come la nozione di «guilty» (nella versione inglese) e la corrispondente nozione di «persona colpevole» (nella versione francese) devono intendersi alla luce di una interpretazione dell'articolo 7 che esige, per applicare

⁴²⁵ Corte EDU, II sez., *Sud Fondi c. Italia*, 20 gennaio 2009, ric. 75909/01, in www.hudoc.echr.coe.int, con note di A. BALSAMO – C. PARASPORO, *La Corte Europea e la confisca contro la lottizzazione abusiva: nuovi scenari e problemi aperti*, in *Cass. pen.*, 7-8, 2009, pp. 3180 ss., e di F. MAZZACUVA, *Un "hard case" davanti alla Corte europea: argomenti e principi nella sentenza su Punta Perotti*, in *Dir. pen. proc.*, 12, 2009, pp. 1540 ss. Si tratta della pronuncia sul merito della vicenda, posto che, con la "prima" sentenza *Sud Fondi* (Corte EDU, *Sud Fondi c. Italia*, 30 agosto 2007), i Giudici di Strasburgo, in applicazione dei criteri *Engel*, riconoscevano la natura di sanzione penale alla confisca urbanistica italiana.

la pena, un legame di natura subiettiva (coscienza e volontà) che permetta di rilevare un elemento di responsabilità nella condotta materiale dell'autore del reato», visto che «in caso contrario, la pena non sarebbe giustificata». E quindi – sposando una ricostruzione ermeneutica per molti versi affine al rapporto tra legalità e colpevolezza proclamato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 364/1988 – i Giudici di Strasburgo concludono sottolineando come sarebbe «incoerente, da un lato, esigere una base legale accessibile e prevedibile e, dall'altro, permettere che una persona venga ritenuta «colpevole» e quindi «punirla» quando non era in grado di conoscere la legge penale, a causa di un errore insuperabile che non può assolutamente imputarsi a colui o colei che né è vittima».

È di tutta evidenza che la sentenza *Sud Fondi c. Italia* abbia manifestato una apertura all'inclusione del principio di colpevolezza tra le garanzie racchiuse nell'art. 7 CEDU, strutturando una versione “allargata” del *nullum crimen*, in cui i requisiti di accessibilità e prevedibilità non si limitano ad essere i presupposti oggettivi per ritenere esistente una data incriminazione, ma divengono anche «fattori di una imputazione colpevole e, perciò, rimproverabile della trasgressione»⁴²⁶.

Tale apertura – sebbene inizialmente “ridimensionata” dalla sentenza *Varvara c. Italia*⁴²⁷ – ha trovato una definitiva conferma nella sentenza *G.I.E.M. c. Italia*⁴²⁸, in

⁴²⁶ V. MAIELLO, *Confisca, CEDU e Diritto dell'Unione tra questioni risolte ed altre ancora aperte*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3-4, 2012, p. 48.

⁴²⁷ Cfr. ancora Corte EDU, II sez., 29 ottobre 2013, *Varvara c. Italia*, cit. e, in particolare, il par. 70 della sentenza, ove la Corte afferma che «gli Stati contraenti restano liberi, in linea di principio, di reprimere penalmente un atto compiuto fuori dall'esercizio normale di uno dei diritti tutelati dalla Convenzione e, quindi, di definire gli elementi costitutivi di questo reato: essi possono, in particolare, sempre in linea di principio e ad alcune condizioni, rendere punibile un fatto materiale o oggettivo considerato di per sé, indipendentemente dal fatto che esso sia doloso o colposo; le rispettive legislazioni ne offrono degli esempi [...] L'articolo 7 della Convenzione non richiede espressamente un «nesso psicologico» o «intellettuale» o «morale» tra l'elemento materiale del reato e la persona che ne è ritenuta l'autore».

⁴²⁸ Corte EDU, Grande Camera, 28 giugno 2018, *G.I.E.M. e altri c. Italia*, con nota di G. CIVELLO, *La sentenza G.I.E.M. s.r.l. e altri c. Italia: un passo indietro rispetto alla sentenza*

cui la Grande Camera ha autorevolmente definito i rapporti tra il *decisum Sud Fondi* e quello *Varvara*, ponendoli in un rapporto di regola ed eccezione⁴²⁹.

Più precisamente, la prima sentenza costituisce la regola, sicché, per applicare una pena nel rispetto dell'art. 7 CEDU, occorre sempre un «*mental link*»⁴³⁰ attraverso cui individuare un elemento di responsabilità nella condotta di chi abbia commesso fisicamente il fatto di reato. Il suddetto requisito non è assoluto, residuando in capo agli Stati la possibilità (sottolineata dalla sentenza *Varvara*) di prevedere forme di responsabilità oggettiva derivanti da presunzioni di colpevolezza⁴³¹; tali presunzioni “eccezionali”, però, sarebbero vincolate ad operare, in materia penale, entro limiti ben definiti, dovendo i medesimi Stati consentire sempre all'imputato di poter fornire la prova contraria e di esercitare il proprio diritto di difesa⁴³².

Possiamo, dunque, ritenere che la complementarità tra legalità e colpevolezza, dopo aver influenzato in profondità la grammatica costituzionale, sia ormai, a tutti gli effetti, anche una voce del vocabolario convenzionale. La conferma della “clausola *Varvara*” quale elemento eccezionale rispetto alla “regola *Sud Fondi*”, in realtà, appare essere un elemento più formale che sostanziale: il collegamento tra gli artt. 7 e 6, par. 2 CEDU ha irreversibilmente consacrato un obbligo, per ciascuno degli Stati contraenti, di prevedere forme di responsabilità oggettiva soltanto relative, che possano, cioè, sempre essere vinte attraverso la dimostrazione concreta dell'assenza di quel “nesso psicologico” che la

“*Varvara*”? Ancora sui rapporti fra prescrizione e confisca urbanistica, in *Arch. pen.*, 3, 2018, pp. 1 ss.

⁴²⁹ A. GALLUCCIO, *Confisca senza condanna, principio di colpevolezza, partecipazione dell'ente al processo: l'attesa sentenza della Corte EDU, Grande Camera, in materia urbanistica*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 7-8, 2018, p. 225.

⁴³⁰ Corte EDU, *G.I.E.M. e altri c. Italia*, cit., par. 242.

⁴³¹ Corte EDU, *G.I.E.M. e altri c. Italia*, cit., par. 243.

⁴³² In tal senso, la Corte ricollega apertamente la valutazione *de qua* alla garanzia di cui all'art. 6, par. 2 CEDU. Il successivo par. 244 di *G.I.E.M. e altri c. Italia*, per l'appunto, specifica proprio che la lettura congiunta degli artt. 7 e 6, par. 2 CEDU costituisce esercizio della regola generale secondo cui la Convenzione va letta nel suo insieme ed interpretata in modo da favorire la «*internal consistency and harmony*» tra le sue varie previsioni.

medesima Corte EDU ha elevato a *trait d'union* tra la realizzazione del fatto e la rimproverabilità penale del suo autore.

Se, quindi, non può dirsi perfettamente realizzata la sovrapposizione tra la colpevolezza di Roma e quella di Strasburgo, è però innegabile come quest'ultima sia stata irreversibilmente arricchita dalla tradizione garantista della prima.

Il risultato finale è che presunzioni assolute di colpevolezza, oltre che costituzionalmente illegittime, siano *de facto* incompatibili anche con le suddette disposizioni convenzionali, violando contestualmente sia il *nullum crimen* (art. 7 CEDU), sia il diritto umano dell'imputato a ricevere un processo equo, nel quale egli sia considerato presunto innocente fino a quando la sua colpevolezza non venga legalmente accertata (art. 6, par. 2 CEDU).

4. Quali possibili tutele contro l'imprevedibilità giurisprudenziale

La complessità del fenomeno creazionistico non può più lasciare spazio a noncuranza o (peggio ancora) a superficialità, costituendo una problematica non ulteriormente procrastinabile, al cui freno l'agenda politica dovrebbe senz'altro destinare ben altra priorità.

Troppo spesso, invero, la perimetrazione del terreno della illiceità penale non sembra più di esclusivo appannaggio del legislatore, visto l'allargamento delle fattispecie che, a vario titolo, necessitano di un robusto completamento da parte della magistratura - se non di un vero e proprio "riempimento di significato". Specialmente nel campo della *law in action*, le maglie della legalità cedono il passo a soluzioni che si atteggiando ad epiloghi di lunghe "saghe" interpretative, le quali, pur costituendo un indiscutibile stimolo per le riflessioni degli "addetti ai lavori", certamente vanno a discapito della certezza del diritto, frustrano le aspettative di giustizia e di libertà degli individui e, non da ultimo, diminuiscono ulteriormente la loro fiducia nei confronti delle Istituzioni.

Tuttavia, se la valorizzazione del canone della prevedibilità rappresenta, nell'*an*, un *τέλος* non più oggetto di contrattazioni, esso resta però alquanto discusso nel *quomodo* degli interventi.

Come anticipato, qualsiasi soluzione dottrinale in argomento punta ad arginare i rischi connessi all'andamento "basculante" delle decisioni giudiziali. Quel che è importante premettere, però, è che la distanza tra un'ipotesi e l'altra dipende soprattutto dal ruolo che i singoli Autori riconoscono all'interpretazione e, segnatamente, al grado di "creatività" di cui sarebbe funzionalmente dotato ciascun giudicante.

Per quanto nessuno osi obiettare che qualsivoglia operazione ermeneutica deve, in teoria, arrestarsi ai "cancelli delle parole", allo stesso tempo la prassi dimostra che fenomeni di creatività in senso forte siano sempre più frequenti e audaci⁴³³. Ed allora, se per un verso rimane anacronistico ed inopportuno escludere *in toto* il formante giurisprudenziale dall'odierno diritto penale, onde tornare a "sognare" l'utopia illuministica del giudice "bocca della legge", per altro verso l'equiparazione al formante legislativo, effettuata dall'art. 7 CEDU, continua ad essere *ictu oculi* costituzionalmente illegittima.

L'unica via percorribile sembra, quindi, quella di una compenetrazione "condizionata" tra i due formanti⁴³⁴, i cui termini vanno però chiariti come dappresso.

⁴³³ L'efficace metafora di N. IRTI è ripresa da V. MANES, *Dalla fattispecie al precedente. Appunti di deontologia ermeneutica*, cit., pp. 7 ss., il quale, come classici esempi di "normazione alternativa" degli ultimi decenni, riporta: la soppressione dell'atto d'ufficio nelle fattispecie corruttive; la creazione giurisprudenziale della "concussione ambientale"; la "lottizzazione abusiva per mutamento di destinazione d'uso; il "reato" di elusione fiscale; la nozione di "profitto" confiscabile all'ente nel caso di illeciti tributari; le vicende del falso in bilancio. Su quest'ultimo profilo, in particolare, cfr. N. MAZZACUVA, *Lo straordinario "sviluppo" delle false comunicazioni sociali nel diritto penale giurisprudenziale: tra legittime istanze punitive e "irrazionali" soluzioni interpretative*, in *Crit. dir.*, 1995, pp. 283 ss.

⁴³⁴ G. AMARELLI, *Dalla legolatria alla post-legalità*, cit., p. 1429; M. NISTICÒ, *L'interpretazione giudiziale nella tensione tra i poteri dello Stato. Contributo al dibattito sui confini della giurisdizione*, Torino, 2015, pp. 52 ss.

Si è già riferito di non concordare con quella parte autorevolissima della dottrina che, attraverso una ricostruzione dell'attività giudiziale come atto non meramente ricognitivo, ma *con-formativo* della fattispecie, riconosce un ruolo "normativo" e "costitutivo" alla magistratura⁴³⁵, per cui la «giurisprudenza» andrebbe intesa come «l'insieme dei precedenti costituiti dalle *regulae juris* (...) espressamente enunciati dai giudici come premesse maggiori delle proprie decisioni in quella materia, o comunque deducibili da quelle decisioni»⁴³⁶. Beninteso, tale funzione normativa della giurisprudenza si relazionerebbe pur sempre alla legge come una fonte di rango gerarchicamente subordinato, sicché facendo salva la possibilità di "falsificare" tutte quelle ipotesi di manifesta incompatibilità della prima con la seconda. Al di fuori di tali casi limite, invece, i giudici - in forza di quanto disposto dall'art. 101, comma 2 Cost. - sarebbero liberi di muoversi a proprio piacimento all'interno dei confini letterali di ciascuna disposizione, elaborando «soluzioni interpretative che si cristallizzeranno in autentiche proposizioni normative, nella forma (...) di regole di giudizio (generalì e astratte) di formazione giurisprudenziale, idonee ad operare come criteri per la decisione di casi futuri»⁴³⁷.

Ebbene, il rifiuto di una simile posizione non lo si vuole certamente fondare su una cieca ed aprioristica "adorazione" ideologica del principio di legalità *in the books*, né corroborare con sentimenti di angoscia e preoccupazione rispetto alle posizioni culturalmente "pericolose" e "infedeli" di quegli studiosi dotati del coraggio intellettuale di svelare le mistificazioni che «si nascondono nel bagaglio culturale del penalista "normotipico"»⁴³⁸.

