

ELEONORA ADDANTE

Il principio di prevedibilità al tempo della precarietà

Il contributo analizza il principio di prevedibilità in ogni suo aspetto e manifestazione al fine di comprendere come esso possa essere coniugato con i tradizionali principi dell'ordinamento penale nazionale, e se possa, dunque, rappresentare la chiave di volta per un miglioramento del sistema giuridico, nel quale è sempre più incombente il fenomeno del *revirement* giurisprudenziale *in malam partem*.

The principle of predictability at the time of precariousness

The contribution analyzes the principle of predictability in all its aspects and manifestations in order to understand how it can be conjugated with the traditional principles of the national penal system, and if it can, therefore, represent the keystone for an improvement of the legal system, in which the phenomenon of jurisprudential revirement in malam partem is increasingly impending.

SOMMARIO: 1. La legalità nella morsa dell'ambiguità. - 2. La riserva relativa di prevedibilità. - 3. Una questione di qualità. - 3.1. Il criterio normativo. - 3.2. La misura soggettiva della prevedibilità. - 3.3. La dimensione valoriale della prevedibilità. - 4. Se non è predittivo non è retroattivo: la *longa manus* del mutamento giurisprudenziale *in malam partem*. - 4.1. Strumenti compensativi e soluzioni alternative: l'esempio tedesco. - 5. Processuale di nome sostanziale di fatto. - 5.1. Lo strano caso della prescrizione del reato. - 5.2. Le disposizioni penali processuali avverso l'imputato: misure cautelari, condizioni di procedibilità e criteri probatori. - 5.3. La prevedibilità come corollario della naturalità del giudice e la teoria della tutela dell'affidamento. - 6. L'art. 4-*bis* ord. penit. travolto da un "prevedibile" destino alla luce della sentenza Del Rio Prada c. Spagna. - 7. La ragionevole prevedibilità della decisione giudiziale tra uguaglianza di trattamento ed instabilità giurisprudenziale. - 8. Il valore del precedente della Corte europea.

1. La legalità nella morsa dell'ambiguità.

«Questa legge ambigua, tuttavia, oscillante tra la norma e il capriccio, tra l'universale e il particolare, è ovunque presente; ti costringe e ti opprime, la violi quando credi di obbedire, mentre quando ti ribelli, a tua insaputa obbedisci. Si presume che nessuno la ignori e tuttavia nessuno la conosce: il suo scopo non è il mantenimento dell'ordine o la tutela delle relazioni umane, è la Legge, senza scopo, senza significato, senza contenuto e nessuno può eluderla»¹.

Nell'ottica dello studioso della scienza penale, l'immagine della legalità appare sempre più sfuocata e, contestualmente, la "messa a fuoco" della determinatezza, della precisione e della tassatività diviene sempre più difficile. Queste ultime, infatti, dovrebbero - qui il condizionale è d'obbligo - fuori uscire dalla penna del legislatore ed animare la legge sostanziale e processuale, ma, pur-

¹ SARTRE, *Che cos'è la letteratura? Lo scrittore e i suoi lettori secondo il padre dell'esistenzialismo*, Milano, 2009, 233 (scritto pubblicato nel 1947 sulla rivista *Los Temps Alodarni*).

troppo, è da tempo che sono intrappolate nelle pagine della manualistica, volte a celebrare i fasti del passato, cedendo il posto alla incertezza, alla indeterminatezza e alla poca chiarezza, caratteri, a loro volta, riassumibili con la parola “ambiguità”.

Dal latino *ambiguus*, (da “*amb*”, intorno, da due o da più parti, ed “*agere*”, condurre) l’aggettivo qualifica un “qualcosa” che, potendo prendersi in due o più sensi, lascia dubbio: proprio quello che attanaglia la legalità.

È, dunque, sempre più incolmabile, nella struttura della legge, lo iato tra “dover essere” ed “essere”, tra “originale” e “copia”, fra “*Tatbestand* legale” e “*Tatbestand* concreto”² e ciò si desume «dall’osservazione della realtà, la quale ci finisce per rivelare non tanto il complesso delle leggi empiricamente rilevate, quanto quella loro totalità empiricamente non rilevabile, che gli uomini intuiscono ma non comprendono e verso la quale tendono uno sforzo senza posa»³.

Se il diritto penale italiano “a parole” continua a ravvisare, ancora oggi, la sua pietra angolare nel principio della riserva di legge, rientrando nella cerchia degli ordinamenti nazionali in cui vige la legalità c.d. “legicentrica”⁴, “nei fatti” esso tradisce tale assunto e mostra la sua incoerenza sotto molteplici sfaccettature, tra cui: 1) l’azione prevaricatrice del Governo sul Parlamento, che, da ultimo, si è manifestata come una sottrazione consensualmente tacita dell’*ars legiferandi*; 2) l’ampio ricorso ai decreti legislativi e ai decreti legge e, addirittura, ai maxi-emendamenti per avviare riforme strutturali di interesse strategico; 3) l’abnorme protagonismo degli organi giudicanti che, da essere gli avversari contro cui ergere le fondamenta del principio di legalità, sono diventati i creatori della legalità attraverso puri «esempi di libertinaggio ermeneutico»⁵. L’elenco, solo esemplificativo, purtroppo, potrebbe continuare⁶.

Tutto ciò ha comportato la perdita di posizione del carattere negativo del principio di legalità *ex art. 25, co. 2, Cost.*, secondo cui *nessuno* può essere punito se *non* in forza di una legge entrata in vigore prima del fatto commesso, volto a garantire i cittadini dai possibili abusi dello Stato, a cui, conseguen-

² DELITALA, *Il «fatto» nella teoria generale del reato*, Padova, 1930, 116, il quale definisce la differenza tra i due sostantivi come «la differenza che intercede tra il modello e la copia, fra lo schema e l’esempio che a tale schema può essere ricondotto».

³ CARNELUTTI, *Introduzione allo studio del diritto*, Roma, 1943, 62.

⁴ VOGLIOTTI, voce *Legalità*, in *Enc. dir.*, Annali IX, Milano, 2013, 373.

⁵ L’espressione è di MICHELETTI, *Jus contra lex. Un campionario dell’incontenibile avversione del giudice penale per la legalità*, in *Criminalia*, 2016, 169.

⁶ Non è un caso che il carattere formale del principio di legalità, come momento genetico delle norme incriminatrici, sia stata assunta al rango di vera e propria mitologia giuridica della modernità da GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2007.

temente, è corrisposta la supremazia del profilo positivo del principio, teso a massimizzare la definizione e la punizione dei comportamenti antisociali, soprattutto grazie all'apporto della giurisprudenza, il cui operato è legittimato dalla stessa Corte costituzionale, la quale riconosce alla fonte giurisprudenziale il compito di precisare e colmare i confini semantici della norma incriminatrice, così collaborando con la fonte legislativa a rendere effettivo il principio di stretta legalità⁷.

Solo una volta constatato che l'ambiguità della legge è il risultato della somma di cause endo-strutturali, è possibile analizzare il rapporto con il diritto convenzionale, che, come ogni "convivenza" che si rispetti, è attraversato sia da momenti di forte unione che di tensione.

Avendo la perenne crisi della legalità ingenerato un vero *black out*, in cui a rimanere all'oscuro sono stati e continuano ad essere i cittadini, destinatari e diretti fruitori della luce della legalità, è d'obbligo interrogarsi se una possibile "torcia" di emergenza, magari pronta a divenire un "lampione" ben saldo, possa essere la "prevedibilità", concetto che è giunto, dunque, il momento di analizzare in ogni suo aspetto e manifestazione al fine di comprendere come esso possa essere coniugato con i tradizionali principi dell'ordinamento penale e processuale nazionale, e se possa, dunque, rappresentare la chiave di volta per un miglioramento, per una rinascita, per un rifiorire prossimo.

2. La riserva relativa di prevedibilità.

Nelle meditate ed intense pagine di un celebre saggio dedicato alla crisi del diritto e ai suoi molteplici aspetti, Lopez de Oñate⁸ ha racchiuso la *ratio* della legalità nel beneficio della certezza, raffigurabile come la possibilità offerta all'uomo di prevedere in anticipo le conseguenze giuridiche della sua condotta, poiché «egli, per fare un passo, ha bisogno di vedere (*cernere*) dove va. La previsione precede l'azione come la luce dei fari precede la marcia d'un veicolo nella notte. E quanto più la marcia è veloce, tanto maggiore ha da essere lo spazio illuminato dai fari. Perciò, se oltre ad essere giustizia il diritto non fosse certezza, non offrirebbe la garanzia dell'azione»⁹.

La suddetta esigenza di certezza, avvertita all'ennesima potenza nel campo della materia penale, si esplica, da un lato, in un obbligo di previa informa-

⁷ In tal senso, cfr. BELFIORE, *Giurisprudenze costituzionali e «diritto penale europeo»*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di Dolcini e Paliero, I, *Teoria del diritto penale, criminologia e politica criminale*, Milano, 2006, 41.

⁸ LOPEZ DE ONATE, *La certezza del diritto*, Roma, 1942.

⁹ CARNELUTTI, *La morte del diritto*, in *La crisi del diritto*, a cura della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Padova, 1953, 178.

zione da parte dell'ordinamento in merito a tutto ciò cui lo stesso attribuisce carattere illecito e, dunque, riconnette una sanzione penale e, dall'altro, nel diritto dei cittadini di accedere e calcolare l'effettiva valutazione del comportamento in un preciso arco temporale, ossia al momento in cui è posta in essere la condotta. Se in potenza quanto prospettato potrebbe fungere da impeccabile teorema, in atto lo stesso è soggetto a molteplici limiti che obbligano a ridimensionare e a relativizzare la portata della certezza giuridica come prevedibilità assoluta. In primo luogo, non v'è chi non veda come il fenomeno della ipertrofia legislativa, che affligge da anni la scienza penalistica, abbia ridotto sensibilmente la capacità di apprendimento e di assorbimento del precetto da parte del *quisque de populo*, il quale intanto può beneficiare pienamente della funzione di garanzia delle libere scelte d'azione, in quanto abbia l'effettiva conoscenza dell'intero impianto normativo penalistico, risultato che, proprio a causa della "inflazione legislativa"¹⁰, appare una vera e propria *mission impossible*. Pertanto, il sistema normativo attuale non solo non consente di realizzare l'esigenza della certezza assoluta del diritto, bensì si pone nei suoi confronti come un ostacolo, impendendo, a causa dell'eccessivo proliferare e del caotico succedersi di leggi, quella stabilità normativa, richiesta, invero, come *condicio sine qua non* per la prevedibilità delle conseguenze giuridiche. In secondo luogo, la prevedibilità del *quantum* di sanzione, conseguente ad una condotta penalmente rilevante, è declinabile in termini esclusivamente relativistici, a causa dell'impossibilità da parte del legislatore di predeterminare l'esatto quantitativo di pena, posto che nessun reato e nessun reo sono uguali a nessun altro. Di conseguenza, è logico sostenere che l'unico strumento in grado di assicurare una risposta coerente con il bisogno di uguaglianza è il potere discrezionale del giudice di decidere tra il massimo e il minimo edittale nell'applicazione della pena.

Spostando, infine, l'attenzione dal piano della prevedibilità della regola di condotta *ex ante* a quello della prevedibilità della regola sulla quale *ex post* il giudice fonda la propria decisione, si giunge alla medesima conclusione, in quanto è un falso mito quello di poter anticipare esattamente l'esito concreto di un processo, muovendo soltanto dalla conoscenza di testi di leggi o di precedenti decisioni giudiziali¹¹. L'illusione, infatti, di prevedere in maniera analitica ed assoluta il contenuto delle decisioni prodotte dai tribunali si basa

¹⁰ L'espressione è di CARNELUTTI, *La certezza del diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 1943, 81, il quale, per descrivere la grave situazione di crisi che, già da allora, affliggeva la legge, paragonò quest'ultima alla lira, assegnandole tutti i caratteri tipici dell'inflazione: moltiplicazione della qualità e scadimento della qualità.

¹¹ Sul punto, cfr. FRANK, *Law and the Modern Mind*, New York, 1930.

sull'attribuzione di un non veritiero valore all'*ars interpretandi*, quello secondo cui è sempre possibile individuare un'unica esatta soluzione che, in quanto già esistente perché contenuta nella disposizione, deve essere solo scoperta o, meglio, dichiarata.

Ad impedire ciò è l'argomentazione per cui che anche nei sistemi in cui la produzione di norme generali è riservata ad un organo legislativo centrale, rimane sempre un inevitabile margine di discrezionalità riservato agli organi giudiziali nella determinazione del contenuto degli atti¹², di per sé sufficiente a far propendere per l'abbandono del carattere meramente dichiarativo della giurisprudenza e, di converso, per l'accettazione del carattere costitutivo, secondo cui l'interpretazione rappresenta la continuazione del processo di produzione del diritto. È inevitabile un'avvertenza: legittimare il ruolo del formante giurisprudenziale nel sistema penalistico è cosa ben diversa dal considerare come fonte del diritto la libera creazione del giudice che, data l'assenza di vincoli sostanziali positivi, è per sua natura imprevedibile, oltre ad essere manifestamente in contrasto con il principio della riserva di legge e della separazione dei poteri.

Orbene, per aversi una certezza e dunque una prevedibilità assoluta bisognerebbe avere non solo un legislatore, ma anche un giudice infallibile.

Pertanto, nonostante il termine certezza richiami alla mente qualcosa di "dentro o fuori", di "essere o non essere", esso, per le ragioni suesposte, necessita di essere relativizzato e, dunque, interpretato in chiave di prevedibilità relativa, come «possibilità da parte del cittadino di conoscere la valutazione che il diritto dà delle proprie azioni e di prevedere le reazioni degli organi giuridici alla propria condotta»¹³.

Partendo da questo primo punto fermo, l'analisi si pone l'obiettivo di esaminare come il concetto di prevedibilità sia stato rivitalizzato dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti uomo, potendo sin da subito distinguere nel lessico convenzionale due accezioni del termine: da un lato, la prevedibilità come criterio qualitativo della legalità europea, dall'altro, la prevedibilità del giudizio o, come più diffusamente etichettata, della decisione giudiziale. Una volta definito il preciso significato e l'effettiva portata del "doppio volto" della prevedibilità attraverso un ampio *excursus* giurisprudenziale, non solo europeo ma anche nazionale, il passaggio successivo sarà constatare come essa si manifesti nelle diverse, ma ben salde, aree della scienza penalistica (sostanziale, processuale, esecutiva), ed, infine, si tenterà di prospettare diverse strade,

¹² In tal senso, cfr. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1960, 382.

