

# ANTICIPAZIONI

---

**ADELMO MANNA**

## **Il principio di legalità\***

L'autore analizza il principio di stretta legalità in un'ottica particolare, quella relativa alla legalità penale tradizionale, quella c.d. *in the books* e quella, di recente emersione, nei Paesi di *civil law*, ovvero sia la c.d. *law in action*, entrambe ormai ritenute fonti di diritto anche in materia penale. Ciò comporta sicuramente un superamento degli antichi stileni legati al positivismo penale e quindi al primato della *lex scripta*, ma il riconoscimento come fonte di diritto alla giurisprudenza comporta anche una sorta di legittimazione della c.d. giurisprudenza giuscreativa che si pone inevitabilmente in rapporto di tensione con il principio di stretta legalità ed i suoi corollari. Ciò che risulta più interessante per l'interprete è l'esame in questa prospettiva di tre casi giurisprudenziali in cui sono state coinvolte a vario titolo le giurisprudenze comunitarie oltre che quelle nazionali, ovvero sia i casi Contrada, Taricco e De Tommaso. L'autore approfondisce tutti e tre i casi e dagli stessi scopre l'esistenza di una sorta di *fil rouge*, caratterizzato forse inaspettatamente, alla fine in tutti e tre, dalla prevalenza dei principi costituzionali in materia penale, segnatamente della stretta legalità in rapporto alla c.d. giurisprudenza fonte. Ciò evidentemente non significa affatto un ritorno quasi nostalgico al primato della *lex scripta*, bensì una riaffermazione di un diritto penale a forti tinte garantiste, che non riguarda soltanto la classe forense, ma dovrebbe interessare tutti i giuspenalisti.

*The author analyzes the principle of strict legality in a particular perspective, that of traditional criminal law, that c.d. in the books and that, recently emerging, in civil law countries, namely the c.d. law in action, both now considered sources of law even in criminal matters. This certainly involves surpassing the old stylistic features of criminal positivism and hence the primacy of lex scripta, but recognition as a source of the jurisprudence also implies a kind of legitimation of the c.d. jurisprudence that is inevitably linked to tension with the principle of strict legality and its corollaries. What is more interesting to the interpreter is the examination in this perspective of three case-law cases in which various Community and national jurisprudence have been involved, namely Contrada, Taricco and De Tommaso cases.*

*The author investigates all three cases and finds out the existence of a kind of fil rouge, perhaps unexpectedly, at the end of all three, by the prevalence of constitutional principles in criminal matters, in particular the strict legality in relation to cd jurisprudence source. This obviously does not mean at all a nostalgic return to the primacy of the lex scripta, but rather a reaffirmation of a criminal law with a strong guarantee of colors, which is not just the forensic class but it should be of interest to all the justifiers.*

**SOMMARIO:** 1. Introduzione. - 2. Il caso Contrada. - 3. Il caso Taricco. - 4. Il caso De Tommaso. - 5. Riflessioni conclusive e di sintesi.

### **1. Introduzione**

Nel sistema penale post-moderno siamo ormai persuasi come convivano, non senza contrasti, due diverse accezioni della legalità, ovvero sia, in prima approssimazione, la c.d. *law in the books* e la *law in action*. Ci sembra infatti di poter rilevare come la concezione tradizionale, per cui il principio di legalità è individuabile e ricavabile soltanto a livello legislativo, sia essa la legge in senso formale, che la *Grundnorm*, seppure sottende indubbiamente un afflato garantistico, tuttavia non è più al passo con i tempi, in quanto attualmente è dif-

ficile negare come la legalità si esprima, anche nel diritto penale, attraverso il formante giurisprudenziale, nel senso che quest'ultimo è fonte di diritto, al pari della fonte più propriamente di carattere legislativo. L'applicazione infatti dell'ermeneutica in campo penalistico, e quindi il riconoscimento che la norma di legge può anche essere equiparata ad una sorta di "opera aperta", per dirla con Umberto Eco<sup>1</sup>, ha comportato uno stravolgimento negli studi penalistici, contrassegnato dal riconoscimento della legittimità di una giurisprudenza cd. giuscreativa, e quindi abilitata a costituire fonte di diritto appunto al pari della legge in senso formale. È ovvio che tutto ciò non è avvenuto - ed anzi non avviene - senza contrasti, soprattutto da parte di quei giuspenalisti che rivalutano la prassi e che, proprio per tale ragione, rinvergono nella giurisprudenza giuscreativa l'adattamento della norma al fatto in concreto e non già, come avveniva tradizionalmente, il contrario<sup>2</sup>. Ciò, naturalmente, non può non preoccupare il penalista anche operatore del diritto, giacché l'orientamento della norma al fatto in concreto inevitabilmente conduce ad un'interpretazione teleologica, e quindi in genere estensiva, se non ai limiti dell'analogia e talvolta anche oltre. Il richiamo, tuttavia, ai principi fondanti il diritto penale, soprattutto nei sistemi di *civil law*, rischia l'accusa, da parte dei seguaci delle più moderne tendenze ermeneutiche<sup>3</sup>, di un neopositivismo penale, cioè di un ancoraggio quasi fideistico alla norma di legge come espressione della volontà popolare. In tal modo, però, non si tiene appunto nel dovuto conto che la stessa volontà popolare è anche espressa dall'organo giudicante, che infatti emette la sentenza proprio in nome del popolo, e ciò spiegherebbe, per l'appunto, la ragione per cui ormai appare riduttivo esaminare la legalità penale solo da un punto di vista della legge in senso formale, senza cioè prendere in considerazione il formante giurisprudenziale. Se tuttavia in questa disamina si fa giuocare un ruolo fondante anche a quest'ultimo formante, la questione relativa alla legalità penale si complica non poco, soprattutto a causa della pluralità delle fonti giurisprudenziali, alcune di carattere nazionale ed altre di tipo comunitario, o addirittura internazionale, con diverse implicazioni e soprattutto con diversi approcci e distinte finalità deci-

