

QUESITI

Paola Scevi

La crisi della legalità nel diritto penale. Progressiva dissoluzione o transizione verso una prospettiva di crescita?

Il diritto penale moderno nasce e si sviluppa all'insegna del principio di legalità, cui è strettamente vincolato; talché la crisi della legalità è questione fondamentale ed egemone.

Il principio di legalità manifesta l'esigenza che l'esercizio di ogni potere pubblico sia contemplato e disciplinato dalla legge, la quale negli ordinamenti di *civil law* collima con l'atto normativo di fonte parlamentare mentre in quelli di *common law* coincide con il diritto obiettivo.

Le trasformazioni avvenute nel contesto della democrazia reale hanno concorso ad indebolire la *ratio* democratica della riserva di legge. Il crepuscolo della centralità del Parlamento e la sua crescente difficoltà a costituire luogo istituzionale di esercizio di razionalità discorsiva; l'eccessivo ricorso a fonti normative di derivazione governativa; l'affievolirsi della capacità progettuale e dell'attitudine innovativa della politica, hanno avviato un processo di progressiva dissoluzione del principio di legalità.

Di più, è in corso un processo di metamorfosi del diritto di produzione legislativa, che trova la sua più chiara espressione nell'impatto della normazione di fonte europea e nella conseguente limitazione della sfera di libertà della politica.

La crisi del principio di legalità si disvela anche riguardo ai rapporti tra la legge e la giurisdizione, allorché si consideri l'esigenza di circoscrivere la sfera dell'attività ermeneutica nei confronti della dimensione normativa che la legge deve delineare.

La giurisprudenza ha assunto un ruolo sempre più di primo piano, cui è derivato un rafforzamento della funzione creativa - in senso lato - dei giudici anche per quanto riguarda il diritto penale, nonché la corrispondente limitazione dell'impatto effettivo dei principi della riserva di legge e della tassatività.

Dalla legalità convenzionale in tema di diritti umani deriva uno dei profili più innovativi quanto alla tenuta della riserva di legge in rapporto al potere normativo giudiziario: l'equiparazione funzionale tra legge e giurisprudenza, destinata a revocare in dubbio i contenuti tradizionalmente attribuiti alla riserva di legge.

La situazione così tratteggiata appare particolarmente complessa e prospetticamente in evoluzione, tanto da rendere necessaria un'approfondita riflessione sulla funzione stessa della legalità intesa quale riserva di legge in materia penale.

The modern criminal law is developing in the spirit of the principle of legality, to which it is strictly bound to the point that the crisis of legality has become a fundamental and hegemonic issue.

This principle conveys the requirement that the activity of every public authority must be established and governed by the law, that coincides with the parliamentary legal act in the civil law and with the objective law in the common law.

The transformations occurred in the real democracy have contributed to weaken the democratic principle of the rule of law. The decline of the centrality of the Parliament and its growing difficulty in representing an institutional place exercising rationality; the excessive use of governmental regulations; the deterioration of politics' planning capacity and innovative attitude have started a process of progressive dissolution of the principle of legality.

Furthermore, a process of metamorphosis of the legislative law, which is better reflected in the standardization of the European norms and in the resulting limitation of the political freedom, is underway.

The crisis of the principle of legality is also conveyed by the relationship between the law and the jurisdiction when considering the need to circumscribe the sphere of the hermeneutic activity in relation to the normative dimension that the law must outline.

The case law has been playing a prominent role, which has resulted in a reinforcement of the creative function – in a broad sense – of the judges with reference to the criminal law, as well as in the corresponding limitation of the impact of the rule of law and of the legal certainty.

The conventional law in human rights originates one of the most innovative profiles concerning the enforcement of the rule of law in relation to the judicial power: the functional equivalence between law and jurisprudence, intended to revoke, in doubt, the content traditionally attributed to the rule of law.

The described situation is particularly complex and it is prospectively evolving, requiring, thus, a deepened reflection on the very nature of legacy as a rule of law in criminal matters.

SOMMARIO: 1. Principio di legalità e diritto penale moderno. Ragioni e fattori di crisi. 2. La qualità della legge. Il regresso dell'*ars legiferandi*. 3. Legalità nazionale e legalità europea: una integrazione possibile e necessaria. 4. La crisi della legalità sul versante dei rapporti tra la legge e la giurisdizione. 5. La progressiva costruzione di un diritto penale vivente. 6. Considerazioni conclusive.

1. Principio di legalità e diritto penale moderno. Ragioni e fattori di crisi

Il diritto penale moderno nasce e si sviluppa all'insegna del principio di legalità, cui è strettamente vincolato; talché la crisi della legalità è questione fondamentale ed egemone¹.

Va evidenziato in via preliminare che la legalità rappresenta nel diritto penale il riflesso applicativo del principio di legalità, visto come uno dei tre fondamenti dello stato di diritto, insieme al principio della divisione dei poteri e al principio di uguaglianza.

Il principio di legalità manifesta l'esigenza che l'esercizio di ogni potere pubblico sia contemplato e disciplinato dalla legge, la quale negli ordinamenti di *civil law* collima con l'atto normativo di fonte parlamentare mentre in quelli di *common law* coincide con il diritto obiettivo.

Va rilevato che, riconducendo l'esercizio di ogni potere pubblico ad un fondamento e ad una disciplina legale – disposta con un atto normativo promanante dall'organo rappresentativo della comunità politica – è il potere punitivo il primo e più significativo dei poteri coinvolti. Sul potere punitivo l'esigenza di legalità si esplica soprattutto in termini di tutela della libertà oltre

¹ In argomento v.: F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. XXXVI, tomo II, Milano, 2007, 1279 ss.; ID., *Legalità fra law in the books e law in action*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 2016, 3, 4 ss.; G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia*, 2011, 79 ss.; A. GARGANI, *Verso una 'democrazia giudiziaria'? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, *ibidem*, 99 ss.; C.F. GROSSO, *Il fascino discreto della conservazione (considerazioni in margine all'asserita crisi del principio di riserva di legge in materia penale)*, *ibidem*, 125 ss.; D. PULITANÒ, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1, 29 ss.; C.E. PALIERO, S. MOCCIA, G.A. DE FRANCESCO, G. INSOLERA, M. PELISSERO, R. RAMPIONI, L. RISICATO (a cura di), *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali*, Atti del Convegno Napoli, 7-8 novembre 2014, Napoli, 2016.

che in termini di certezza della punizione e di determinatezza dei suoi contenuti, talché la previsione incriminatrice è necessariamente irretroattiva, è tassativa e deve promanare da una fonte qualificata per rappresentatività e dunque legittimata a porre limitazioni della libertà e a prevedere sanzioni che la affliggono.

La legalità penale assume il contenuto del principio di determinatezza della legge penale, che si rivolge sia al legislatore perché formuli norme chiare e precise al fine di legare maggiormente il giudice alla legge, sia al giudice per vietargli di applicare la norma a casi non espressamente considerati: la legalità quale limite all'“arbitrio” del giudice. Com'è stato efficacemente osservato, “senza il principio di determinatezza, e senza in particolare il divieto di analogia, verrebbe negato il principio di ‘tipicità’ dell'illecito penale e sarebbe snaturato il carattere ‘frammentario’ del diritto penale: quel carattere per cui la norma incriminatrice deve restare un'isola nel mare della libertà, e non viceversa”².

La determinatezza condivide con il principio di irretroattività della legge penale la sua specifica funzione di libertà, nonché una natura *universale* molto differente dalla natura tutta storicizzata della riserva di legge. Il principio di irretroattività, generalmente riconosciuto in tempi e in luoghi diversi – molte enunciazioni costituzionali sono impiegate sul divieto di retroattività della legge penale – costituisce la nervatura del principio di legalità.

Il principio di legalità in ambito penale costituisce l'essenza dello stato di diritto nell'accezione degli ordinamenti di *civil law*³. Esso oltre a postulare la necessità della legge nella disciplina del potere punitivo, collega tale necessità al principio della divisione dei poteri.

² Così F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio fondamentale*, cit., 1307.

³ Il principio di legalità nella Costituzione italiana è così formulato: “Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso” (articolo 25, secondo co.); formula meno stringente di quella del codice penale: “Nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite” (art. 1). Il costituente ha attribuito il monopolio della enunciazione delle fattispecie penalmente sanzionate, nonché delle sanzioni penali, alla legge, giacché le regole penali incidono sui beni fondamentali dei loro destinatari. Ciò al fine di consentire – come tipico del pensiero liberal-democratico – un'approfondita riflessione circa le ragioni che portano a qualificare reato un certo fatto umano, oltre alla possibilità per le minoranze di partecipare agli indirizzi ed alle scelte di politica criminale della maggioranza nell'ambito della dialettica democratica. La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo contempla un principio di legalità altrettanto fondamentale, ancorché costruito diversamente da quello italiano: “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” (art. 7).

La riserva di legge in materia penale risponde all'esigenza di attribuire la decisione di criminalizzare le condotte umane all'istituzione che rappresenta la massima espressione del potere democratico: il Parlamento, rappresentante della sovranità popolare.

Mediante la riserva di legge si vuole dunque riservare al popolo la decisione in ordine a quali condotte siano da considerare penalmente rilevanti. Dal momento che alla violazione della norma penale consegue la limitazione del diritto fondamentale della libertà personale, si riservano al Parlamento – organo rappresentativo del popolo – le scelte che ricadono su siffatta sfera di libertà.

La legge, in quanto prodotto ed espressione della volontà parlamentare, attua il principio democratico; tuttavia, “posto che la legge è per così dire la cinghia di trasmissione della democrazia dalla sede parlamentare alla vita normativa dell'ordinamento, se non c'è più nulla da trasmettere, se la democrazia si è corrotta, allora anche la legalità entra in crisi”⁴.

Le trasformazioni avvenute nel contesto della democrazia reale hanno concorso ad indebolire la *ratio* democratica della riserva di legge. Il crepuscolo della centralità del Parlamento e la sua crescente difficoltà a costituire luogo istituzionale di esercizio di razionalità discorsiva; l'eccessivo ricorso a fonti normative di derivazione governativa; l'affievolirsi della capacità progettuale e dell'attitudine innovativa della politica, incapace di leggere i mutamenti sociali e orientata ad un uso demagogico del diritto penale, hanno avviato un processo di progressiva dissoluzione del principio di legalità⁵.

Di più, è in corso un processo di metamorfosi del diritto di produzione legislativa, che trova la sua più chiara espressione nell'impatto della normazione di fonte europea e nella conseguente limitazione della sfera di libertà della politica. Nel sistema penalistico, si è progressivamente attenuato il monopolio legislativo sulle determinazioni politico-criminali: l'attuazione essenzialmente governativa degli impulsi normativi europei, la sempre maggiore concretizzazione giurisprudenziale della *regula iuris*, limitano l'ambito decisionale dell'istituzione che costituisce la massima espressione della rappresentanza politica.