¹³ Definizione di JORI, PINTORE, *Manuale di teoria generale del diritto*, 2^a, Torino, 1995, 194,

tutte ugualmente percorribili (lasciando libera scelta di preferenza) nonché tutte dirette nella medesima direzione: dare sì un effettivo ingresso alla logica della prevedibilità nelle dinamiche interne all'ordinamento giuridico italiano, il tutto, però, con "cognizione di causa", ossia senza trascurare il metodo argomentativo e l'immane concretezza del giudizio della Corte europea che, polarizzati sul caso singolo e concreto¹⁴, richiedono di sterilizzare la *ratio decidendi* della decisione dal contesto e dalle specificità in cui la stessa si forma prima di procedere all'importazione del principio enunciato.

3. Una questione di qualità.

Ogni qual volta si tenti di maneggiare la materia convenzionale è indispensabile essere consapevoli, da un lato, della limitatezza delle tradizionali nozioni giuridiche nazionali e, dall'altro, della necessità di confrontarsi costantemente con la "lingua europea", non sempre di facile e immediata comprensione, ma funzionale a cogliere il significato sotteso alle sentenze della Corte Edu. È il fenomeno della c.d. autonomia nozionistica della Corte europea, finalizzato ad assicurare l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione, conformemente al suo oggetto e al suo scopo, in tutti gli Stati membri.

All'interno della suddetta cornice deve essere posto il termine "*law*", linfa vitale del principio di legalità ex art. 7 C.E.D.U., inserito tra gli *inviolable core rights*, ossia in quel "nucleo duro" (*Kernbereich*) che nel sistema convenzionale non ammette alcuna deroga¹⁵, essendo riconosciuto dalla giurisprudenza europea come un elemento fondamentale dello Stato di diritto, tale da occupare un posto preminente nel sistema di tutela offerto dalla Convenzione¹⁶. Di conseguenza, l'ampio concetto di "legge" comprende ragionevolmente non solo il diritto scritto, ma anche quello non scritto, di creazione giurisprudenziale, poiché se così non fosse, si incorrerebbe nel rischio di sminuire la portata applicativa delle garanzie europee, escludendo dal perimetro di applicazione i Paesi aderenti al sistema di *common law*, nei quali a farla da padrona è la giurisprudenza. Invero, anche negli Stati continentali di *civil law*, devoti alla sola legge scritta di origine parlamentare, la Corte di Strasburgo ha rin-

¹⁴ Sul punto, cfr. V. ZAGREBELSKY, *Corte, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali*, in *Foro it.*, V, 2006, 356, il quale ricorda che «è affermazione costantemente ripetuta dalla Corte europea che la Convenzione non si occupa di diritti astratti, ma della concretezza dei diritti di cui è titolare ciascun individuo per il solo fatto di trovarsi nella giurisdizione di uno stato europeo».

¹⁵ Così MANES, *La lunga marcia della convenzione europea ed i "nuovi" vincoli per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di Manes, V. Zagrebelsky, Milano, 2011, 28.

¹⁶ Cfr. Corte EDU, *Liivik c. Estonia*, 25 giugno 2009, § 92.

tracciato un ruolo decisivo della giurisprudenza nella determinazione e nello sviluppo del precetto penale, identificando il diritto vivente con il testo di legge così come interpretato dalle giurisdizioni nazionali¹⁷, entro il limite dettato dal divieto di analogia¹⁸.

Pertanto, la mancanza della riserva di legge nella versione europea del principio di legalità rappresenta non un *deficit*, bensì un *passe-partout* strutturale, indispensabile per dare effettività alla Convenzione, la quale alla formalità ha preferito la qualità della fonte.

L'elaborazione dei criteri qualitativi della legge, ossia la ragionevole conoscibilità e la prevedibilità, è stata svolta originariamente in riferimento alla legittimità delle interferenze statali nell'esercizio dei diritti garantiti dagli artt. 8-11 della Convenzione, permesse solo se "previste dalla legge"; di conseguenza, i requisiti formali e sostanziali della legge di cui all'art. 7 C.E.D.U. sono derivati dalla giurisprudenza formatasi in relazione alle diverse suindicate disposizioni europee¹⁹.

Nel dettaglio, il *leading case* in cui hanno visto la luce i parametri di *accessibility* e di *predictability*, indispensabili ed apprezzabili in relazione sia al testo di legge che alla giurisprudenza, concerneva la valutazione del rispetto della libertà di espressione ex art. 10 C.E.D.U. in un caso di *contempt of court*²⁰. Secondo la Corte europea l'accessibilità richiede che i cittadini devono essere posti nella condizione di avere una indicazione adeguata delle norme giuridiche applicabili ad un determinato caso, nella cui valutazione assume un ruolo fondamentale la pubblicità, a cui, tuttavia, non viene riconosciuto un valore assoluto, ma graduato sulla base del numero e delle caratteristiche dei destinatari, i quali sono gravati da una sorta di onore di conoscibilità nei settori particolarmente tecnici e specialistici²¹. Proseguendo, la Corte ha ritenuto

¹⁷ Cfr. Corte EDU, 24 aprile 1990, *Kruslin c. Francia*, § 29; Corte EDU, 10 novembre 2005, *Leyla Sahin c. Turchia*, § 88.

¹⁸ Sulla necessità, da parte della giurisprudenza, di ricostruire un unico concetto di legalità, uguale sia per i Paesi di *civil law* che di *common law*, cfr. Corte EDU, 24 aprile 1990, *Kruslin e Huving c. Francia*.

¹⁹ Tanto è vero che per la Corte Edu l'art. 7 C.E.D.U., da un lato, e gli artt. 8-11 C.E.D.U., dall'altro, sono soggetti al medesimo *test* di prevedibilità, cosicché il primo assorbe il secondo, cfr. Corte EDU, Grande Camera, 15 ottobre 2015, *Perinçek c. Svizzera*, §§ 131 ss. sulla prevedibilità ex art. 10 C.E.D.U. e §§ 283 ss. sulla prevedibilità ex art. 7 C.E.D.U., in cui si rimanda al test precedentemente effettuato.

²⁰ Corte EDU, 26 aprile 1979, *Sunday Times c. Regno Unito*, § 49.

²¹ In particolare, cfr. Corte EDU, 28 marzo 1990, *Groppera Radio e al. C. Svizzera*, § 68, dove si evince che, se le persone hanno la possibilità di richiedere una copia delle norme pertinenti o possono consultarle in un determinato luogo, ciò potrebbe essere sufficiente. Nel caso sottoposto alla Corte, concernente la limitazione alla libertà di espressione, la legge su cui si basava tale restrizione - il regolamento radiofonico - poteva essere consultata solo nella sede centrale del P.T.T. od ottenuta dall'Unione internazionale delle telecomunicazioni. Poiché si trattava di un campo altamente tecnico e complesso, e

soddisfatto il requisito della prevedibilità allorché il cittadino, semmai facendo ricorso all'opinione chiarificatrice degli esperti in materia (come gli avvocati), abbia la possibilità di prevedere, con un grado di approssimazione in rapporto alle circostanze del caso, le conseguenze che possono derivare da un determinato atto. Tale parametro, rinvolvendosi sia al legislatore nell'atto della formazione del precetto che al giudice nel momento dell'applicazione, permea in sé due sotto-corollari: la precisione e la stretta interpretazione della legge penale²².

L'apprezzamento del *test* della ragionevole prevedibilità si basa, infatti, su precisi criteri: 1) l'esistenza di una base legale e della sua costante e coerente applicazione giurisprudenziale; 2) la tipologia dei destinatari del precetto; 3) la sedimentazione sociale del disvalore.

Prima di analizzarli singolarmente, è utile porre una premessa di carattere generale: l'art. 7 C.E.D.U. gioca la sua partita nel campo della "materia penale", nozione più ampia di "diritto penale", poiché include aspetti non solo sostanziali ma anche procedurali, facendo convergere in essa tutte le infrazioni e le sanzioni che, al di là della etichetta formale assegnata dagli ordinamenti nazionali, possiedono un contenuto attinente alla pena e/o ad una dimensione sostanzialmente afflittiva²³. Di fronte a questo scenario, la rigida, interna, spartizione tra le sanzioni formalmente penali, a cui si applicano le tipiche garanzie penalistiche, fra cui il divieto di retroattività, e l'area occupata dal diritto processuale, dalle disposizioni concernenti l'esecuzione penale nonché dalle misure di sicurezza²⁴, animata dal principio del *tempus regit actum*, la-

principalmente destinato agli specialisti che sapevano come ottenere le informazioni necessarie, la Corte ha ritenuto soddisfatto il requisito dell'accessibilità. Sull'argomento, cfr., inoltre, Corte EDU, 9 novembre 1999, Spacek, S.R.O. c. Repubblica Ceca, § 57, nella quale è stato chiarito che l'accessibilità non richiede un metodo specifico di pubblicazione o uno specifico grado di pubblicità in relazione ad un caso in cui la legge controversa non era stata pubblicata con mezzi ufficiali, ma in un bollettino pubblicato dal ministero delle finanze ceco per informare il pubblico sulle misure adottate dal ministero.

²² Definito autorevolmente da BERNARDI, *Nessuna pena senza legge*, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di Bartole, Conforti, Raimondi, Padova, 2001, 263, come "obbligo di interpretazione ragionevole della norma penale", declinabile, a sua volta, come sotto-criterio della prevedibilità.

²³ Dalla sentenza della Corte EDU, 8 giugno 1976, Engel ed al. c. Paesi Bassi, §§ 80-82, la Corte di Strasburgo, al fine di determinare se un illecito, una sanzione o una procedura, a prescindere dalla nomenclatura formale utilizzata all'interno degli Stati europei, possano rientrare nella nozione di "materia penale", ha individuato tre criteri: 1) la qualificazione del diritto nazionale; 2) la natura del fatto o del comportamento vietato; 3) lo scopo e la severità della sanzione. Tali requisiti sono stati ulteriormente approfonditi nella sentenza Corte EDU, 21 febbraio 1984, Oztürk c. Repubblica federale tedesca, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 894 ss., con nota di PALIERO, *"Materia penale" e illecito amministrativo secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo: una questione "classica" e una svolta radicale*.

²⁴ In tema di misure di sicurezza, cfr. Corte EDU, 17 dicembre 2009, M. c. Germania in *Cass. pen.*, 2010, 3276 con nota di ROCCHI, *La decisione della Corte di Strasburgo sulla misura di sicurezza deten-*

scia, come si suol dire, “il tempo che trova”.

3.1. La prevedibilità normativa.

Chiamando in causa la nota distinzione di Crisafulli²⁵ tra “disposizione” e “norma” o, per dirla con le parole di Bähr²⁶, tra “diritto astratto” e “diritto concreto”, ovvero ancora tra “*law in the books*” e “*law in action*”, formulata da Pound²⁷, la Corte europea prende in prestito entrambi gli elementi del binomio per misurare il grado di prevedibilità, avendo sostenuto in numerose pronunce, quale solito *refrain*, il principio per cui l’accessibilità della norma violata e la prevedibilità delle sanzioni sono soddisfatte quando il soggetto è in grado di conoscere, prendendo in considerazione in primo luogo il testo della disposizione e, se del caso, avvalendosi della sua interpretazione da parte dei giudici, quali azioni od omissioni possono comportare la sua responsabilità.

La prevedibilità è, dunque, il risultato di un lavoro di simbiosi tra l’astratta previsione legale e la sua concreta interpretazione ed applicazione: parole che risuonano al giurista italiano molto più familiari di quanto non ci si aspetti, poiché non così lontane dalle argomentazioni usate in molteplici sentenze dalla Corte costituzionale a fondamento della ammissibilità di precisare l’esatta portata di una fattispecie penale in sede di interpretazione giurisprudenziale²⁸. La vicinanza argomentativa tra le due Corti tende, tuttavia, a dissolversi sul piano operativo, contrassegnato da risultati divergenti, se non proprio distanti.

Secondo i giudici europei, infatti, la legge scritta – da intendere in senso sostanziale, così da ricomprendere qualunque livello nella gerarchia delle fonti²⁹

tiva tedesca della Sicherungsverwahrung e i suoi riflessi sul sistema del “doppio binario” italiano, in cui la misura di sicurezza detentiva tedesca della Sicherungsverwahrung ex § 66 StGB, per il suo contenuto afflittivo e per il suo scopo preventivo, sia in senso generale che speciale è stata fatta rientrare nella nozione sostanziale di pena anche ai fini dell’applicazione del principio di irretroattività della legge penale.

²⁵ CRISAFULLI, *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Torino, 1964, 207, secondo il quale tra il testo legislativo e la sua interpretazione non vi è una perfetta corrispondenza, poiché, infatti, da un lato, ad una norma possono corrispondere più disposizioni, come nel caso del combinato disposto tra più disposizioni, dall’altro, ad una disposizione possono corrispondere norme diverse, anche incompatibili tra di loro.

²⁶ O. BÄHR, *Urteile des Reichsgerichts mit Besprechungen*, München und Leipzig, 1883.

²⁷ R. POUND, “*Law in Books and Law in Action*”, in *American Law Review*, 44, 1910, 12-36.

²⁸ Cfr., Corte cost., n. 11 del 1989, in *Giur. cost.*, 1989, 26, in cui la Corte non ha individuato gli estremi per sancire la indeterminatezza di una norma in materia di armi giocattolo, poiché era possibile desumere le condotte vietate dalla interpretazione della disposizione data dalla Corte di cassazione, ossia dal diritto vivente.

²⁹ Sul punto, cfr. Corte EDU, 17 febbraio 2004, Maestri c. Italia, in cui sono state ritenute “legge” le deliberazioni di carattere generale del C.S.M.; Corte EDU, 25 marzo 1985, Barthold c. Germania, dove la suddetta qualifica è stata assegnata alle regole disciplinari del Consiglio dei Veterinari.

– è connotata da una intrinseca incapacità di assicurare un’assoluta tassatività e determinatezza del precetto, in virtù della sua difficoltà ad adattarsi ai mutamenti della realtà sociale, sempre in rapida evoluzione. La dottrina penalistica già nel secondo dopoguerra tratteggiava la difficoltà di procedere alle riforme legislative, a causa della complessità di individuare il nuovo punto di equilibrio, e tentava di superare quell’inevitabile *gap* percorrendo «un’altra via, quella che trasforma un problema di rinnovamento delle norme in un problema di costruzione e di interpretazione delle norme e, quindi, contrappone[ndo] la c.d. sostanza alla c.d. forma»³⁰.