---

\*Il presente saggio deriva dalla relazione tenuta al convegno dell'Unione delle Camere Penali Italiane, svoltosi a Treviso il 24 marzo 2017, dal titolo "*Il lavoro sporco del diritto penale*" ed è destinato anche al volume *Rapporti tra fonti europee e dialogo tra Corti*, a cura di Giunchedi di prossima pubblicazione.

<sup>1</sup> ECO, *Opera aperta. Forma e indeterminazione nelle poetiche contemporanee*, Milano, 2013 (1<sup>a</sup> 1962).

<sup>2</sup> FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, Roma-Bari, 2017, 114 ss.

<sup>3</sup> DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006; *contra*, però, in particolare, MARINUCCI, *L'analogia e la "punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 1254 ss.

sorie<sup>4</sup>. Accanto alla legalità penale va poi considerata anche la legalità processuale, che di recente è stata esattamente identificata, proprio in rapporto alla prima, con il nuovo *standard* probatorio, di origine nordamericana, della “certezza oltre ogni ragionevole dubbio”, che dovrebbe costituire il *péndant* del principio di stretta legalità, nell’accezione in cui si privilegi la certezza del diritto<sup>5</sup>. Anche in quest’ultima prospettiva, tuttavia, la legalità processuale si lega a doppio filo alla legalità sostanziale, nella misura in cui però quest’ultima è intesa in senso normativo e non giurisprudenziale, giacché soltanto nel primo senso si può ottenere quello *standard* di certezza del diritto con cui accomunare i due profili della legalità poc’anzi esposti. Se invece s’introduce anche il formante giurisprudenziale è inevitabile l’inserimento di un coefficiente di incertezza, dovuta non già ovviamente alla norma, ma proprio al suo adattamento al caso concreto, ove inevitabilmente risalta e giuoca un ruolo la cd. precomprensione dell’organo giudicante, che però allontana il formante giurisprudenziale dai lidi più sicuri della legge in senso formale<sup>6</sup>. Chiarito ciò in linea generale, bisogna però ora cercare d’individuare le ragioni o meglio i fattori che hanno condotto un ramo del diritto, come il diritto penale, tradizionalmente impermeabile più degli altri sia al formante giurisprudenziale, che anche all’atipicità dell’illecito, ad una modifica così radicale del suo volto e quindi della sua essenza. Riteniamo, a questo proposito, che una delle ragioni di tale rivolgimento derivi in primo luogo dalla crisi del *civil law system*, giacché quest’ultimo, come noto, deriva dal diritto romano e soprattutto trova la sua massima manifestazione nell’epoca della codificazione<sup>7</sup>, proprio perché costituisce il trionfo della legge come espressione della volontà parlamentare quale veicolo della volontà popolare. Al contrario, il *common law system*, che non deriva dall’influenza del diritto romano, bensì è stato forgiato soprattutto dai pratici senza aspirazioni di carattere sistematico. La crisi del sistema di *civil law* si manifesta particolarmente in tempi recenti, in primo luogo a causa del ben noto fenomeno della decodificazione<sup>8</sup>, apparsa primariamente nel diritto civile e poscia anche nel diritto penale, attraverso la formazione dei cd. sottosistemi<sup>9</sup>. Detta crisi si acuisce anche a seguito delle recenti manifestazioni d’insipienza dello stesso legislatore, che trovatosi a disciplinare materie sem-

<sup>4</sup> MANES, *Il giudice nel labirinto*, Roma, 2012.

<sup>5</sup> RONCO, *Legalità penale e legalità processuale*, in questa *Rivista*, 2017, 2.

<sup>6</sup> ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo d’individuazione del diritto*, Napoli, 1983.

<sup>7</sup> Cfr., da ultimo, ZENO-ZENCOVICH, *Comparative legal systems. A short introduction*, Roma, 2017, 91 ss.

<sup>8</sup> IRTI, *L’età della decodificazione*, Milano, 1979.