⁴³⁵ G. FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, cit., pp. 1722 ss.; ID., *Il diritto penale tra legge e giudice*, 2002, pp. 7 ss.; O. DI GIOVINE, *Il ruolo costitutivo della giurisprudenza (con particolare riguardo al precedente europeo)*, in AA.VV., *La crisi della legalità*, cit., pp. 145 ss.

⁴³⁶ In questi termini, F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità*, cit., pp. 241 ss.

⁴³⁷ Ancora F. VIGANÒ, *op. cit.*, p. 243.

⁴³⁸ Così si esprime provocatoriamente G. FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, cit., p. 1723.

Al contrario, è bene ribadire che relativizzare “astoricamente” il concetto di (riserva di) legge, prendendo altresì atto della sua inadeguatezza a contrastare la spinta “vivente” del diritto, non coincide per forza con il rinnegamento istituzionale di una verità limpidamente cristallizzata nella Costituzione: il potere legislativo in materia penale deve spettare in via esclusiva al Parlamento, democraticamente eletto. Per quanto le posizioni di cui sopra specifichino come, all’interno del diritto giurisprudenziale “creativo”, sia possibile discernere tra quello “legittimo” e ragionevolmente prevedibile, e quello “abusivo” o “capricciosamente anarchico”, resta in ogni caso inopportuno sia fomentare il riconoscimento istituzionale di una prerogativa che non compete alla magistratura, sia svilire le argomentazioni testuali a sfavore dello stesso, “colpevoli” di una sopravvalutazione di mere etichette⁴³⁹.

Il rigetto di un simile “*laissez faire*”, invece, ci sembra del tutto coerente con il DNA del nostro sistema di *civil law*, nel quale il *formalismo* penale rappresenta una delle sequenze genomiche della identità culturale dell’ordinamento. Uno di quei pochi punti che, in quanto per noi irrinunciabili e fondamentali (un vero e proprio “controlimito”), non può arretrare sotto la spinta multiculturale del *sostanzialismo* convenzionale.

Non si tratta, quindi, di una passiva adesione a valori “posticci” di un passato mai divenuto presente, ovvero di un ostinato arroccamento su posizioni di principio confutate già da tempo, bensì di una semplice presa di coscienza del fatto che una patologia autoimmune del sistema non possa *ex abrupto* trasformarsi, attraverso abili tecniche argomentative, nella cura della sintomatologia del paziente.

⁴³⁹ È questo l’appunto che G. FIANDACA, *Prima lezione*, cit., pp. 130-131 muove alle più volte richiamate posizioni di L. FERRAJOLI, il cui «rifiuto del termine “creatività” riferito all’interpretazione giudiziale» viene giudicato «frutto più di preferenze lessicali e di scrupoli ideologici che non di obiezioni di natura sostanziale».

4.1. La soluzione *de lege lata* suggerita dalla più recente giurisprudenza costituzionale

Tale conclusione è tanto attuale da costituire il cuore della ritrovata *verve* legalistica della Corte costituzionale. Effettivamente, al netto del “mezzo passo indietro” rappresentato dalla sentenza sulla “sospensione della prescrizione da Covid-19”, si deve guardare con assoluto favore alla strada intrapresa dalla Consulta.

Le parole utilizzate nelle citate sentenze n. 230/2012, n. 115/2018 e nn. 24-25/2019, per vero, paiono riportare al centro del discorso ermeneutico proprio l'impermeabilità del dominio legislativo delle Camere su ogni fase della vita dei precetti penali, relegando il formante giurisprudenziale ad una funzione servente rispetto al primo, affatto sostitutiva dello stesso: la legge resta il *prius* delle scelte politico-criminali, quel *corpus di scripta*, valorialmente antecedente rispetto all'interpretazione, che, nei sistemi giuridici continentali di *civil law*, assicura ai cittadini la conoscibilità dei comportamenti *contra jus*; l'interpretazione giudiziale, al contrario, va inquadrata come mero *posterius* della stessa, che deve limitarsi esclusivamente a “fare luce” sulle eventuali “zone d'ombra” della disposizione codicistica, individuando «il significato corretto nell'arco delle sole opzioni che il testo autorizza e che la persona può raffigurarsi leggendolo»⁴⁴⁰.

Questa nuova stagione di «riabilitazione del *tipo legale tassativo*»⁴⁴¹, detto altrimenti, ci sembra contenutisticamente propizia e fisiologicamente predisposta a ricondurre la dimensione pluralistica della *law in action* entro i binari istituzionali della logica liberal-democratica della separazione dei poteri. All'interno della stessa, la legge torna ad essere il centro dell'universo penalistico domestico e la magistratura pare finalmente essere reinquadrata

⁴⁴⁰ Cfr. ancora Corte cost., sentenza n. 115/2018., par. 11.

⁴⁴¹ L'espressione è di V. MAIELLO, *La legalità della legge e il diritto dei giudici*, cit., p. 40.

nella sua "originaria" mansione di *jus-dicere*, e non legittimata come potere surrettiziamente dedito a veri e propri atti di sovranità (*jus-facere*).

Si tratta, a ben vedere, di un passaggio cruciale, solo apparentemente "scontato". I citati approdi della giurisprudenza costituzionale, d'altronde, appaiono latori di un messaggio non contingentato alle singole vicende di legittimità da essi affrontate, bensì di portata generale, che investe sia il cosmo della legalità penalistica, sia la galassia della relazione tra giudice e legge.

Un *obiter dictum* complessivo rivolto in primo luogo alla magistratura, cui viene "intimato" di tornare ad essere ciò che i *books* vogliono che sia, e cioè né il coautore delle scelte *in criminalibus*, né tantomeno un meccanico applicatore delle stesse, bensì un organo del tutto *apolitico*, che deve oculatamente bilanciare il cumulo delle sue funzioni di «istituzione di garanzia e istituzione di potere»⁴⁴². Ma si tratta, altresì, di un monito veementemente indirizzato al legislatore, che, mai come in questo caso, viene responsabilizzato ad un miglioramento qualitativo degli *standards* linguistici e testuali della norma penale.

Volendo riassumere in poche battute l'affresco tratteggiato dalla Consulta, ci pare possibile compendiare il seguente *vademecum*.

Posto che il principio di legalità convenzionale è più ristretto di quello costituzionale, in quanto privo della copertura democratica che sottostà all'adozione della nostra riserva di legge parlamentare in materia penale, nell'ordinamento domestico non può trovare dimora l'equiparazione del formante giurisprudenziale con quello legislativo⁴⁴³. La *ratio* e la conseguenza di

⁴⁴² Lo puntualizza brillantemente D. PULITANÒ, *Il giudice e la legge penale*, in *Questione giustizia*, 2, 2017, p. 142, ricordando come «anche l'astratta "interpretazione di legge", quando è operata da un giudice nel processo, si afferma come esercizio di potere. La giurisprudenza ha una responsabilità istituzionale non solo per le applicazioni nei casi singoli (nei quali dovrebbe "fare giustizia" risolvendo conflitti in conformità al diritto) ma anche per la complessiva tenuta della legalità (nomofilachia)».

⁴⁴³ In argomento, si v. la proposta di G. AMARELLI, *Dalla legolatria alla post-legalità*, cit., p. 1434, secondo cui la riduzione del conflitto tra la legalità costituzionale e quella europea sarebbe possibile attraverso una lettura "teleologica" delle stesse. In poche parole, l'equiparazione dei due formanti non sarebbe assoluta, bensì relativa, nel senso che la stessa sarebbe

ciò è che tutte le scelte di diritto penale sostanziale, come pure le vicende modificative ed estintive delle stesse⁴⁴⁴, non possono in alcun modo dipendere, nel disegno costituzionale, da regole giurisprudenziali, restando di esclusivo appannaggio degli atti di volontà politica del potere legislativo (sentenza n. 230/2012).

Quest'ultimo, in materia penale, deve rifuggire formule caratterizzate da vaghezza e imprecisione (sentenza n. 24/2019), garantendo al *quovis de populo* la possibilità di antivedere chiaramente le conseguenze della sua condotta. Ciò è possibile mettendo a sua disposizione testi scritti - "pubblici" ed "accessibili" a chiunque - che devono essere redatti in maniera tale da farne comprendere il contenuto semplicemente leggendoli.

Per sua definizione, quindi, la norma deve possedere una intrinseca idoneità a farsi veicolo "diretto" della *voluntas legis*, senza che vi sia il bisogno di alcun tipo di "mediazione" interpretativa. Soltanto nei casi-limite di incertezza sulla reale rilevanza del divieto - necessariamente da configurarsi come un'eccezione rispetto alla regola - la giurisprudenza deve venire in soccorso con il proprio «ausilio interpretativo», chiarendo quale sia, «nell'arco delle sole opzioni che il testo autorizza e che la persona può raffigurarsi leggendolo», il corretto significato da attribuire alla stessa (sentenza n. 115/2018). L'attività interpretativa del giudice, pertanto, anche quando opera in maniera costituzionalmente orientata, può e deve certamente contribuire a perimetrare i confini della fattispecie penale, ma pur sempre rimanendo «un'attività dichiarativa, non assimilabile alla successione della legge penale nel tempo» (sentenza n. 25/2019 e, *de relato*, n. 230/2012).

percorribile «quando ciò consenta di implementare le istanze di *favor libertatis* che da sempre plasmano la legalità penale estendendogli gli altri corollari della legalità europea o autorizzando ridefinizioni del tipo criminoso in chiave di maggiore conformità ai principi penali».

⁴⁴⁴ Ad esempio, in tema di applicabilità retroattiva del mutamento giurisprudenziale favorevole al reo, contro il quale però sia già intervenuta una sentenza di condanna passata in giudicato.

Solo assecondando la descritta dialettica, il fatto tipico può realmente attuare la funzione costituzionale della pena, quale valore politico criminale della colpevolezza/responsabilità⁴⁴⁵: il «rispetto della legalità», espresso nei termini che precedono, consente appunto «ai consociati di orientarsi – prevenzione generale – ed al singolo di apprezzare o reputare almeno come non ingiusta la risposta dell’ordinamento – prevenzione speciale»⁴⁴⁶.

Infine, ci sembra che, nella medesima occasione, la Consulta abbia accennato anche ad una sorta di “auto-ammonimento”, ricordando a se stessa la vitalità della sua funzione di “cerniera” tra l’operato dei descritti poteri ed i precetti costituzionali.

Il Giudice delle leggi, difatti, “esorta se stesso” a ritornare un ingranaggio essenziale del descritto meccanismo, nel quale, piuttosto che un disinteressato spettatore della problematica relazione legge/giudice, lo stesso è chiamato a ricoprire il ruolo di protagonista attivo della *pièce* ordinamentale, la cui coerenza non può essere assicurata senza un sindacato rigoroso sulla determinatezza delle fattispecie penali. Un organo, detto altrimenti, che si propone di essere energico, presente e fattivo, conseguentemente pronto a difendere i connotati identitari della Costituzione sia da “attacchi interni”, sia ponendosi in (più o meno) aperta contrapposizione finanche con il “sistema vivente” e con le Corti sovranazionali⁴⁴⁷.

⁴⁴⁵ Sottolinea la capacità di reciproca compenetrazione delle istanze politico-criminali delle varie categorie dommatiche S. MOCCIA, *Sui principi normativi di riferimento per un sistema penale teleologicamente orientato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, pp. 1006 ss.

⁴⁴⁶ In questi termini, C. LONGOBARDO, *Causalità e imputazione oggettiva. Profili dommatici e di politica criminale*, cit., p. 297.

⁴⁴⁷ Si v. ancora Corte cost., ordinanza n. 24/2017, cit., par. 2, in cui la Consulta rimarca il proprio “dovere di impedire” l’ingresso nell’ordinamento nazionale di regole contrastanti con il principio di legalità penale (nel caso di specie, l’applicazione della “regola Taricco”, imperniata sulla *primauté* riconosciuta dalla Corte di Giustizia UE all’art. 325, comma 1, TFUE rispetto alla disciplina nazionale della prescrizione del reato).

4.1.1. (segue) ... e le sue modalità attuative

Un manifesto di simile portata di certo parte senza i “favori del pronostico”, non intravedendosi all’orizzonte auspici particolarmente propizi ad una epocale e repentina inversione di tendenza. Per evitare, quindi, che il suddetto programma costituzionale rimanga nell’“empireo dei buoni propositi”, riteniamo opportuna l’attivazione di una serie di correttivi già presenti *in the books*, di cui in questa sede cercheremo di evidenziare le modalità ed i termini di impiego.

La sensibilizzazione del legislatore ad un maggiore rispetto degli attributi di determinatezza e tassatività può essere conseguita, anzitutto, con una poderosa campagna giuridico-culturale, inevitabilmente guidata da un importante aumento dell’apporto dottrinale. L’Accademia, in altre parole, dovrebbe “scendere in campo” non soltanto per esprimere giudizi meramente *ex post* e “certificativi” di prodotti normativi già confezionati – sovente scavalcati, senza troppe cerimonie, dal fine politico e propagandistico cui punta l’asse Governo-Maggioranza⁴⁴⁸ – bensì nella fase stessa della forgia dei medesimi. Si tratta, beninteso, di un obiettivo affatto nuovo nella scienza penalistica, che però è stato troppo spesso frustrato dallo sbilanciamento dei rapporti di forza tra i poteri dello Stato a favore della magistratura, oltre che pressoché sterilizzato dall’esperienza delle derive demagogico-populistiche degli ultimi anni⁴⁴⁹. Da questo punto di vista, quindi, la dottrina dovrebbe certamente garantire una maggiore presenza istituzionale⁴⁵⁰.