Ciò posto, non stupisce l’assenza di condanne per violazione dell’art. 7 C.E.D.U. a fronte di precetti connotati da testi eccessivamente vaghi e generici³¹, in virtù, da un lato, della propensione all’uso delle clausole generali e, dall’altro, del ruolo “compensatorio” assegnato alla giurisprudenza, finalizzato a rendere prevedibile ciò che di primo acchito non sembra³².

La portata chiarificatrice della interpretazione giurisprudenziale, tuttavia, in tanto risulta plausibile e coerente con gli scopi e gli obiettivi della Convenzione, in quanto non oltrepassi il limite invalicabile dell’interpretazione estensiva o analogica – non c’è differenza tra le due categorie nell’ottica europea – in quanto alla violazione del divieto da parte del giudice corrisponde la condanna dello Stato³³.

Viceversa, alla ritrosia della Corte costituzionale nel dichiarare l’incostituzionalità delle norme incriminatrici per insufficiente loro determina-

³⁰ NUVOLONE, *Il momento penale*, in *Arch. pen.*, II, 1946, 273.

³¹ Seppur non attinente alla violazione dell’art. 7 C.E.D.U., fondamentale in relazione al requisito della “previsione per legge” è la sentenza Corte EDU, Grande Camera, 23 febbraio 2007, *De Tommaso c. Italia*, § 125, in *questa Rivista (web)*, 2017, 1, con nota di LASALVIA, *Il sasso nello stagno: luci “europee” e ombre “nazionali” su una sentenza “storica”?* *Appunti su Cedu De Tommaso c. Italia*, nella quale è stato statuito che la legge n. 1423 del 1956 era formulata in termini vaghi ed eccessivamente ampi; né la categoria di persone a cui le misure di prevenzione erano applicabili, né il contenuto di alcune delle misure erano definite dalla legge con precisione e chiarezza sufficienti. Conseguentemente, la legge non rispondeva ai requisiti di prevedibilità fissati dalla giurisprudenza della Corte.

³² Al riguardo, è esemplificativo il precedente in cui la Corte Edu ha ritenuto che, nonostante l’ampia definizione attribuita al reato di proselitismo, la fattispecie fosse da considerare prevedibile sulla base di una giurisprudenza consolidata, cfr. Corte EDU, 25 maggio 1993, *Kokkinakis c. Grecia*, § 40; il suesposto ragionamento è alla base di molteplici sentenze europee tra cui, Corte EDU, 7 dicembre 1976, *Handyside c. Regno Unito*, in relazione al concetto di “oscenità” contenuto nel *Obscene Publication Act* 1959-1964; Corte EDU, 25 novembre 1996, *Wingrove c. Regno Unito*, in ordine alla definizione di “blasfemia”.

³³ Cfr. Corte EDU, 24 maggio 2007, *Dragotoniuc e Militaru-Pidhorni c. Romania*, nella quale la Corte europea ha accertato la violazione dell’art. 7 C.E.D.U., sotto il profilo del divieto di analogia, nell’ampliamento della qualifica soggettiva, necessaria per integrare il reato di corruzione, avvenuto mediante un’interpretazione estensiva delle figure soggettive, concernenti i funzionari e gli altri dipendenti della pubblica amministrazione, individuate dagli artt. 145-148 del codice penale rumeno.

tezza³⁴ non corrispondono adeguati strumenti ed opportune tecniche di tutela avverso il fenomeno ormai dilagante della giurisprudenza giuscreativa³⁵, del tutto imprevedibile. Ed è proprio qui che si realizza lo scollamento tra l'ordinamento interno e quello sovranazionale, poiché solo quest'ultimo riesce a garantire l'effettiva garanzia di conoscibilità del precetto e di prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie, dando piena espressione al diritto all'autodeterminazione della persona. Se così è, risulta logico interpretare il principio di legalità ex art. 7 C.E.D.U. anche come baluardo a tutela del fenomeno della *création pretorienne*, in quanto la giurisprudenza, essendo nel linguaggio europeo fonte del diritto penale, deve possedere i requisiti della accessibilità e della prevedibilità e, di conseguenza, un'interpretazione irragionevolmente estensiva delle norme incriminatrici, non conforme alla sostanza dell'illecito e, quindi, in contrasto con il principio di prevedibilità, è destinata ad essere censurata³⁶.

3.2. La misura soggettiva della prevedibilità.

La componente normativa della prevedibilità non esaurisce il campo di applicazione del principio europeo, atteso che la Corte Edu, in plurime occasioni, si è avvalsa di un criterio "individualistico", maggiormente attento alle qualifiche soggettive dei destinatari.

Partendo dalla casistica, è noto, in materia, il precedente in cui la Corte europea ha escluso qualsivoglia profilo di violazione convenzionale nei confronti di alcuni membri di *Greenpeace* che, essendo stati arrestati durante una manifestazione di protesta presso una base militare, avrebbero dovuto conoscere – quindi prevedere – il divieto di accesso in quelle determinate zone, nonostante ciò non fosse stato previamente segnalato nelle mappe ufficiali³⁷. Così

³⁴ Come è avvenuto, a titolo esemplificativo, nella sentenza della Corte cost., n. 327 del 2008, in relazione alla fattispecie incriminatrice del disastro inominato ex art. 434 c.p.; nonché Corte cost., n. 172 del 2014, che ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale, proposta dal Tribunale di Trapani, dell'art. 612-*bis* c.p., per violazione del principio di indeterminatezza sancito dall'art. 25, co. 2, Cost.

³⁵ Per un approfondimento sull'argomento, v. MANNA, *Il lato oscuro del diritto penale*, Pisa, 2017, 44 ss.

³⁶ È proprio quello che è accaduto nella sentenza Corte EDU, 17 ottobre 2017, Navalnyy c. Russia, in www.penalecontemporaneo.it, 16 gennaio 2018, con nota di S. BERNARDI, *Una nuova pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di imprevedibilità della condanna penale: il caso Navalnyy c. Russia*, dove i giudici hanno accertato la violazione dell'art. 7 C.E.D.U., sostenendo che la condanna dei due ricorrenti fosse stata l'esito di un'interpretazione nuova delle norme incriminatrici, che aveva condotto le autorità giudiziarie nazionali ad una applicazione estensiva *in malam partem* e, dunque, non prevedibile.

³⁷ Corte EDU, 3 maggio 2007, Custers, Deveau e Turk c. Danimarca, §§ 94 ss.

come la recente pronuncia europea concernente il caso di un cittadino statunitense che, fondatore della società Q.F., un importante fondo di investimento sui mercati azionari, era stato condannato per *insider trading* per aver acquistato un pacchetto di azioni di alcune società privatizzate, tra cui una banca francese, sulla base di un'informazione riservata, avuta per via delle sue funzioni. Nel dettaglio la Corte, pur lamentando il ricorrente la carenza di determinatezza degli elementi costitutivi della fattispecie incriminatrice al momento del fatto e della condanna, ha statuito che il soggetto avrebbe potuto prevedere la contestazione del reato a seguito della condotta posta in essere, in virtù della qualifica altamente professionalizzante del soggetto, nonché della sua esperienza, nonostante l'assenza di precedenti comparabili³⁸.

Dalle due pronunce è possibile constatare che i giudici europei, in determinate occasioni, giungono a misurare il grado di prevedibilità del precetto e della condanna esclusivamente – e non congiuntamente – sulla base del criterio concernente la natura professionale dell'attività³⁹ svolta dal ricorrente, offuscando, di converso, l'importanza del dato testuale ed interpretativo che, in assenza di precedenti giurisprudenziali – come nel caso *Soros c. Francia* – non può che qualificarsi come imprevedibile.

Si deduce, pertanto, con tono velatamente critico, che la tecnicità e la specializzazione dell'attività si traducono in una presunzione *iuris et de iure* di prevedibilità da parte del soggetto interessato, su cui ricade un onore assoluto (*sic!*) di conoscenza e, allo stesso tempo, di prudenza.

Si tratta, dunque, di giudizi conclusivi di rimprovero nei confronti di soggetti, avverso cui viene misurato (sulla base di quale parametro?) il grado di specializzazione nonché il potere di adeguamento alle aspettative dell'ordinamento rimaste deluse, con il conseguente problema di selezionare quali elementi situazionali e propri del soggetto agente debbono ritenersi rilevanti ai fini della decisione. Ciò spinge a nutrire robuste resistenze all'utilizzo della prevedibilità in chiave soggettiva, o almeno fino a quando la giurisprudenza europea non diventi sul punto maggiormente chiara e, dunque, prevedibile.

3.3. La dimensione valoriale della prevedibilità.

Pronti ad abbandonare il mito della certezza, si è sempre più propensi ad accettare una concezione relativizzata dell'esperienza giuridica, la quale, tuttavia,

³⁸ Corte EDU, 6 ottobre 2011, *Soros c. Francia*.

³⁹ Tra le altre sentenze della Corte europea basate su tale criterio, cfr. Corte EDU, 16 aprile 2010, *Flinkkila e a. c. Finlandia*, § 67, nella quale si chiama in causa il codice deontologico giornalistico al fine di rintracciare regole più rigorose per limitare l'intrusione nella "vita privata" altrui. Corte EDU, 19 febbraio 2008, *Kuolelis, Bartosevicius e Burokevicius c. Lituania*, § 120.

presume una acuta sensibilità sociologica, considerato il rilevante impatto della realtà sociale sugli “andamenti sismici” della materia penale, senza, tuttavia, escludere l’applicazione o la fedeltà ai metodi tradizionali. L’evidente difficoltà del diritto di rispondere tempestivamente alla complessità della realtà sociale ha fatto emergere nella logica della Corte europea l’esigenza di affiancare al metodo logico, dominato dal monopolio della norma giuridica, un metodo “valoriale”, fondato sull’adozione di criteri esegetici diversi, quali la coscienza popolare, il sano sentimento della collettività, onde evitare l’eccessivo irrigidimento delle formule giuridiche e favorire un proficuo e continuativo ricambio tra la legge e la vita.

Ciò posto, chiamata ad esprimersi sulla qualità della legge svizzera in tema di “pubblicazioni oscene”, la Corte europea si è avvalsa *expressis verbis* del concetto di “prevedibilità sociale”⁴⁰, al fine di giustificare la genericità della descrizione normativa, trattandosi di una nozione strettamente legata agli “umori sociali”, destinati a mutare nel tempo. Argomentazioni che, come fa notare Zagrebelsky, non sono così lontane dal lessico giuridico italiano, poiché ricordano le parole utilizzate dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 191 del 1970⁴¹, che, per completezza espositiva, qui si riportano :«quando la legge penale prevede la tutela di beni immateriali (come il decoro, l’onore, la reputazione, il prestigio, la decenza, ed altri) il ricorso a nozioni proprie del linguaggio e dell’intelligenza comuni, è inevitabile, né si è pensato, finora, a lamentare in proposito la violazione del principio di legalità. [...] La Costituzione stessa usa locuzioni come “senso di umanità”, “buon costume”, “dignità sociale”, né si può dire che le relative norme manchino di un identificabile valore positivo. Il costume varia notevolmente secondo le condizioni storiche d’ambiente e di cultura, ma non vi è momento in cui il cittadino, e tanto più il giudice, non siano in grado di valutare quali comportamenti debbono considerarsi osceni secondo il comune sentimento del pudore, nel tempo e nelle circostanze in cui essi si realizzano».

Orbene, dalla giurisprudenza europea e nazionale si deduce che il principio di legalità intanto non è leso da un’applicazione normativa espressiva del sentire sociale, in quanto il risultato interpretativo sia coerente con la sostanza del reato e, dunque, sia ragionevolmente prevedibile. Esito non facile da ottenere, poiché frutto di un lavoro di cesellamento volto a ponderare interessi tra loro in conflitto: da un lato, il valore della certezza, ormai relativizzato, e,

⁴⁰ Corte EDU, 24 maggio 1988, Müller c. Svizzera.

⁴¹ ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo e il principio di legalità nella materia penale*, cit., 104-105.

dall'altro, la difesa della dignità dell'uomo.

La difficoltà del bilanciamento è emersa appieno nelle note sentenze S.W. c. Regno Unito e C.R. c. Regno Unito, in cui la Corte Edu, pur avendo riconosciuto per la prima volta il principio dell'irretroattività dell'*overruling* imprevedibile, non ha dichiarato la violazione dell'art. 7 C.E.D.U., poiché ha ritenuto il raggiunto mutamento giurisprudenziale una tappa ragionevolmente prevedibile sulla base dell'evoluzione della coscienza sociale⁴².

Nel dettaglio, le pronunce riguardavano la condanna dei ricorrenti per violenza sessuale (*marital rape*), rispettivamente una consumata e l'altra tentata in danno delle rispettive mogli, nonostante la storica presenza nel diritto di *common law* di una speciale causa soggettiva di non punibilità (*marital immunity*), espressa da Sir Matthew Hall nel 1736, secondo la quale «il marito non può essere colpevole di uno stupro commesso sulla sua legittima moglie, perché in virtù del loro mutuo consenso e contratto matrimoniale, la moglie ha dato se stessa in modo da non poter ritrattare»⁴³.

Il rifiuto da parte delle giurisdizioni nazionali di applicare la suddetta immunità poiché antiquata e, dunque, anacronistica è stato accolto appieno dai giudici di Strasburgo, i quali hanno ritenuto la decisione dei tribunali inglesi una ragionevole evoluzione della legge, di per sé prevedibile al momento della commissione dei fatti illeciti.

Decisione singolare che rappresenta la massima espressione della “filosofia cosale” che muove l'approccio sostanziale della Corte europea, totalmente incentrato sulle caratteristiche del caso concreto. Non è, infatti, un caso che la sentenza, per come è argomentata, riguardi proprio il Regno Unito, in quanto la stessa ha adottato un ordine di idee tipico del sistema di *common law*, dove secondo la teoria dichiarativa della giurisprudenza, - particolarmente cara alla dottrina inglese⁴⁴ - le sentenze, anche quando sono innovative, in realtà, ripristinano una regola di giustizia preesistente e vivente nei costumi del popolo (esse non presentano una novità, ma piuttosto restituiscono giustizia all'ordinamento).

Non possono, tuttavia, essere revocate in dubbio alcune criticità sul totale abbandono da parte della Corte Edu del criterio normativo della prevedibilità,

⁴² Corte EDU, 22 novembre 1995, S.W. e C.R. c. Regno Unito.

⁴³ Cfr. SIR MATTHEW HALE, *Historia Placitorum Coronæ: History of the Pleas of the Crown*, 1736, Philadelphia, I, 629.