<sup>9</sup> FIANDACA, *In tema di rapporti tra codice e legislazione penale complementare*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 137 ss.

pre più complesse senza sovente la dovuta preparazione tecnica, è risultato autore di un prodotto legislativo molto spesso carente e comunque con notevoli limiti, e quindi inidoneo a porsi come esauriente fonte normativa, senza l'intervento, o correttivo o addirittura integrativo, proprio dello stesso formante giurisprudenziale. Un esempio plastico di questa rielaborazione giurisprudenziale del dato legislativo è dovuto alla recente riforma delle false comunicazioni sociali, ove l'inatteso *revirement* del legislatore dai dati informativi ai fatti falsi, per di più senza l'inciso "ancorché oggetto di valutazioni", ha "indotto" la giurisprudenza, segnatamente delle Sezioni unite penali, fra l'altro su "invito" dello stesso legislatore, a chiarire il significato della norma, attraverso però una integrale riscrittura della stessa che l'ha sicuramente, peraltro per ragioni comprensibili, allontanata dalla originaria *littera legis*<sup>10</sup>.

In conclusione, il sistema penale non si caratterizza più per un "centro di gravità permanente" rappresentato dalla *littera legis*, bensì da una pluralità di fonti creatrici del diritto, che però rendono l'opera dell'interprete molto più complessa rispetto all'epoca della codificazione, ove anche la dottrina aveva come interlocutore preminente il legislatore e non già la giurisprudenza, mentre attualmente la stessa dottrina dialoga preferibilmente con il formante giurisprudenziale, sicuramente più comprensibile e di livello, sovente rispetto ad un legislatore evanescente, e soprattutto non dotato di una cultura all'altezza del compito arduo che lo attende, per cui, in definitiva, quasi scompare ai radar dottrinali, che invece trovano molto più proficuo un dialogo fra simili, cioè appunto con la stessa giurisprudenza. Tutto ciò presenta, però, un conto assai salato da pagare, consistente nell'inevitabile incertezza del diritto, perché frutto molto spesso di opinioni soggettive, da cui sorge il non ancora risolto contrasto con il principio costituzionale di stretta legalità, sia a livello nazionale che a livello comunitario, ex art. 7 CEDU, seppure sotto l'angolo visuale della prevedibilità delle decisioni giudiziarie<sup>11</sup>. Per approfondire meglio questa

<sup>10</sup> Sia consentito, in argomento, il rinvio a MANNA, *Il nuovo delitto di false comunicazioni sociali (tra law in the books and law in action): cronaca di una discutibile riforma*, in *questa Rivista*, 2016, 487 ss., con ivi ulteriori riferimenti sia giurisprudenziali che dottrinali, cui pertanto anche per maggiori approfondimenti si rinvia; per un caso in un certo senso analogo di eterointegrazione giurisprudenziale della norma penale in tema di diritto penale tributario, cfr. LANZI, *Attualità normative e giurisprudenziali in tema di diritto penale tributario*, Relazione alla *Giornata di studi in onore di Mauro Ronco*, Padova, 12 settembre 2017; ID., *Fra il legislatore apparente e il giudice sovrano*, in *Studi in onore di Mauro Ronco*, a cura di Ambrosetti, Padova, 2017, 139 ss.

<sup>11</sup> Da ultimo, sulla legalità penale, cfr. RONCO, *Introduzione*, in *Percorsi giuridici della postmodernità*, a cura di Kostoris, Bologna, 2016, 217 ss.; PALAZZO, *Principio di legalità e giustizia penale*, in *ibid*, 229 ss.; CARRARO, *La frantumazione progressiva*, e in *malam partem*, *del principio di legalità. La sentenza Taricco e le interpretazioni comunitariamente orientate del diritto penale*, in *ibid*, 343 ss.; CIANDRI, *Principio di legalità e prevedibilità della pena tra Corte di giustizia e Corte costituzionale*, in *ibid*, 349 ss.

delicata tematica, riteniamo utile soffermarsi su tre casi giurisprudenziali assai noti e controversi, come il *Contrada*, il *Taricco* ed il *De Tommaso*, ove potremo constatare come il formante legislativo e quello giurisprudenziale si rincorrano vicendevolmente, con alterne vicende, ma ove alla fine nessuno dei due dimostra il sopravvento, pur se il loro reciproco combinarsi dà luogo, in definitiva, ad un rafforzamento dei principi garantistici in materia penale.