⁴⁴⁸ Emblematica è stata la compattezza del fronte dottrinale (ma, in verità, anche giurisprudenziale e dell’avvocatura) contro la riforma della prescrizione “spazzacorrotti”. In tal caso, infatti, pur manifestando a gran voce una singolare uniformità di vedute in merito alle aporie (dommatiche ma anche applicative) derivanti dalla sospensione *sine die* del corso della prescrizione del reato, in sostanza la dottrina è stata totalmente ignorata dal Parlamento in sede di approvazione del testo definitivo della l. 9 gennaio 2019, n. 3.

⁴⁴⁹ Per la letteratura in argomento, cfr. nuovamente la nota n. 4.

⁴⁵⁰ Sul punto, si v. il severo giudizio espresso da E. MEZZETTI, *Gli eccessi del legislatore e l’irrelevanza autoreferenziale della dottrina penalistica*, in *Arch. pen.*, 2, 2019, pp. 11 ss. e,

Ma ciò di sicuro non basta. Per impedire la prosecuzione di quanto accaduto fino ad ora, ossia che il legislatore continui a rimanere “sordo” rispetto alle descritte sollecitazioni costituzionali, l’iniziativa *de qua* andrebbe “spalleggiata” da una “pedagogica” sequela di declaratorie di illegittimità costituzionale delle fattispecie vaghe ed imprecise, cui la Consulta, contrariamente al passato, ci pare si sia finalmente dichiarata disponibile. Il che non significa che la Corte costituzionale si debba sobbarcare il compito – oggettivamente irrealistico⁴⁵¹ – di espungere dall’ordinamento tutta quella sua corposa frazione contraddistinta da una scadente tecnica normativa, ma soltanto che, già con un ridotto numero di pronunce in tal senso, il legislatore sarebbe di sicuro stimolato *pro futuro* a raffinare i suoi prodotti normativi, onde scongiurare che la “nuova aria legalistica” che si respira a Palazzo della Consulta ne provochi la sicura perenzione.

Il combinato disposto di simili accorgimenti impedirebbe l’arricchimento del catalogo penale di nuove incriminazioni indeterminate e, di conseguenza, porrebbe un argine anche alla proliferazione di “lacune volontarie” da parte del legislatore⁴⁵², corrispondenti ad altrettante “deleghe in bianco” al formante giurisprudenziale.

soprattutto, p. 15. L’A., in particolare, critica l’atteggiamento fin troppo “cattedratico” della dottrina, la quale, occupandosi solo «dell’iperuranio arricchito», verrebbe percepita come eccessivamente distante «non solo dall’immaginario collettivo ma anche dalle giurisdizioni superiori e dal legislatore stesso, autocondannandosi ad un isolamento ‘aventiniano’ un po’ sdegnoso che, francamente, non serve a nessuno. Sia in termini propulsivi di capacità di far emergere i problemi applicativi e trovare adeguate soluzioni, quindi sul versante politico-criminale, sia su quello dell’apporto più squisitamente tecnico di confezionamento delle disposizioni».

⁴⁵¹ V. MAIELLO, *La legalità della legge*, cit., p. 42.

⁴⁵² Si pensi alla tematica del “falso valutativo” nel delitto *ex art.* 2621 c.c., per la quale A. LANZI, *Fra il legislatore apparente e il giudice sovrano*, in *Ind. pen.*, 3, 2016, pp. 679 ss. evidenzia dei veri e propri problemi di «democrazia», sotto forma di deleghe in bianco alla magistratura. In argomento, cfr. anche A. ALESSANDRI, *Le incerte novità del falso in bilancio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1, 2016, p. 33.

Il giudice perderebbe così lo scettro di *dominus* dell'odioso fenomeno costituito dalle "norme giudiziali", le quali sono attualmente le fenomenali artefici della incertezza del diritto⁴⁵³. Con diversi ulteriori vantaggi.

Nella prospettiva della argomentazione probatoria, si riuscirebbe a facilitare quel giudizio di relazione tra il *crimen* archetipico e l'accadimento naturalistico su cui si dipana la fase giurisdizionale, ossia quella dialettica: sulla cui percorribilità le parti avranno il diritto di interloquire e sviluppare le proprie argomentazioni, articolando in contraddittorio le prove a carico e a discarico, nel rispetto dei principi e delle garanzie del giusto processo⁴⁵⁴; sulla cui sussunzione avverrà l'euristica⁴⁵⁵, consentendo al giudice di maturare un convincimento sui fatti sottoposti al vaglio dibattimentale; in riferimento al quale verrà argomentata la "verità processuale" proclamata dalle motivazioni della sentenza; sul cui corretto esercizio si articoleranno, infine, i motivi delle impugnazioni e degli eventuali giudizi di gravame, sino a giungere all'epilogo della *res iudicata*.

Mettere al bando la indeterminatezza del linguaggio legale, quindi, consentirebbe di soddisfare quell'esigenza accortamente definita come «principio di pregnanza»⁴⁵⁶, che si sostanzia appunto nella "prova di resistenza" empirica di ogni norma penale, cioè del suo concreto "rendimento processuale". Con l'ulteriore vantaggio di "tagliare le gambe" a fenomeni di «epistemologia giudiziale», che snaturano categorie di parte generale (come il nesso causale) in termini di opportunità, di preferibilità e di attese⁴⁵⁷.

Questi nuovi stilemi di determinatezza e precisione, d'altronde, garantirebbero anche una nuova copertura politica delle scelte di criminalizzazione, che,

⁴⁵³ A. GARGANI, *Verso una 'democrazia giudiziaria'?*, cit., p. 108.

⁴⁵⁴ P. FERRUA, *L'interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il preteso monopolio della Corte di Strasburgo*, in *Proc. pen. giust.*, 4, 2011, p. 117.

⁴⁵⁵ M. VOGLIOTTI, *Indipendenza del giudice rispetto al precedente*, in *Legisl. pen.*, 19 ottobre 2020, p. 40.

⁴⁵⁶ M. RONCO - G. CARUSO, *Il principio di legalità*, in (a cura di) M. RONCO - E.M. AMBROSETTI - E. MEZZETTI, *La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone*, Bologna, 2016, pp. 100 ss.

⁴⁵⁷ C. LONGOBARDO, *Causalità e imputazione oggettiva*, cit., p. 231.

attraverso l'accentuazione qualitativa e quantitativa dei caratteri di *extrema ratio* e proporzionalità/offensività, restituirebbe una "nuova vita" al diritto penale, spronando l'affermazione di una nuova cultura giudiziaria che, divenuta poco incline a derive soggettivistiche e creative, dismetta la tendenza ad accentuare la finalità promozionale e "di governo" del diritto penale⁴⁵⁸, incoraggiando l'acquisizione di una «autentica cultura del limite» da parte di tutti gli interpreti⁴⁵⁹.

A ben vedere, però, anche questa seconda ipotesi non appare ancora sufficiente: pur potendo arginare gli estremismi ermeneutici sui futuri interventi normativi, la stessa comunque non consentirebbe di disciplinare il «gravemente caotico atteggiamento interpretativo degli organi giudiziari» sui contrasti sincronici tuttora in essere.

Ed allora una possibile soluzione ci sembra offerta da un potenziamento della funzione nomofilattica delle Sezioni Unite della Cassazione, come implementata attraverso la previsione di cui all'art. 618, comma 1-*bis* c.p.p., introdotto dalla cd. "Riforma Orlando"⁴⁶⁰.

In argomento, è nota la posizione di autorevolissima dottrina⁴⁶¹, che da tempo propone di riconoscere al precedente della Cassazione una valenza vincolante nei confronti dei giudici di merito, sebbene solo in senso relativo ed in direzione verticale⁴⁶². Costoro, pur rimanendo "liberi" nel senso dell'art. 101, comma 2

⁴⁵⁸ Ancora C. LONGOBARDO, *Causalità e imputazione oggettiva*, cit., p. 298. Cfr. inoltre G. FIANDACA, *Il bene giuridico come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, p. 164, il quale sottolinea il carattere pericoloso e fuorviante di questo utilizzo politico dello strumento penale.

⁴⁵⁹ Cfr. V. MAIELLO, *op. ult. cit.*, pp. 43-44, secondo cui «un diritto penale attestato su livelli elevati di razionalità politico-criminale e di qualità tecnica» incoraggerebbe «stili ermeneutici e modelli di ragionamento indirizzati a preservare l'oggettiva portata di senso dello schema legale, ricostruita in un'ottica di recupero della natura eccezionale del divieto penale».

⁴⁶⁰ In particolare, art. 1, comma 66, l. 23 giugno 2017, n. 103.

⁴⁶¹ Il riferimento va alla prima edizione del 1999 del lavoro di A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, cit.

⁴⁶² Una vincolatività di tipo orizzontale andrebbe in ogni caso esclusa, posto che laddove la Cassazione fosse «assolutamente e perennemente vincolata al proprio precedente», allora «il

Cost., sarebbero però tenuti, nel caso in cui intendano sposare una interpretazione della norma diversa da quella della S.C., a rimettere la questione a quest'ultima, motivando congruamente le ragioni del proprio «dissenso»⁴⁶³; la Cassazione, dal suo canto, potrebbe decidere di fare propria questa nuova *svolta giurisprudenziale* sul punto controverso, ovvero rispedire al mittente le censure, vincolandolo a seguire il precedente da essa riaffermato.

Un meccanismo di questo tipo garantirebbe una maggiore «risonanza all'apporto dei giudici di merito alla formazione del diritto» (*jus litigationis*), valorizzerebbe il loro contributo anche alla giustizia costituzionale (*jus constitutionis*), e sarebbe, inoltre, vantaggioso in un'ottica di economia processuale, posto che la Cassazione dovrebbe motivare il proprio consenso o dissenso soltanto dinnanzi a nuove soluzioni interpretative particolarmente innovative o profonde, limitandosi semplicemente a ribadire il suo precedente convincimento «di fronte al proporsi di rimessioni motivate similmente». Analoga via sarebbe percorribile, sempre in un'ottica *lato sensu* verticale, anche nel caso di dissenso della sezione semplice della Cassazione rispetto al precedente delle Sezioni Unite⁴⁶⁴.

Tale innovativa proposta è stata, in seguito, ulteriormente sviluppata da altri illustri Autori⁴⁶⁵, i quali, pur condividendo la necessità di coltivare una «cultura

diritto vivente non evolverebbe più, con una serie di conseguenze negative inimmaginabili». Un vincolo orizzontale non sarebbe rinvenibile nemmeno al livello delle Sezioni Unite, avendo queste sempre il potere di effettuare un *overruling* del proprio precedente, purché in presenza di congrui ed argomentati motivi per farlo. In questo senso, sempre A. CADOPPI, *cit.*, pp. 307 ss. e pp. 314 ss.

⁴⁶³ Al di fuori dell'ambito penalistico, la tesi è sviluppata altresì da G. GORLA, voce *Precedente giudiziale*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIII, Roma, 1990, p. 4, secondo cui sussisterebbe un vero e proprio dovere giuridico per i giudici di primo e secondo grado (ma anche per quelli della S.C.) di non distaccarsi dai precedenti della Cassazione, se non dinnanzi a gravi motivi da motivare adeguatamente.

⁴⁶⁴ A. CADOPPI, *Il valore del precedente*, *cit.*, pp. 312-313.

⁴⁶⁵ Soprattutto M. DONINI, *Le garanzie istituzionali della legalità penale e un «nuovo» ruolo della Corte di cassazione: a fianco o al posto del vecchio?*, in *Cass. pen.*, 3, 2002, pp. 1165 ss.; ID., *Europeismo giudiziario e scienza penale*, *cit.*, pp. 63 ss. e pp. 99 ss.; G. FIANDACA, *La legalità penale negli equilibri del sistema politico-istituzionale*, in *Foro it.*, 5, 2000, pp. 137/138 ss.; ID., *Il diritto penale tra legge e giudice*, *cit.*, pp. 3 ss.; ID., *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della*

del precedente»⁴⁶⁶, hanno preferito ridimensionare la suddetta vincolatività, rendendola operante non in relazione anche ad un'unica pronuncia di una sezione semplice della Cassazione, bensì solo riguardo alle sentenze rese a Sezioni Unite, che intervengono sempre dopo un previo ed approfondito confronto tra i giudici sulla questione interpretativa⁴⁶⁷.

Ebbene, per quanto non si possa concordare, per tutte le motivazioni più volte fornite, sulla valenza creativa che tali Autori riconoscono al formante giurisprudenziale – cui attribuiscono, senza troppi giri di parole, il valore di «fonte» del diritto penale⁴⁶⁸ – si deve però riconoscere che la soluzione da essi prospettata è pienamente condivisibile nella parte relativa al valore del precedente nell'ambito della Cassazione⁴⁶⁹, ed altresì ora attuabile grazie alla citata riforma dell'art. 618 c.p.p.