⁴ Così F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, cit., 1291.

⁵ In argomento, L. FERRAJOLI, *Principia juris - Teoria del diritto e della democrazia*, 2. *Teoria della democrazia*, 3a ed., Bari, 2013, 367 ss.

L'influsso del diritto europeo sulla materia penale è divenuto nel tempo sempre più determinante e profondo, "fino al punto da condizionare e da 'vincolare' in varia guisa le scelte operate dai singoli ordinamenti nazionali"⁶.

Le cessioni di sovranità ed i vincoli che sono derivati dall'inserimento del nostro ordinamento nelle istituzioni europee, hanno scalfito il nesso della legalità con la sovranità statale. Direttive, decisioni quadro dell'Unione europea e regolamenti comunitari, comportano vincoli così incisivi da soverchiare la legge penale nazionale, o da ridimensionarla al rango di fonte sostanzialmente derivata, nelle materie interessate dalle fonti comunitarie. Di più, l'interpretazione del diritto nazionale non soltanto deve uniformarsi alle fonti europee, ma altresì alla giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo, considerata quale vera e propria fonte di diritto.

Come noto, secondo l'orientamento della Corte costituzionale, costante a partire dalle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007⁷, la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) rappresenta una fonte, ancorché interposta (ex art. 117 Cost.), di rango sub-costituzionale. Giacché, come affermato dalla Corte costituzionale, la Convenzione EDU vive nell'interpretazione della Corte EDU, ne deriverebbe che anche la giurisprudenza della Corte EDU costituisce fonte sub-costituzionale, ex art. 117 Cost.

Va ricordato al riguardo che la Corte costituzionale nella sentenza n. 49 del 2015⁸, ha affermato che il giudice interno è tenuto a porre a fondamento del proprio processo interpretativo soltanto una giurisprudenza "consolidata" della Corte di Strasburgo, mentre nessun vincolo sussiste in tal senso, a fronte di pronunce non espressive di un orientamento divenuto oramai definitivo. Si disvela dunque un'attenuazione di siffatto dovere di adeguamento – in mancanza di una giurisprudenza consolidata –, ma anche una legittimazione rafforzata di tale dovere a fronte dell'attestarsi della giurisprudenza della Corte di Strasburgo su scelte sostanzialmente omogenee⁹.

⁶ Così G.A. DE FRANCESCO, *Diritto penale. I fondamenti*, 2a ed., Torino, 2011, 93.

⁷ Quanto alle differenze tra le due sentenze 'gemelle' v. V. ZAGREBELSKY, in Tavola rotonda sul tema: *Il 'dialogo' tra le Corti europee, la Corte costituzionale e la Corte di cassazione: punti fermi e visioni prospettiche*, in *Giust. pen.*, 2014, 4, 121 s.

⁸ Sulla sentenza v. i commenti di: D. PULITANÒ, *Due approcci opposti sui rapporti fra Costituzione e CEDU in materia penale. Questioni lasciate aperte da Corte cost. n. 49/2015*, in *Dir. pen. cont. - Riv. Trim.*, 2015, 2, 318 ss.; A. RUGGERI, *Fissati nuovi paletti alla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno*, *ibidem*, 325 ss.; F. VIGANÒ, *La Consulta e la tela di Penelope*, *ibidem*, 333 ss.

⁹ V. G.A. DE FRANCESCO, *Due temi controversi: lo sviluppo del 'diritto giurisprudenziale' ed i principi intertemporali della legge penale*, in *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali*, cit., 277.

Siccome la Corte EDU ha sviluppato una giurisprudenza secondo la quale il principio di legalità dei reati e delle pene affermato dall'art. 7 della Convenzione EDU si riferisce al diritto di origine tanto legislativa che giurisprudenziale¹⁰ – le norme e non le disposizioni¹¹ – si starebbe modificando la fisionomia stessa dei sistemi interni. Alla legalità nazionale imperniata in particolare

¹⁰ La Corte di Strasburgo ha affermato 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., [...], § 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 ineluttabilmente 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)”, Corte EDU, 29 ottobre 2013, *Varvara c. Italia*, §55. V. altresì Corte EDU (GC), 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*, §§ 99-102, in *Cass. pen.*, 2011, 26 ss. La Corte utilizza il lemma inglese «law», ma secondo A. DI MARTINO, *Una legalità per due? Riserva di legge, legalità CEDU e giudice-fonte*, in *Criminalia*, 2014, 97, avrebbe più precisamente dovuto fare riferimento alla traduzione francese, nella quale ricorre il termine «droit» anziché «loi»: soltanto facendo riferimento a questa lingua si potrebbe argomentare la differenza nei termini chiari in cui essa è predicata. Così i testi francese ed inglese del primo comma dell'art. 7: «1. Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international. De même il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise»; «1. No one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence under national or international law at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time the criminal offence was committed». Per quanto concerne la prevedibilità, la Corte ha considerato che “Pur se una disposizione sia chiaramente redatta, vi è inevitabilmente una parte dovuta alla interpretazione dei tribunali. E sarà sempre necessario chiarire dei punti oscuri e adattare la formulazione testuale in funzione dell'evoluzione delle circostanze” (Corte EDU, 7 maggio 2002, *E. K. c. Turchia*, § 52). La Corte ha affermato che il principio di legalità implica che “una infrazione deve essere chiaramente definita dalla legge. Questa condizione è realizzata allorché il giudicabile può conoscere, a partire dalla formulazione testuale della disposizione pertinente e, ove occorra, con l'aiuto della interpretazione di quest'ultima da parte dei tribunali, quali azioni od omissioni impegnano la sua responsabilità penale (*Veeber c. Estonia*, 21 gennaio 2003, § 31)”, Corte EDU, 6 luglio 2005, *K.A. et A.D. c. Belgio*, §51. V. anche Corte EDU (GC), 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*, cit., § 94.

¹¹ Sulla distinzione tra disposizione e norma, v. V. CRISAFULLI, voce *Disposizione (e norma)*, in *Enc. Dir.*, XIII, 1964, 195 ss. In argomento, v. M. DONINI, *Disposizione e norma nell'ermeneutica penale contemporanea*, in ID., *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011, 63 ss., secondo il quale il legislatore crea le *disposizioni*, ossia gli enunciati normativi, mentre il loro contenuto reale viene raggiunto all'esito dell'interpretazione e dell'applicazione ai casi. Quindi la *norma* è il risultato dell'interpretazione della *disposizione* astratta (o della disposizione all'esito della sua applicazione ai casi).

sul corollario della riserva di legge, si starebbe sostituendo la legalità europea modellata per lo più dalla prevedibilità dell'esito giudiziario, con riferimento alla preminenza della giurisprudenza, non solo europea ma anche nazionale¹². Non si può peraltro dimenticare come nella sentenza n. 230 del 2012 la Corte costituzionale abbia affermato che è preclusa "una meccanica trasposizione nell'ordinamento interno della [...] equiparazione tra legge scritta e diritto di produzione giurisprudenziale"¹³.

La crisi del principio di legalità si disvela anche riguardo ai rapporti tra la legge e la giurisdizione, allorché si consideri l'esigenza di circoscrivere la sfera dell'attività ermeneutica nei confronti della dimensione normativa che la legge deve delineare.

La giurisprudenza ha assunto un ruolo sempre più di primo piano, cui è derivato un rafforzamento della funzione creativa – in senso lato – dei giudici anche per quanto riguarda il diritto penale, nonché la corrispondente limitazione dell'impatto effettivo dei principi della riserva di legge e della tassatività¹⁴.

¹² Per un quadro d'insieme dell'idea di legalità che permea la giurisprudenza della Corte EDU, v. V. ZAGREBELSKY, *La giurisprudenza casistica della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *La fabbrica delle interpretazioni*, Milano, 2012, 65 s. V., altresì, V. MANES, *Commento all'art. 7*, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky, Padova, 2012, 258 ss. Sulla diversità dei fondamenti politici e culturali della legalità europea e della legalità nazionale, v. F. PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regula iuris*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. VASSALLI, Napoli, 2006, 68 ss. Per approfondimenti, v. le riflessioni di: M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, cit., 49 ss., 63 ss.; O. DI GIOVINE, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 2013, 1, 159 ss.; ID., *Il ruolo costitutivo della giurisprudenza (con particolare riguardo al precedente europeo)*, in C.E. PALIERO, S. MOCCIA, G.A. DE FRANCESCO, G. INSOLERA, M. PELISSERO, R. RAMPIONI, L. RISICATO (a cura di), *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali*, cit., 145 ss.; R. BARTOLI, *Legalità europea versus legalità nazionale? Un tentativo di possibile integrazione*, *ibidem*, 283 ss.; D. PULITANÒ, *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 2015, 2, 46 ss.; F. VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso: legalità 'costituzionale' vs. legalità 'convenzionale'?*, in www.penalecontemporaneo.it. V. pure la *Tavola rotonda* dal titolo *Le due legalità: quale convivenza nel diritto penale?*, in *Criminalia*, 2013, 205 ss., con interventi di C. de Maglie, F. Fiandanesi, V. Maiello, S. Riondato, A. Vallini.

¹³ Sulla sentenza Corte cost., n. 230 del 2012, v. il commento di V. MANES, *Prometeo alla Consulta: una lettura dei limiti costituzionali all'equiparazione tra "diritto giurisprudenziale" e "legge"*, in *Giur. Cost.*, 2012, 5, 3474 ss.

¹⁴ Di notevole interesse per la tematica: A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, 3a ed., Torino, 2014; G. FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2005, 1722 ss.; R. BRICCHETTI, *Lo stato della legalità penale nella giurisprudenza*, in *Criminalia*, 2012, 261 ss.; O. DI GIOVINE, *Dal costruttivismo al naturalismo interpretativo? Spunti di riflessione in materia penale*, *ibidem*, 267 ss.; G. INSOLERA, *Qualche riflessione e una domanda sulla legalità penale nell'epoca dei giudici*, *ibidem*, 285 ss.; S. MOCCIA, *Sulle precondizioni dell'ermeneutica giudiziale nello stato di diritto*, *ibidem*, 299 ss.; V. VELLUZZI, *Due*

D'altro lato, la valorizzazione anche in ambito penalistico delle teorie dell'interpretazione di orientamento ermeneutico, conduce a sfatare il mito illuministico dell'assoluto primato della legge scritta e della correlata rappresentazione *naïve* del giudice come una specie di automa impegnato in una meccanica applicazione della legge.