## 2. Il caso *Contrada*

Già il caso *Contrada* dimostra, almeno a nostro avviso, come i rapporti tra legalità *in the books* e legalità *in action* conducano a soluzioni che possono apparire, soprattutto per coloro che valorizzano oltremodo la seconda, invero sorprendenti. Rinviando, a questo proposito, per i necessari approfondimenti, ad altri nostri scritti<sup>12</sup>, sia consentito in questa sede soffermarci sul significato e sulle eventuali prospettive di una controversia giurisprudenziale sui principi come quella in oggetto. Andando in estrema sintesi al nocciolo del problema, si contendono il campo, notoriamente, due opposte opzioni ermeneutiche del fenomeno giuridico relativo al cd. concorso esterno in associazione di tipo mafioso. Da un lato vi è l'iniziale approccio della Corte suprema di cassazione, che in alcune pronunce, sia prima che dopo l'intervento della giurisprudenza comunitaria, ha sostenuto come il concorso esterno abbia una sua base normativa, contrassegnata da un lato dall'art. 110 del codice penale, e dall'altro dalla norma di parte speciale di cui all'art. 416-*bis* c.p. Il concorso esterno, pertanto, non sarebbe frutto di *créationne prétorienne*, perché comunque supportato da una base legale. Questo approccio sicuramente possiede una parte di vero, giacché è indubitabile la sussistenza di un referente legislativo che apparentemente sembrerebbe salvare il concorso esterno da dubbi di legittimità costituzionale, per contrasto con il principio di stretta legalità. Questa soluzione, tuttavia, almeno a nostro avviso, appare troppo semplicistica, giacché bisogna approfondire che tipo di base legale offra il concorso esterno. A questo proposito dobbiamo iniziare la disamina con riferimento all'articolo 110 c.p., che notoriamente costituisce il presupposto dell'adozione di una concezione unitaria e non più differenziata del concorso di persone, proprio perché quella differenziata creava non pochi problemi a livello interpretativo, soprattutto con riferimento alla differenza tra il coautore e il com-

<sup>12</sup> MANNA, *Il difficile dialogo tra corti europee e corti nazionali nel diritto penale: analisi di due casi problematici (Taricco e Contrada)*, in *Dir. pen. della globalizzazione*, 2017, 2, 41 ss; anche in *Arch. pen. (web)*, 2016, 3; cfr. altresì ID, *La sentenza Contrada ed i suoi effetti sull'ordinamento italiano: doppio vulnus alla legalità penale?*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), cui si rinvia per gli opportuni riferimenti sia giurisprudenziali che dottrinari.

plice. Tanto ciò è vero che una voce così autorevole in dottrina, come quella di Marcello Gallo, anche di recente ha ribadito la sua adesione alla concezione unitaria del concorso<sup>13</sup>, pur se non ha potuto non rilevare il sottostante afflato repressivo che contrassegnava il cambio di paradigma nel 1930, nonché la vaghezza dei contorni dello stesso articolo 110, tanto da far sostenere ad un altro grande penalista del calibro di Giuliano Vassalli come la norma in oggetto sia una di quelle più sospette d'incostituzionalità dell'intero sistema penale<sup>14</sup>. Per altro verso, anche lo stesso articolo 416-*bis* risulta, nell'applicazione giurisprudenziale, una norma incriminatrice dai confini mobili, nel senso che si contendono il campo due diverse interpretazioni, l'una che ritiene i requisiti della fattispecie, in particolare l'assoggettamento e l'omertà, come necessariamente in atto, e l'altra invece, più lasca, che li interpreta come sufficienti anche soltanto in potenza<sup>15</sup>. È evidente come la seconda interpretazione serva a estendere la normativa in oggetto anche alle organizzazioni criminali del Centro-Nord, cioè con riferimento in particolare al fenomeno della cd. "mafia silente", ma ciò non toglie non solo il tendenziale conflitto con la stretta legalità, ma anche la sussistenza di una giurisprudenza che anche di recente, nel processo cd. "Mafia Capitale", ha mostrato di non seguire quest'ultima strada, bensì quella dell'art. 416 c.p. In questa complessa problematica, che comunque sembrava risolta da plurimi interventi delle Sezioni unite penali, e soprattutto dall'ultimo del 2005, vera e propria sentenza-sistema, è arrivato come fulmine a ciel sereno il pronunciamento della Corte europea dei diritti dell'uomo che invece ha sostenuto, proprio a causa della natura giurisprudenziale del concorso esterno, come lo stesso si ponga in contrasto con il principio di prevedibilità delle decisioni giudiziarie, almeno prima dell'intervento della prima sentenza delle Sezioni unite penali, del 1995, che ha quantomeno inaugurato un indirizzo giurisprudenziale tendenzialmente univoco. A questo punto è interessante rilevare la reazione della giurisprudenza della Cassazione, che se in alcune pronunce subito dopo l'intervento della Corte EDU, appariva ancora legata alla interpretazione in precedenza ricordata, più di recente ed altrettanto inaspettatamente, la stessa Cassazione, evidentemente in ossequio alla Corte EDU, ha ritenuto di dover dichiarare

<sup>13</sup> GALLO MARC., *Questioni in tema di concorso di più persone nel reato*, in *Giornata di studi in onore di Mauro Ronco, etc.*, cit; ID, *Brevi note a margine degli artt. 110, 416, 416-bis, 378, 379 c.p.*, in *Studi in onore di Mauro Ronco*, a cura di Ambrosetti, Torino, 2017, 355 ss.; ID, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, Milano, 1957.