Il precedente giurisprudenziale continua ad essere privo di forza formalmente vincolante in quanto non è assimilabile ad un "precedente normativo", l'unico cui il giudice deve necessariamente sottostare. Ciononostante, dalla sola prospettiva delle prevedibilità della decisione giudiziale, la novella *de qua* ci pare garantisca adesso una adeguata copertura codicistica per realizzare

Cassazione, cit., pp. 1722 e, in particolare, pp. 1736 ss. In ambito processualpenalistico, la tesi è sviluppata da E. MARZADURI, *Linee guida per una riforma del ricorso per Cassazione*, in *Le impugnazioni penali nel prisma del giusto processo*, consultabile in www.unibo.it/NR/rdonlyres/C36BC3A7-7D6C-4C94-85DF-C0BF0E7385AA/211620/Leimpugnazionipenali_BOLOGNA_maggio2011.pdf, il quale, tuttavia, propone di procedere altresì ad una revisione costituzionale dell'art. 111.

⁴⁶⁶ In questo senso, da ultimo, F. VIGANÒ, *Riflessioni conclusive in tema di 'diritto penale giurisprudenziale', 'partecipazione' e 'concorso esterno'*, cit., pp. 289 ss.; ID., *Il principio di prevedibilità*, cit., p. 254.

⁴⁶⁷ Converge su questa posizione anche A. CADOPPI nella seconda edizione de *Il valore del precedente*, cit., 2014, p. 334; ID., *Giudice penale e giudice civile di fronte al precedente*, cit., pp. 26 ss.

⁴⁶⁸ A. CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., p. 330; ID.

⁴⁶⁹ È il giudizio espresso da E. LUPO, *Cassazione e legalità penale. Relazione introduttiva*, in (a cura di) A. CADOPPI, *Cassazione e Legalità Penale*, cit., pp. 48-50. L'A., in particolare, pur ritenendo che la proposta di introdurre una qualche vincolatività al precedente sia «da un lato, non necessaria e, dall'altro, pericolosa» (specialmente dal punto di vista di un eccessivo carico per la Cassazione), guarda comunque con favore ai benefici che la stessa potrebbe apportare in termini di prevedibilità, specialmente valorizzando l'apporto delle massime ufficiali dell'Ufficio del massimario.

parzialmente la suddetta proposta dottrinale. Invero, nella parte in cui prevede che «se una sezione della Corte ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite, rimette a queste ultime, con ordinanza, la decisione del ricorso»⁴⁷⁰, il comma 1-*bis* dell'art. 618 c.p.p. dischiude nuove ed ottimistiche prospettive per il riconoscimento di una maggiore persuasività ai *dicta* autorevoli delle Sezioni Unite della Cassazione⁴⁷¹, accorciando ragionevolmente quella distanza tra *books* ed *action* che tanti grattacapi crea al nostro ordinamento.

La funzione nomofilattica della Cassazione viene, dunque, irrobustita dalla previsione di una rimessione "obbligatoria"⁴⁷², e cioè da effettuare ogniqualvolta un collegio di una sezione semplice ritenga di aver maturato una *dissenting opinion* rispetto ad un principio di diritto delle Sezioni Unite. Queste, di conseguenza, vengono dichiaratamente investite di un ruolo persuasivamente apicale nella gerarchia interna del Supremo consesso⁴⁷³, non certamente nel

⁴⁷⁰ Evidente è il richiamo all'analogia processualcivilistica dell'art. 374, comma 3, c.p.c., come novellato dall'art. 8, d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40. In argomento, già F. PALAZZO, *Legalità fra law in the books e law in action*, cit., p. 74, auspicava l'introduzione in materia penale di una disposizione analoga a quella civilistica.

⁴⁷¹ Sul punto, A. CADOPPI, *Giurisprudenza e diritto penale*, in (a cura di) E.M. AMBROSETTI, *Studi di onore di Mauro Ronco*, Torino, 2017, p. 54, puntualizza come, sin da prima della riforma, l'autorevolezza delle Sezioni Unite fosse comunque significativamente percepita sia dai giudici stessi, sia dagli avvocati, sia dai "professori", tutti consapevoli del grande peso e delle "potenzialità scientifiche" delle pronunce della S.C.

⁴⁷² Sul punto, G. FIDELBO, *Verso il sistema del precedente? Sezioni Unite e principio di diritto*, in www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 29 gennaio 2018, pp. 5 ss., evidenzia come la novella non abbia intaccato la previgente disciplina, che continua ad operare laddove su una determinata questione non siano stati enunciati principi di diritto da parte delle Sezioni Unite. In tal caso, la rimessione alle stesse continuerà ad essere facoltativamente effettuabile: *ex art. 610*, comma 2 c.p.p., dal primo presidente della Cassazione, se ritenga che la questione sia di «speciale importanza» ovvero debbano essere risolti contrasti insorti tra singole sezioni semplici; *ex art. 618*, comma 1 c.p.p., dalla singola sezione semplice, nell'ipotesi in cui intraveda che la questione sottoposta al suo esame abbia dato o possa dar luogo ad un possibile contrasto giurisprudenziale. Si tratta comunque, a ben vedere, di un sistema fondato su valutazioni discrezionali, posto che i suddetti meccanismi possono non essere attivati quando si ritenga che il contrasto possa spontaneamente comporsi col tempo.

⁴⁷³ C. IASEVOLI, *Le nuove prospettive della Cassazione penale: verso l'autonomia della Costituzione?*, in *Giur. it.*, 2017, pp. 2300 ss.

senso di un «monopolio» sull'interpretazione⁴⁷⁴, né di un «meccanismo burocratico con connotazioni gerarchiche»⁴⁷⁵, bensì di una sorta di onere programmatico ad un raffronto “costruttivo” tra le sezioni, che potrebbe enormemente contribuire proprio allo sviluppo di quella “cultura del precedente” tanto auspicata dalla dottrina più progressista.

Riteniamo, quindi, che il meccanismo introdotto dalla legge n. 103/2017 non dia luogo ad un sistema di *binding precedent* propriamente detto, che continua ad essere impossibile alla luce dell'art. 101, comma 2 Cost. e, soprattutto, del combinato disposto degli artt. 25, comma 2 e 27 Cost.

Al contrario, sembra in grado di vivificare una sorta di “*stare decisis* dialettico”, non un vincolo ma una raccomandazione di tipo negativo⁴⁷⁶, in cui la forza persuasiva del precedente delle Sezioni Unite può dirsi finalmente in grado di realizzare il compito di assicurare «l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge» e «l'unità del diritto oggettivo nazionale», come postulato dall'art. 65 ord. giur. Un bilanciamento che non influisce sulla sottoposizione alla sola legge della magistratura, né equipara il formante giurisprudenziale a quello legislativo, ma che supporta l'interprete nella individuazione del corretto significato tra le «sole opzioni che il testo autorizza e che la persona può raffigurarsi leggendolo», consentendogli di attingere alle precedenti decisioni delle Sezioni Unite.

⁴⁷⁴ R. APRATI, *Le sezioni unite fra l'esatta applicazione della legge e l'uniforme interpretazione della legge (commi 66-69 l. n. 103/2017)*, in (a cura di) A. MARANDOLA - T. BENE, *La riforma della giustizia penale*, Milano, 2017, p. 281.

⁴⁷⁵ Ancora G. FIDELBO, *Verso il sistema del precedente?*, cit., pp. 15-16..

⁴⁷⁶ Cfr. L. LUDOVICI, *Il giudizio di cassazione dopo la c.d. riforma Orlando*, in (a cura di) G.M. BACCARI - C. BONZANO - K. LA REGINA - E.M. MANCUSO, *Le recenti riforme in materia penale*, Padova, 2017, pp. 445 ss., secondo cui si tratterebbe di un vero e proprio vincolo negativo, in quanto il richiamato meccanismo «non riduce le sezioni semplici all'obbedianza, ma, piuttosto, inibisce loro di adottare direttamente decisioni eterodosse».

Una “guida” ermeneutica, dunque, sempre e solo tendenziale⁴⁷⁷, da cui ciascun giudice sarà comunque libero di discostarsi a patto che ne evidenzi criticamente i vizi e l’erroneità⁴⁷⁸, chiarendo quale sia la nuova opzione testuale corretta.

La legalità legislativa riaffermata dalla Corte costituzionale appare del tutto coerente con la suddetta ricostruzione, proprio perché chiede alla nomofilachia di «fare della difesa della legge la barra dei propri compiti di indirizzo interpretativo»; la riaffermazione del tipo legale tassativo, detto altrimenti, non mortifica il ruolo della giurisprudenza, ma ne esalta l’ufficio di difensore della legge penale, confermando però che la creazione di quest’ultima, nel rispetto dei principi costituzionali, deve rimanere una prerogativa istituzionale dei luoghi della democrazia rappresentativa⁴⁷⁹.

Forse ottimisticamente, ma riteniamo che l’impianto complessivo poc’anzi descritto stia lentamente preparando il terreno a quella «stagione di “nomofilachia condivisa”» auspicata da autorevole dottrina, nella quale la Consulta si affranca dalla condizione marginale cui si è finora autoconfinata e riguadagna un ruolo centrale nel governo dell’interpretazione, ad oggi sostanzialmente scaricata sul giudice comune⁴⁸⁰.

⁴⁷⁷ Anche perché la citata legge n. 103/2017 non ha introdotto alcun tipo di sanzione diretta, nelle ipotesi in cui non venga osservato il suddetto meccanismo.

⁴⁷⁸ Sposa una valorizzazione della portata precettiva dell’art. 65 ord. giur. F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale*, cit., pp. 252 ss., il quale ritiene che i precedenti della Cassazione dovrebbero essere seguiti «non tanto perché ‘corretti’, o intrinsecamente ‘giusti’; bensì (...) per la pragmatica ragione che conformarsi ai precedenti dell’autorità a cui l’ordinamento affida espressamente il compito di assicurare uniformità all’interpretazione della legge è il modo più efficace per garantire tutela ai diritti individuali e agli interessi collettivi, di rango costituzionale e convenzionale».

⁴⁷⁹ V. MAIELLO, *La legalità della legge*, cit., pp. 44-45.

⁴⁸⁰ V. MANES, *Dalla fattispecie al precedente*, cit., p. 31, segnala appunto come ciò abbia portato ad una «polverizzazione del giudizio di costituzionalità della legge», giacché l’onere di interpretazione conforme *de facto* ha segnato il «declino della funzione interpretativa del giudice costituzionale, e la progressiva estinzione delle sentenze interpretative di rigetto».

4.1.2. L'azionamento dell'art. 5 c.p. come clausola di salvaguardia solo "residuale"

In questo nuovo contesto culturale, ci sembra che l'art. 5 c.p., come interpretato dalla Corte costituzionale, possa senz'altro fornire un utilissimo contributo per implementare l'equità del rapporto tra cittadino e ordinamento⁴⁸¹.

Si è già avuto modo di chiarire come il meccanismo dell'*ignorantia legis* inevitabile/scusabile non presenti caratteristiche tali da elevarlo a farmaco sistematico per la certezza del diritto, ma si atteggi solo come un rimedio di carattere congiunturale, astrattamente valido per escludere la colpevolezza di chi abbia agito in una situazione in cui oggettivamente non poteva conoscere le conseguenze penalmente rilevanti della propria condotta.

Ebbene, nel momento in cui della suddetta funzione general-garantistica viene a farsi carico la descritta sinergia tra rinvigorito presidio tassativistico da parte della Consulta, "rieducazione" del legislatore ad un corretto esercizio della scienza della legislazione, incoraggiamento di una cultura del limite e del precedente in seno alla magistratura, ottenuta previo rafforzamento della funzione nomofilattica delle Sezioni Unite grazie al nuovo art. 618, comma 1-bis c.p.p., ecco che l'art. 5 c.p. potrebbe tornare a "rivivere" nella valenza indicata dalla sentenza n. 364/1988 della Corte costituzionale, ossia come clausola di salvaguardia, per così dire, "residuale" contro gli *overruling* sfavorevoli imprevedibili.

Esso potrebbe finalmente divenire quel "paracadute" garantistico: a) che "si aprirebbe" nei confronti del singolo e solo "a valle", ossia in caso di fallimento dei suddetti rimedi generali; b) che, dunque, spiegherebbe efficacia esclusivamente nelle ipotesi in cui si verificano circostanze quali l'oscurità del

⁴⁸¹ Auspica simile apertura, da ultimo, F. CONSULICH, *Così è (se vi pare). Alla ricerca del volto dell'illecito penale, tra legge indeterminata e giurisprudenza imprevedibile*, in *Sist. pen.*, 10 aprile 2020, p. 33.

testo normativo ed il perdurare del caos giurisprudenziale, le quali, alla luce di quanto sopra, diverrebbero col tempo se non eccezionali quantomeno assai infrequenti; c) la cui “portanza” verrebbe incrementata proprio dal rafforzamento della relazione tra il riaffermato tipo legale tassativo – cui il diritto penale cesserebbe di resistere⁴⁸² – e il principio di colpevolezza.

In questo modo, l’art. 5 c.p. potrebbe proficuamente assecondare la sua vocazione di ponte con il diritto umano alla prevedibilità della decisione giudiziale *ex art. 7 CEDU*: attraverso un atteggiamento culturale della giurisprudenza senz’altro più “aperturista” rispetto al passato, detta norma potrebbe divenire il felice punto di raccordo tra i due paradigmi di legalità, quella costituzionale e quella europea, declinando *pro reo* tutte quelle situazioni di oggettiva imprevedibilità del mutamento giurisprudenziale sfavorevole.