⁴⁴ Cfr. HAYEK, *Law, Legislation, and Liberty*, I, *Rules and Orders*, 1973, 80 ss., il quale, al fine di sostenere il ruolo esplicativo e non creativo del giudice, sostiene che i giudici “scoprono” ciò che era già insito nel diritto precedente.

rimpiazzato completamente da quello sociale⁴⁵. Pur essendo, infatti, riscontrabili nell'ambito della casistica giurisprudenziale in materia di *marital rape* sentenze che, già prima dei fatti commessi, avevano attenuato la portata applicativa della causa di non punibilità, mediante specifiche eccezioni, deve essere comunque sottolineato che a fondamento delle condanne era stato utilizzato un precedente, il caso R. c. R., la cui sentenza era stata emessa in data successiva rispetto al *dies commissi delicti* e, dunque, non solo imprevedibile, ma per di più incapace di assurgere come base per un mutamento giurisprudenziale consolidato. È innegabile che il suddetto esito sia stato, seppur in minima parte, influenzato anche dalla natura dell'illecito, oggetto dei ricorsi, che, riguardando la sfera dei delitti sessuali, ha condotto la Corte ad assumere un atteggiamento di chiusura nella valorizzazione dell'art. 7 C.E.D.U. e, di converso, a valorizzare il senso morale del diritto⁴⁶.

La Corte Edu ha, dunque, basato il proprio convincimento sull'evoluzione sociale del disvalore del comportamento posto in essere, così legittimando la condanna e la punizione del soggetto-agente, a suo avviso, potenzialmente in grado di rappresentarsi la portata offensiva della propria condotta, a prescindere dalla preesistenza e dal grado di determinatezza di una base legale incriminatrice che, attraverso il mutato sentire sociale, è oggetto di una legittima lettura estensiva, senza incorrere nella violazione dell'art. 7 C.E.D.U.⁴⁷

Principio che, tuttavia, non può trovare un'applicazione di carattere generale, incardinandosi propriamente solo sul terreno degli illeciti naturali, i c.d. "*mala in se*", ossia a tutti naturalmente noti, e non su quello dei c.d. *mala quia prohibita*, il cui elevato tasso di artificialità ha indotto la Corte europea ad operare, in un caso avente ad oggetto una fattispecie penale nel settore urbanistico, un *distinguishing* con il suesposto precedente, ritenendo l'*overruling*

⁴⁵ Per un'opinione critica nella letteratura straniera, cfr. DROUGHENBROEK, *Interprétation jurisprudentielle et non-retroactivité de la loi pénale*, in *Rev. trim. dr.*, 1966, 463 ss.

⁴⁶ Un simile approccio lo si riscontra, ad esempio, nella decisione Comm. EDU, 21 ottobre 1998, Ibbotson c. Regno Unito, in cui si concludeva per l'irricevibilità della doglianza avente ad oggetto la violazione dell'art. 7 C.E.D.U. in ordine alla retroattività disposta per l'obbligo di registrazione in un registro speciale presso la polizia, al termine dell'esecuzione di pena detentiva comminata per reati sessuali, considerandola una misura preventiva; nonché, più di recente, Corte EDU, 17 dicembre 2009, Gardel c. Francia, riguardante il riconoscimento dell'applicazione retroattiva di una iscrizione in un apposito registro per i soggetti colpevoli di reati sessuali, introdotta nell'ordinamento francese dopo la commissione del reato da parte del ricorrente, sulla base della natura non punitiva della misura, poiché avente solo effetti dissuasivi.

⁴⁷ Sul punto, cfr. Comm. EDU, 22 luglio 1970, X c. Austria, dove la Commissione ha escluso la violazione dell'art. 7 C.E.D.U. nel caso di una condanna per atti omosessuali fondata su una disposizione del codice penale austriaco del 1852 che puniva l'"indecenza innaturale", sulla base di una sua interpretazione sì estensiva, ma ragionevolmente prevedibile, in quanto affermata e consolidata da più di cinquant'anni.

imprevedibile, sulla base del fatto che era difficile, se non impossibile, per il ricorrente prevedere il mutamento di giurisprudenza della Corte di cassazione e, quindi, sapere che al momento in cui aveva commesso i fatti, questi potevano comportare una sanzione penale⁴⁸.

Orbene, lo schema europeo, secondo cui il criterio sociale riesce a garantire la prevedibilità delle conseguenze giuridiche senza fare esclusivo affidamento sulle conoscenze normative, richiede quanto meno un ordinamento la cui ideologia sociale sia sufficientemente condivisa dai membri del gruppo, nonché un'unità organicamente integrata, di difficile concreta attuazione.

Non resta a questo punto che analizzare la valenza della prevedibilità sociale nell'ambito dell'ordinamento nazionale, verificando sulla base dell'art. 25, co. 2, Cost. il rapporto tra il principio di irretroattività e l'interpretazione evolutiva delle disposizioni penali, vale a dire se condotte penalmente rilevanti debbano essere interpretate secondo le concezioni e le esigenze del momento in cui sono stati commessi, oppure in base al sentire sociale del tempo in cui avviene il giudizio.

Il quesito trova una illuminante risposta, di cui si condivide appieno l'impostazione, nelle parole di un'acuta voce dottrinale, secondo cui può affermarsi «l'irretroattività dell'interpretazione evolutiva qualora [essa] implichi più gravi conseguenze penali risolvendosi in tal caso in una innovazione sostanziale della normativa in danno del soggetto, mentre consegue la piena retroattività dell'interpretazione evolutiva qualora risulti favorevole per l'imputato. E ciò è chiaro in forza del combinato disposto dell'art. 25 cpv. e dell'art. 2 c.p.»⁴⁹.

In conclusione, ben venga il criterio sociale ove esso consenti di implementare la quantità di prevedibilità, ma è necessario rifuggire da interpretazioni più severe delle disposizioni, non ammesse e non presumibili al momento del fatto, poiché sviluppatesi in maniera consolidata solo in epoca posteriore per effetto dell'evoluzione dei tempi.

4. Se non è predittivo non è retroattivo: la *longa manus* del mutamento giurisprudenziale *in malam partem*.

La logica europea, dunque, alla rigidità preferisce la dinamicità del diritto, racchiusa nella teoria del *living instrument*⁵⁰, secondo cui la Convenzione è in

⁴⁸ Corte EDU, 10 ottobre 2006, Pessino c. Francia.

⁴⁹ M. LEONE, *Aspetti costituzionali del principio di irretroattività in materia penale*, in *Giust. pen.*, 1982, 278.

⁵⁰ WILDHABER, *The European Court of Human Rights in Action*, in *Ritzumeikan Law Review*, 2004, 84.

primo luogo un sistema per la protezione dei diritti umani e la Corte Edu, per assicurare tale scopo, deve avere riguardo alle mutevoli condizioni negli Stati contraenti e rispondere all'emersione di un consenso sugli *standard* da ottenere. È, tuttavia, innegabile il proposito di Strasburgo di assicurare un diritto giurisprudenziale qualitativamente accessibile e prevedibile, estendendo anche ad esso le relative garanzie legali, *in primis* il principio di irretroattività. Cosicché, l'individuo, posto di fronte alla scelta se agire o non agire, possa fare affidamento sulla interpretazione della disposizione accolta dai giudici nazionali al momento del fatto, avendo egli stesso il diritto a non essere sorpreso *ex post* da estensioni interpretative, non conoscibili e, dunque, non prevedibili *ex ante*.

La prevedibilità, pertanto, come corollario del principio di irretroattività è violata sia da un'interpretazione del tutto nuova rispetto ad un testo legislativo oscuro, sia da un *revirement* giurisprudenziale sfavorevole, di per sé imprevedibile.

Ad un primo periodo caratterizzato da un timido e parsimonioso uso dell'art. 7 C.E.D.U. in termini di condanne, è corrisposto un impiego sempre più frequente e disinvolto del parametro europeo come criterio di valutazione della giurisprudenza dei Paesi membri della Convenzione.

Il momento di svolta lo si è avuto a partire dal caso Pessino c. Francia, in cui la Corte ha accertato la non prevedibilità di un mutamento giurisprudenziale *in peius* a danno del ricorrente, il quale era stato condannato sulla base di un'interpretazione della fattispecie incriminatrice del tutto diversa (e peggiorativa) da quella sino ad allora vigente e, per di più, non preceduta da alcuna decisione di uguale portata, rendendo, dunque, impossibile per il soggetto agente la possibilità di prevedere il cambio di prospettiva da parte della Corte di cassazione⁵¹. Alla medesima conclusione la Corte Edu è giunta in un precedente in cui il mutamento giurisprudenziale ha condotto a qualificare gli impiegati di istituti di credito come funzionari pubblici, determinando così la condanna di due impiegati bancari non solo in assenza di precedenti in tal senso, ma anche in contrasto con il dato testuale del codice penale che non includeva gli istituti di credito nelle tipologie di organizzazioni pubbliche⁵². Sempre, infine, in tema di violazione del principio di legalità per mancanza di

⁵¹ Corte EDU, 10 ottobre 2006, Pessino c. Francia, §§ 18 ss., in cui, nel dettaglio, il ricorrente era stato condannato per il fatto di aver continuato a costruire un immobile nonostante l'ordine di sospensione del giudice amministrativo, avendo così la Corte di cassazione francese basato la sentenza di condanna sulla equiparazione dell'ordine di sospensione al divieto di costruzione, unico presupposto effettivamente richiesto dalla norma incriminatrice.

⁵² Corte EDU, 24 maggio 2007, Dragotoni Militaru-Pidhorni c. Romania.

prevedibilità del precetto penale, è utile menzionare il caso *Liivik c. Estonia*, nel quale il ricorrente ha lamentato, con successo, la violazione dell'art. 7 C.E.D.U. avverso la sentenza di condanna per abuso d'ufficio, la quale aveva configurato l'elemento costitutivo del "danno", requisito necessario della fattispecie incriminatrice, in un mero danno morale agli interessi dello Stato, e non in un danno patrimoniale. I giudici europei, dopo aver constatato l'inesistenza di alcun affidabile indice per misurare l'entità del rischio di nocumento, ha sostenuto che la vaghezza dei criteri utilizzati non avrebbe potuto permettere al soggetto agente di prevedere l'assimilazione del pregiudizio morale a quello materiale⁵³. Di converso, sul piano attinente alla sanzione, soggetta anch'essa al principio di non retroattività, è significativo il precedente in cui è stata accertata la contrarietà al criterio europeo del trattamento sanzionatorio a carico di un editore per il reato di "diffusione di propaganda contro l'indivisibilità dello Stato", poiché frutto di una mera interpretazione analogica in *malam partem*⁵⁴.

Orbene, spostando lo sguardo dalla "Grande Europa" alla "Piccola Europa" il panorama non sembra cambiare, dal momento che l'estensione dell'irretroattività all'*overruling* sfavorevole ha trovato conferma anche nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea. In particolare, la Corte di Lussemburgo, richiamando espressamente l'art. 7 C.E.D.U., ha espresso la medesima *regola iuris* secondo cui il principio di irretroattività delle norme penali, che è un principio comune a tutti gli ordinamenti giuridici degli Stati membri e fa parte integrante dei principi generali del diritto di cui il giudice comunitario deve garantire l'osservanza, impedisce l'applicazione retroattiva delle nuove interpretazioni giurisprudenziali sfavorevoli all'accusato, quando il loro risultato non era ragionevolmente prevedibile nel momento in cui l'infrazione è stata commessa⁵⁵. Così statuendo, la Corte U.E. ha accolto appieno i canoni del principio di irretroattività sviluppati dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, finendo per includere il principio di prevedibilità ex art. 7 C.E.D.U. tra i principi generali del diritto comunitario. Dinanzi ad un allineamento di pensieri così autorevoli, è più che prevedibile ritenere che la "lezione europea", tesa a rivolgere il monito del divieto di irre-

⁵³ Corte EDU, 25 giugno 2009, *Liivik c. Estonia*, §§ 92 ss.

⁵⁴ Corte EDU, 8 luglio 1999, *Baskaya e Okcuoglu c. Turchia*.

⁵⁵ Corte UE, 8 febbraio 2007, *Groupe Danone c. Commissione delle Comunità europee*, in *Cass. pen.*, 2007, 2200, con nota di BALSAMO, *La dimensione garantistica del principio di irretroattività e la nuova interpretazione giurisprudenziale "imprevedibile": una "nuova frontiera" del processo di "europeizzazione" del diritto penale*, che riprende quando già sostenuto in Corte UE, 28 giugno 2005, *Dansk Rørindustri e a. c. Commissione*, §218.

troattività sia al legislatore, sia al giudice nella sua attività interpretativa, necessita di essere appresa dall'ordinamento italiano, dove si continua a professare il credo, ormai anacronistico, del valore dichiarativo della giurisprudenza, secondo cui tutti i significati che i giudici attribuiscono alla legge preesistono al fatto commesso, incentivando il c.d. fenomeno della "retroattività occulta"⁵⁶. Mettendo da parte i casi in cui i giudici, pur con una ineliminabile dose di discrezionalità, si limitano a sussumere la fattispecie concreta in quella astratta, ogni qual volta la giurisprudenza tradisce il testo del dettato normativo, la norma penale, negli effetti, retroagisce, consentendo l'applicazione dell'*overruling* sfavorevole in rapporto sia al caso deciso sia a quelli analoghi verificatisi antecedentemente al nuovo orientamento giurisprudenziale, ossia quando, al momento del fatto, era in vigore l'interpretazione più favorevole. La visione, pertanto, dell'attività interpretativa come momento dichiarativo-conoscitivo della legge è relativamente superata dalla fisionomia attuale dell'operato della giurisprudenza e ciò «non solo in termini *epistemologici*, ma proprio *garantistici*, perché non assicura che la funzione di adeguamento e di evoluzione della legge, nei limiti ammessi, sia rispettosa dei principi di conoscibilità, e di irretroattività della legge penale e di prevedibilità delle soluzioni possibili»⁵⁷.

4.1. Strumenti compensativi e rimedi alternativi: l'esempio tedesco.

L'ordinamento giuridico ha, dunque, il compito di assicurare al comune cittadino, posto dinanzi al "ciclone giurisprudenziale", un sicuro riparo che, al momento, stenta a trovarsi. In linea teorica, uno strumento giuridico in grado di tutelare l'individuo dal rischio di interpretazioni imprevedibili è l'ignoranza della legge penale *ex art. 5 c.p.*, così come rivisitata dalla storica sentenza della Corte costituzionale n. 364 del 1988⁵⁸, secondo la quale il diritto dell'autore alla necessaria conoscibilità della norma è leso non tanto dal "caso da manuale" della mancata pubblicazione della legge sulla Gazzetta ufficiale, quanto piuttosto dall'esistenza di contrasti giurisprudenziali in seno alla stessa Corte

⁵⁶ CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, 2^a, Torino, 2014, 115.