<sup>14</sup> VASSALLI G., *Note in margine alla riforma del concorso di persone nel reato*, in *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di Dolcini e Paliero, Milano, 2006, II, 1939 ss.

<sup>15</sup> Da ultimo, in argomento, MAIELLO, *Concorso in associazione per delinquere e concorso in associazione mafiosa: simul stabunt et simul cadent*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 817 ss.

ineseguibile ed improduttivo di ogni effetto il giudicato di condanna relativo alla vicenda Contrada<sup>16</sup>, che, se non possiede concreti effetti, in quanto la condanna è stata già ampiamente scontata, pur tuttavia riveste un notevole significato a livello di principi perché, almeno a nostro avviso, comporta un importante *révirement* rispetto ad una, talvolta troppo disinvolta, giurisprudenza giuscreativa e quindi una importante riaffermazione, a livello più alto della giurisprudenza nazionale, in definitiva della legalità penale *in the books*.

### 3. Il caso Taricco

Anche nel caso Taricco, in relazione al quale, per gli opportuni approfondimenti, rinviamo ad altri nostri scritti già in precedenza menzionati, possiamo rilevare un contrasto in definitiva di nuovo tra *law in the books* e *law in action*. La Corte di giustizia dell'Unione europea, su impulso del G.U.P. presso il Tribunale di Cuneo, ha, infatti, intimato al giudice italiano la disapplicazione della disciplina allora vigente in tema di prescrizione, con riferimento in particolare all'aumento solo di un quarto, nel caso di atti interruttivi, perché ciò contrasterebbe con l'art. 325 TFUE, che prescrive che le sanzioni penali debbano essere soprattutto efficaci e dissuasive<sup>17</sup>. Questa disposizione tuttavia ha più il sapore di una norma programmatica che precettiva e, soprattutto, se invece applicata, condurrebbe – quantomeno a nostro avviso – ad attribuire al giudice penale italiano il compito di legislatore, così mettendo in serio pericolo non solo la stretta legalità, ma a monte la stessa separazione fra i poteri dello Stato<sup>18</sup>. Da qui la reazione non solo della dottrina, ma soprattutto della Corte costituzionale che in una ben nota ordinanza ha attivato i cd. contro limiti, nel senso cioè che la disapplicazione della norma nazionale non si può reclamare, laddove la stessa incida sui principi supremi dell'ordinamento costituzionale e sui diritti inviolabili dell'uomo, come il diritto di difesa ed il principio di stretta legalità<sup>19</sup>. Si attende ora un nuovo pronunciamento della Corte

<sup>16</sup> Cass., Sez. I, 6 luglio 2017, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>17</sup> Corte giust. UE, sent. 8 settembre 2015 (Grande Sezione), Taricco, causa C-105/14, su cui in particolare PAONESSA-ZILLETTI (a cura di), *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie. I nuovi scenari della soggezione al diritto dell'Unione Europea: a proposito della sentenza della Corte di giustizia Taricco*, Pisa, 2016; nonché MANNA (a cura di), *Il principio di stretta legalità tra giurisprudenza nazionale e comunitaria*, Pisa, 2016.

<sup>18</sup> In argomento, in senso assai simile, ad es. FLORA, *Contro-riflessioni sul "caso Taricco"*, in [www.parolaalladifesa.it](http://www.parolaalladifesa.it); si veda altresì in vario senso, GAMBARDILLA, *I modelli della legalità penale e la "vicenda Taricco"*, in *Arch. Pen. (web)*, 2017, 2; GIUNCHEDI, *La "regola Taricco" e il rapporto tra fonti europee*, in *ibid.*, 2017, 2; DI FLORIO, *La sentenza "Taricco" ed il nastro di Möbius. Un "tassello" verso un diritto penale europeo? Spunti di riflessione in vista dell'attesa pronuncia della Corte costituzionale*, in *Leg. pen.*, 23 gennaio 2017.

<sup>19</sup> Corte cost., ord. n. 24 del 2017, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).