Si realizzerebbe, quindi, quella autorevole prospettazione dottrinale che vede nell’errore sul precetto lo strumento più “a buon mercato” per risolvere situazioni analoghe all’*affaire Contrada* che siano ancora *sub iudice* e non irrevocabili⁴⁸³, posto che, laddove il provvedimento di condanna sia passato in giudicato, la giurisprudenza costituzionale ha chiarito che continuerebbe a non esserci alcuna possibilità di travolgerne la stabilità⁴⁸⁴.

⁴⁸² È appunto questa la “prognosi” effettuata da F. CONSULICH, *op. ult. cit.*, pp. 35 ss. sul moderno diritto penale, a giudiziale del quale, però, l’art. 5 c.p. andrebbe “rivitalizzato” attraverso l’innesto di una serie di “regole interpretative”, condivise tra gli “addetti ai lavori” e giustiziabili dal cittadino, e di “regole istituzionali”, attinenti non soltanto al rapporto tra i singoli giudici, ma anche tra il potere giudiziario e gli altri poteri.

⁴⁸³ F. PALAZZO, *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*, cit., pp. 1064-1065; ID., *Legalità fra law in the books e law in action*, cit., pp. 70-71.

⁴⁸⁴ Cfr. ancora Corte cost., sentenza n. 230/2012, cit.

4.2. L'adozione del *recurso de amparo* come istituto *de lege ferenda* per le ipotesi di «eccesso di potere interpretativo»

In una prospettiva di riforma, ci sembra che il sistema potrebbe ulteriormente affinarsi attraverso soluzioni istituzionali di contrasto alle ipotesi che continuano a “sfuggire” alla mannaia di incostituzionalità e che, contestualmente, non vengano incanalate nel nuovo binario virtuoso dell'art. 618, comma 1-*bis* c.p.p. Per quanto non manchino voci secondo cui una qualche censura per “abnormità” sia implicitamente ricavabile già dalla novella processualistica del 2017⁴⁸⁵, appare preferibile fugare ogni dubbio attraverso interventi normativi che difendano il *cives* dalle fluttuazioni del diritto vivente, assicurandolo in merito all'annoso quesito del *quis custodiet ipsos custodes*.

Pertanto, onde evitare ulteriori attentati creazionistici alla legalità, specialmente di quel tipo non tutelabile neanche attraverso un più prodigo utilizzo dell'art. 5 c.p., in quanto non involgenti profili di prevedibilità decisionale, si potrebbero introdurre presidi processuali alle ipotesi definibili di «eccesso di potere interpretativo»⁴⁸⁶, in cui, cioè, la legalità viene solo formalmente rispettata nel magma del diritto vivente, per poi essere, in realtà, sostanzialmente pretermessa dai circuiti istituzionali che dovrebbero sorvegliarne l'operatività.

Ebbene, per tutti i casi di questo tipo si potrebbe pensare di introdurre un ricorso giudiziale diretto del cittadino, di carattere individuale, speciale e

⁴⁸⁵ Lo sostiene C. IASEVOLI, *Le nuove prospettive*, cit., p. 2301, secondo la quale, nell'ipotesi in cui una sezione semplice pronunzi una sentenza in contrasto con un principio di diritto delle Sezioni Unite senza avere previamente rimesso alle stesse la questione, tale provvedimento sarebbe da considerarsi come emesso in difetto di potere. Secondo l'A., tale conclusione renderebbe la novella incompatibile con gli artt. 101 comma 2 e 103 comma 3 Cost., dovendosene desumere l'irragionevolezza della procedura prevista dal nuovo comma 1-*bis* dell'art. 618 c.p.p.

⁴⁸⁶ A. CADOPPI, *Giurisprudenza e diritto penale*, cit., pp. 57-58, cristallizza la sua posizione, prendendo atto del fatto che, a suo giudizio, «la giurisprudenza è sempre stata in qualche modo creativa, e sempre lo sarà».

straordinario, con cui lo stesso chieda di sanzionare la violazione dei propri diritti da parte dell'autorità giudiziaria⁴⁸⁷.

Tale istituto, modellato sulla falsariga del *recurso de amparo* spagnolo⁴⁸⁸, consentirebbe al cittadino già giudicato in ultimo grado di denunciare ad una Alta Corte – da individuarsi nella Consulta, ovvero da creare *ex novo*, magari attingendo “a piene mani” anche dall'Accademia e dall'Avvocatura⁴⁸⁹ – quei casi di straripamento di potere interpretativo che, attraverso i “voli pindarici” della giurisprudenza, manifestano oggi una palese (per quanto sapientemente occultata) violazione del *nullum crimen*.

Un progetto certamente da studiare con attenzione onde evitare rischi di inflazione⁴⁹⁰, ma che di sicuro costituirebbe un ulteriore, importante, strumento di tutela di quei diritti fondamentali calpestati da un espansionismo giudiziario sempre più incontrollabile.

⁴⁸⁷ Tra i costituzionalisti, cfr. R. ROMBOLI, *I differenti livelli di protezione dei diritti: un invito a ripensare i modelli*, *Oss. fon.*, 1, 2015, pp. 1 ss. e, in particolare, pp. 20 ss.

⁴⁸⁸ Tra i penalisti, la proposta è stata avanzata da F. BRICOLA, *Le definizioni normative nell'esperienza dei codici penali contemporanei e nel progetto di legge delega italiano*, in AA.VV., *Omnis definitio in iure periculosa? Il problema delle definizioni legali nel diritto penale*, Padova, 1996, pp. 239 ss., e recentemente ripresa da A. CADOPPI, *op. ult. cit.*, loc. cit.

⁴⁸⁹ Cfr. R. BIN, *La Corte costituzionale può introdurre con una sentenza il ricorso diretto di costituzionalità della legge?*, in *www.lacostituzione.info*, 13 gennaio 2017, il quale sottolinea i rischi di una pericolosa sovrapposizione con le attuali prerogative della Consulta, oltre che un eccessivo ingolfamento dell'attività di quest'ultima, tra l'altro riscontrato sia nell'ordinamento tedesco che in quello spagnolo. Critica sul punto è anche D. PERRONE, *Nullum crimen sine iure*, cit., p. 390, la quale rileva come nell'ordinamento spagnolo, a causa dell'elevato numero di ricorsi presentati per denunciare una violazione dell'art. 24 CE, il *recurso de amparo* sia divenuto una sorta di «quarto grado di giudizio», tanto da paventare una «perdita da parte del *Tribunal* del proprio ruolo costituzionale».

⁴⁹⁰ In questo senso, V. MAIELLO, *La legalità della legge*, cit., pp. 50-52, ritiene che tale pericolo risulterebbe comunque sterilizzabile «con opportuni antidoti, quali i filtri di ammissibilità ancorati al parametro della *non manifesta infondatezza* assegnati alla competenza di un comitato ristretto dell'organo competente a decidere».

BIBLIOGRAFIA

- ALESSANDRI A., *Le incerte novità del falso in bilancio*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1, 2016;
- AMALFITANO C., *La vicenda Taricco nuovamente al vaglio della Corte di giustizia: qualche breve osservazione a caldo*, in *Eurojus.it*, 29 gennaio 2017;
- AMARELLI G., *Dalla legolatria alla post-legalità: eclissi o rinnovamento di un principio?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 3, 2018;
- AMARELLI G., *La particolare tenuità del fatto nel sistema della non punibilità*, in *disCrimen*, 14 dicembre 2018;
- AMATI E., *L'enigma penale. L'affermazione dei populismi nelle democrazie liberali*, Torino, 2020;
- ANTONIOLLI DEFLORIAN L., *Il ruolo del precedente nel common law inglese*, in (a cura di) U. VINCENTI, *Il valore dei precedenti giudiziari nella tradizione europea*, Padova, 1998;
- APRATI R., *Le sezioni unite fra l'esatta applicazione della legge e l'uniforme interpretazione della legge (commi 66-69 l. n. 103/2017)*, in (a cura di) A. MARANDOLA - T. BENE, *La riforma della giustizia penale*, Milano, 2017;
- BALDUZZI R. – SORRENTINO F., voce *Riserva di legge*, in *Enciclopedia del diritto*, XL, Milano, 1989;
- BALSAMO A. – PARASPORO C., *La Corte Europea e la confisca contro la lottizzazione abusiva: nuovi scenari e problemi aperti*, in *Cassazione penale*, 7-8, 2009;
- BARTOLI R., *Con una finta la Consulta aggira il problema della irretroattività/retroattività della sospensione della prescrizione connessa al Covid*, in *Sistema penale*, 8 febbraio 2021;
- BARTOLI R., *Incriminatione e giustificazione: una diversa legalità?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2, 2010;
- BARTOLI R., *La Corte costituzionale al bivio tra "rime obbligate" e discrezionalità? Prospettabile una terza via*, in *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 2, 2019;
- BARTOLI R., *Le modifiche alla disciplina della prescrizione: una sovversione dei principi*, in *Diritto penale e processo*, 2019;
- BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, II ed., Firenze, Le Monnier, 1950;
- BELFIORE E.R., *Brevi note sul problema della scusabilità dell'ignorantia legis*, in *Foro italiano*, 3, 1995;

- BERNARDI A., *I controllimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli 2017;
- BERNARDI A., *Il difficile rapporto tra fonti penali interne e fonti sovranazionali*, in (a cura di) C. E. PALIERO – S. MOCCIA – G. DE FRANCESCO – G. INSOLERA – M. PELISSERO – R. RAMPIONI – L. RISICATO, *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, Napoli, 2016;
- BERNARDI A., *L'armonizzazione delle sanzioni in Europa: linee ricostruttive*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1, 2008;
- BERNARDI A., *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno. XXXI – L'ordine giuridico europeo: radici e prospettive*, II, Milano, 2002;
- BERNARDI A., *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea*, in (a cura di) A. BERNARDI, *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, Napoli, 2015;
- BERNARDI A., *La competenza penale accessoria dell'Unione europea: problemi e prospettive*, in *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 1, 2012;
- BERNARDI A. – CUPELLI C., *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale. Atti del convegno svoltosi nell'Università degli Studi di Ferrara il 24 febbraio 2017*, Napoli, 2017;
- BERNARDI S., *Ancora sui “fratelli minori” di Bruno Contrada: un nuovo diniego in Cassazione*, in www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 11 dicembre 2017;
- BERNARDI S., *I “fratelli minori” di Bruno Contrada davanti alla Corte di Cassazione*, in *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 2, 2017;
- BERNARDI S., *Le Sezioni Unite chiudono la saga dei “fratelli minori” di Bruno Contrada: la sentenza Contrada c. Italia non può produrre effetti erga omnes*, in *Sistema penale*, 11 marzo 2020;
- BERTOLINO M., *Dalla mera interpretazione alla «manipolazione»: creatività e tecniche decisorie della Corte costituzionale tra diritto penale vigente e diritto vivente*, in (a cura di) M. BERTOLINO – L. EUSEBI – G. FORTI, *Studi in onore di Mario Romano*, I, Napoli, 2011;
- BIN R., *L'interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, in *RivistaAIC*, 1, 2015;
- BIN R., *La Corte costituzionale può introdurre con una sentenza il ricorso diretto di costituzionalità della legge?*, in www.lacostituzione.info, 13 gennaio 2017;
- BOSCARELLI M., *A proposito del principio di «tassatività»*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1981;

- BRICOLA F., *Le definizioni normative nell'esperienza dei codici penali contemporanei e nel progetto di legge delega italiano*, in AA.VV., *Omnis definitio in iure periculosa? Il problema delle definizioni legali nel diritto penale*, Padova, 1996;
- BRICOLA F., *Legalità e crisi: l'art. 25, commi 2° e 3°, della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70*, in (a cura di) S. CANESTRARI – A. MELCHIONDA, *Scritti di diritto penale*, Milano, 1997;
- BRICOLA F., voce *Teoria generale del reato*, in *Novissimo digesto italiano*, vol. XIX, 1973;
- BRUNELLI D., *Divagazione sulle "dimensioni parallele" della responsabilità penale, tra ansie di giustizia, spinte moralistiche e colpevolezza normativa*, in *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 2, 2017;
- BRUNELLI D., *L'ignoranza inevitabile dei doveri militari dopo la manipolazione dell'art. 39 c.p. mil. Pace: nuovi spazi per l'imputazione dolosa della 'culpa iuris'?*, in *Foro italiano*, 2, 1995;
- CADOPPI A., *Giudice penale e giudice civile di fronte al precedente*, in *Indice penale*, 2014;
- CADOPPI A., *Giurisprudenza e diritto penale*, in (a cura di) E.M. AMBROSETTI, *Studi di onore di Mauro Ronco*, Torino, 2017;
- CADOPPI A., *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, 2014;
- CALAMANDREI P., *Prefazione a C. BECCARIA, Dei delitti e delle pene*, II ed., Firenze, Le Monnier, 1950;
- CANZIO G. – KOSTORIS R.E. – RUGGIERI A., *Gli effetti dei giudicati "europei" sul giudicato italiano dopo la sentenza n. 113/2011 della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2, 2011, 28 giugno 2011;
- CAPUTO M., sub *Art. 5*, in (a cura di) T. PADOVANI, *Codice penale*, I, Milano, 2019;
- CARLASSARE L., *La riserva di legge: presupposti teorici e implicazioni pratiche*, in *Studium iuris*, 1996;
- CARLASSARE L., voce *Legge (riserva di)*, in *Enciclopedia giuridica*, XVIII, 1990;
- CARLASSARE L., *Problemi attuali della rappresentanza politica*, in (a cura di) N. ZANON – F. BIONDI, *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica. Atti del convegno svoltosi a Milano il 16-17 marzo 2020*, Milano, 2001;
- CARRARA F., *Opuscoli di diritto criminale*, VII, Firenze, IV ed., 1899;
- CASTELLANI L., *Il potere vuoto. Le democrazie liberali e il ventunesimo secolo*, Milano, 2016;