⁵⁷ Così DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in *Riv. trim. - Dir. pen. cont.*, 2016, 3, 37, il quale distingue la locuzione "illecito giurisprudenziale originario", utilizzata in relazione ad interpretazioni incompatibili con la disposizione, da quella di "illecito giurisprudenziale derivato", che si verifica allorché l'interpretazione è in sé compatibile con il dato legislativo, ma si afferma dopo la commissione del fatto, ponendo il problema del divieto di una sua applicazione retroattiva.

⁵⁸ Tra i numerosi commenti alla sentenza, per tutti, cfr. PULITANO, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1988, 686 ss.

di cassazione.

Tanta la autorevolezza dei principi enunciati, quanta la “miseria” degli stessi sul piano applicativo. La prassi giudiziaria italiana ha, infatti, o trascurato del tutto l’uso dell’errore inevitabile sul precetto, o ridimensionato la portata delle parole della Consulta, sostenendo, ad esempio, che l’errore dovesse avere ad oggetto la generica illiceità della condotta, oppure che esso fosse limitato al precetto e non anche alle conseguenze sanzionatorie. Mettendo da parte i travisamenti, consci o meno, della giurisprudenza, occorre segnalare che inquadrare il fenomeno del mutamento giurisprudenziale *in malam partem* nell’ambito di una scusante si risolve, in realtà, in un rimedio poco efficace, poiché «conduce a collocare in una dimensione soggettiva il principio di tutela dell’affidamento, magari fino al punto [...] che il mutamento sfavorevole sarebbe posto a carico di alcune persone e non di altre»⁵⁹.

Ritenuta, dunque, non soddisfacente l’applicazione dell’art. 5 c.p., poiché attinente alla sfera puramente soggettiva del reato, l’unico rimedio in grado di assicurare una tutela effettiva è l’estensione del divieto di retroattività a qualsiasi mutamento giurisprudenziale *in peius* rispetto ad un indirizzo giurisprudenziale consolidato, vista l’esigenza di modulare gli effetti temporali di una decisione innovativa.

La giurisprudenza nazionale pone barriere ben salde all’applicazione dei corollari del principio di legalità al formante giurisprudenziale, convinta che sia una soluzione rintracciabile nella sola logica europea e totalmente in contrasto con i tradizionali principi costituzionali. La soluzione prospettata, in realtà, non è per nulla estranea alle logiche interne della Costituzione, tant’è che un’autorevole giurista degli anni cinquanta era fermamente convinto che dall’art. 25, co. 2, Cost. fosse possibile ricavare il principio per cui «l’interpretazione delle norme penali, nell’applicazione ai fatti passati, debba essere esclusa [...] ove essa implichi più gravi conseguenze penali, [poiché essa] dà luogo ad una innovazione sostanziale della norma legislativa a danno del delinquente; [...] la disposizione costituzionale è tesa a garantire che le punizioni seguano *secondo le norme e non solo secondo le formule legislative in vigore al momento del commesso delitto*; [...] inoltre la regola che nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto compiuto non si rivolge solo al Legislatore cui divieta di disporre in senso diverso, ma è destinata anche all’interprete, per il quale de-

⁵⁹ Così RIONDATO, *Retroattività del mutamento penale giurisprudenziale sfavorevole tra legalità e ragionevolezza*, in *Diritto e clinica. Per l’analisi della decisione del caso*, Atti del Seminario Internazionale di Studio, Padova, 27 e 28 gennaio 1999, a cura di Vincenti, Padova, 2000, 243.

termina come debba giudicare nel caso concreto»⁶⁰.

Portare a compimento tali parole nella quotidianità giuridica diventa un bisogno ancora più impellente se si paragona la situazione italiana con quella dell'ordinamento giuridico tedesco, in cui l'attività ermeneutica dei giudici trova un'efficace forma di controllo nello strumento del ricorso in ultima istanza del condannato alla Corte costituzionale⁶¹. In Germania, infatti, il soggetto intenzionato ad opporsi all'applicazione di un'imprevedibile interpretazione *in malam partem* può ricorrere dinanzi alla *Bundesverfassungsgericht*, contestando la violazione quanto meno di due principi della Legge fondamentale (*Grundgesetz*), e cioè il principio di legalità *ex art.* 103, co. 2, GG e il principio di affidamento (*Vertrauensschutzgrundsatz*), ricavabile dal combinato disposto di cui agli artt. 2, co. 2, e 20, co. 3, GG, secondo cui la funzione legislativa, governativa e giudiziaria è esercitata in maniera conforme alla legge e al diritto.

5. Processuale di nome sostanziale di fatto.

La duttilità e la flessibilità del principio di legalità europea impongono un costante aggiornamento delle tecniche di analisi del corpo legislativo, poiché la rigida e, a tratti, rassicurante spartizione nazionale tra diritto penale, processuale ed esecutivo, con la conseguente applicazione *de plano* di precise regole *iuris* e di distinte garanzie, a seconda della qualificazione formale attribuita alla disposizione di volta in volta considerata, richiede di essere rivisitata alla luce degli *input* europei. Soffermando lo sguardo su ciò che tradizionalmente viene ricondotto al ramo del diritto processuale penale, l'assunto suesposto, per essere dimostrato, richiede di delineare opportune distinzioni, attesa la perdurante difficoltà di trovare, senza incertezze, soluzioni di carattere generale ad una materia ricca di sfumature.

Ciò posto, al fine di esaminare la consistenza della prevedibilità nella sfera processuale, ci si avvarrà di un metodo graduale, volto ad analizzare tre tipologie di disposizioni, così suddivise: 1) istituti processuali ai quali la Corte EDU ha ufficialmente riconosciuto la natura di norme sostanziali; 2) istituti che, pur avendo natura processuale, posseggono evidenti ripercussioni sulla sfera punitiva; 3) disposizioni che, pur avendo anima e corpo processuale, necessitano di una interpretazione e di una applicazione rispettose del legittimo affidamento delle parti nello svolgimento del processo.

⁶⁰ Così C. ESPOSITO, *Irretroattività e «legalità» delle pene nella nuova Costituzione*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, IV, Padova, 1950, 513.

⁶¹ Soluzione adottata anche in Francia e in Messico.

Partendo dalla prima categoria, è giocoforza fare riferimento al celebre caso Scoppola c. Italia che, pur dovendo la sua fama all'aver riconosciuto nell'art. 7 C.E.D.U. il principio di retroattività della *lex mitior* come diritto fondamentale dell'individuo all'applicazione della legge più favorevole intervenuta successivamente alla commissione dell'atto⁶², ha condotto, non di meno, la Corte Edu a qualificare la disciplina del giudizio abbreviato *ex art. 442, co. 2, c.p.p.* come norma di diritto penale sostanziale, nonostante la collocazione topografica dell'istituto, in virtù del suo impatto sulla *species* e sul *quantum* della sanzione applicabile⁶³. La vicenda processuale, oggetto del ricorso, è stata particolarmente "altalenante" a causa delle numerose modifiche, in tema di rito abbreviato, succedutesi nelle diverse fasi del processo che, alla fine dei conti, hanno determinato un contrasto di vedute sulla prevedibilità del *quantum* di sanzione. In particolare, se al tempo della commissione del fatto sussisteva il divieto per i reati puniti con la pena dell'ergastolo con isolamento diurno ad accedere al rito alternativo, durante la fase delle indagini preliminari il suddetto limite veniva meno con la modifica dell'art. 442 c.p.p., ad opera della Legge n. 479 del 1999 (c.d. Legge Carotti), di cui l'imputato Scoppola decideva di avvalersi, in virtù della commutazione della pena perpetua in anni trenta di reclusione. Condannato in primo grado alla pena ridotta, la Corte d'assise d'appello riformulava la sentenza, condannando l'imputato alla pena più severa dell'ergastolo prevista da una norma di interpretazione autentica, nel frattempo entrata in vigore, sulla base di una rigida applicazione della regola del *tempus regit actum*. Sconfessando, dunque, la tesi della natura processuale sostenuta dai giudici nazionali, la Corte europea ha motivato l'applicazione delle garanzie *ex art. 7 C.E.D.U.* alla disposizione sul giudizio abbreviato, sottolineando che le sanzioni cui allude l'art. 442 c.p.p. non sono riconducibili tra le misure inerenti all'applicazione o alla esecuzione della pena, né tra quelle relative all'accesso al rito, giacché denotano uno scopo propriamente deterrente e repressivo e, quindi, necessitano di un'applicazione nella versione più favorevole all'imputato⁶⁴.

⁶² Così superando l'opposto precedente orientamento, delineato in Comm. EDU, 6 marzo 1978, X c. Germania; nonché Corte EDU, 5 dicembre 2000, Le Petit c. Regno Unito, §2. La Corte europea nel caso Scoppola ha fondato l'affermazione del principio di retroattività della *lex mitior* sulla base di un consenso progressivamente formatosi a livello europeo ed internazionale.

⁶³ Corte EDU, Grande Camera, 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia. Tra la consistente molte di commenti in dottrina, da ultimo, cfr. SCACCIANOCE, *Pena "illegale", giudicato, Corte europea: dall'affare "Scoppola c. Italia" alle Sezioni Unite "Ercolano"*, in *Regole europee e processo penale*, a cura di Chinnici e A. Gaito, 2ª, Milano, 2018, 387.

⁶⁴ In senso contrario, cfr. Corte EDU, 27 aprile 2010, Morabito c. Italia, in cui la Corte europea ha ritenuto di natura processuale e, quindi, non sottoposte al divieto di applicazione retroattiva le disposi-

Proseguendo, senza entrare nel merito del ricorso e della soluzione concretamente data dalla Corte europea, è significativo il precedente che ha riconosciuto la disposizione in tema di *reformatio in peius* ex art. 597, co. 3, c.p.p. come norma di diritto penale sostanziale, a prescindere dalla etichettatura formale, in quanto incidente sulla severità della pena da infliggere quando ad appellare sia il solo imputato⁶⁵, il quale ha, dunque, il diritto a prevedere una sanzione non più grave per specie e per quantità.

5.1. Lo strano caso della prescrizione del reato.

A questo punto, merita attenzione un istituto che, a causa delle sue intrinseche caratteristiche, da un lato, e delle diverse opinioni ricevute dalle Corti sovranazionali e nazionali, dall'altro, è difficile collocare in una delle categorie suelencate, occupando una posizione del tutto peculiare: si tratta della prescrizione del reato. Se la Corte costituzionale, considera *apertis verbis* la prescrizione come un istituto di natura sostanziale e, quindi, rientrante a pieno regime nel perimetro di applicazione dell'art. 7 C.E.D.U., la Corte europea, al contrario, ha negato più volte l'applicazione del principio di irretroattività a modifiche normative volte a rendere più lunghi i termini di prescrizione, salve le ipotesi di estinzione del reato già avvenute⁶⁶, aderendo così, negli effetti, alla natura processuale e, perciò, all'applicazione del principio del *tempus regit actum*. Tale orientamento trova conferma in una pronuncia che vedeva, appunto, come protagonista l'Italia. La Corte, chiamata ad esaminare un ricorso che lamentava la violazione dell'art. 7 C.E.D.U. per la mancata applicazione retroattiva di una legge contenente termini di prescrizione più favorevoli di quelli vigenti all'epoca dei fatti, respingeva le doglianze, sulla base delle precedenti decisioni in materia. A ben considerare, la posizione della Corte di Strasburgo, seppur da come su delineata, sembra antitetica a quella nazionale, necessita di essere contestualizzata. In primo luogo, bisogna sottolineare che il precedente più rilevante in materia si rivolgeva ad un Paese, ossia il Belgio, in cui la prescrizione ha una natura istituzionalmente processuale⁶⁷ e, perciò, la decisione ha inevitabilmente adattato e plasmato le proprie argomentazioni

zioni disciplinanti i requisiti per l'accesso al rito premiale.

⁶⁵ Corte EDU, 7 luglio 2015, Greco c. Italia.

⁶⁶ Corte EDU, 22 giugno 2000, Coëme e a. c. Belgio, §§ 149 ss.; nonché Corte EDU, 19 dicembre 1997, Brualla Gómez de la Torre c. Spagna, § 35.

⁶⁷ In particolare, l'art. 21, co. 1, della legge 17 aprile 1878, in seguito modificato dall'art. 25 della legge del 24 dicembre 1993, stabilisce che «l'azione pubblica si prescrive dopo dieci anni, tre anni o sei mesi a contare dal giorno in cui l'infrazione è stata commessa, a seconda che tale infrazione costituisca un reato, un delitto o una contravvenzione».

sulle caratteristiche dell'istituto così come delineate nello Stato belga⁶⁸.

In secondo luogo, la sentenza avverso l'Italia in materia di prescrizione, oltre ad essere sostenuta da scarse motivazioni, è cronologicamente anteriore rispetto a due "avvenimenti giuridici" alquanto rilevanti in materia: l'affermazione del principio di retroattività della *lex mitior* nell'ambito dell'art. 7 C.E.D.U., da un lato, e la c.d. "saga Taricco", dall'altro. Sul punto, infatti, non può essere sottaciuto che la Consulta, al fine di sostenere l'inclusione della prescrizione del reato nell'ambito del diritto penale con la conseguente applicazione delle garanzie tipiche sostanziali, ha utilizzato come centro-motore dell'ordinanza n. 24 del 2017 non tanto il principio di legalità, quanto quello della ragionevole prevedibilità, sostenendo che «questa Corte è convinta che la persona non potesse *ragionevolmente pensare*, prima della sentenza resa in causa Taricco, che l'art. 325 T.F.U.E. prescrivesse al giudice di non applicare gli artt. 160, ult. co., e 161, co. 2, c.p., ove ne fosse derivata l'impunità di gravi frodi fiscali in danno dell'Unione in un numero considerevole di casi»⁶⁹. La Corte ha così riconosciuto l'estensione del principio di prevedibilità – testualmente – «ad ogni profilo sostanziale concernente la punibilità», riconoscendo, quindi, autoritativamente il diritto del soggetto-agente a prevedere, prima della commissione del fatto, i termini per l'estinzione del reato, al fine di salvaguardare e proteggere l'affidamento del singolo sulle regole che influenzano direttamente la prevedibilità dell'*an* e del *quantum* di pena.

La tutela di tale esigenza risulta ancora più evidente a seguito dell'introduzione della legge n. 3 del 2019 che, non accompagnata da alcuna disposizione transitoria, ha in programma, a decorrere dal 1° gennaio 2020, un regime decisamente più sfavorevole in tema di prescrizione del reato che, prevedendo il blocco del corso della prescrizione del reato dopo la sentenza di primo grado, indipendentemente dall'esito di condanna o di assoluzione, non può che essere coperta dal principio di irretroattività⁷⁰.