di giustizia Ue, in quanto la Corte costituzionale italiana si è posta in una linea in un certo senso mediana tra la Corte costituzionale tedesca<sup>20</sup> e quella spagnola<sup>21</sup>. La tedesca, infatti, ha accolto la teoria dei contro limiti e quindi ha respinto l'orientamento espresso dalla CGCE, mentre la spagnola ha aderito al *dictum* della giurisprudenza lussemburghese. La Corte costituzionale italiana, invece, ha in linea teorica aderito senza riserve alla teoria dei contro limiti, però ha rinviato per la soluzione definitiva alla CGCE, ponendo tuttavia a quest'ultima alcuni quesiti dai quali traspare chiaramente l'adesione ai contro limiti. Certamente la Corte costituzionale ha così agito per evitare uno scontro frontale con la giurisprudenza comunitaria e, quindi, ha adottato un orientamento di carattere *lato sensu* "diplomatico", solo che non è affatto sicuro che la CGCE, proprio a causa di alcuni precedenti contrari, adotti la stessa linea della Corte costituzionale, cioè l'adesione ai contro limiti come argine degli Stati nazionali rispetto ad una prevalenza incondizionata della normativa comunitaria. In definitiva, la questione allo stato risulta ancora in sospeso, pur se va anche in questo caso rimarcato come i principi costituzionali in materia penale almeno secondo la nostra Corte costituzionale posseggono tuttora un valore non solo cogente, ma anche tale da contrastare, ci auguriamo efficacemente, il *dictum* disapplicativo della CGCE, che, si badi, non significa affatto, almeno a nostro avviso, mettere in non cale il primato dell'ordinamento comunitario sugli ordinamenti nazionali, primato che però non può risultare assoluto<sup>22</sup>.

#### 4. Il caso De Tommaso

Il caso De Tommaso verrà anch'esso da noi trattato nella prospettiva particolare dei rapporti fra *law in the books e law in action*, rinviando per gli aspetti più specifici ad altri lavori sul tema<sup>23</sup>. Per intendere appieno, dal nostro punto

<sup>20</sup> BVerfG, 2735 del 2014.

<sup>21</sup> Tribunal constitucional, sent. 26 del 2014, in BOE, 11 marzo 2014.

<sup>22</sup> In senso diverso, in particolare, v. BERNARDI, *Note critiche sull'ordinanza Taricco della Corte costituzionale*, in *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, a cura di Bernardi e Cupelli, Napoli, 2017, 17 ss.; PICOTTI, *Riflessioni sul caso Taricco. Dalla "virtuosa indignazione" al rilancio del diritto penale europeo*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), nonché in *I contro limiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, a cura di Bernardi, Napoli, 2017, 445 ss.

<sup>23</sup> LASALVIA, *Le misure di prevenzione personale al vaglio della Corte EDU: il dialogo tra le Corti e il silenzio assordante del legislatore*, 1 ss. (del dattil); ID, *Il sasso nello stagno: luci "europee" ed ombre "nazionali" su una sentenza "storica"?*, in *Arch. pen.*, 2017, 339 ss.; nonché VIGANÒ, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it); MAUGERI, *Misure di prevenzione e fattispecie a pericolosità generica: la Corte europea condanna l'Italia per la mancanza della qualità della "legge", ma una rondine non fa*

di vista, l'importanza della pronuncia in oggetto della CEDU, bisogna effettuare una premessa metodologica di carattere dogmatico. Vogliamo con ciò significare che, come è noto, sia la giurisprudenza nazionale, che anche quella comunitaria, sono concordi nel qualificare le misure di prevenzione come sanzioni amministrative e non già di natura penale, nonostante la loro indubbia afflittività, che sembrerebbe dar ragione almeno ad uno dei famosi criteri Engel, elaborati dalla stessa Corte EDU<sup>24</sup>. Questa volta, invece, la medesima Corte ritiene alcune prescrizioni relative all'applicazione delle misure di prevenzioni personali, come, in particolare, l'*honeste vivere*, prive di base legale sufficientemente determinata "su che tipo di condotta sia da considerare espressiva di pericolosità sociale" (§ 117), tanto che, nel caso di specie, il giudice nazionale avrebbe basato la sua decisione su mere "tendenze criminali" già a suo tempo stigmatizzate e dichiarate illegittime dalla Corte costituzionale, con particolare riguardo ai proclivi a delinquere<sup>25</sup>.

A nostro sommo giudizio, sia la Corte EDU che prima la Corte costituzionale, non possono tuttavia non aver applicato nei rispettivi casi oggetto delle loro decisioni un fondamentale corollario del principio di stretta legalità, cioè a dire la c.d. determinatezza e/o precisione. Stando così la questione, di nuovo a nostro parere, la sentenza della Corte EDU può diventare foriera di sviluppi ulteriori, nel senso che, siccome ha applicato paradigmi costituzional-comunitari di schietta natura penalistica, ne dovrebbe conseguire pianamente un futuro ripensamento circa la natura giuridica delle misure di prevenzione, in quanto, avendo applicato detto tipo di paradigmi, a questo punto rischia di diventare un'antinomia giuridica quella di voler continuare a qualificare le misure *de quo agitur* come puramente amministrative, senza quindi considerare che, almeno a livello costituzionale-nazionale, l'art. 23 Cost. possiede una portata sicuramente inferiore rispetto all'art. 25, co. 2, Cost. come a suo tempo ha autorevolmente evidenziato un penalista del calibro del compianto

---

primavera, in *ibid*; MENDITTO, *La sentenza De Tommaso c. Italia: verso la piena modernizzazione e la compatibilità del sistema della prevenzione*, in *ibid*, 26 aprile 2017; ID., *Prime riflessioni sulla sentenza della Corte EDU De Tommaso c. Italia*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it); MAIELLO, *De Tommaso c. Italia e la cattiva coscienza delle misure di prevenzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 1039 ss.; più in generale, sulle misure di prevenzione, cfr. ora *Speciale "Delle pene senza delitto"*, *Le misure di prevenzione nel sistema contemporaneo: dal bisogno di controllo all'imputazione del sospetto*, *Atti del V Convegno nazionale dell'Associazione Italiana dei professori di Diritto Penale (Milano, 18/19 novembre 2016)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 399 ss.