- CATTANEO M.A., *Anselm Feuerbach filosofo e giurista liberale*, Milano, 1970;
- CAVALIERE A., *I reati associativi tra teoria, prassi e prospettive di riforma*, in (a cura di) G. FIANDACA – C. VISCONTI, *Scenari di mafia. Orizzonte criminologico e innovazioni normative*, Torino, 2010;
- CAVALIERE A., *Il concorso eventuale nel reato associativo. Le ipotesi delle associazioni per delinquere e di tipo mafioso*, Napoli, 2003;
- CAVALIERE A., *Il controllo del traffico di stupefacenti tra politica criminale e dogmatica*, in *Diritto penale e processo*, 5, 2015;
- CAVALIERE A., *Le norme 'spazzaprescrizione' nella l. n. 3/2019*, in *La legislazione penale*, 12 febbraio 2020;
- CAVALIERE A., *Un tentativo di visione d'insieme degli ordinamenti politico-criminali emergenti dalla normativa europea in materia penale*, in (a cura di) A. CAVALIERE – V. MASARONE, *L'incidenza di decisioni quadro, direttive e convenzioni europee sul diritto penale italiano*, Napoli, 2018;
- CHIANTINI M., *Diritto e processo penale alla fine dell'Ancien Régime*, in (a cura di) M. ASCHERI, *Lezioni di storia delle codificazioni e delle costituzioni*, Torino, 2008;
- CIVELLO G., *La sentenza G.I.E.M. s.r.l. e altri c. Italia: un passo indietro rispetto alla sentenza "Varoara"? Ancora sui rapporti fra prescrizione e confisca urbanistica*, in *Archivio penale*, 3, 2018;
- CONDINANZI M., *Fonti del «terzo pilastro» dell'Unione europea e ruolo della Corte costituzionale*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2007;
- CONSULICH F., *Così è (se vi pare). Alla ricerca del volto dell'illecito penale, tra legge indeterminata e giurisprudenza imprevedibile*, in *Sistema penale*, 10 aprile 2020;
- CONTENTO G., *Principio di legalità e diritto penale giurisprudenziale*, in *Foro italiano*, 1988;
- CONTIERI E., *Dialettica del bene giuridico. Per il recupero di una prospettiva costituzionalmente orientata*, Pisa, 2019;
- COSTA P., *Pagina introduttiva. Il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XXXVI, I, 2007;
- CRISAFULLI V., voce *Disposizione (e norma)*, in *Enciclopedia del diritto*, XIII, 1964;
- CRISAFULLI V., *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, 1984;
- CUPELLI C., *Ecce Taricco II. Fra dialogo e diplomazia, l'attesa sentenza della Corte di Giustizia*, in *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 12, 2017;

- CUPELLI C., *Il Parlamento europeo e i limiti di una codecisione in materia penale*, in *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, 2012;
- CUPELLI C., *La Corte costituzionale chiude il caso Taricco e apre a un diritto penale europeo 'certo'*, in *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 6, 2018;
- CUPELLI C., *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Napoli, 2012;
- DE FRANCESCO G.A., *Brevi spunti sul caso Contrada*, in *Cassazione penale*, 1, 2016;
- DE FRANCESCO G.A., *I poliedrici risvolti di un istituto senza pace*, in *La legislazione penale*, 2003;
- DE FRANCESCO G.A., *Il concorso esterno nell'associazione mafiosa torna alla ribalta del sindacato di legittimità*, in *Cassazione penale*, 7-8, 2012;
- DE LIA A., *Le misure di prevenzione: dalla sentenza "de Tommaso c Italia" alle modifiche operate dalla legge n. 161 del 17 ottobre 2017*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1° dicembre 2017;
- DE VERO G., *Corso di diritto penale*, I, Torino, 2012;
- DE VERO G., *Gli obblighi di penalizzazione di fonte europea*, in (a cura di) C. E. PALIERO – S. MOCCIA – G. DE FRANCESCO – G. INSOLERA – M. PELISSERO – R. RAMPIONI – L. RISICATO, *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, Napoli, 2016;
- DE VERO G., *Il concorso esterno in associazione mafiosa tra incessante travaglio giurisprudenziale e perdurante afasia legislativa*, in *Diritto penale e processo*, 11, 2003;
- DELITATA G., *Cesare Beccaria e il problema penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1964;
- DI GIOVINE O., *Il ruolo costitutivo della giurisprudenza (con particolare riguardo al precedente europeo)*, in (a cura di) C. E. PALIERO – S. MOCCIA – G. DE FRANCESCO – G. INSOLERA – M. PELISSERO – R. RAMPIONI – L. RISICATO, *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, Napoli, 2016;
- DI MARTINO A., *Una legalità per due? Riserva di legge, legalità CEDU e giudice-fonte*, in *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, 2014;
- DIOTALLEVI L., *La Corte di cassazione sancisce l'“equiparazione” tra giornali cartacei e telematici ai fini dell'applicazione della disciplina in materia di sequestro preventivo: un nuovo caso di “scivolamento” dalla “nomofilachia” alla “nomopoiesi”?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3, 2015;
- DOLCINI E., *Principi costituzionali e diritto penale alle soglie del nuovo millennio*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1, 1999;

- DONINI M., *Diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in (a cura di) A. CADOPPI, *Cassazione e legalità penale*, Roma, 2017;
- DONINI M., *Il caso Contrada e la Corte EDU. La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giudiziaria*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1, 2016;
- DONINI M., *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004;
- DONINI M., *Le garanzie istituzionali della legalità penale e un «nuovo» ruolo della Corte di cassazione: a fianco o al posto del vecchio?*, in *Cassazione penale*, 3, 2002;
- DONINI M., *Lettura critica a Corte costituzionale n. 115/2018*, in www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 11 luglio 2018;
- DONINI M., *Populismo penale e ruolo del giurista*, in *Sistema penale*, 7 settembre 2020;
- ECO U., *Il Novecento. Il secolo breve. Storia*, 2016, Milano;
- ECO U., *Interpretazione e sovrainterpretazione*, Milano, 1995;
- ELIA L., *Divergenze e convergenze della Corte costituzionale con la magistratura ordinaria in materia di garanzie difensive nella istruzione sommaria*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1965;
- EPIDENDIO T.E., *Prescrizione, legalità e diritto giurisprudenziale: la "crisi" del diritto penale tra le Corti*, in www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 28 settembre 2017;
- EPIDENDIO T.E., *Riflessioni teorico-pratiche sull'interpretazione conforme*, in *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 3-4, 2012;
- FOUCAULT M., *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, traduzione italiana a cura di A. Tarchetti, Torino, 2014;
- FERRAJOLI L., *Contro il creazionismo giudiziario*, Modena, 2018;
- FERRAJOLI L., *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Questione giustizia. Trimestrale promosso da Magistratura democratica*, 4, 2016;
- FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 2018;
- FERRAJOLI L., *Il populismo penale nell'età dei populismi politici*, in *Questione giustizia. Trimestrale promosso da Magistratura democratica*, 1, 2019;
- FERRUA P., *L'interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il preteso monopolio della Corte di Strasburgo*, in *Processo penale e giustizia*, 4, 2011;
- FEUERBACH P.J.A., *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, Giessen, 1826;

- FIANDACA G., *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, 2011;
- FIANDACA G., *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in *Cassazione penale*, 5, 2005;
- FIANDACA G., *Diritto penale giurisprudenziale e spunti di diritto comparato*, in (a cura di) G. FIANDACA, *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, Padova, 1997;
- FIANDACA G., *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in (a cura di) F. PALAZZO, *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, Napoli, 2001;
- FIANDACA G., *Il bene giuridico come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985;
- FIANDACA G., *Il concorso esterno tra guerre di religione e laicità giuridica. Considerazioni sollecitate dalla requisitoria del p.g. Francesco Iacoviello nel processo Dell'Utri*, in *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 1, 2012;
- FIANDACA G., *La criminalità organizzata e le sue infiltrazioni nella politica, nell'economia e nella giustizia in Italia*, in (a cura di) V. MILITELLO – L. PAOLI – J. ARNOLD, *Il crimine organizzato come fenomeno transnazionale. Forme di manifestazione, prevenzione e repressione in Italia, Germania e Spagna*, Milano, 2000;
- FIANDACA G., *La legalità penale negli equilibri del sistema politico-istituzionale*, in *Foro italiano*, 5, 2000;
- FIANDACA G., *La tormentosa vicenda giurisprudenziale del concorso esterno*, in *La legislazione penale*, 2003;
- FIANDACA G., *Legalità penale e democrazia*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XXXVI, II, 2007;
- FIANDACA G., *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, 2013;
- FIANDACA G., *Prima lezione di diritto penale*, Bari-Roma, 2017;
- FIANDACA G., *Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale: «prima lettura» della sentenza n. 364/88*, in *Foro italiano*, 1, 1988;
- FIANDACA G., *Spunti problematici di riflessione sull'attuale ruolo della scienza penalistica*, in (a cura di) G. INSOLERA, *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, Bologna, 2005;
- FIANDACA G., *Sulla giurisprudenza costituzionale in materia penale, tra principi e democrazia*, in *Cassazione penale*, 1, 2017;

- FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, VIII ed., Torino, 2019;
- FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, I, V ed., Bologna, 2012;
- FIANDACA G. – VISCONTI C., *Il concorso esterno come persistente istituto "polemogeno"*, in *Archivio penale*, 2, 2012;
- FIDELBO G., *Verso il sistema del precedente? Sezioni Unite e principio di diritto*, in www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 29 gennaio 2018;
- FILANGIERI G., *La scienza della legislazione*, II, 1780-88;
- FINOCCHIARO S., *Due pronunce della Corte costituzionale in tema di principio di legalità e di misure di prevenzione a seguito della sentenza De Tommaso della Corte EDU*, in www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 4 marzo 2019;
- FIORELLA A., voce *Reato in generale (diritto penale)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXVIII, Milano, 1987;
- FORNASARI G., *Riserva di legge e fonti comunitarie. Spunti per una riflessione*, in (a cura di) D. FONDAROLI, *Principi costituzionali in materia penale e fonti sovranazionali*, Padova, 2008;
- GADAMER H., *Verità e metodo. Elementi di una ermeneutica filosofica*, 1986, traduzione italiana a cura di G. Vattimo, Milano, 2001;
- GALLI C., *Le élites italiane di fronte alla responsabilità*, Bari, 2012;
- GALLUCCIO A., *Confisca senza condanna, principio di colpevolezza, partecipazione dell'ente al processo: l'attesa sentenza della Corte EDU, Grande Camera, in materia urbanistica*, in *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 7-8, 2018;
- GAMBARDELLA M., *La sequenza "invalidità" e "reviviscenza" all'origine del "nuovo" diritto penale degli stupefacenti*, in *Cassazione penale*, 4, 2014;
- GAMBARDELLA M., *Norme incostituzionali e giudicato penale: quando la bilancia pende tutta da una parte*, in *Cassazione penale*, 1, 2015;
- GARGANI A., *Verso una 'democrazia giudiziaria'? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, in *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, 2011;
- GATTA G.L., *Emergenza Covid e sospensione della prescrizione del reato: la Consulta fa leva sull'art. 159 c.p. per escludere la violazione del principio di irretroattività ribadendo al contempo la natura sostanziale della prescrizione, coperta dalla garanzia dell'art. 25, co. 2 Cost.*, in *Sistema penale*, 26 dicembre 2020;
- GATTA G.L., *Prescrizione bloccata dopo il primo grado: una proposta di riforma improvvisa ma non del tutto improvvisata*, in www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 5 novembre 2018;