Al riguardo si è sostenuto che “il giudice in qualche modo e misura *crea* (ancorché rimanga impreciso il significato di questo ‘creare’), e crea persino quando interpreta e applica le norme penali”¹⁵, talché il giudice arriva ad essere ‘creativo’ non per deliberata volontà di manipolare o eludere la legge scritta, bensì perché l’immagine dell’interprete supino servitore del legislatore-padrone assoluto del diritto è solamente pura ideologia. Di più, il vetusto formalismo interpretativo – per il quale ogni disposizione normativa ha un solo significato corretto che spetterebbe all’interprete cogliere – conserva oramai al più una valenza ideologica scevra da ogni rilievo conoscitivo.

Il contenuto semantico delle parole non è un ‘dato’ precostituito, ma il frutto di una valutazione effettuata dall’interprete in relazione al fatto storico da qualificare, ossia da ricondurre o meno nel perimetro semantico di un determinato enunciato legislativo.

I giudici non sono e non potranno mai essere “*la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés, qui n’en peuvent modérer ni la force ni la rigueur*”¹⁶, poiché essenza dell’attività ermeneutica è comporre le dimensioni del necessariamente astratto – la legge – e della realtà concreta – il fatto, che l’interprete deve valutare – ciò che richiede ineludibilmente uno spazio di discrezionalità.

Le enunciazioni della legalità penale di stampo illuministico vengono dunque intensamente sollecitate dalla realtà dei fatti.

Il giudice, anche ove non indulga ad interpretazioni che esuberano il significato dell’enunciato legislativo, ha progressivamente acquisito una maggior libertà ermeneutica, a partire dalla individuazione della disposizione considerata prevalente tra le tante che compongono l’attuale ordinamento multilivello.

E dalla legalità convenzionale in tema di diritti umani deriva uno dei profili più innovativi quanto alla tenuta della riserva di legge in rapporto al potere

(brevi) note sul giudice penale e l’interpretazione, *ibidem*, 305 ss.; N. ZANON, *Su alcuni problemi attuali della riserva di legge in materia penale*, *ibidem*, 315 ss.; M. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell’illecito interpretativo*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 2016, 3, 13 ss.

¹⁵ Così G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell’età del protagonismo giurisdizionale*, cit., 93.

¹⁶ C. L. DE MONTESQUIEU, *De l’esprit des lois*, liv. XI, chap. VI, (1777), trad. it. *Lo spirito delle leggi*, Milano, 1967.

normativo giudiziario: l'equiparazione funzionale tra legge e giurisprudenza, destinata a revocare in dubbio i contenuti tradizionalmente attribuiti alla riserva di legge.

La situazione così tratteggiata appare particolarmente complessa e prospetticamente in evoluzione, tanto da rendere necessaria un'approfondita riflessione sulla funzione stessa della legalità intesa quale riserva di legge in materia penale.

2. La qualità della legge. Il regresso dell'*ars legiferandi*

La crisi della legalità può concernere la stessa 'forma di legge'; la determinatezza e precisione del precetto legale, l'intelligibilità, l'efficacia descrittiva dello stesso, riguardano i presupposti dell'osservanza della legge e del rimprovero di colpevolezza in caso di inosservanza. La possibilità di conoscenza della legge penale da parte del cittadino, che non può essere rimproverabile per la violazione di un precetto penale inconoscibile al momento dell'effettuazione della condotta¹⁷, - la "riconoscibilità" dei contenuti delle norme penali, nei termini richiesti dal principio di legalità e postulati dal principio di colpevolezza - deriva da alcune condizioni, in primo luogo dall'adempimento dei doveri del legislatore attinenti alla formulazione ed ai contenuti delle norme penali, come affermato dalla Corte costituzionale nella fondamentale sentenza n. 364 del 1988, con cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 5 c.p.¹⁸.

Il principio di "riconoscibilità" dei contenuti delle norme penali, implicato dagli art. 73, co. 3 e 25, co. 2, Cost., rimanda per la Corte "alla necessità che il diritto penale costituisca davvero la *extrema ratio* di tutela della società, sia costituito da norme non numerose, eccessive rispetto ai fini di tutela, chiaramente formulate, dirette alla tutela di valori almeno di "rilievo costituzionale" e tali da esser percepite anche in funzione di norme "extrapenali", di civiltà, effettivamente vigenti nell'ambiente sociale nel quale le norme penali sono destinate ad operare"¹⁹.

Un precetto penale ha valore, quale regolatore della condotta, non tanto per ciò che è, quanto per ciò che appare ai cittadini. Lo Stato è tenuto a favorire in massima misura la riconoscibilità sociale dell'effettivo contenuto precettivo

¹⁷ V. A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, cit., 59.

¹⁸ Corte cost., n. 364 del 1988, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 686 ss., con nota di D. PULITANO, *Una sentenza storica*.

¹⁹ Corte cost., n. 364 del 1988, cit., § 17.

delle norme, assicurando la conformità dell'apparenza all'effettivo contenuto della norma penale.

Al riguardo si è efficacemente osservato che la Corte ha colto la rilevanza, per il principio di "riconoscibilità", delle *Kulturnormen*²⁰, norme diffuse nella coscienza sociale, che costituiscono "il vero "collante" del principio di *riconoscibilità*, e dunque di quello di *determinatezza*"²¹. In questa prospettiva si evidenzia la necessità che il diritto penale si regga sul più ampio consenso sociale, si rimarca l'esigenza che i consociati si vedano repressi penalmente solo le condotte pregne di disvalore nell'ambito delle norme sociali di riferimento, si propugna un diritto penale scevro da derive autoritarie o *improvvidamente "promozionale"*, si favorisce la funzione di prevenzione generale e speciale nella loro dimensione "positiva" e si consente ai cittadini una maggiore riconoscibilità delle norme penali. Ciò può consentire all'agente - che avverte in coscienza come criminoso il fatto commesso - di avere contezza dell'illiceità penale della sua condotta indipendentemente da una conoscenza diretta della norma scritta, anche se non tutte le questioni di riconoscibilità degli illeciti penali possono così trovare soluzione²². Si pensi alle società contemporanee, largamente caratterizzate da pluralità culturale: posto che i contenuti del diritto penale sono profondamente permeati dalla cultura della parte maggioritaria e originaria della società di riferimento, tra il sistema egemone e i gruppi etnici di minoranza possono sorgere conflitti di cultura particolarmente intensi²³. Talune condotte, che sono considerate reato dalle norme del sistema del-

²⁰ Nella dottrina italiana, tradizionalmente, il termine *Kulturnormen* è stato tradotto con "norme di civiltà". Peraltro, più di recente, A. CADOPPI, *Il ruolo delle Kulturnormen nella "opzione penale" con particolare riferimento agli illeciti economici*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1989, 298, traduce con "norme di cultura". È Max Ernst Mayer il principale fautore della teoria della coincidenza delle norme penali con le *Kulturnormen*, v. la monografia *Rechtsnormen und Kulturnormen*, Breslau, 1903 (ristampa Frankfurt am Main - Tokyo, 1977). Mediante l'espressione *Kulturnormen*, Mayer vuole circoscrivere l'insieme di quei comandi e divieti, che si rivolgono all'individuo in quanto comandi e divieti religiosi, morali, convenzionali, in quanto esigenze imposte dai rapporti sociali e dalla vita professionale (*ivi*, 17). Le norme giuridiche per Mayer coincidono con le *Kulturnormen*, la cui forza vincolante l'individuo conosce e riconosce; "se quindi gli obblighi, che sorgono per l'individuo dall'ordinamento giuridico, sono identici agli obblighi che gli sono imposti dalla *Kultur*, allora nessuno può lamentarsi di essere giudicato sulla base di norme che non gli sono state comunicate" (*ivi*, 17).

²¹ Così A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, cit., 128.

²² A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, cit., 132 s.

²³ Sui rapporti tra diritto penale e radici culturali dell'agire v.: T. SELLIN, *Culture Conflict and Crime*, New York, 1938; A. D. RENTELN, *The Cultural Defense*, New York, Oxford, 2004; J. VAN BROECK, *Cultural Defence and Culturally Motivated Crimes (Cultural Offences)*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 9/1, 2001; F. BASILE, *Società multiculturali, immigrazione e "reati culturalmente motivati"* (comprese le mutilazioni genitali femminili), in *Riv. it. dir. proc. pen.*,

la cultura dominante, sono invece tollerate, approvate o addirittura incoraggiate o imposte nella cultura del gruppo etnico di appartenenza dell'agente. Gli autori sono indotti a violare la norma positiva dalla forza cogente di una norma di matrice culturale, alla cui indubbia rilevanza nella genesi delle condotte illecite è ascrivibile la denominazione di "reati culturalmente motivati"²⁴. Quanto alla formulazione della legge, va assicurata la certezza nelle scelte di comportamento sia dei destinatari dei precetti, sia delle pubbliche autorità nelle loro valutazioni e decisioni, con precetti formulati in termini tassativi, chiari e comprensibili per i destinatari, così liberati dall'esigenza di guardare oltre le regole. Al riguardo va ricordato come nella recente ordinanza n. 24 del gennaio 2017, la Corte costituzionale abbia affermato che le norme del diritto penale sostanziale devono "essere formulate in termini chiari, precisi e stringenti, sia allo scopo di consentire alle persone di comprendere quali possono essere le conseguenze della propria condotta sul piano penale, sia allo scopo di impedire l'arbitrio applicativo del giudice"²⁵.

2007, 1296 ss.; ID., *Premesse per uno studio sui rapporti tra diritto penale società multiculturale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 149 ss.; ID., *Immigrazione e reati culturalmente motivati. Il diritto penale nelle società multiculturali*, Milano, 2010; ID., *Il diritto penale nelle società multiculturali: i reati culturalmente motivati*, in *Ragion pratica*, 1, 2013, 9 ss.; A. BERNARDI, *Minoranze culturali e diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1193 ss.; ID., *Modelli penali e società multiculturale*, Torino, 2006; ID., *Società multiculturale e "reati culturali". Spunti per una riflessione*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini, C. E. Paliero, I, Milano, 2006, 45 ss.; ID., *Multiculturalismo, diritti umani, pena*, Milano, 2006; ID., *Il "fattore culturale" nel sistema penale*, Torino, 2010; S. CANESTRARI, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., specialmente 152 ss.; C. DE MAGLIE, *Multiculturalismo e diritto penale. Il caso americano*, in *Scritti per Federico Stella*, a cura di M. Bertolino, G. Forti, Napoli, 2007, 3 ss.; ID., *Società multiculturali e diritto penale: la cultural defense*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., 215 ss.; ID., *Multiculturalismo (Dir. pen.)*, voce in *Enc. giur. Sole 24 Ore*, IX, Milano, 2007, 732 ss.; ID., *Culture e diritto penale. Premesse metodologiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1088 ss.; ID., *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, Pisa, 2010; G. FORNASARI, *Nuove riflessioni sulle categorie dogmatiche del diritto penale davanti alla sfida del multiculturalismo*, in *La Magistratura*, 2010, 24 ss.; C. GRANDI, *Diritto penale e società multiculturali: stato dell'arte e prospettive de iure condendo*, in *Ind. pen.*, 1, 2007, 245 ss.; L. STORTONI, S. TORDINI CAGLI, *Cultura, culture e diritto penale*, Bologna, 2012.