⁶⁸ I giudici europei, in quel caso, hanno sottolineato che non vi era stata alcuna applicazione retroattiva della norma penale, contenente l'allungamento dei termini di prescrizione, perché, in realtà, i fatti per cui erano stati condannati i ricorrenti non erano ancora prescritti neppure con la vecchia disciplina prescrizionale.

⁶⁹ Corte cost., n. 24 del 2017, § 5, in *questa Rivista (web)*, 2016, 3, con nota di MANNA, *Il difficile dialogo fra Corti europee e Corti nazionali nel diritto penale: analisi di due casi problematici (Taricco e Contrada)*.

⁷⁰ Sul punto, cfr. GATTA, *Una riforma dirompente: stop alla prescrizione del reato nei giudizi di appello e di cassazione*, in www.penalecontemporaneo.it, 21 gennaio 2019, secondo il quale «limitatamente ai fatti commessi dopo l'entrata in vigore della l. n. 3/2019 e prima dell'entrata in vigore delle disposizioni relative alla prescrizione del reato (1° gennaio 2020), si può forse quanto meno porre in dubbio la possibilità di invocare quel principio, che si fonda sull'esigenza di garantire

Ciò posto, le novità tratteggiate potrebbero condurre la giurisprudenza europea, almeno nei confronti dell'ordinamento italiano, a cambiare la prospettiva di osservazione e a riconoscere, anche a livello europeo, la natura sostanziale della prescrizione del reato.

5.2. Le disposizioni penali processuali avverso l'imputato: misure cautelari, condizioni di procedibilità e criteri probatori.

Passando alla seconda categoria, v'è da rilevare che essa presenta profili di bilanciamento alquanto problematici, dal momento che se la Corte europea esclude, in linea generale, le regole processuali dal raggio di azione dell'art. 7 C.E.D.U., sottoponendole al principio del *tempus regit actum*, - come la normativa sui termini di presentazione di un ricorso⁷¹, o quella concernente la valutazione delle prove⁷² - allo stesso tempo la stessa inserisce, non di rado, nelle sue sentenze una riserva, e cioè che l'applicazione del suddetto criterio processuale deve avvenire "in assenza di arbitrarietà"⁷³. Muovendo da queste autorevoli basi, in realtà, è ben possibile sostenere che, pur facendo salvo, in linea di principio, il dogma dell'antitesi tra norme sostanziali e norme processuali, ai fini della soluzione dei problemi di successione delle leggi nel tempo, è necessario constatare, di volta in volta, se l'istituto collocato nel codice di procedura penale esprima garanzie convenzionalmente o costituzionalmente tutelate e se la sua applicazione incida sull'*an* e/o sul *quantum* del trattamento sanzionatorio. In caso affermativo, viene abbattuta ogni formale distinzione concettuale, dando seguito alla tesi secondo cui anche per le leggi processuali, e non solo per quelle sostanziali, il *tempus commissi delicti* cristallizza la situazione cui far riferimento per risolvere i conflitti normativi⁷⁴.

Si pensi, ad esempio, al regime delle misure cautelari che, incidendo su diritti

la prevedibilità della legge penale più sfavorevole. La scelta di differire l'entrata in vigore della nuova disciplina consente infatti, almeno in ipotesi, di scegliere il momento più opportuno per commettere il reato (ad es., un reato tributario o finanziario) - oggi -, in funzione della prospettiva di poterne vedere dichiarata la prescrizione negli eventuali giudizi di impugnazione. Considerato che la legge più sfavorevole è prevedibile, oggi, perché la sua entrata in vigore è differita a data certa, sarà un domani invocabile il principio di irretroattività in relazione ai fatti commessi prima di quella data?»

⁷¹ Corte EDU, 12 febbraio 2004, Mione c. Italia.

⁷² Corte EDU, 10 luglio 2007, Rasnik c. Italia.

⁷³ Corte EDU, 8 luglio 2014, Biagioli c. Italia.

⁷⁴ In tal senso, cfr. SINISCALCO, *Irretroattività delle leggi in materia penale. Disposizioni sostanziali e disposizioni processuali nella disciplina della successione di leggi*, Milano, 1987, 47 ss.; IASEVOLI, *L'imprevedibilità degli esiti interpretativi*, in questa *Rivista (web)*, 2018, 3; conformemente nella dottrina francese, cfr. LEVASSEUR, *Opinions hétérodoxes sur les conflits de lois répressives dans le temps*, in *En Hommage à Jean Constant*, Liège, 1971, spec. 195 e 206.

fondamentali come la libertà personale, costituzionalmente tutelata ex art. 13 Cost., ed essendo connotato da quel tipico carattere afflittivo richiesto per l'applicazione dell'art. 7 C.E.D.U., necessita di essere coperto dal principio di prevedibilità, al fine di tutelare il soggetto-agente da possibili modifiche legislative e/o interpretazioni giurisprudenziali *in peius* che si ripercuotono direttamente sul trattamento sanzionatorio. Quanto appena sostenuto trova conferma nell'art. 657 c.p.p., nella parte in cui statuisce che il pubblico ministero, nel determinare la pena detentiva da eseguire, computa il periodo di custodia cautelare subita per lo stesso o per altro reato, anche se la custodia è ancora in corso. Inoltre, la stessa giurisprudenza di legittimità, se in un primo momento ha escluso qualsiasi rapporto tra il sistema cautelare processuale e la *matière penal*, ritenendo manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 275, co. 3, c.p.p., come modificato dal d.l. 11 del 2009, conv. in legge n. 38 del 2009, sollevata sul presupposto del contrasto, in punto di applicabilità alle misure già in atto, con l'art. 7 C.E.D.U. (e conseguente violazione dell'art. 117 Cost.), sulla base dell'argomentazione secondo cui il principio di irretroattività delle norme sfavorevoli riguarda unicamente la pena e non anche le misure cautelari⁷⁵, successivamente nella sua composizione più autorevole, pur non riconoscendo la natura sostanziale alle misure cautelari, ha ritenuto applicabile a tale settore il divieto di retroattività di modifiche *in peius*⁷⁶.

Ancora, capaci di incidere non sul *quantum* ma sull'*an* della punibilità sono le condizioni di procedibilità del reato che, pur disciplinate nell'ambito del codice di procedura penale, condizionano direttamente l'assoggettabilità dell'individuo alla sanzione penale⁷⁷. Si pensi al caso in cui una disposizione in tema di perseguibilità a querela venga, successivamente alla commissione del fatto, abrogata da una norma che introduca, per lo stesso reato, il regime della perseguibilità d'ufficio: il principio della prevedibilità impone di applicare la normativa vigente al momento del fatto⁷⁸.

Così come la normativa in materia probatoria, richiamando la *ratio* del diritto di difesa ex art. 24 Cost. e del giusto processo ex art. 111 Cost., meriterebbe un trattamento maggiormente garantistico rispetto a quello riservatole, e cioè

⁷⁵ Cass., Sez. III, 3 marzo 2010, Valentino, in *Mass. Uff.* n. 246605.

⁷⁶ Cass., Sez. Un., 31 marzo 2011, Ambrogio, in *questa Rivista (web)*, 2011, 3, con nota di GALLUZZO, *Custodia cautelare e successione delle leggi nel tempo*.

⁷⁷ Sulla natura sostanziale delle condizioni di procedibilità, cfr. PAGLIARO, *Legge penale (principi generali)*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, 1068, secondo il quale nella sistematica dei nostri codici tali istituti sono considerati (sia pure a torto) come attinenti al diritto penale sostanziale [...]. Perciò, dal punto di vista esegetico, è aperta la via a estendere loro la disciplina di cui all'art. 2 c.p.».

⁷⁸ CORDERO, *Procedura penale*, 4^a, Milano, 1977, 15 ss.

più vicino a quello tipico delle norme penali sostanziali, assicurando, perciò, ai processi in corso, in caso *ius superveniens* sfavorevole, la sopravvivenza della legislazione vigente al momento del fatto⁷⁹.

L'elenco, di natura esemplificativa, potrebbe continuare.

Dall'analisi fin qui condotta è possibile concludere che, stante l'impossibilità di fornire un'unica soluzione alla varietà delle situazioni prospettabili, in linea generale il principio di prevedibilità (e di irretroattività *in peius*) debba trovare applicazione in relazione a tutte quelle disposizioni penali processuali che si risolvono contro l'imputato, ogni qual volta una nuova legge o una nuova interpretazione, rispetto alla precedente, riduca la sua posizione giuridica o le sue garanzie processuali.

5.3. La prevedibilità come corollario della naturalità del giudice e la teoria della tutela dell'affidamento.

Non potendo riconoscere all'intero impianto processuale una valenza dal carattere sostanziale, dovendo dare il dovuto spazio anche ad esigenze deflattive, il criterio risolutivo della norma vigente al momento del fatto trova razionali e logici restringimenti in relazione alle disposizioni che hanno "anima e corpo" processuali, in merito alle quali non resta che porsi il quesito se sia possibile estendere anche ad esse il principio di prevedibilità.

La risposta, dal tono affermativo, si articola in una duplice argomentazione, in quanto è possibile individuare due forme di prevedibilità: la prima, diretta, è espressamente indicata in rapporto alla materia della competenza del giudice; la seconda, indiretta, si esplica nella tutela dell'affidamento, la quale presenta un'evidente sintonia con la prevedibilità.

La competenza, come corollario della prevedibilità, è stabilita testualmente, ai sensi dell'art. 25, co. 1, Cost., nel principio secondo cui "nessuno può essere sottratto al giudice naturale *precostituito* per legge", che, per la formulazione impiegata, rappresenta «la proiezione nel campo processuale del principio della irretroattività della legge penale»⁸⁰, dovendo, perciò, l'imputato, in caso di successione di leggi (o interpretazioni) nel tempo, fare affidamento alla legge e/o all'interpretazione della stessa vigente al *tempus commissi delicti*⁸¹. La

⁷⁹ Conformemente, cfr. CONSO, *Natura giuridica delle norme sulla prova nel processo penale*, in *Riv. dir. proc.*, 1970, 7 ss.

⁸⁰ Così ANDRIOLI, *Appunti di procedura penale*, Napoli, 1965, 70.

⁸¹ In tal senso, cfr. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 15, secondo cui «date più norme successive sulla competenza, vale quella del *dies delecti*»; in senso contrario, v. NOBILI, *La disciplina costituzionale del*

rigidità della disposizione è stata, tuttavia, allentata sia dalla giurisprudenza costituzionale che da quella di legittimità, le quali hanno legittimato l'applicazione di numerose modifiche normative, in materia di competenza, anche ai processi in corso. Nel dettaglio, la storica sentenza con cui la Corte costituzionale ha compresso l'originaria esigenza della pre-costituzione del giudice al momento della commissione del fatto, stabiliva che il principio costituzionale non poteva dirsi leso quando la legge, sia pure con effetto sui processi in corso, modifica in generale i presupposti o i criteri in base ai quali deve essere individuato il giudice competente, e che, invece, l'illegittima sottrazione del giudice naturale precostituito si configurava «qualora il giudice fosse stato designato a posteriori in relazione ad una determinata controversia o direttamente dal legislatore in via di eccezione singolare alle regole generali ovvero attraverso atti di altri soggetti [...] al di là dei limiti che la riserva di legge impone»⁸². Se sin da subito le argomentazioni della Corte costituzionale sono apparse poco convincenti, suscitando aspre critiche nella dottrina allora dominante⁸³, ancor di più, oggi, l'interpretazione e l'applicazione dell'art. 25, co. 1, Cost. richiedono di essere inserite lungo i binari della prevedibilità, *ratio* sottesa alla disposizione costituzionale, così come anche affermato dalla stessa Consulta, secondo cui la disposizione avrebbe «lo scopo di dare al cittadino la certezza circa il giudice che lo deve giudicare»⁸⁴.

Se l'attuazione in termini assoluti del diritto di prevedibilità in materia di competenza del giudice è, in concreto, contrastata da esigenze pratiche, volte ad impedire la legittimazione di meccanismi processuali in grado di permettere all'"astuto delinquente" di premeditare e, dunque, di scegliere il *locus commissi delicti* sulla base del giudice competente, è necessario quanto meno assicurare che le eventuali modifiche delle relative norme non possano essere applicate ai processi per fatti anteriori, quando non sussistono effettive esigenze di funzionalità o quando vengano messe in pericolo o effettivamente lese le garanzie processuali dell'imputato. Questa, tuttavia, sarebbe una soluzione compromissoria, dal momento che, in base all'impianto lessicale e al parallelismo testuale tra il comma 1 e il comma 2 dell'art. 25 Cost., se è indiscusso il diritto a prevedere in anticipo quali comportamenti siano o meno

processo. Appunti di procedura penale dal corso del Prof. Massimo Nobile, I, Bologna, s.c., 1976, 162, secondo il quale «nonostante il carattere obbligatorio dell'azione in materia penale, la regudicanda non insorge al momento del fatto, ma al momento in cui è attivata la giurisdizione».

⁸² Corte cost., n. 56 del 1967, in www.giurcost.org; Corte cost., n. 72 del 1976, in *Giur. cost.*, 1976, 445.

⁸³ In particolare, cfr. GREVI, *Norme modificatrici delle circoscrizioni giudiziarie e garanzia del giudice naturale precostituito per legge*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, 1001 ss.; SINISCALCO, *La garanzia della precostituzione del giudice e il mutamento delle competenze territoriali*, in *Giur. cost.*, 1967, 656 ss.

⁸⁴ Corte cost., n. 22 del 1959, in *Giur. cost.*, 1959, 318.

passibili di conseguenze penali, allo stesso modo è da considerare incontestabile il diritto del soggetto-agente di prevedere il giudice competente a conoscere del fatto commesso, nel momento in cui il comportamento è posto in essere⁸⁵.

In ordine alle disposizioni processuali penali “pure” vale, come regola generale, il principio del *tempus regit actum* che, di per sé, assicura ugualmente l’irretroattività di successive modifiche legislative *in peius*, nella misura in cui, da un lato, garantisce che la novella legislativa disciplini il processo dal momento della sua entrata in vigore e, dall’altro, permetta la validità dell’atto compiuto sulla base della normativa vigente al momento in cui lo stesso è stato effettivamente compiuto⁸⁶. Il criterio temporale di carattere processuale, non perseguendo l’obiettivo di impedire incriminazione retroattive, ma, al contrario, cristallizzando le regole del gioco a fronte dell’eventualità di modifiche peggiorative, tutela l’imputato dal sopravvenire di regole processuali *in malam partem*, e ciò significa che l’area della irretroattività cede nell’ipotesi in cui la disposizione o l’interpretazione successiva sia più favorevole, dando spazio al principio della retroattività *in melius*⁸⁷.