<sup>24</sup> Sia consentito, per maggiori approfondimenti sulle misure di prevenzione e gli ulteriori profili di criticità, il rinvio, a livello manualistico, a MANNA, *Corso di diritto penale, Parte generale*, 4, Padova, 2017, 846 ss.

<sup>25</sup> Corte cost., sent. n. 177 del 1980, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).

Franco Bricola<sup>26</sup>. Per verificare, però, se la nostra visione risulta confermata anche dalla giurisprudenza, bisognerà attendere il pronunciamento della Corte costituzionale alla quale si sono rivolti i Tribunali di Napoli e di Udine, mentre hanno sostenuto la tesi dell'insensibilità dell'ordinamento interno al *dictum* De Tommaso le Corti di Milano, Palermo e Parma<sup>27</sup>.

### 5. Riflessioni conclusive e di sintesi

È d'uopo ora cercare di trarre insegnamenti da quanto descritto sinora circa i rapporti tra, in particolare, la giurisprudenza nazionale e quella comunitaria, sullo sfondo dei conflitti fra legalità nomologica e legalità giurisprudenziale. Paradossalmente i contrasti tra le Corti, sia nel caso Contrada che anche nel Taricco, a cui può sinora aggiungersi pure il De Tommaso, nonostante che le due ultime vicende giudiziarie non possano dirsi ancora concluse, trovano un *file rouge*, che accomuna tutti questi casi e che, a nostro giudizio, è costituito dal richiamo al principio di stretta legalità come fondante la penalità sia *in the books* che *in action*, nel senso che, laddove ci si discosti da tale fondamentale principio e si navighi nel mare aperto della giurisprudenza-fonte, quasi come reazione automatica, possiamo rinvenire un richiamo, da parte o di una Corte nazionale, oppure di un giudice comunitario, o al principio di stretta legalità di stampo costituzionale, oppure al suo omologo, nel senso cioè della prevedibilità delle decisioni giudiziarie. Tutto ciò, infatti, è puntualmente avvenuto nel caso Contrada, ove proprio il trionfo della giurisprudenza c.d. giuscreativa ha trovato un inaspettato stop da parte della Corte EDU, proprio attraverso il richiamo alla prevedibilità delle decisioni giudiziarie, come precipitato in senso soggettivo della legalità penale. A questo proposito risulta interessante verificare la reazione da parte della giurisprudenza nostrana, che all'inizio in alcune pronunce ha seguito una strada tutt'affatto diversa rispetto a quella comunitaria, ma non condivisibile per le ragioni che abbiamo in precedenza descritto. Da qui un finale ed altrettanto inaspettato *revirement* della stessa Corte di cassazione, che, seppure interviene quando *le jeux sont fait*, tuttavia vale come riconoscimento di principio della bontà dell'impostazione comunitaria. Ciò che comunque in tutto questo lascia francamente perplessi è il si-

<sup>26</sup> BRICOLA, *Legalità e crisi: l'art. 25, 2 e 3 co., della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70*, in *Quest. crim.*, 1980, 179 ss.; nonché ID., sub *art. 25, 2 e 3 co.*, in *Commentario alla Costituzione. Rapporti civili*, a cura di Branca e Pizzorusso, Bologna-Roma, 1981, 227 ss.

<sup>27</sup> LASALVIA, *Le misure di prevenzione personali al vaglio della Corte EDU: il dialogo tra le Corti e il silenzio assordante del legislatore*, cit., 9 ss. (del dattil.); per un ulteriore approfondimento del nostro punto di vista, sia consentito il rinvio a MANNA, LASALVIA, *Le "pene senza delitto": sull'inaccettabile truffa delle etichette*, in *questa Rivista*, 2017, 1.

lenzio, invero assordante, del legislatore, che non si perita dopo diversi lustri di intervenire con efficacia su di una tematica così delicata, venendo così meno ad un suo compito primario e fondamentale.

Anche nel caso Taricco, seppure a parti invertite, troviamo lo stesso l'affermazione dei principi fondanti lo *ius* penale in materia, in quanto è da salutare sicuramente con favore, nonostante la sua forse eccessiva cautela, l'intervento della Corte costituzionale nella riaffermazione della teoria dei contro limiti, che, a questo punto, non può non essere intesa con riferimento alla figura dei c.d. valori supremi, come tali non bilanciabili, quali in particolare la legalità penale, il diritto di difesa e la tendenziale accusatorietà del processo penale, *ex art. 111, ult. vers., Cost.*<sup>28</sup>

Il problema, però, anche in questo caso resta ancora aperto, giacché non sappiamo tutt'ora come si orienterà la Corte comunitaria, su cui probabilmente la stessa Corte costituzionale ha, almeno a nostro avviso, forse fatto eccessivo affidamento, nel senso del recepimento della teoria dei contro limiti, nonostante, appunto, taluni precedenti della stessa CGCE di segno contrario.