²⁴ In argomento sia consentito rinviare a P. SCEVI, *Riflessioni su reati culturalmente motivati e sistema penale italiano*, in *questa Rivista*, 2016, 3, 800 ss., anche per ulteriori riferimenti.

²⁵ Corte cost. n. 24 del 2017, § 5. Sulla ordinanza v. i commenti di: A. BERNARDI, *La Corte costituzionale sul caso Taricco: tra dialogo cooperativo e controlimiti*, in *Quaderni costituzionali*, 2017, 1, 109 ss.; V. MANES, *La corte muove e, in tre mosse, dà scacco a "Taricco". Note minime all'ordinanza della Corte Costituzionale n. 24 del 2017*, in *Diritto penale contemporaneo*, 13 febbraio 2017; F. VIGANO, *Le parole e i silenzi. Osservazioni sull'ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale sul caso Taricco*, ivi, 27 marzo 2017; D. PULITANO, *Ragioni della legalità. A proposito di Corte cost. n. 24/2017*, ivi, 19 aprile 2017; R. SICURELLA, *Oltre la vexata quaestio della natura della prescrizione. L'actio finium regundorum della consulta nell'ordinanza Taricco, tra sovranismo (strisciante) e richiamo (palese) al rispetto dei ruoli*, ivi; F. GIUNCHEDI, *La Consulta, la "regola Taricco" ed il rapporto tra fonti europee*, in *questa Rivista*, 2017, 1; G. CIVELLO, *La Consulta, adita sul caso "Taricco", ricorre alla Corte di Giusti-*

Certo, la determinatezza della legge non trova realizzazione solo sul terreno della formulazione puramente linguistica del precetto, ma anche e prevalentemente su quello della corretta delineazione dei tipi criminosi. Al riguardo va rilevato che la tecnica legislativa diffusa pare oscillare tra due tendenze entrambe contrarie alla delineazione dei tipi criminosi: da un lato l'utilizzo di formule onnicomprensive inani a configurare dal punto di vista concettuale e rappresentare, oltre che il c.d. "alone marginale" del significato semantico, anche il suo "nucleo centrale"²⁶; d'altro lato il ricorso ad una minuta e frammentata casistica che genera indeterminatezza in quanto induce il giudice "verso operazioni interpretative di "arrotondamento" del tipo"²⁷.

Comunque nemmeno la più accurata tipizzazione legislativa dei fatti punibili potrà annullare l'ampio margine della concretizzazione giudiziale delle fattispecie penali e, dunque, il potere creativo dei giudici²⁸.

L'accresciuto interesse per l'*ars interpretandi* da parte della Corte costituzionale, delle Corti europee e della dottrina è ascrivibile in larga parte al fenomeno regressivo che investe l'*ars legiferandi*.

Anche la Corte costituzionale ha dato un contributo al depauperamento della legalità della legge: è ben nota la riluttanza della Corte a dichiarare l'incostituzionalità delle norme penali per insufficiente determinatezza. Invero, l'unica rilevante sentenza di accoglimento concernente il principio di determinatezza è la sentenza n. 96 del 1981, riguardante il delitto di plagio. Come noto, la sentenza ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma che configurava il delitto di plagio rilevando un contrasto tra l'art. 603 c.p. e l'art. 25 Cost. Nella motivazione si rileva "l'imprecisione e l'indeterminatezza della norma, l'impossibilità di attribuire ad essa un contenuto oggettivo, coerente e razionale e pertanto l'assoluta arbitrarietà della sua concreta applicazione"²⁹. Nella dizione dell'art. 25 Cost., che impone espressamente al legisla-

zia UE: orientamenti e disorientamenti nel c.d. "dialogo fra le corti", ivi; M. DI FLORIO, *Sul rinvio pregiudiziale alla C.G.U.E. operato dalla Corte costituzionale: un commento "a caldo"*, ivi; F. PALAZZO, *La Consulta risponde alla "Taricco": punti fermi, anzi fermissimi, e dialogo aperto*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 3, 285 ss.

²⁶ Sul punto v. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 5a ed. agg., Bologna, 2008, 122, che citano la nota distinzione di Hart. Per la teoria di Hart, v. H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, trad. it., Torino, 1965, 148 ss.

²⁷ Così F. PALAZZO, *Legalità fra law in the books e law in action*, cit., 5 s.

²⁸ Cfr. G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, cit., 94.

²⁹ Corte cost., n. 96 del 1981, in *Giur. cost.*, 1981, 806 ss., con nota di P.G. GRASSO, *Controllo sulla rispondenza alla realtà empirica delle previsioni legali di reato*. La Corte costituzionale addirittura paragona la norma "ad una mina vagante nel nostro ordinamento", potendo essere applicata a "qualsiasi fatto che implichi dipendenza psichica di un essere umano da un altro essere umano e mancando qual-

tore di formulare norme concettualmente precise quanto al profilo semantico della chiarezza e dell'intelligibilità dei termini impiegati, deve logicamente ritenersi anche implicito, secondo la Corte, l'onere di formulare ipotesi che esprimano fattispecie corrispondenti alla realtà. Sarebbe invero “assurdo ritenere che possano considerarsi determinate in coerenza al principio della tassatività della legge, norme che, sebbene concettualmente intellegibili, 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”.

Sin dalla prima sentenza concernente una questione di determinatezza di una norma penale³⁰, la Corte costituzionale ha pronunciato diverse sentenze di rigetto, anche nel caso di disposizioni d'interpretazione ed applicazione controversa³¹, basandosi sulla possibilità di precisare le fattispecie in sede di interpretazione giudiziale, con riferimento, ad es., ad un “preciso significato tradizionale generalmente accettato”³². Compito dell'interprete è quello di “attuare il procedimento ordinario di interpretazione, anche se diretto ad operare la inserzione di un caso in una fattispecie molto ampia e di non agevole delimitazione”³³. Bastevole, secondo la Corte, è che “la descrizione complessiva del fatto incriminato consenta comunque al giudice – avuto riguardo alle finalità perseguite dall'incriminazione ed al più ampio contesto ordinamentale in cui essa si colloca – di stabilire il significato di tale elemento, mediante un'operazione interpretativa non esorbitante dall'ordinario compito a lui affidato”, ossia allorché tale descrizione permetta di esprimere un giudizio di corrispondenza della fattispecie concreta alla fattispecie astratta, suffragato “da un fondamento ermeneutico controllabile” e, correlativamente, consenta al destinatario della norma di avere una “percezione sufficientemente chiara ed immediata del relativo valore precettivo”³⁴. La Corte, con sentenza n. 327 del 2008, ha rilevato che “l'esistenza di interpretazioni giurisprudenziali costanti non valga, di per sé, a colmare l'eventuale originaria carenza di precisione del precetto penale”. Diversamente, verrebbero “tradite” le due funzioni del principio di determinatezza: la prima – ossia garantire la concentrazione nel

siasi sicuro parametro per accertarne l'intensità”.

³⁰ Corte cost., n. 27 del 1961, in *Giur. cost.*, 1961, 537, con nota di C. ESPOSITO.

³¹ Tra queste: Corte cost., n. 191 del 1970, in materia di comune senso del pudore; Id., n. 20 del 1974 e n. 188 del 1975, in materia di vilipendio; Id., n. 79 del 1982, sull'art. 4 della l. 18 aprile 1975, n. 110, in materia di controllo delle armi, delle munizioni e degli esplosivi.

³² Corte cost., n. 57 del 1984.

³³ Corte cost., n. 27 del 1961, cit.

³⁴ Corte cost., n. 5 del 2004.

potere legislativo della produzione della *regula iuris* – verrebbe meno in quanto la *regula* verrebbe creata, in misura più o meno ampia, dai giudici; la seconda – ossia assicurare al destinatario del precetto penale la conoscenza preventiva di ciò che è lecito e di ciò che è vietato – verrebbe meno in quanto tale garanzia deve essere assicurata fin dalla prima fase di applicazione della norma, e non solo nel momento, potenzialmente di molto successivo, nel quale una determinata interpretazione, comunque sempre suscettibile di mutamenti, si sia consolidata in giurisprudenza. Peraltro, l'esistenza di un indirizzo giurisprudenziale costante può comunque divenire elemento di conferma “della possibilità di identificare, sulla scorta d'un ordinario percorso ermeneutico, la più puntuale valenza di un'espressione normativa in sé ambigua, generica o polisensa”³⁵.

La fedeltà alla legge richiede l'utilizzo di un linguaggio rigoroso da parte del legislatore, onde assicurare ai destinatari dei precetti penali la conoscenza previa di ciò che è lecito e di ciò che è vietato. L'interpretazione della legge è un'attività conoscitiva imprescindibile. L'assoluta certezza e chiarezza dell'espressione normativa, e la riduzione del giudizio sul giusto e l'ingiusto a giudizio di fatto, con conseguente azzeramento dell'interpretazione, appare un ideale chimerico. Il contenuto semantico delle parole non è un ‘dato’ precostituito, ma il frutto di una valutazione effettuata dall'interprete. E la preminenza del “procedimento ordinario di interpretazione”, affermata dalla Corte costituzionale, costituisce un'indicazione di metodo essenziale.

3. Legalità nazionale e legalità europea: una integrazione possibile e necessaria

Il baricentro del principio di legalità si sta gradualmente spostando dall'esigenza di circoscrivere il potere del giudice e di enfatizzare il ruolo esclusivo della fonte legislativa, all'esigenza di conoscibilità, prevedibilità e accessibilità della legge e delle conseguenze sanzionatorie di essa, in funzione del diritto fondamentale alla autodeterminazione della persona. Molto, in tal senso, si deve alla elaborazione della Corte EDU, che esalta tali profili interpretando la nozione di “diritto”, di cui all'art. 7 della Convenzione EDU, in modo da circoscrivere il diritto d'origine sia legislativa sia giurisprudenziale. Questo in contrasto con la nostra concezione del principio di legalità, che pone una riserva di legge in materia penale, riservando al Parlamento la decisione in ordine a quali condotte siano da considerare penalmente rilevanti e quindi la fissazione di precetti e sanzioni penali. Si sta dunque disvelando una

³⁵ Corte cost., n. 327 del 2008, § 6.

situazione di tensione tra la legalità convenzionale e la legalità costituzionale; come si è efficacemente notato, “la legalità convenzionale, indubbiamente ispirata al potenziamento delle garanzie individuali, dà però per scontato un assetto delle fonti difficilmente compatibile con la legalità costituzionale in materia penale”³⁶.