Il *tempus regit actum*, come principio-guida processuale, necessita, tuttavia, opportune distinzioni e correttive puntualizzazioni a causa della eterogeneità delle situazioni prospettabili. Se, infatti, in base alla nota distinzione del Massari, il criterio esplica una valenza positiva in relazione agli «atti processuali a carattere istantaneo», ossia quando l’atto si compie e si esaurisce istantaneamente, lo stesso incontra, invece, difficoltà strutturali nei confronti degli «atti processuali a carattere non istantaneo»⁸⁸, nei quali il compimento, lo *spatium deliberandi* e l’efficacia dell’atto si protraggono nel tempo, facendo insorgere

⁸⁵ Conformemente alla suindicata visione, cfr. DE LALLA, *La scelta del rito istruttorio*, Napoli, 1971, 29.

⁸⁶ In ordine alla teoria secondo cui il *tempus regit actum* costituisce la traduzione condensata dell’art. 11 disp. prel., cfr., in dottrina, BELLAVISTA, *Lezioni di diritto processuale penale*, 3^a, Milano, 1965, 29.

⁸⁷ In tal senso, nella dottrina più risalente, cfr. LEONE, *Manuale di diritto processuale penale*, Napoli, 1988, 23. A favore dell’applicazione in via generale del principio di retroattività *in melius*, cfr., nella dottrina contemporanea, L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, 2018, 246, il quale ritiene che il principio di retroattività *in melius*, essendo nell’ordinamento italiano ricondotto nell’ambito dell’art. 3 Cost. e non dell’art. 25, co. 2, Cost., possa, in realtà, essere applicato non solo alle disposizioni di carattere penale, ma anche a quelle aventi una natura diversa, in quanto principio costituzionale di carattere generale. Per applicazioni giurisprudenziali in tal senso, cfr. Cass., Sez. IV, 4 dicembre 2013, Staffetta, in *questa Rivista (web)*, 2014, 1, con osservazioni di SERRANI, nella quale la Corte di cassazione ha ritenuto applicabile ai procedimenti cautelari in corso una modifica restrittiva dell’area dei delitti per i quali può essere disposta la custodia cautelare; nonché, Cass., Sez. V, 7 ottobre 2015, Ricciardi, in *Mass. Uff.*, n. 264939, ugualmente favorevole all’applicazione del principio di retroattività della *lex mitior* in relazione alla disciplina del termine per il deposito della motivazione dei provvedimenti emessi in sede di riesame.

⁸⁸ MASSARI, *Il processo penale nella nuova legislazione italiana*, Napoli, 1934, 501.

problemi di coordinamento tra il sistema normativo e la tutela dell'affidamento delle parti. Il dilemma, così configurato, è destinato a coinvolgere anche quelle attività processuali che sottintendono il diritto dell'imputato di esercitarle entro un determinato termine, stabilito a pena di decadenza, come avviene, ad esempio, nel campo delle impugnazioni, dove alla rigida applicazione della regola del *tempus regit actum*, che comporterebbe l'applicazione della legge sopravvenuta eventualmente restrittiva, sarebbe preferibile il conferimento della «ultrattività alla legge del tempo in cui è iniziata la decorrenza del termine»⁸⁹. Il problema non riguarda il solo piano legislativo, ma anche quello giurisprudenziale, poiché nell'ordinamento processuale italiano è sempre più avvertita la necessità di contrastare la valenza automatica e l'applicazione retroattiva del *revirement* interpretativo *in malam partem* che, al fine di esplicitare un cambiamento di prospettiva nei soggetti destinatari, deve coinvolgere solo i casi futuri e non anche il caso concreto ad oggetto ed i fatti pregressi⁹⁰.

Di conseguenza, appare logico sostenere, al fine di assicurare una relativa stabilità, che il quadro normativo applicabile all'atto o all'attività corrisponda a ciò su cui l'individuo abbia ragionevolmente fatto affidamento, poiché sopravvenute modifiche, legislative o interpretative, sfavorevoli in materia di rapporti di durata, non possono trasmodare in un regolamento irrazionale e incidere arbitrariamente sulle situazioni sostanziali poste in essere da leggi precedenti, frustando così la fiducia del cittadino nella sicurezza pubblica⁹¹. Alla teoria dell'affidamento, infatti, specialmente quando è collegata con il diritto di difesa dell'imputato, è stato riconosciuto il valore di principio di carattere costituzionale⁹² e questo spiega il motivo per cui autorevole dottrina ha, sin da tempi non sospetti, rintracciato in essa la *ratio* sottostante alla garanzia dell'irretroattività⁹³. Da qui è possibile concludere che la teoria

⁸⁹ Così MASSARI, *op. cit.*, 512, con riferimento agli artt. 66 e 70 disp. prel. c.p.p. in tema, rispettivamente, di perizie e di termini processuali.

⁹⁰ Esemplificativo, al riguardo, è l'esempio della cassazione francese, Ass. plén., 21 dicembre 2006, in *Dalloz*, 2007, 835 ss. con nota di MORVAN, *Le sacre du revirement prospectif sur l'autel de l'équitable*, che nella sfera processuale, sulla base dell'art. 6 C.E.D.U., ha ritenuto l'applicazione immediata di un *revirement* giurisprudenziale *in malam partem* nell'ambito di una in contrasto con il principio di legalità e di irretroattività.

⁹¹ In tal senso, cfr. Corte cost., n. 16 del 2017, in www.giurcost.org.

⁹² Cfr. Corte cost., n. 394 del 2002, nella quale una declaratoria di incostituzionalità ha colpito una specifica norma transitoria, ossia l'art. 10, co. 1, legge n. 97 del 2001, in forza della quale alcune modifiche contestualmente apportate alla disciplina degli effetti del giudicato penale trovavano applicazione, a danno dell'imputato, anche in presenza di una sentenza di patteggiamento pronunciata anteriormente all'entrata in vigore delle modifiche in questione.

⁹³ In tal senso, CHIAVARIO, *Norma (dir. pro. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 479.

dell'affidamento, essendo legata a doppio filo con la prevedibilità, garantisce nel campo processuale l'esigenza a chi sta per compiere un atto di conoscere e prevedere il regime normativo disposto al riguardo.

6. L'art. 4-*bis* ord. penit. travolto da un prevedibile destino alla luce della sentenza Del Rio Prada c. Spagna.

Proseguendo l'*iter* giuridico, non resta che analizzare la materia esecutiva che, come quella processuale, fino a qualche anno fa era sottratta dall'ambito operativo degli artt. 6 e 7 C.E.D.U., ma nel 2013 con la sentenza Del Rio Prada c. Spagna la musica è finalmente cambiata. La Grande Camera, superando il precedente orientamento⁹⁴, ha, infatti, statuito che, sebbene, in via di principio, l'area dell'esecuzione penale viene ritenuta estranea all'ambito di applicabilità delle garanzie convenzionali, il mutamento giurisprudenziale *in malam partem* sui termini di una misura equiparabile alla nostra liberazione anticipata viola l'art. 7 C.E.D.U. sotto il profilo della prevedibilità e della irretroattività *in peius*.

Il *plus* garantistico affermato in quella occasione dalla Corte Edu ha segnato una tappa più che significativa nel percorso della tutela del principio di prevedibilità, determinando un ampliamento del concetto di *matière pénale*, quest'ultimo comprendendo non più soltanto la dimensione statica della sanzione, ossia l'infrazione di una pena più grave rispetto al momento in cui il reato è stato commesso, ma anche quella dinamica, ossia la concreta esecuzione della pena. La determinazione mostrata dai giudici europei nel valorizzare il principio di legalità in relazione ad un *hard case*, come il reato di terrorismo per cui la ricorrente era stata condannata, mostra il coraggio e la volontà di andare al fondo della questione e di colpire interpretazioni delle regole esecutive mosse da ragioni di politica criminale del tutto estranee rispetto al problema della risocializzazione del condannato⁹⁵.

⁹⁴ Tra le pronunce volte ad escludere il settore dell'esecuzione penale dalla *matière pénale*, cfr. Corte EDU, 10 luglio 2003, Grava c. Italia; Corte EDU, 29 novembre 2005, *Uttley c. Regno Unito*; i primi spiragli per un auspicabile cambiamento di posizione sono riscontrabili in Corte EDU, 12 febbraio 2008, *Kafkaris c. Cipro*, in cui la Grande Camera, da un lato, ha condiviso l'orientamento tradizionale teso ad escludere la fase esecutiva dalle garanzie dell'art. 7 C.E.D.U., dall'altro lato, ha accertato la violazione del principio di legalità in ordine ai profili di accessibilità e di prevedibilità della legge disciplinante il regime della pena perpetua.

⁹⁵ In tal senso, F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017, 281, secondo il quale «a parte il problema della legittimità *tout court* di tali torsioni finalistiche, è evidente che esse rendono imperativa l'estensione del divieto di retroattività nella sua dimensione più ampia».

Orbene, il precedente europeo, avendo una efficacia immediata nei confronti di tutti i Paesi aderenti alla Convenzione, ha tolto stabilità all'impianto del diritto vivente nazionale che, al contrario, ha assoggettato e continua tuttora ad assoggettare la disciplina dell'esecuzione penale alla regola del *tempus regit actum*, dando istantanea e, dunque, retroattiva applicazione alla modifica legislativa peggiorativa anche ai procedimenti penali in corso, in virtù dell'esclusione della materia *de qua* dalle garanzie dell'art. 25, co. 2, Cost.⁹⁶

Quello appena descritto è il contesto normativo in cui deve essere calato il problema dell'efficacia intertemporale della Legge 9 gennaio 2019, n. 3 nella parte in cui ha modificato l'art. 4-*bis* ord. penit., inserendo tra i reati ostativi c.d. di prima fascia quelli disciplinati dagli artt. 314, co. 1, 317, 318, 319, 319-*bis*, 319-*ter*, 319-*quater*, co. 1, 320, 321, 322, 322-*bis* c.p.

Non essendo stata prevista alcuna disposizione transitoria in ordine alla disciplina temporale degli effetti della legge, la giurisprudenza, sia di merito che di legittimità, non appena si è presentata l'occasione si è sentita in diritto di "prendere parola", colmando il silenzio del legislatore: nulla di nuovo all'orizzonte. Questa volta, però, si è oltrepassato il limite del consentito, poiché non solo si è ingenerata una vera e propria competizione tra i giudici nel fornire l'interpretazione maggiormente esemplificativa - che non vuol anche dire giuridicamente corretta - della normativa esecutiva, ma i risultati esegetici fino ad ora raccolti hanno prodotto l'effetto contrario di quello sperato: aumento dello stato confusionale ed arbitrio giurisprudenziale.

Sono da considerare monche ed incomplete, oltre che in contrasto con gli obblighi internazionali ex art. 117 Cost., le argomentazioni sottese ai provvedimenti succedutisi in un così breve arco temporale sulla normativa in esame. Le interpretazioni, seppur provenienti da distinte autorità giudiziarie, condividono l'aver fatto affidamento *sic et simpliciter* sull'opinione maggioritaria della Corte di cassazione, ossia sul patrimonio giurisprudenziale *ante-Del Rio Prada* c. Spagna, mettendo totalmente *in non cale* i moniti europei. Tutte le decisioni, infatti, hanno ripetuto a mo' di cantilena il principio, costantemente espresso dalla giurisprudenza nazionale, secondo cui le disposizioni concernenti l'esecuzione delle pene detentive e le misure alternative non hanno carattere di norme sostanziali e non sono, pertanto, assoggettabili alla disciplina

⁹⁶ In tal senso, per tutte, cfr. Cass., Sez. Un., 30 maggio 2006, Aloï, in *Mass. Uff.* n. 233976, dove è stato affermato testualmente che «le disposizioni concernenti le misure alternative alla detenzione, in quanto non riguardano l'accertamento del reato e l'irrogazione della pena, ma attengono soltanto alle modalità esecutive della pena irrogata, non hanno carattere di norme penali sostanziali, e quindi - in assenza di specifiche norme transitorie - soggiacciono al principio del *tempus regit actum* e non alla disciplina dell'art. 2 c.p. e dell'art. 25, co. 2, Cost.

in tema di successione di norme penali nel tempo, trovando, invece, applicazione il criterio temporale del *tempus regit actum*. E non finisce qui, poiché in alcuni provvedimenti non sono mancate interpretazioni alquanto bizzarre anche della regola intertemporale, concludendo che la norma sopravvenuta (sfavorevole) possa trovare applicazione solo in relazione alle sentenze divenute esecutive dopo la sua entrata in vigore, considerando il passaggio in giudicato del provvedimento come il momento in cui si apre il rapporto processuale di esecuzione e, dunque, si cristallizza il contesto normativo che definisce le modalità di esecuzione della pena⁹⁷, senza, quindi, dare il giusto rilievo all'ordine di esecuzione emesso dal pubblico ministero *ex art.* 656, co. 1, c.p.p., atto con cui effettivamente comincia la fase esecutiva⁹⁸.

Come un raggio di luce deve, dunque, essere accolta l'ordinanza del G.i.p. di Como⁹⁹ che – primo provvedimento in ordine cronologico tra quelli succedutisi – ha ritenuto di non poter aderire *de plano* all'orientamento nazionale, connotato da un approccio formalistico, senza prima affrontare in concreto la questione degli effetti sostanziali prodotti dall'applicazione della norma. L'ordinanza, sviluppando in concreto la teoria della “truffa delle etichette”, ha sostenuto, in maniera condivisibile, che, pur non volendo entrare nel merito della legittimità della scelta operata dal legislatore di introdurre deroghe al principio generale della sospensione delle pene brevi, sotto il profilo intertemporale, le conseguenze dell'applicazione della modifica dell'art. 4-*bis* ord. penit. per il soggetto che ha commesso il fatto prima della sua approvazione, si riverberano in fatto non semplicemente sulla modalità di esecuzione della pena, ma sulla stessa natura della sanzione che nella sua fase iniziale impone la detenzione anche se il soggetto risulterà meritevole di una misura alternativa. Pertanto, una volta riconosciuta la natura afflittiva o intrinsecamente punitiva della disposizione, l'ordinanza ha statuito correttamente che l'applicazione retroattiva della disposizione, cambiando la configurazione e il contenuto della sanzione, contrasterebbe con il principio di prevedibilità e, perciò, violerebbe l'art. 117 Cost., integrato dall'art. 7 C.E.D.U. nonché l'art. 25, co. 2, Cost. e l'art. 2 c.p.

Non è, purtroppo, della stessa stoffa la sentenza della Corte di cassazione che, chiamata ad intervenire sul punto, se in un primo momento ha ritenuto non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale della nor-

⁹⁷ Corte App. Catania, Sez. II, 22 marzo 2019, in www.giurisprudenzapenale.com.