- GATTA G.L., *Una riforma dirompente: stop alla prescrizione del reato nei giudizi di appello e di Cassazione*, in *www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*, 21 gennaio 2019;
- GENTILE S., *La legalità del male. L'offensiva mussoliniana contro gli ebrei nella prospettiva storico-giuridica (1938-1945)*, 2013, Torino;
- GIORDANO V. – MUZZICA R., *Le nuove frontiere della particolare tenuità del fatto: l'applicazione con sentenza predibattimentale*, in *Sistema Penale*, 10, 2020;
- GIUNTA F., *La legittimazione del giudice penale tra vincolo di soggezione alla legge e obbligo di motivazione*, in *Giustizia penale*, 1, 2011;
- GIUNTA F., *Un'introduzione superflua (non perché amicale)*, in V. MAIELLO, *La legalità della legge del tempo del diritto dei giudici*, Napoli, 2020;
- GORLA G., voce *Precedente giudiziale*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXIII, Roma, 1990;
- GRANDI C., *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2010;
- GRASSO G., *Il trattato di Lisbona e le nuove competenze penali dell'Unione*, in (a cura di) M. BERTOLINO – L. EUSEBI – G. FORTI, *Studi in onore di Mario Romano*, VI, Napoli, 2011;
- GRASSO G., *Relazione di sintesi*, in (a cura di) G. GRASSO – G. ILLUMINATI – R. SICURELLA – S. ALLEGREZZA, *Le sfide dell'attuazione di una Procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, Milano, 2013;
- GRASSO P.G., *Controllo sulla rispondenza alla realtà empirica delle previsioni legali di reato*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1981;
- GRIGLIO E., *I maxi-emendamenti del Governo in Parlamento*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2005;
- GROSSI P., *L'ordine giuridico medievale*, Bari, 1995;
- GROSSI P., *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2007;
- GROSSI P., *Novecento giuridico: un secolo pos-moderno*, Napoli, 2011;
- GROSSI P., *Prima lezione di diritto*, Bari-Roma, 2006;
- GROSSO C.F., *Il fascino discreto della conservazione (considerazioni in margine all'asserita crisi del principio di riserva di legge in materia penale)*, in *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, 2011;
- GUASTINI R., *Conoscere il diritto. Un inventario di problemi*, in *Diritto & Questioni Pubbliche*, 13, 2013;
- GUASTINI R., *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011;
- HOBBS T., *Leviatano, o la materia, la forma e il potere di uno Stato ecclesiastico e civile*, edizione italiana a cura di A. Pacchi, Roma-Bari, 2008;

- HOBBSAWM E.J., *Il Secolo Breve. 1914-1991*, Milano, 2014;
- IANNUCILLI L., *L'interpretazione secundum Constitutionem tra Corte costituzionale e giudici comuni. Brevi note sul tema*, Atti del seminario del 6 novembre 2006 svoltosi a Roma su «Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguate», in *www.cortecostituzionale.it*;
- IASEVOLI C., *Le nuove prospettive della Cassazione penale: verso l'autonomia della Costituzione?*, in *Giurisprudenza italiana*, 2017;
- INSOLERA G., *Ancora sul problema del concorso esterno nei delitti associativi*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2, 2008;
- INSOLERA G., *Il concorso esterno nei delitti associativi: la ragione di stato e gli inganni della dogmatica*, in *Foro italiano*, 2, 1995;
- INSOLERA G., *Il populismo penale*, in *disCrimen*, 13 giugno 2019;
- INSOLERA G., *La riforma giallo-verde del diritto penale: adesso tocca alla prescrizione*, in *www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*, 9 novembre 2018;
- INSOLERA G., *Qualche riflessione e una domanda sulla legalità penale nell'“epoca dei giudici”*, in *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, 2012;
- INSOLERA G. – SPANGHER G. – DELLA RAGIONE L., *I reati in materia di stupefacenti. Fattispecie monosoggettive. Criminalità organizzata. Profili processuali*, Milano, 2019;
- JESCHECK H.H., *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Berlin, 1983;
- KELSEN H., *Essenza e valore della democrazia*, in H. KELSEN, *I fondamenti della democrazia*, traduzione italiana a cura di A.M. Castronuovo, F.L. Cavazza e G. Melloni, Bologna, 1966;
- LANZI A., *Fra il legislatore apparente e il giudice sovrano*, in *Indice penale*, 3, 2016;
- LANZI M., *Error iuris e sistema penale. Attualità e prospettive*, Torino, 2018;
- LICATA F. – RECCHIONE S. – RUSSO N., *Gli stupefacenti: disciplina ed interpretazione. Legislazione e orientamenti delle Corti Superiori*, Torino, 2015;
- LIPARI N., *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017;
- LOMBARDI F., *La responsabilità del direttore del periodico telematico ex art. 57 c.p. tra interpretazione estensivo-evolutiva e analogia in malam partem*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2, 2019;
- LONGO A., *Spunti di riflessione sul problema teorico dell'interpretazione conforme*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 24 gennaio 2012;
- LONGOBARDO C., *Causalità e imputazione oggettiva. Profili dommatici e di politica criminale*, Napoli, 2011;

- LONGOBARDO C., *Sistematica e politica criminale: un ritorno, poco auspicabile, all'irriducibilità del binomio?*, in *Critica del diritto*, 3-4, 2002;
- LORENZ E.N., *Predictability: does the flap of a butterfly's wings in Brazil set off a tornado in Texas?*, 1972;
- LUCARELLI A., *Populismi e rappresentanza democratica*, Napoli, 2020;
- LUCIANI M., *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in (a cura di) N. ZANON – F. BIONDI, *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica. Atti del convegno svoltosi a Milano il 16-17 marzo 2020*, Milano, 2001;
- LUCIANI M., *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, IX, Milano, 2015;
- LUDOVICI L., *Il giudizio di cassazione dopo la c.d. riforma Orlando*, in (a cura di) G.M. BACCARI – C. BONZANO – K. LA REGINA – E.M. MANCUSO, *Le recenti riforme in materia penale*, Padova, 2017;
- LUPO E., *Cassazione e legalità penale. Relazione introduttiva*, in (a cura di) A. CADOPPI, *Cassazione e Legalità Penale*, Roma, 2017;
- LUPO E., *Tra la lettera e lo spirito della legge: tensioni giurisprudenziali*, in *Iustitia. Rivista di cultura giuridica dell'Unione Giuristi Cattolici Italiani*, 29 marzo 2019;
- LUPO N., *Emendamenti, maxi-emendamenti e questione di fiducia nelle legislature del maggioritario*, in (a cura di) E. GIANFRANCESCO – N. LUPO, *Le regole del diritto parlamentare nella dialettica tra maggioranza e opposizione*, Roma, 2007;
- MACCHIA A., *"Concorso esterno". Storia di una creazione giurisprudenziale*, in *Diritto e giustizia*, 22, 2003;
- MADIA N., *Dubbi di costituzionalità e nodi da sciogliere in materia di sospensione della prescrizione prevista dalla legislazione anti Covid-19*, in *Giurisprudenza penale – Rivista trimestrale*, 2, 2020;
- MAIELLO V., *Confisca, CEDU e Diritto dell'Unione tra questioni risolte ed altre ancora aperte*, in *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 3-4, 2012;
- MAIELLO V., *Consulta e Corte Edu riconoscono la matrice giurisprudenziale del concorso esterno*, in *Diritto penale e processo*, 8, 2015;
- MAIELLO V., *De Tommaso c. Italia e la cattiva coscienza delle misure di prevenzione*, in *Diritto penale e processo*, 8, 2017;
- MAIELLO V., *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale. Raccolta di scritti*, Torino, 2015;
- MAIELLO V., *La legalità della legge del tempo del diritto dei giudici*, Napoli, 2020;

- MANES V., sub Art. 7, in (a cura di) S. BARTOLE – G. DE SENA – V. ZAGRABELSKI, Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, Padova, 2012;
- MANES V., "Common Law-isation del diritto penale"? Trasformazione del *nullum crimen e sfide prossime future*, in *Cassazione penale*, 3, 2017;
- MANES V., *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica"*, in www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 17 gennaio 2018;
- MANES V., *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012;
- MANES V., *L'eterointegrazione della fattispecie penale mediante fonti subordinate. Tra riserva 'politica' e specificazione 'tecnica'*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1, 2010;
- MANES V., *La "confisca senza condanna" al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, in *Cassazione penale*, 6, 2015;
- MANES V., *La "svolta" Taricco e la potenziale "sovversione di sistema": le ragioni dei controlimiti*, in www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 6 maggio 2016;
- MANES V., *Prometeo alla Consulta: una lettura dei limiti costituzionali all'equiparazione tra 'diritto giurisprudenziale' e 'legge'*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 5, 2012;
- MANES V., *Retroattività, diritto e processo penale (da Scoppola a Contrada)*, in (a cura di) F. BUFFA – M.G. CIVININI, *Gli speciali di Questione Giustizia. La Corte di Strasburgo*, aprile 2019;
- MANES V., *Sulla riforma della prescrizione*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1, 2019;
- MANES V. – ROMANO L., *L'illegittimità costituzionale della legge c.d. "Fini-Giovanardi": gli orizzonti attuali della democrazia penale*, in *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 1, 2014;
- MANNA A., *Il fumo della pipa (il c.d. populismo politico e la reazione dell'Accademia e dell'Avvocatura)*, in *Archivio penale*, 2, 2018;
- MANNA A., *L'ammissibilità di un c.d. concorso esterno nei reati associativi tra esigenze di politica criminale e principio di legalità*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1994;
- MANNA A., *La c.d. sospensione del termine prescrizione dopo il giudizio di primo grado tra politica e diritto*, in *disCrimen*, 10 febbraio 2020;
- MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, X ed., Milano, 2017;
- MANTOVANI F., *Ignorantia legis scusabile ed inexcusabile*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1990;

- MARANDOLA A., *Scoppola e altri: lex mitior e crisi del giudicato*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 4, 2013;
- MARINUCCI G. - DOLCINI E. - GATTA G.L., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, IX ed., Milano, 2020;
- MARZADURI E., *Linee guida per una riforma del ricorso per Cassazione*, in *Le impugnazioni penali nel prisma del giusto processo*, consultabile in www.unibo.it/NR/rdonlyres/C36BC3A7-7D6C-4C94-85DF-C0BF0E7385AA/211620/Leimpugnazionipenali_BOLOGNA_maggio2011.pdf;
- MASARONE V., *Il "diritto penale europeo" al vaglio dell'offensività: fondamento ed esiti*, in *Archivio penale*, 1, 2019;
- MASARONE V., *Rapporti tra diritto penale e fonti europee*, in (a cura di) A. CAVALIERE - V. MASARONE, *L'incidenza di decisioni quadro, direttive e convenzioni europee sul diritto penale italiano*, Napoli, 2018;
- MASTROIANNI R., *La Corte costituzionale si rivolge alla Corte di giustizia in tema di "controlimiti" costituzionali: è un vero dialogo?*, in *Federalismi.it*, 7, 2017;
- MAUGERI A.M., *Misure di prevenzione e fattispecie a pericolosità generica: la Corte europea condanna l'Italia per mancanza di qualità della "legge", ma una rondine non fa primavera*, in *Diritto penale contemporaneo - Rivista trimestrale*, 3, 2017;
- MAZZACUVA F., *La confisca disposta in assenza di condanna viola l'art. 7 CEDU*, in www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 5 novembre 2013;
- MAZZACUVA F., *Un "hard case" davanti alla Corte europea: argomenti e principi nella sentenza su Punta Perotti*, in *Diritto penale e processo*, 12, 2009;
- MAZZACUVA N., *Lo straordinario "sviluppo" delle false comunicazioni sociali nel diritto penale giurisprudenziale: tra legittime istanze punitive e "irrazionali" soluzioni interpretative*, in *Critica del diritto*, 1995;
- MELZI D'ERIL C., *Contrordine compagni: le Sezioni Unite estendono le garanzie costituzionali previste per il sequestro degli stampati alle testate on line registrate*, in www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 9 marzo 2016;
- MEZZETTI E., *Gli eccessi del legislatore e l'irrilevanza autoreferenziale della dottrina penalistica*, in *Archivio penale*, 2, 2019;
- MOCCIA S., *Carpzov e Grozio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, Napoli, 1979;
- MOCCIA S., *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992;
- MOCCIA S., *La crisi della legalità nella crisi del sistema penale*, in (a cura di) C. E. PALIERO - S. MOCCIA - G. DE FRANCESCO - G. INSOLERA - M. PELISSERO - R.