Come visto, la concezione convenzionale della legalità penale, si fonda sul criterio della qualità delle norme che fissano i precetti e le sanzioni penali, diversamente da quella costituzionale, incentrata sulla riserva di legge, e quindi sulla tipologia della fonte da cui promanano tali norme. La riserva di legge, contenuta nell’art. 25, secondo co., Cost., non è tra i corollari dell’art. 7 della Convenzione EDU. Di più, anche qualora la responsabilità penale si fondi su di una legge parlamentare, la Corte EDU riconosce alla giurisprudenza penale dei singoli Stati la possibilità di concorrere, mediante le proprie decisioni, a determinare la portata del precetto penale, pur sempre nell’osservanza del limite del divieto di analogia. Nella prospettiva della Corte EDU (come pure in quella della Corte di giustizia del Lussemburgo), si tende a privilegiare una concezione della legalità penale che pone l’accento soprattutto sulla accessibilità e prevedibilità delle norme penali e che, quindi, significa l’esigenza che i destinatari vengano posti previamente nelle condizioni di percepire il discrimine tra lecito e illecito, mentre non necessariamente la fonte della norma penale deve essere una legge in senso stretto, quale atto normativo di promanazione parlamentare.

Insomma, “non è più in gioco il primato della *legge* e del *principio democratico* ad essa soggiacente, bensì la *libertà di autodeterminazione* dell’individuo dinanzi ad un ‘diritto’ che si realizza ‘conclusivamente’ nel *dictum* del giudice”³⁷.

S’appalesa quindi l’esigenza di coniugare la prevedibilità delle norme penali con le necessità evolutive della giurisprudenza, ossia di contemplare i mutamenti di giurisprudenza, evitando al contempo che questi incorrano nella violazione del principio di legalità e nel divieto di retroattività. Certo, i mutamenti di giurisprudenza indotti da trasformazioni sociali talmente manifeste da non poter restare ignote ai destinatari della norma, potranno essere considerati (ragionevolmente) prevedibili. D’altro canto, l’apertura ad una costante attenzione alle trasformazioni sociali può portare con sé il rischio di un’applicazione analogica della fattispecie incriminatrice. La Corte EDU, al

³⁶ Così F. PALAZZO, *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 9, 1061.

³⁷ F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio ‘fondamentale’*, cit., 1319.

riguardo, pur evitando di richiamare l'ardua distinzione fra interpretazione estensiva ed applicazione analogica, utilizza un peculiare canone interpretativo per il giudice: "l'articolo 7 della Convenzione non vieta la chiarificazione graduale delle regole della responsabilità penale mediante l'interpretazione giudiziaria da una causa all'altra, a condizione che il risultato sia coerente con la sostanza dell'infrazione e ragionevolmente prevedibile"³⁸. Va tuttavia rilevato che il criterio della "sostanza dell'infrazione", da cui dipende in ultima analisi la determinatezza della fattispecie, appare profondamente valutativo e di complessa concretizzazione.

Avverso orientamenti tesi ad accostare alla legge la rilevanza della giurisprudenza e del mutamento giurisprudenziale, è intervenuta la Corte costituzionale nella sentenza n. 230 del 2012, dichiarando non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 673 del codice di procedura penale "nella parte in cui non prevede l'ipotesi di revoca della sentenza di condanna [...] in caso di mutamento giurisprudenziale - intervenuto con decisione delle Sezioni unite della Corte di cassazione - in base al quale il fatto giudicato non è previsto dalla legge penale come reato", sollevata in riferimento agli articoli 3, 13, 25, secondo co., 27, terzo co., e 117, primo co., della Costituzione³⁹.

In contrasto con un orientamento che riteneva di poter dedurre dalla giurisprudenza della Corte EDU la retroattività del mutamento di giurisprudenza in senso favorevole al reo, la Corte costituzionale ribadisce nella motivazione della sentenza il modello di legalità fondato sulla riserva di legge. La Corte costituzionale, non accogliendo la richiesta di vincolare il giudice dell'esecuzione al *dictum* dell'organo della nomofilachia, ha mantenuto con fermezza il discrimine tra mutamento legislativo e mutamento giurisprudenziale. L'orientamento espresso dalle Sezioni unite ha efficacia non cogente, ma di tipo "essenzialmente persuasivo" e resta potenzialmente suscettibile di essere disatteso "in qualunque tempo e da qualunque giudice della Repubblica, sia pure con l'onere di adeguata motivazione", laddove le stesse Sezioni unite "possono trovarsi a dover rivedere le loro posizioni, anche su impulso delle sezioni singole"⁴⁰; esse sono parte, e non al di sopra, della dialettica sulle interpretazioni della legge⁴¹.

³⁸ Corte EDU, 30 marzo 2004, *Radio France et altri c. Francia*, § 20. V. altresì: Corte EDU (GC), 22 marzo 2001, *Streletz, Kessler et Krenz c. Germania*, § 50; Corte EDU (GC), 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*, cit., § 101.

³⁹ Corte cost., n. 230 del 2012, cit.

⁴⁰ Corte cost., n. 230 del 2012, cit., § 9.

⁴¹ Le Sezioni unite (Cass., Sez. un., 21 gennaio 2010, Beschi, in *Cass. pen.*, 2011, 1, 17 ss., con nota di R. RUSSO, *Il ruolo della law in action e la lezione della Corte europea dei diritti umani al vaglio delle Sezioni Unite. Un tema ancora aperto*, ivi, 26 ss.) avevano dianzi affermato la rilevanza del mutamento

Poiché la sola fonte legittimata ad effettuare scelte di incriminazione, nel nostro ordinamento costituzionale, è la legge, ne deriva che l'attività di precisazione del contenuto precettivo della disposizione legislativa effettuata dalla giurisprudenza deve sempre essere compatibile con la legge, alla quale il giudice è soggetto, come proclama l'art. 101, secondo co., Cost.⁴².

Va evidenziato che la Corte di Strasburgo, riconoscendo alla giurisprudenza penale dei singoli Stati la possibilità di concorrere, mediante le proprie decisioni, a determinare la portata del precetto penale, lega la prevedibilità della norma penale allo stato della giurisprudenza al tempo della commissione del fatto, derivandone l'esclusione della prevedibilità della condanna qualora la stessa, pur compatibile con il dato legislativo, non sia prevedibile sulla scorta della giurisprudenza conoscibile all'agente al tempo della commissione del fatto. La condanna, in siffatta ipotesi, deriverebbe dalla applicazione di una norma – quale risultato dell'interpretazione della disposizione da parte della giurisprudenza – in sé legittima, ma non sostanziata in modo compiuto al tempo della commissione del fatto e dunque applicata retroattivamente.

Emblematica in tal senso è la sentenza *Contrada* della Corte EDU⁴³. La sentenza trae origine da una condanna per concorso esterno in associazione ma-

di giurisprudenza – intervenuto con decisione delle Sezioni unite stesse – ai fini della riproposizione della richiesta di applicazione dell'indulto: una sorta di 'presa d'atto', da parte delle Sezioni unite penali, della attitudine della propria giurisprudenza ad innovare le condizioni che debbono sussistere perché possano applicarsi discipline di legge più favorevoli, in modo da contemplare la retroattività di siffatta giurisprudenza in sede di esecuzione della pena in virtù di nuove interpretazioni sull'applicabilità dell'indulto, in caso di riconoscimento di sentenze penali straniere. Le giurisprudenze favorevoli innovative – al pari di nuove leggi più favorevoli – retroagiscono e superano i giudicati: non qualunque mutamento giurisprudenziale, dunque, bensì solamente nuove interpretazioni favorevoli, talché una mutata interpretazione più sfavorevole non potrebbe essere applicata retroattivamente ex art. 7 Convenzione EDU e 25, co. 2, Costituzione. Al riguardo M. DONINI, *Disposizione e norma nell'ermeneutica penale contemporanea*, cit., 98 s., ha osservato che in tal modo viene "equiparata alla nuova legge incriminatrice anche la giurisprudenza innovativa sfavorevole: legittima, in hypothesis, ma non retroattiva". Osserva D. PULITANÒ, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, cit., 37, che il *decisum* della sentenza *Beschi* non è contraddetto dalla sentenza della Corte costituzionale n. 230 del 2012, giacché "questo si colloca entro un contesto che non è di piena equiparazione tra giurisprudenza e legge, bensì di possibile rilevanza del mutamento di giurisprudenza sotto uno specifico profilo garantista, alla luce dei principi dell'ordinamento".

⁴² Quanto al nesso tra riserva di legge in materia penale e soggezione del giudice alla legge ex art. 101, secondo comma, Cost., v. D. PULITANÒ, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, cit., 37, il quale osserva che la sentenza della Corte costituzionale n. 230 del 2012 "ha bloccato una deriva verso una *sovversione di sistema*, che sarebbe andata ben oltre la pretesa di vincolare il giudice dell'esecuzione al *dictum* reso dalle Sezioni unite in un altro processo: sarebbe stata una sovversione del rapporto di soggezione del giudice *soltanto alla legge*".

⁴³ Corte EDU, sez. IV, 14 aprile 2015, ric. n. 66655/13 – *Contrada c. Italia*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 8, 1012 ss. Tra le letture v. in particolare: O. DI GIOVINE, *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russell e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 2015, 2, 16 ss.;

fiosa riguardante fatti commessi tra il 1979 e il 1988, un periodo nel quale sussisteva un contrasto giurisprudenziale in materia, in quanto la Corte di cassazione non si era ancora pronunciata con la prima sentenza a Sezioni unite *Demity*⁴⁴ sulla configurabilità del concorso esterno. La Corte di Strasburgo muove dal presupposto che il concorso esterno in reato associativo, e in particolare in associazione mafiosa, sia di *creazione giurisprudenziale*, non revocando quindi in dubbio la legittimità della fonte giurisprudenziale in materia penale. La Corte, riprendendo la sua consolidata giurisprudenza relativa all'art. 7 della Convenzione EDU, quanto all'accessibilità e prevedibilità del diritto, concernente la legalità convenzionale, che attiene sia alla legge formale che al suo formante giurisprudenziale, ravvisa la violazione dell'art. 7 della Convenzione EDU, considerando che l'incriminazione era priva di una base normativa consolidata nel periodo in cui si svolsero i fatti, di talché la condanna risulta pronunciata per un delitto *sine lege*, ovvero con applicazione retroattiva di una norma incriminatrice non ancora esistente a quel tempo.

La sentenza *Contrada* è permeata dall'idea di legalità che caratterizza la giurisprudenza della Corte di Strasburgo nella quale, come ha rilevato la Corte costituzionale nella sentenza n. 230 del 2012, "il principio convenzionale di legalità penale risult[a] 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."⁴⁵.