Appare, infatti, preferibile l'orientamento espresso dalla Corte costituzionale tedesca, che si è assunta *in toto* la responsabilità del recepimento dei contro limiti, senza con ciò rinnegare il primato del diritto comunitario su quelli nazionali, che tuttavia non può avvenire senza limiti. Al riguardo, potrebbe apparire risolutivo l'utilizzo, anche da parte del giudice delle leggi nostrano, del doppio controllo di compatibilità costituzionale, effettuato dalla Corte costituzionale tedesca, consistente nella verifica, da parte del diritto comunitario, del rispetto dei principi di attribuzione *ex art. 5, § 2, TUE* e del principio di identità costituzionale nazionale *ex art. 4, § 2, TUE*<sup>29</sup>.

Da ultimo, anche il caso De Tommaso, che è quello ove ancora non si è espressa la Corte costituzionale, dimostra l'importanza del principio di stretta legalità, *sub specie*, in particolare, determinatezza e/o precisione<sup>30</sup>, che apre così interessanti prospettive in materia di misure di prevenzione, giacché applica principi costituzionali in materia penale a misure da sempre qualificate come amministrative.

Che con ciò si possa ottenere un rapido *revirement* di una consolidata giuri-

<sup>28</sup> In tal senso, in particolare, v. SGUBBI, *Il principio di stretta legalità tra giurisprudenza nazionale e comunitaria*, in *Il principio di stretta legalità tra giurisprudenza nazionale e comunitaria*, cit., 133 ss. e quivi 135.

<sup>29</sup> ANZON DEMMIG, *La Corte costituzionale è ferma sui "controlimiti", ma rovescia sulla Corte europea di Giustizia l'onere di farne applicazione bilanciando esigenze europee e istanze identitarie degli Stati membri*, in *Giur. cost.*, 2017, 1, 514 ss.

<sup>30</sup> Nella manualistica, sia consentito il rinvio a MANNA, *Corso di diritto penale, Parte generale*, cit., 59 ss., con ivi i necessari ulteriori riferimenti bibliografici e giurisprudenziali.

sprudenza nazional-comunitaria, nel senso della c.d. truffa delle etichette, è a nostro avviso difficilmente pronosticabile, quanto meno nel breve periodo. Ciò, tuttavia, non significa sottovalutare l'importanza della De Tommaso, perché anche in questo caso assistiamo ad una rivincita dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale, *in primis* la stretta legalità, rispetto ad una legislazione ordinaria orientata esclusivamente alla prevenzione generale con minimi controlli a livello di garanzie, sia sostanziali che anche processuali. In conclusione, la coesistenza tra *law in the books* e *law in action* non è certamente pacifica, anzi dai tre casi sinora descritti emerge inaspettatamente un primato della legalità penale su di una giurisprudenza-fonte, che infatti ha trovato condivisibili resistenze ogni volta in cui ha preteso di sostituirsi alla legge in senso formale<sup>31</sup>.

---

<sup>31</sup> Da ultimo, per un interessante quadro comparatistico circa la nomofilachia in Italia e in Germania nonché con uno sguardo stimolante alla giurisprudenza comunitaria, cfr. ORLANDI, *Rinascita della nomofilachia: sguardo comparato alla funzione "politica" delle Corti di legittimità*, in *Cass. pen.*, 2017, 2596 ss.. Onde chiarire in via definitiva il nostro pensiero, che non riteniamo frutto di una sorta di neopositivismo penale, ma, al contrario, di un diritto penale attento in particolare alle garanzie, ci viene in soccorso quanto di recente affermato dal DONINI, *Massimo Pavarini e la scienza penale - Ovvero, sul valore conoscitivo dell'antimoderno sentimento della compassione applicato allo studio della questione criminale*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), che afferma: "*in questa subordinazione del diritto a vincoli di garanzia e a scopi di riduzione teleologica della sofferenza per quella triade di soggetti, risiede una componente essenziale di ciò che intendiamo con garantismo in materia penale*. Un garantismo triatico e non binario rispetto allo Stato (Stato *versus* cittadino e autore, ma anche *versus* vittima)". L'Autore conclude sul punto nel senso di propendere decisamente per "Un progetto teorico di diritto penale costituzionale e di principi, ma anche di verifiche empiriche e di regole legislative non è dunque un coacervo di antinomie epistemologiche (natura e fini), descrizioni e prescrizioni, Sein e Sollen, Fatti e valori, quanto piuttosto *l'unica base epistemologica pensabile oggi per il giurista*" (op. cit.), 10.