- RAMPIONI – L. RISICATO, *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, Napoli, 2016;
- MOCCIA S., *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie del sistema penale*, Napoli, 1997;
 - MOCCIA S., *La 'promessa non mantenuta'. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001;
 - MOCCIA S., *Sistema penale e principi costituzionali: un binomio inscindibile per lo Stato sociale di diritto*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 3, 2018;
 - MOCCIA S., *Sui principi normativi di riferimento per un sistema penale teleologicamente orientato*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1989;
 - MOCCIA S., *Sulle precondizioni dell'ermeneutica giudiziale nello Stato di diritto*, in *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, 2012;
 - MONGILLO V., *Sullo stato del principio di offensività nel quadro del costituzionalismo penale. Il banco di prova della coltivazione di cannabis*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3, 2016;
 - MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 1748, edizione a cura di L. Versini, Paris, Éditions Gallimard, 1995;
 - NAPOLEONI V., *Il sindacato di legittimità costituzionale in malam partem*, in V. MANES – V. NAPOLEONI, *Le legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino, 2019;
 - NAPOLEONI V., *L'onere di interpretazione conforme*, in V. MANES – V. NAPOLEONI, *Le legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino, 2019;
 - NAPOLEONI V., *Mutamento di giurisprudenza in bonam partem e revoca del giudicato di condanna: altolà della Consulta a prospettive avanguardistiche di (supposto) adeguamento ai dicta della Corte di Strasburgo*, in *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 3-4, 2012;
 - NEPPI MODONA G., *Principio di legalità e giustizia penale nel periodo fascista*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XXXVI, II, 2007;
 - NISTICÒ M., *L'interpretazione giudiziale nella tensione tra i poteri dello Stato. Contributo al dibattito sui confini della giurisdizione*, Torino, 2015;
 - NOBILI M., *Nuovi modelli e connessioni: processo – teoria dello Stato – epistemologia*, in (a cura di) AA.VV., *Studi in ricordo di Gian Domenico Pisapia*, II, Milano, 2000;
 - PADOVANI T., *L'ignoranza inevitabile sulla legge penale e la declaratoria d'incostituzionalità parziale dell'art. 5 c.p.*, in *La legislazione penale*, 1988;

- PADOVANI T., *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, in *Archivio penale*, 3, 2018;
- PADOVANI T., *Note sul c.d. concorso esterno*, in *Archivio penale*, 2, 2012;
- PAGLIARO A., *Principio di legalità e indeterminatezza della legge penale*, in AA.VV., *Studi in onore di Biagio Petrocelli*, Milano, 1972;
- PALAZZO F., *Corso di diritto penale. Parte generale*, IV ediz., Torino, 2011;
- PALAZZO F., *Corso di diritto penale. Parte generale*, VIII ediz., Torino, 2021;
- PALAZZO F., *Ignorantia legis: vecchi limiti ed orizzonti nuovi della colpevolezza*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1988;
- PALAZZO F., *Il limite della political question fra Corte costituzionale e Corti europee. Che cosa è "sostanzialmente penale"?*, in (a cura di) M. DONINI - L. FOFFANI, *La «materia penale» tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2018;
- PALAZZO F., *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979;
- PALAZZO F., *Il principio di legalità tra Costituzione e suggestioni sovranazionali*, in *La Legislazione Penale*, 29 gennaio 2016;
- PALAZZO F., *Introduzione ai principi del diritto penale*, Torino, 1999;
- PALAZZO F., *L'influenza dell'attività del Consiglio d'Europa sul diritto penale italiano*, in (a cura di) M. CAPPELLETTI - A. PIZZORUSSO, *L'influenza del diritto europeo sul diritto italiano*, Milano, 1982;
- PALAZZO F., *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*, in *Diritto penale e processo*, 9, 2015;
- PALAZZO F., *Legalità fra law in the books e law in action*, in (a cura di) A. CADOPPI, *Cassazione e legalità penale*, Roma, 2017;
- PALAZZO F., *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XXXVI, II, 2007;
- PALAZZO F., *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in (a cura di) G. GIOSTRA - G. INSOLERA, *Costituzione, diritto e processo penale*, Milano, 1998;
- PALAZZO F., *Orientamenti dottrinali ed effettività giurisprudenziale del principio di determinatezza-tassatività in materia penale*, in (a cura di) A.M. STILE, *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, Napoli, 1991;
- PALAZZO F., *Principio di legalità e giustizia penale*, in *Cassazione penale*, 7-8, 2016;
- PALOMBELLA G., *È possibile una legalità globale? Il Rule of law e la governance del mondo*, Bologna, 2012;

- PALOMBINO F.M., *La «procedura di sentenza pilota» nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 4, 2008;
- PALOMBINO F.M., *Sul monopolio interpretativo (o presunto tale) della Corte europea dei diritti umani*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1, 2018;
- PAOLONI L., *Le sezioni Unite si pronunciano per l'applicabilità alle testate telematiche delle garanzie costituzionali sul sequestro della stampa: ubi commoda, ibi et incommoda?*, in *Cassazione penale*, 10, 2015;
- PAPA M., *Un "baco del sistema"? Il concorso esterno nell'associazione mafiosa tra prospettive di quarantena e terapie palliative*, in *La legislazione penale*, 2003;
- PEDRAZZI C., *Inefficaci le sentenze manipolative in materia penale?*, in *Diritto penale*, I, Milano, 2003;
- PELLEGRINI L., *Riserva di legge e competenza penale europea*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2011;
- PERRONE D., *Nullum crimen sine iure. Il diritto giurisprudenziale tra dinamiche interpretative in malam partem e nuove istanze di garanzia*, Torino, 2019;
- PERRONE F., *La resistenza del giudicato penale, civile e amministrativo in conflitto con le pronunce della Corte EDU: impatto sistematico delle Sezioni Unite Genco*, in *Federalismi.it*, 4, 2012;
- PIASENZA P., *Tecnicismo giuridico e continuità dello Stato: il dibattito sulla riforma del codice penale e della legge di pubblica sicurezza*, in *Politica del diritto*, 1979;
- PINO G., *Interpretazione e "crisi" delle fonti*, Modena, 2014;
- PINO G., *L'insostenibile leggerezza della legalità penale*, in *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, 2014;
- PULITANÒ, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1, 2015;
- PULITANÒ D., *Il giudice e la legge penale*, in *Questione giustizia. Trimestrale promosso da Magistratura democratica*, 2, 2017;
- PULITANÒ D., *Osservazioni sulla proposta di bloccare il corso della prescrizione*, in *Sistema penale*, 9 dicembre 2019;
- PULITANÒ D., *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, in *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, 2013;
- PULITANÒ D., *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1988;

- PUSATERI V., sub Art. 5, in (a cura di) E. DOLCINI – G.L. GATTA, *Codice penale commentato*, I, Milano, 2015;
- RADBRUCH G., *Zur systematik der Verbrechenslehre*, in *Festgabe für R. Frank*, vol. I, Tübingen, 1926;
- RECCHIA N., *La Corte di cassazione alle prese con gli effetti nel nostro ordinamento della decisione Contrada della Corte Edu*, in *Giurisprudenza italiana*, 5, 2017;
- RIONDATO S., *Competenza penale della Comunità europea. Problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza*, Padova, 1996;
- ROMANO L., *Non viola la Costituzione la fattispecie incriminatrice della coltivazione di cannabis per uso personale (rectius: la disposizione del T.U. Stup. che non vi riconnette una rilevanza meramente amministrativa)*, in www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 30 maggio 2016;
- ROMANO M., *Commentario sistematico al codice penale*, I, Milano, 2004;
- ROMANO M., *Complessità delle fonti e sistema penale. Leggi regionali, ordinamento comunitario, Corte costituzionale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2, 2008;
- ROMBOLI R., *I differenti livelli di protezione dei diritti: un invito a ripensare i modelli*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1, 2015;
- RONCO M., *Il principio di legalità*, in (a cura di) M. RONCO, *Commentario al codice penale*, vol. I. *La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone*, Bologna, 2010;
- RONCO M. – CARUSO G., *Il principio di legalità*, in (a cura di) M. RONCO – E.M. AMBROSETTI – E. MEZZETTI, *La legge penale. Fonti, tempo, spazio, persone*, Bologna, 2016;
- ROMEO G., *Le Sezioni Unite sui poteri del giudice di fronte all'esecuzione di pena "incostituzionale"*, in www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 17 ottobre 2014;
- ROXIN C., *Politica criminale e sistema del diritto penale*, traduzione italiana a cura di S. Moccia, Napoli, 1998;
- ROXIN C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, I, München, 1992;
- RUGGIERI A., *Ancora a margine di Corte cost. n. 230 del 2012*, post scriptum, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2012;
- RUGGIERI A., *Dopo Taricco: identità costituzionale e primato della Costituzione o della Corte costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3, 2018;
- RUGGIERI A., *La CEDU alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale- astratta e prospettiva assiologico-sostanziale d'inquadramento sistematico (a prima lettura di Corte cost. nn. 348 e 349 del 2007)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2007;

- RUGGIERI A., *Penelope alla Consulta: tesse e sfilata la tela dei suoi rapporti con la Corte EDU, con significativi ai tratti identificativi della struttura dell'ordine interno e distintivi rispetto alla struttura dell'ordine convenzionale ("a prima lettura" di Corte cost. n. 230 del 2012)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2012;
- RUGGIERI A., *Stato e tendenze della legislazione (tra molte ombre e qualche luce)*, in *Rassegna parlamentare*, 1999;
- RUGGIERI A., *Taricco, amaro finale di partita*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3, 2018;
- RUGGIERI A., *Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco, in una pronuncia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti (a margine di Corte cost. n. 24 del 2017)*, in *Consulta Online*, 1, 2017;
- SANTALUCIA G., *La sospensione della prescrizione dei reati in tempi di pandemia. La Corte costituzionale promuove la legislazione dell'emergenza*, in *Questione giustizia*, 11 gennaio 2021;
- SBRICCOLI M., *Crimen laesae maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Milano, 1974;
- SCEVI P., *Il concorso eventuale nei reati associativi: questioni aperte e prospettive di riforma*, in *Archivio penale*, 2, 2017;
- SCEVI P., *La crisi della legalità nel diritto penale. Progressiva dissoluzione o transizione verso una prospettiva di crescita?*, in *Archivio penale*, 3, 2017;
- SCOLETTA M., *Metamorfosi della legalità. Favor libertatis e sindacabilità in malam partem delle norme penali*, Pavia, 2012;
- SGUBBI F., *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa. Venti tesi*, Bologna, 2019;
- SICURELLA R., *Diritto penale e competenze dell'Unione Europea. Linee guida di un sistema integrato di tutela dei beni giuridici sovranazionali e dei beni giuridici di interesse comune*, Milano, 2005;
- SOTIS C., *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007;
- SOTIS C., *Le regole dell'incoerenza. Pluralismo normativo e crisi posmoderna del diritto penale*, Roma, 2012;
- STORTONI L., *L'introduzione nel sistema penale dell'errore scusabile di diritto: significato e prospettiva*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1988;
- STROZZI G. – MASTROIANNI R., *Diritto dell'Unione Europea. Parte istituzionale*, VIII ed., Torino, 2020;
- TARELLO G., *L'interpretazione della legge*, Milano, 1990;

- TEGA D., *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu*, in *Quaderni Costituzionali*, 2, 2015;
- TEGA D., *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 349 e 349 del 2007: la Cedu da fonte ordinaria a fonte "sub-costituzionale del diritto*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2007;
- TESAURO G., *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2020;
- TUCCILLO F., *Il regime della prescrizione nei reati tributari dopo la "saga Taricco" e le recenti riforme*, in *Giurisprudenza delle imposte*, 21 ottobre 2019;
- VALLINI A., *Antiche e nuove tensioni tra colpevolezza e diritto penale artificiale*, Torino, 2003;
- VASSALLI G., *L'inevitabilità dell'ignoranza della legge penale come causa generale di esclusione della colpevolezza*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2, 1988;
- VASSALLI G., voce *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Digesto delle discipline penalistiche.*, VIII, Torino, 1994;
- VATTIMO G., *Opere complete. 1 Ermeneutica*, II, Milano, 2008;
- VENEGONI A., *La sentenza Taricco: una ulteriore lettura sotto il profilo dei riflessi sulla potestà legislativa dell'Unione in diritto penale nell'area della lotta alle frodi*, in www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 29 ottobre 2015;
- VENEZIANI P., *Furto d'uso e principio di colpevolezza*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1990;
- VIGANÒ F., *Il caso Contrada e i tormenti dei giudici italiani: sulle prime ricadute interne di una scomoda sentenza della Corte EDU*, in www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 26 aprile 2016;
- VIGANÒ F., *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sovranazionali*, in (a cura di) P. CORSO, *Studi in onore di Mario Pisani*, II, Piacenza, 2010;
- VIGANÒ F., *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in (a cura di) C. E. PALIERO – S. MOCCIA – G. DE FRANCESCO – G. INSOLERA – M. PELISSERO – R. RAMPIONI – L. RISICATO, *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, Napoli, 2016;
- VIGANÒ F., *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, in *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 3, 2017;
- VIGANÒ F., *Pena illegittima e giudicato. Riflessioni in margine alla pronuncia delle Sezioni Unite che chiude la saga dei "fratelli minori" di Scoppola*, in *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 1, 2014;

- VIGANÒ F., *Riflessioni conclusive in tema di 'diritto penale giurisprudenziale', 'partecipazione' e 'concorso esterno'*, in (a cura di) L. PICOTTI – G. FORNASARI – F. VIGANÒ – A. MELCHIONDA, *I reati associativi: paradigmi concettuali e materiale probatorio. Un contributo all'analisi e alla critica del diritto vivente*, Padova, 2005;
- VIGANÒ F., *Una nuova pronuncia della Consulta sull'irretroattività delle sanzioni amministrative*, in *Diritto penale contemporaneo*, 5, 2017;
- VIOLA F. – ZACCARIA G., *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 1999;
- VISCONTI C., *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Torino, 2003;
- VOGLIOTTI M., *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, Torino, 2011;
- VOGLIOTTI M., *Indipendenza del giudice rispetto al precedente*, in *La legislazione penale*, 19 ottobre 2020;
- VOGLIOTTI M., voce *Legalità*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, IX, Milano, 2013;
- ZACCARIA G., *Sul concetto di positività del diritto*, in (a cura di) G. ZACCARIA, *Diritto positivo e positività del diritto*, Torino, 1991;
- ZAGREBELSKY G. – MARCENÒ V., *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2017;
- ZAGREBELSKY V., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in (a cura di) V. MANES – V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011;
- ZAGREBELSKY V., *La definizione della materia penale ai fini della Convenzione Europea dei Diritti Umani*, in (a cura di) M. DONINI – L. FOFFANI, *La «materia penale» tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2018;
- ZANNOTTI R., *Diritto penale dell'economia*, Milano, 2017;
- ZANON N., *Matière pénale e principio di legalità nella giurisprudenza costituzionale*, in (a cura di) M. DONINI – L. FOFFANI, *La «materia penale» tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2018;
- ZANON N., *Su alcuni problemi attuali della riserva di legge in materia penale*, in *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, 2012.