In virtù di una ricostruzione approssimativa della giurisprudenza in materia nel periodo considerato, la sentenza *Contrada* afferma una legalità solamente

S. E. GIORDANO, *Il "concorso esterno" al vaglio della Corte Edu: Prime riflessioni sulla sentenza Contrada c. Italia*, in questa Rivista online, 2015, 2, 1 ss.; M. T. LEACCHE, *La sentenza della Corte EDU nel caso Contrada e l'attuazione nell'ordinamento interno del principio di legalità convenzionale*, in *Cass. pen.*, 2015, 4611 ss.; V. MAIELLO, *Consulta e CEDU riconoscono la matrice giurisprudenziale del concorso esterno*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 8, 1019 ss.; F. PALAZZO, *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*, cit., 1061 ss.; D. PULITANO, *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, cit., 46 ss.; G. DE FRANCESCO, *Brevi spunti sul caso Contrada*, in *Cass. pen.*, 2016, 1, 12 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.*, 2016, 346 ss.; A. MANNA, *La sentenza Contrada ed i suoi effetti sull'ordinamento italiano: doppio vulnus alla legalità penale?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 4 ottobre 2016, 1 ss.; ID., *Il difficile dialogo fra Corti Europee e Corti Nazionali nel diritto penale: analisi di due casi problematici (Taricco e Contrada)*, in questa Rivista online, 2016, 3, 10 ss.; P. POMANTI, *Principio di tassatività e metamorfosi della fattispecie: l'art. 416-bis c.p.*, in questa Rivista online, 2017, 1, 37 ss.

⁴⁴ Cass., Sez. un., 5 ottobre 1994, *Demity*, in *Foro it.*, 1995, II, c. 422 ss., con nota di G. INSOLERA, *Il concorso esterno nei delitti associativi: la ragione di Stato e gli inganni della dogmatica*.

⁴⁵ Corte cost., n. 230 del 2012, cit., § 7.

giurisprudenziale, meno comprensiva della legalità accolta nella Costituzione italiana.

Disvelando le questioni che attraversano la legalità, la sentenza *Contrada* apporta un sostanziale contributo alla discussione sul diritto penale vivente in Italia: un richiamo all'attenzione che riguarda tutti gli aspetti della legalità, non un movimento verso una differente e meno comprensiva idea di legalità che possa circoscrivere infrazioni di origine giurisprudenziale.

Muovendo dalla precomprensione ermeneutica della Convenzione EDU come neutra, parimenti rispettosa dei differenti tipi di ordinamento, il concetto di legalità/prevedibilità è da intendersi non quale alternativa alla riserva di legge bensì quale integrazione, nei termini nei quali si deve intendere il principio di colpevolezza, "secondo aspetto del principio, garantistico, di legalità"⁴⁶. E ancora, secondo l'art. 53 della Convenzione EDU, "[n]essuna delle disposizioni della [...] Convenzione può essere interpretata in modo da limitare o pregiudicare i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali che possano essere riconosciuti in base alle leggi di ogni Parte contraente", prima tra tutte la Costituzione. Di talché, le garanzie della Convenzione EDU integrano, non sono sostitutive delle corrispondenti garanzie contemplate dalle Costituzioni nazionali, in aderenza alla filosofia, che pervade gli strumenti internazionali di tutela dei diritti umani⁴⁷, della massimizzazione delle garanzie. Ciò pare evincersi pure dalla giurisprudenza della Corte EDU sul principio di legalità: la legalità europea quale integrazione garantista e non mai quale limitazione della legalità racchiusa nei principi degli ordinamenti nazionali.

Per quanto ci riguarda, ne deriva che, in una prospettiva di tutela integrata che si fondi su Costituzione e Convenzione EDU insieme, la riserva di legge seguirà ad essere un principio fondamentale dell'ordinamento costituzionale italiano, ove continueranno a non essere ammissibili reati di pura creazione giurisprudenziale. E siffatta garanzia si affiancherà a quelle previste dall'art. 7 della Convenzione EDU.

Occorre realisticamente prendere atto che interpretazioni estensive e financo innovative sono parte integrante del diritto giurisprudenziale. Tuttavia, nell'attuale assetto costituzionale italiano non c'è spazio legittimo per infra-

⁴⁶ Così è stato definito il principio di colpevolezza nella sentenza della Corte costituzionale n. 364 del 1988, cit., § 8.

⁴⁷ V. l'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, il quale proclama che: "[n]essuna disposizione della [...] Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione, la Comunità o tutti gli Stati membri sono Parti contraenti, in particolare la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dalle Costituzioni degli Stati membri".

zioni di pura origine giurisprudenziale: ammettere una tale possibilità costituirebbe un vero e proprio mutamento di sistema rispetto alla Costituzione italiana.

Allorché la legalità europea assuma una fisionomia incompatibile con quella costituzionale, ogni apertura appare problematica, o addirittura impossibile; in tal senso la recente e fondamentale ordinanza della Corte costituzionale n. 24 del 2017⁴⁸, in merito al caso *Taricco*⁴⁹. La Corte, chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità della regola tratta dalla sentenza resa in causa *Taricco*⁵⁰, con i principi costituzionali espressi dagli art. 3, 11, 24, 25, secondo co., 27, terzo co. e 101, secondo co., Cost., incentra l'ordinanza in particolare sul possibile conflitto con il principio di legalità in materia penale. Segnatamente, l'affermazione della Corte secondo la quale tale principio "comporta che le scelte relative al regime della punibilità siano assunte esclusivamente dal legislatore mediante norme sufficientemente determinate e applicabili solo a fatti

⁴⁸ Corte cost., n. 24 del 2017, cit., § 2.

⁴⁹ Corte di Giustizia dell'Unione europea, Grande Sezione, sentenza 8 settembre 2015, causa C-105/14, *Taricco*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 12, 1562 ss., con nota di F. ROSSI, *La sentenza Taricco della Corte di Giustizia e il problema degli obblighi di disapplicazione in malam partem della normativa penale interna per contrasto con il diritto UE*, in www.penalecontemporaneo.it, con nota di F. VIGANO, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA? Primato del diritto UE e nullum crimen sine lege in una importante sentenza della Corte di giustizia*. Sulla sentenza v., in particolare, le riflessioni di: L. EUSEBI, *Nemmeno la Corte di Giustizia dell'Unione europea può erigere il giudice a legislatore*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2015, 2, 40 ss.; S. MANACORDA, *La prescrizione delle frodi gravi, in materia di IVA: note minime sulla sentenza Taricco*, in *questa Rivista*, 2015, 3, 1 ss.; D. FALCINELLI, *La prescrizione e il coraggio dell'interpretazione. Punire il colpevole del reato, tra discrezionalità giudiziale e necessità di sistema*, *ivi*, 2016, 3, 654 ss.; A. MANNA, *Il difficile dialogo tra Corti Europee e Corti Nazionali nel diritto penale: il caso Taricco*, *ivi*, 673 ss.; D. NEGRI, *Il dito della irretroattività sfavorevole e la luna della garanzia giurisdizionale: la posta in gioco dopo la sentenza Corte di Giustizia UE, Taricco*, *ivi*, 645 ss.

⁵⁰ L'espressione 'regola Taricco', ormai invalsa, viene utilizzata per significare l'obbligo, in capo al giudice interno, affermato dalla Corte di Giustizia, di non applicare la normativa interna incompatibile - perché recante una tutela inefficace e quindi inadeguata - allorché ravvisi che "detta normativa nazionale impedisca di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, o in cui preveda, per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dello Stato membro interessato, termini di prescrizione più lunghi di quelli previsti per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dell'Unione", Corte di Giustizia dell'Unione europea, Grande Sezione, sentenza 8 settembre 2015, causa C-105/14, *Taricco*, § 58. Affermando di non porre in discussione l'effetto diretto riconosciuto all'art. 325 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea e confermando inoltre la vincolatività degli obblighi che derivano per il legislatore italiano da una siffatta interpretazione, la Corte costituzionale limita gli effetti dello sbarramento all'ingresso nel nostro sistema della 'regola Taricco' al solo obbligo per il giudice ordinario di diretta disapplicazione della normativa interna incompatibile, qualora una siffatta disapplicazione generi un conflitto insanabile con le garanzie della legalità penale. In tal modo la Corte riconduce il caso *Taricco* nell'alveo della giurisprudenza europea consolidata che vede inibiti eventuali effetti espansivi della sfera del penalmente rilevante da parte di una norma europea, in forza del principio di legalità.

commessi quando esse erano già in vigore” evidenzia come il principio di legalità sia considerato dalla Corte nel suo profilo oggettivo, quale espressione del principio della separazione dei poteri, ancor prima che nel suo profilo soggettivo, imperniato su tassatività, prevedibilità e irretroattività⁵¹.

Il riferimento alla determinatezza delle norme, come limite all’arbitrio applicativo del giudice, offre alla Corte l’opportunità per riaffermare il principio della soggezione del giudice alla legge penale, indicato dalla Corte stessa quale principio cardine dell’ordinamento italiano, come anche di quello europeo⁵².

Al riguardo si è rilevato come a seguito delle evoluzioni dell’assetto istituzionale e costituzionale europeo, segnatamente dell’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, risulti “alquanto stonata la ‘fissità’ del paradigma della legalità quale posto *in incipit* dell’ordinanza”, che fa riferimento alle competenze del legislatore interno come esclusive, a fronte del ridefinito orizzonte ordinamentale e dei relativi riflessi sul sistema delle fonti. D’altro canto, la Corte costituzionale non parrebbe precludere tale impatto, ove non muove obiezioni all’obbligo che potrebbe derivare al giudice interno di disapplicare una normativa interna incompatibile rispetto ad una regola fissata dalla Corte di giustizia dell’Unione europea, e sempre nel rispetto dei principi di tassatività e irretroattività; talché verrebbe riconosciuta “la legittimità di un’integrazione giurisprudenziale della norma scritta e il conseguente cedimento sul corollario della riserva di legge, sotto il duplice profilo della *lex scripta* e della relativa origine esclusivamente interna della stessa”⁵³.

La Corte costituzionale lega saldamente legalità costituzionale e legalità europea e, argomentando circa la determinatezza della norma, incentra la propria analisi sui concetti della prevedibilità e della tutela del singolo dall’arbitrio del giudice, riconducibili in astratto anche alla legalità europea. La richiesta della Corte costituzionale alla Corte di Lussemburgo, di verifica della regola Taricco, circa il rispetto dell’art. 49 Carta UE, quanto al profilo della carente determinatezza della norma europea, appare una logica conseguenza.

Il nodo fondamentale riguardante la legittimità di una possibile integrazione del precetto da parte della giurisprudenza resta irrisolto: la Corte costituzionale non effettua una limpida rilettura in prospettiva europea del paradigma della legalità, segnatamente riguardo alla riserva di legge ed ai confini che essa

⁵¹ Sul punto, v. F. PALAZZO, *La Consulta risponde alla “Taricco”: punti fermi, anzi fermissimi, e dialogo aperto*, cit., 286 s.

⁵² Corte cost., n. 24 del 2017, cit., § 5.

⁵³ R. SICURELLA, *Oltre la vexata quaestio della natura della prescrizione. L’actio finium regundorum della consulta nell’ordinanza Taricco, tra sovranismo (strisciante) e richiamo (palese) al rispetto dei ruoli*, cit., 21.

pone alla giurisdizione, nonché all'eventuale suo concorso nella definizione del precetto. La riserva di legge viene citata ma svanisce nell'articolarsi di un'argomentazione che alternando riferimenti alla "disposizione scritta" e alla "norma", volge dalla sfera della legalità legale alle questioni della prevedibilità e dei confini del potere del giudice.

Appare centrale la riflessione volta a valutare se le dinamiche in atto che stanno determinando una progressiva trasformazione del nostro ordinamento, strutturalmente concepito come ordinamento a base legale, rinvenibile nell'attuale fisionomia del principio di legalità, siano configurabili quali *alterazioni patologiche*, rispetto alle quali sarebbe necessario agire per una loro riconduzione allo stesso – e in questo senso dovrebbe essere intesa la posizione cristallizzata dalla Corte costituzionale nell'ordinanza n. 24 del 2017 – o, diversamente, quali *variazioni fisiologiche* del paradigma classico della legalità penale nel nostro ordinamento, basato su di una concezione formale, incentrata oltre che sulla qualità della norma, anche sulla qualità della fonte⁵⁴. Riflessione che, in relazione a legalità penale e processo di integrazione europea, deve riguardare sia la sostenibilità del paradigma della legalità penale nel nostro ordinamento, sia la conformità di tale paradigma al nostro quadro costituzionale: l'art. 11 Cost. introduce nell'ordinamento costituzionale un principio di strutturale apertura di questo all'ordinamento sovranazionale, il quale in tal modo contribuisce a determinare la nostra identità costituzionale, da cui può derivare un riassetto delle opzioni riguardanti altri precetti costituzionali, e specificamente una ridefinizione della legalità penale che in virtù dell'art. 11 Cost. diviene legalità di uno spazio che travalica quello statale.

In ragione del sistema istituzionale dell'Unione, ed in parte anche di quello della Convenzione EDU, il giudice assume il ruolo chiave di collegamento tra sistemi interrelati. In tale prospettiva, anche le attività ermeneutiche alla base della disapplicazione e dell'interpretazione conforme, essendo oggetto di un obbligo di natura europea, che vincola il giudice interno in virtù dell'art. 11 Cost., sono conformi a Costituzione. Si disvela dunque una nuova dimensione della legalità, non più collegata solamente all'atto normativo di fonte parlamentare, contraddistinta dalle peculiarità che caratterizzano una produzione multilivello della norma penale, comunque vocata a preservare il suo valore garantistico legato al carattere imprescindibile della centralità della persona nel nostro ordinamento costituzionale.

⁵⁴ R. SICURELLA, *Oltre la vexata quaestio della natura della prescrizione. L'actio finium regundorum della consulta nell'ordinanza Taricco, tra sovranismo (strisciante) e richiamo (palese) al rispetto dei ruoli*, cit., 22 s.

Tutto ciò delinea una crisi delle forme della legalità come fin qui intese, piuttosto che una vera e propria crisi della legalità.

4. La crisi della legalità sul versante dei rapporti tra la legge e la giurisdizione

Ponendo la legalità formale quale premessa, sollevare la questione della crisi della legalità “significa mettere in discussione la giurisprudenza, luogo di attuazione ‘autoritaria’ (munita d’autorità) della legge penale, e perciò fattore di possibili distorsioni: *punto critico*, cioè punto di *una possibile crisi*”⁵⁵. Come visto, l’interpretazione giudiziale, anche in materia penale, è ‘creativa’: l’interprete specifica il significato della legge, individuando l’interpretazione ritenuta da preferirsi di un determinato testo normativo; la giurisprudenza svolge di fatto una funzione normativa, poiché il giudice continua e integra l’attività normativa del legislatore.

E se l’attenzione ad evitare il rischio di una libertà ermeneutica dilagante induce ad individuare quale argine quello secondo il quale la ricerca dei significati ascrivibili alla legge penale dovrebbe sempre svolgersi all’interno dello spazio semantico del testo – l’attività di precisazione del contenuto precettivo della disposizione legislativa effettuata dalla giurisprudenza deve sempre essere compatibile con la legge, alla quale il giudice è soggetto, come proclama l’art. 101, secondo co., Cost. –, va tuttavia tenuto in debito conto che l’individuazione dell’area semantica di un certo enunciato legislativo è un’operazione valutativa complessa: la compatibilità testuale delle scelte ermeneutiche è a sua volta il risultato di una attività interpretativa del giudice. Ne deriva un circolo ermeneutico che ineludibilmente genera criticità nella prassi. Certo, l’interpretazione in materia penale deve necessariamente essere improntata alla più stretta osservanza del canone della frammentarietà della tutela, ed in tal senso indirizzata verso una visione del ‘tipo’ criminoso che la renda scevra da un uso troppo ardito delle possibilità derivanti dal circolo ermeneutico⁵⁶.

Riconoscimento della ‘creatività’ giurisprudenziale non significa necessariamente avvalorare la discrezionalità interpretativa più spregiudicata; viceversa, la consapevolezza degli spazi in cui tale discrezionalità è ‘inevitabile’, suscita il rigoroso controllo critico dell’approccio ermeneutico, delle forme di argomentazione, nonché delle logiche utilizzate dalla giurisprudenza nella prassi.

⁵⁵ D. PULITANÒ, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, cit., 36.

⁵⁶ Cfr. G.A. DE FRANCESCO, *Due temi controversi: lo sviluppo del ‘diritto giurisprudenziale’ ed i principi intertemporali della legge penale*, cit., 272.

5. La progressiva costruzione di un diritto penale vivente

Che fare, purtroppo, ove si presentino vicende mai giudicate prima, non per ciò solo estranee alla fattispecie? E con un codice vecchio di una novantina d'anni e venuto alla luce in un contesto radicalmente differente dal punto di vista politico, sociale, culturale, economico, rispetto a quello attuale, è ineludibile che si verifichino casi nuovi o che sono tali giacché solamente l'evoluzione del sistema complessivo li rende allo stato attuale ammissibili. Molte concretizzazioni, come insegna autorevole dottrina, vengono comprese come del tutto logiche e ragionevoli, nel quadro della disposizione originaria, solamente in un significativo arco temporale. Il giudice in simili casi potrà sostenere la legittima costruzione di un diritto nuovo che, come si è efficacemente osservato, non riscrive la disposizione – nel qual caso non sarebbe legittimo – limitandosi a regolare la nuova casistica, e operando al contempo affinché “i singoli primi indagati e imputati possano beneficiare della scusante dell'ignoranza inevitabile della legge per ragioni più obiettive di inaccessibilità, che soggettivo-personali: ciò sul presupposto che l'art. 5 c.p. si applichi anche alle nuove “norme” che potrebbero condurre a riscrivere la disposizione, ma solo per effetto di un deposito progressivo di casi, e che dunque producono un nuovo diritto la cui applicazione sia da subito avvertita come suscettibile di soggiacere al divieto di retroattività”³⁷.

Ai giudici, spetterebbe il compito di concepire ogni sentenza come potenziale precedente in grado di contribuire alla progressiva costruzione del diritto penale vivente. A tal fine, dunque, i giudici non soltanto dovrebbero enunciare il principio di diritto o la *regula iuris* che suffraga la decisione in termini generali e astratti ma, altresì, delinearne i contorni in modo il più possibile preciso. Così concepite, le *regulae iuris*, una volta avallate dalla giurisprudenza di legittimità e quindi divenute diritto vivente, potrebbero costituire un orientamento sicuro, e quindi prevedibile, per la attività giurisdizionale futura.

³⁷ M. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, cit., 32. Per l'A. occorre sceverare tra la mera concretizzazione della legge costituita da casi nuovi che *non* modificano i caratteri generali e astratti della disposizione, e pertanto presentano la medesima prevedibilità-conoscibilità della disposizione già conosciuta; casi-norma che ampliano l'area del divieto, pur non costituendo un'estensione che modifica la disposizione, bensì tendendo ad innovare di fatto la portata della disposizione, talché dovrebbero essere specificamente prevedibili; e da ultimo ricostruzioni generali innovative nella lettura di una fattispecie – massime innovative, generalizzanti –, che non dovrebbero essere applicate retroattivamente *in malam partem*. Il tempo presente è dunque per l'A. quello dell'elaborazione di un sistema di garanzie funzionale a tali finalità (*ivi* 37).

Tra le possibili letture di una norma incriminatrice “il giudice dovrebbe privilegiare quella idonea a conferire alla legge in questione contorni applicativi precisi, e per questo facilmente prevedibili per il destinatario”⁵⁸.

Va evidenziato che la precisione di una regola giurisprudenziale non è il solo criterio per determinare la validità della regola stessa, poiché, ad esempio, in linea teorica questa può essere precisa, ma contemporaneamente non compatibile con il dato legislativo, o comunque con l’ordinamento giuridico complessivo. Tuttavia, una regola giurisprudenziale imprecisa confligge con l’obiettivo della certezza nell’applicazione del diritto penale, favorendone, di converso, applicazioni non prevedibili.

Spetterebbe, in particolare, alla giurisprudenza di legittimità costruire casi tipologici (o sottofattispecie) – ipotesi paradigmatiche elaborate a partire da elementi specifici comuni, che siano suscettibili di generalizzazione e in virtù di questo possano circoscrivere tutti i singoli casi che denotino le stesse proprietà – così da farne le principali coordinate nell’elaborazione delle *rationes* decisorie. Ciò implica lo sviluppo di una cultura del precedente indirizzata anche alla costruzione dei casi paradigmatici, con la finalità di rispondere all’esigenza di prevedibilità ed uniformità delle decisioni penali. Le garanzie derivanti – sulla carta – dal principio di riserva di legge debbono acquisire concretezza nel diritto penale ‘in azione’, quindi nella prevedibilità anche degli orientamenti della giurisprudenza.

La prospettiva è quella di contemperare pluralismo ermeneutico e prevedibilità delle opzioni interpretative, con la consapevolezza che ciò cui si deve tendere “più che la prevedibilità delle decisioni, in sé, che dipendono da molte variabili, riguarda la prevedibilità del diritto, nella sua duplice veste di formante legislativo e giurisprudenziale”⁵⁹.

⁵⁸ F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *La crisi della legalità. Il “sistema vivente” delle fonti penali*, cit., 245. V., altresì, F. PALAZZO, *Legalità fra law in the books e law in action*, cit. 5 s., il quale, pur con riserve, raffigura la possibile adozione di una regola interpretativa in forza della quale il giudice, fra le varie possibili opzioni, debba preferire quella che comporta il maggior livello di determinatezza concettuale e, soprattutto, la più sicura verificabilità processuale della fattispecie. È questo il criterio seguito dalla Cassazione nella sentenza a Sezioni unite *Maldera*, circa la questione della distinzione tra concussione e induzione indebita a dare o promettere una utilità, dopo la riforma dei reati contro la pubblica amministrazione di cui alla legge n. 190 del 2012 (Cass., Sez. un., 24 ottobre 2013, *Maldera*, in www.penalecontemporaneo.it, con nota di G.L. GATTA, *Dalle Sezioni Unite il criterio per distinguere concussione e “induzione indebita”: minaccia di un danno ingiusto vs. prospettazione di un vantaggio indebito*). Tale regola interpretativa appare riconducibile all’obbligo di interpretazione conforme a Costituzione, segnatamente al principio di determinatezza, visto nel suo riflettersi verso il giudice (legalità effettuale). Poiché si tratta di uno tra i canoni interpretativi che possono venire in considerazione, potrebbe peraltro disvelarsi in concreto una difficoltà di contemperamento e bilanciamento con altri canoni interpretativi (ad es. sistematico o funzionale).

⁵⁹ M. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni*

Nel nostro sistema si disvelano peraltro criticità, determinate dalla cospicua presenza di contrasti sincronici di giurisprudenza⁶⁰, talvolta perduranti per anni; ed il permanere di tali contrasti può determinare una sostanziale violazione del principio di determinatezza considerato nella dimensione *in action*. Come visto, tale principio è mirato a consentire al destinatario della norma, nel momento in cui effettua una scelta di azione, di avere contezza della illiceità o meno del fatto, ma ciò non è possibile in presenza di contrasti sincronici⁶¹.

La tradizionale concezione della interpretazione, intesa in senso meramente dichiarativo-conoscitivo della legge, appare in qualche misura superata, oltre che in senso epistemologico, in senso garantistico, in quanto non garantisce che l'attività di adeguamento e di evoluzione della legge – nei limiti ammessi – sia svolta nel rispetto dei principi di conoscibilità e d'irretroattività della legge penale, nonché di prevedibilità delle soluzioni⁶².

In dottrina vi è chi da tempo sostiene la necessità di un ripensamento delle valenze garantistiche della legalità penale, mirato all'introduzione di dispositivi e strumenti atti a rendere effettiva la certezza giuridica, quanto alla concreta applicazione delle norme e segnatamente dello strumento del valore vincolante del precedente⁶³.

dell'illecito interpretativo, cit., 38.

⁶⁰ Ritiene che sarebbe opportuno rivolgere l'attenzione alla presenza di *indirizzi sbagliati*, accanto ad *indirizzi corretti*, D. PULITANÒ, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, cit., 38, per il quale una efficace nomofilachia non sarebbe da considerarsi quale panacea soltanto per il contrasto di giurisprudenza, bensì specialmente per il *giudizio erroneo*.

⁶¹ Cfr. A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, cit., 110.

⁶² In tal senso, M. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, cit., 37 s.

⁶³ Il riferimento è, in primo luogo, ad Alberto Cadoppi, ed in particolare a *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, cit. L'A., nella sua ampia riflessione sul valore del precedente, formula un insieme di proposte concrete di riforma legislativa mirate ad introdurre anche nel nostro ordinamento, il principio *del precedente relativamente (o indirettamente) vincolante nel diritto penale* (303 ss.). Segnatamente, l'A. propone, *de lege ferenda*, un vincolo *verticale* delle sentenze della Cassazione riguardo ai giudici di merito, i quali sarebbero posti dinanzi alla scelta tra due alternative: *seguire il precedente*, oppure, *rimettere la causa davanti alla Cassazione*, motivando adeguatamente il "dissenso", ove sussistano congrui motivi per prospettare una diversa interpretazione della norma (308 ss.). L'A. propone altresì un vincolo del precedente rispetto alle stesse Sezioni semplici della Cassazione, che dovrebbero essere vincolate a rimettere la questione alle Sezioni Unite – le quali deciderebbero con effetto vincolante – ove intendessero discostarsi dai precedenti: qualora una Sezione semplice volesse discostarsi da un precedente o di se stessa o di un'altra Sezione semplice il vincolo sarebbe *orizzontale*; ove una Sezione semplice si volesse discostare da un precedente delle Sezioni Unite il vincolo sarebbe *verticale* (313 s.). Quanto alle Sezioni Unite, al quesito se esse debbano essere *orizzontalmente* vincolate alle *proprie decisioni*, la risposta che viene data è naturalmente di segno negativo: invero un vincolo così rigido oltre a impedire o limitare lo sviluppo del diritto, potrebbe

Tale strumento, se introdotto secondo “un sistema di vincolo del precedente, compatibile col nostro sistema penale, e plausibilmente implementabile nella *law in action*”⁶⁴, comporterebbe senza dubbio un più elevato livello di certezza, contribuendo ad implementare la nuova legalità *in action* anche secondo la prospettiva della Corte EDU che, come visto, tende a privilegiare una concezione della legalità penale che pone l’accento soprattutto sulla accessibilità e prevedibilità delle norme penali.

Si è sostenuto che il valore vincolante del precedente introdurrebbe alcuni fattori di contraddizione poiché, nel momento in cui si riconosce e in qualche modo si “formalizza” il protagonismo della giurisprudenza, parallelamente il vincolo del precedente “irrigidisce il processo autopoietico dell’esperienza giuridica deprimendo il vitalismo del formante giurisprudenziale”⁶⁵.

Larga parte delle questioni aperte può essere proficuamente affrontata sul piano degli atteggiamenti culturali della magistratura.

6. Considerazioni conclusive

Affinché la logica del precedente possa innestarsi nel nostro sistema raggiungendo l’obiettivo di implementare la certezza giuridica in ordine alla concreta

risultare ingiusto o irragionevole nel caso concreto. Le Sezioni unite dovrebbero pervenire ad un superamento di loro precedenti soltanto ove esse ravvisassero *seri e congrui motivi per farlo* (315). Secondo l’A., qualora il ripensamento da parte delle Sezioni unite generi una innovazione giurisprudenziale *contra reum*, si potrebbe *vietarne la retroattività*, cosicché la nuova decisione dovrebbe valere soltanto per il futuro, ossia in relazione a fatti commessi dopo di essa (319). L’A. osserva che la struttura della Cassazione e i troppo numerosi ricorsi impediscono per ora di considerare prossima la possibilità di dare vigore di precedente (sia pur relativamente) vincolante alle sentenze della Cassazione a Sezioni semplici, risultando più realistico che sia il precedente delle Sezioni unite ad assumere tale *status* (XVI e 330 ss.). Più di recente anche Francesco Viganò, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, cit., 213 ss., valorizzando le direttrici di fondo che caratterizzano tale dottrina delinea un quadro di proposte volte ad implementare il principio di prevedibilità.

⁶⁴ A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, cit., 336.

⁶⁵ F. PALAZZO, *Legalità fra law in the books e law in action*, cit., 10 s., il quale, pur riconoscendo che in tal modo si otterrebbe un forte recupero del valore della certezza, paventa rischi sottesi all’efficacia vincolante del precedente, che “potrebbe contribuire non solo a bloccare processi interpretativi evolutivi, ma anche a veicolare la diffusione e il consolidamento di interpretazioni sbagliate o addirittura anti-legalitarie”. Secondo l’A., inoltre, introducendo il valore vincolante del precedente, i tipi criminosi diventerebbero “ufficialmente” quelli costruiti dalla giurisprudenza; l’avversione per il vincolo potrebbe peraltro determinare una frammentazione artificiosa del tipo, pur di affrancarsi dal precedente, con contestuale obnubilamento del tipo *legale* di riferimento. Da qui, il rilievo che la tipicità rappresenta “l’anima più profonda della legalità”, nella quale non viene espressa solamente una garanzia, bensì la cifra essenziale del precetto penale stesso, trovando in essa una loro sintesi legalità della legge e legalità effettuale, giacché il tipo, solamente delineato dalla legge, viene concretizzato dal giudice al contatto con il fatto. In questo difficile equilibrio starebbe il “miracolo del buon funzionamento del diritto penale”.

applicazione delle norme è indispensabile un rinnovamento culturale all'interno della magistratura.

Persiste tra i giudici una percezione della propria identità di ruolo aliena da una concezione dell'attività giurisdizionale quale impresa collettiva, e ispirata viceversa al principio della soggezione del giudice alla sola legge (art. 101, co. 2, Cost.) quale sommo canone di legittimazione dell'individualismo decisorio consacrato a valore supremo.

Elemento critico, in ordine alla prospettiva di arginare la creatività della giurisprudenza, ancorché in osservanza del principio della divisione dei poteri, è costituito dalla reale apertura della magistratura al riguardo.

Come rilevato da autorevole dottrina, appare fondato "il dubbio se i giudici di oggi, al di là di un ossequio formale o di facciata, seguitino a considerare effettivamente vincolanti in sede interpretativa il principio di tassatività e il connesso divieto di applicazione analogica delle norme penali"⁶⁶.

A delineare il contesto in cui può agevolmente allignare l'elusione della legalità formale, oltre che la ritenuta necessità politico-criminale di sanzionare fatti avvertiti come meritevoli di punizione, pur se non ricompresi nella fattispecie tipica, e la percepita esigenza o di emendare disposizioni scritte, così da adeguarle ai mutamenti della realtà criminologica sottesa, o di propugnare l'interpretazione ritenuta da privilegiare sulla scorta della ponderazione degli effetti, contribuisce un diffuso senso di sfiducia nei confronti della legge in quanto tale – non più avvertita dai giudici quale fonte normativa credibile sotto il profilo dei contenuti e, quindi, meritevole di stretta osservanza – generato dalla crisi endemica nonché dalla esiziale decadenza della politica.

Una prospettiva realistica di rilancio della legalità dovrà fondarsi dunque non solo su di una rinnovata deontologia giudiziaria che argini gli eccessi e, al contempo, dia nuova legittimità all'incontrovertibile accresciuto rilievo del ruolo della giurisdizione, ma ancor di più su di una politica rinnovata, in grado di recuperare la sua dimensione ontologica più alta.

⁶⁶ G. FIANDACA, *Relazione conclusiva*, in *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali*, cit., 378. Sovviene al riguardo quanto efficacemente osservato da G. INSOLERA, *Qualche riflessione e una domanda sulla legalità penale nell'"epoca dei giudici"*, cit., 296, secondo il quale siamo di fronte ad una strenua difesa dei corollari della legalità penale, come declinata in Costituzione, al fine di eluderli più agevolmente nella *law in action*: "la legalità penale sulla bocca, il governo dei giudici nel cuore".