⁹⁸ Come è stato anche puntualizzato nel ricorso per cassazione proposto dal Procuratore Generale presso la Corte di Appello di Catania, 28 marzo 2019, seppur alla fine sia giunto ugualmente alla conclusione dell'applicazione della regola del *tempus regit actum*.

⁹⁹ Tribunale di Como, Gip., 8 marzo 2019, Lo Gatto, in www.giurisprudenzapenale.com.

ma transitoria in relazione all'art. 7 C.E.D.U. (e all'art. 117 Cost.) nella parte in cui ha cambiato *in itinere* le carte in tavola, rendendo imprevedibile per il soggetto agente il passaggio da una sanzione patteggiata “senza assaggio di pena” ad una sanzione con necessaria incarcerazione, successivamente ha concluso per la sua non rilevanza, potendo la questione essere riproposta in sede di incidente di esecuzione¹⁰⁰. Così facendo, pur aderendo, dalla motivazione, alla questione di legittimità costituzionale, la Suprema Corte non solo non adempie al suo principale compito di assicurare l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, nonché l'unità del diritto oggettivo nazionale ex art. 65 ord. giur. ma, posticipando alla fase esecutiva la trattazione della rilevanza della questione di legittimità costituzionale della normativa, ingenera molteplici effetti distorsivi e rischia di creare un vero e proprio vuoto di tutela, a danno del soggetto condannato¹⁰¹.

Ed ecco che, a distanza di pochi mesi dalla sua entrata in vigore, tre ordinanze, rispettivamente, del G.i.p. del Tribunale di Napoli¹⁰², della Corte di appello di Lecce¹⁰³ e del Tribunale di Sorveglianza di Venezia¹⁰⁴ hanno sollevato questione di legittimità costituzionale della novella legislativa nella parte in cui, ampliando il novero dei reati ostativi, ha mancato di prevedere un regime intertemporale. Non resta che attendere, sperando in un finale migliore.

7. La ragionevole prevedibilità della decisione giudiziale tra uguaglianza di trattamento ed instabilità giurisprudenziale.

Ormai, è sempre più inflazionato nel linguaggio giuridico l'uso del termine “crisi” per identificare la condizione deficitaria e/o di impoverimento in cui si trova, purtroppo da anni, il potere legislativo – a titolo esemplificativo si parla di “crisi della legge”, di “crisi della riserva di legge”, di “crisi della tipicità” – a cui, inevitabilmente, è corrisposto un potenziamento della giurisprudenza e del potere esecutivo. Si tratta di funzioni statali che, attualmente, sono tra loro

¹⁰⁰ Cass., Sez. VI, 20 marzo 2019, F.M., in www.ilpenalista.it.

¹⁰¹ Sul punto si rinvia alle acute osservazioni di MANES, *L'estensione dell'art. 4-bis ord. pen. ai delitti contro la P.A.: profili di illegittimità costituzionale*, in *Riv. trim. - Dir. pen. cont.*, 2019, 2, 118 ss., in cui l'A. sottolinea che la questione di legittimità costituzionale della nuova normativa dovrebbe essere ritenuta rilevante già in sede di giudizio di ultima istanza «alla luce della considerazione che tra gli effetti giuridici sono compresi anche quelli connessi all'esecuzione della sentenza e che tra tali effetti rientra [...] l'emissione “obbligatoria” dell'ordine di esecuzione non sospeso, nel caso di reati ostativi ex art. 4-bis ord. penit.; e considerando soprattutto che una negazione della rilevanza in tale fase [...] implicherebbe una compromissione irrimediabile dei diritti in gioco, sino ad un sacrificio non necessario della libertà personale».

¹⁰² Trib. Napoli, G.i.p., 2 aprile 2019, in www.giurisprudenzapenale.com.

¹⁰³ Corte App. Lecce, 4 aprile 2019, in www.giurisprudenzapenale.com.

¹⁰⁴ Trib. di Sorveglianza Venezia, 8 aprile 2019, in *questa Rivista (web)*, 2019.

in un rapporto di proporzionalità inversa.

Crisi della fattispecie però, non significa crisi della decisione, di cui la società umana avverte sempre il bisogno¹⁰⁵, soprattutto se si pensa che nella cultura giuridica moderna la *regola iuris* espressa dal giudice, se non si sostituisce, quanto meno si affianca alla regola legislativa¹⁰⁶.

Il ruolo “collaborativo” della giurisprudenza nella delimitazione del precetto penale si traduce nel dovere a carico della stessa di orientare la condotta dei consociati, in capo ai quali sorge lo speculare diritto di prevedere non solo la rilevanza penale della propria condotta, ma anche l’esito complessivo della vicenda processuale, ossia la sentenza di condanna conseguente al comportamento delittuoso posto in essere, sulla base della interpretazione del precetto fornita dai giudici al momento del fatto, dovendo considerarsi, invece, *tamquam non esset* non solo la legislazione, ma anche la giurisprudenza successiva al *dies facti*, naturalmente solo se peggiorative.

Ed ecco che dalla *prevedibilità a monte*, avente ad oggetto la legge, si passa alla *prevedibilità a valle*, ossia quella concernente la decisione giudiziale.

È necessario scindere i due piani, seppur siano strettamente collegati, al fine di impedire la sovrapposizione di garanzie tra loro diverse: distinta dalla prevedibilità del diritto, fino a qui esaminata, è, infatti, la prevedibilità del giudizio o della decisione giudiziale, la quale garantisce un meccanismo di controllo sulla logicità e sulla coerenza delle argomentazioni giuridiche fondanti le «decisioni delle agenzie di *law enforcement*»¹⁰⁷ rispetto al testo di legge, così come interpretato dalla giurisprudenza fino al momento del fatto.

Declinata sotto forma di principio, la prevedibilità consente di calcolare l’esito, la fedeltà e la coerenza di ciascun intervento, proveniente dagli organi dotati di competenza giuridica decisionale, rispetto a determinati *standard* di tutela, ovviamente in termini non assoluti, tant’è che si parla di *ragionevole* prevedibilità della decisione. Essa si delinea, dunque, come la possibilità degli individui di conoscere le decisioni giuridiche prima del loro venire in essere,

¹⁰⁵ Sul punto, cfr. IRTI, *Dubbio e decisione*, in *Il salvagente della forma*, Bari, 2007, 119 ss., il quale sottolinea che le società umane, avvertendo l’orrore del vuoto, hanno bisogno di decisioni che, troncando il conflitto in uno o altro modo, consentono di archiviare il passato e di proseguire nel cammino.

¹⁰⁶ M. GALLO, *Le fonti rivisitate*, Torino, 2017, 110.

¹⁰⁷ Secondo VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale*, in *Crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, Atti del Convegno Napoli, 7-8 novembre 2014, a cura di Paliero, Moccia, De Francesco, Insolera, Pelissero, Rampioni, Risicato, Napoli, 2016, 251, il concetto di “prevedibilità delle decisioni delle agenzie di *law enforcement* rispetto all’applicazione della legge penale” copre «l’intero spettro di eventi che vanno dal primo atto di indagine (o dall’eventuale applicazione di misure precautelari ad opera della polizia) sino all’effettiva esecuzione della pena inflitta dal giudice della cognizione».

prevedendo il modo in cui verranno risolti i casi concreti e sulla cui base pianificare le proprie scelte.

Al fine di evidenziare la peculiarità della materia, può essere utile riportare quanto sostenuto da un famoso giudice della Corte Suprema degli Stati Uniti, il giudice Holmes, il quale affermava che quando qualcuno si reca in uno studio legale pretende che l'avvocato gli faccia una vera e propria profezia su quello che accadrà e rilevava, inoltre, che i giudici ritengono le proprie decisioni difficilmente prevedibili. Dunque – concludeva – l'avvocato che assicura al proprio cliente che vinceranno la causa non solo ingenera false speranze, ma ha anche buone possibilità di sbagliare¹⁰⁸.

Ciò evidenzia che quando la Corte di Strasburgo richiede che la giurisprudenza nazionale sia ragionevolmente prevedibile, pretende un *quid pluris* rispetto alla possibilità di indovinare quale sarà la decisione finale dell'organismo giudiziario¹⁰⁹. D'altra parte - e in questo insiste la sentenza *Del Rio Prada* c. Spagna - il momento utile per valutare la prevedibilità della decisione non è quello in cui viene siglata dai magistrati la risoluzione giudiziaria innovativa, bensì quello in cui viene compiuto l'atto punibile. Di conseguenza, non può essere considerato ragionevolmente prevedibile il mutamento giurisprudenziale che si impone in una sentenza e si applica “da quel momento in poi” (*von nun an*), poiché applicare il nuovo orientamento a fatti commessi prima della sentenza decisa vorrebbe significare legittimare una retroattività illegittima (occulta).

Se i requisiti imposti dalla legalità europea, ossia l'accessibilità e la prevedibilità, abbinati alla legge risultano più facili da assimilare, attesa la vicinanza, ma non l'uguaglianza, con i concetti di precisione e/o determinatezza, la medesima automaticità non si riscontra in relazione alla decisione giudiziale. In poche parole, cosa significa decisione ragionevolmente prevedibile? Quali sono i segnali che la contraddistinguono? Dal momento che la questione viene affrontata, sia sul piano europeo che su quello nazionale, facendo richiamo alla

¹⁰⁸ È quanto raccontato da CUERDA RIEZU, *La doctrina Parot, el Tribunal europeo de derechos humanos y la separación de poderes*, Madrid, 2014, 184 ss.

¹⁰⁹ Osservazioni dubbiose circa la qualità di “principio” della prevedibilità della decisione sono espresse da DI GIOVINE, *Il ruolo costitutivo della giurisprudenza (con particolare riguardo al precedente europeo)*, in *Crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, cit., 160-161, secondo la quale la prevedibilità dell'esito giudiziario è un «concetto perlocutorio ed indifferente rispetto ai mezzi impiegati per il suo conseguimento, ma che rappresenta un obiettivo non certo di risulta, [...] come emerge solo che si ponga mente alla straordinaria difficoltà della sua realizzazione. [...] il maggior rischio a cui la prevedibilità dell'esito giudiziario è esposta deriva, (almeno in apparenza) paradossalmente, dalle pretese di formalizzare il concetto, tramutandolo da direttiva, qual è e dovrebbe restare, a regola giuridica con pretesa di vincolatività».

diffusa *imprevedibilità* delle decisioni giudiziali, sembra più conveniente analizzare i caratteri negativi della materia, ossia capire quando, effettivamente, è incerto l'esito del giudizio. D'altronde, la tecnica in negativo è ben nota all'ordinamento nazionale, se solo si pensa alla enunciazione del principio *nulla poena sine praevia lege et sine iudicio* ex art. 25, co. 2, Cost.

In primo luogo, l'imprevedibilità si riscontra nell'estrema ampiezza e vaghezza del testo legislativo che, affidato "alle cure" del giudice, viene sottoposto, nella maggior parte dei casi, all'"operazione" analogica *in malam partem*, cosicché qualsiasi comportamento può essere ritenuto dall'autorità giudiziaria sussumibile nella fattispecie astratta, pur essendo totalmente distante da essa al momento del fatto ed impendendo al soggetto agente di fare affidamento quanto meno sulla c.d. «certezza negativa»¹¹⁰. La causa che, tuttavia, nell'ordinamento italiano, e non solo, alimenta maggiormente l'incertezza sull'esito giudiziario è il variegato contrasto giurisprudenziale che, soggetto a plurime distinzioni interne, è tradizionalmente distinto in sincronico, quando in una medesima unità di tempo coesistono più orientamenti su di una medesima *questio iuris*, e diacronico, allorché ad una linea interpretativa consolidata si frappona una decisione in senso contrario, determinando un mutamento giurisprudenziale¹¹¹.

L'oggettiva difficoltà di orientamento da parte dei consociati nella baracorda giurisprudenziale si ripercuote negativamente sulla tenuta del principio di prevedibilità della decisione giudiziale, votato all'istanza di copertura garantistica della "legalità giurisprudenziale". Una simile situazione lede il principio della certezza del diritto che, elemento fondamentale dello stato di diritto, viene privato del suo compito primario: garantire la stabilità delle decisioni giudiziarie ed assicurare la fiducia dei consociati nel sistema giudiziario¹¹². Plurime pronunce tra loro concordanti hanno, infatti, consolidato nel patrimonio europeo il principio per cui una situazione caratterizzata da profondi e dura-

¹¹⁰ Espressione di PALAZZO, *Legalità penale. Considerazioni su trasformazione e complessità di un principio "fondamentale"*, in *Quaderni fiorentini*, 2007, 1312, con la quale si intende la «tipologia di fatti che senza dubbio alcuno non sono riconducibili alla portata semantica dell'enunciato normativo».

¹¹¹ Per un approfondimento, dal tono pratico, sull'argomento, cfr. A. ESPOSITO, ROMEO, *I mutamenti nella giurisprudenza penale della Cassazione (centoquarantadue casi di contrasto nel quadriennio 1991-1994)*, Padova, 1995.

¹¹² Sul punto, cfr. A. GAITO, *La progressiva trasfigurazione del* ne bis in idem, in *questa Rivista (web)*, 2019, 1, il quale, partendo da un giudizio di rinvio in corso di celebrazione a Roma nei confronti del c.d. "clan Fasciani", ritiene che sulla base dei principi espressi dalla Corte europea «una nuova e diversa configurazione delle condotte, già in precedenza contestate e giudicate, esporrebbe il secondo procedimento alla censura della Corte di Strasburgo, risultando, nel complesso, non omogeneo e imprevedibile l'esito giudiziario cui l'imputato sta andando incontro alla stregua della diversa riqualificazione *in peius*».

turi contrasti nella giurisprudenza nazionale e dall'assenza di meccanismi idonei ad assicurare l'uniformità delle decisioni lede il diritto dell'imputato all'omogeneità del trattamento giuridico in casi simili, violando il diritto all'equità processuale *ex art. 6 C.E.D.U.*¹¹³. In particolare, sull'argomento, assume una rilevante portata la recente sentenza della Grande Camera¹¹⁴ che ha raccolto a mo' di *memorandum* tutti i principi stratificatisi nel tempo, così riassumibili: 1) non è compito della Corte trattare gli errori di fatto o di diritto asseritamente commessi da un Tribunale nazionale a meno che e nella misura in cui possano aver violato i diritti e le libertà protetti dalla Convenzione¹¹⁵; 2) l'eventualità di decisioni giudiziarie contrastanti è una caratteristica intrinseca di qualsiasi sistema giudiziario basato sulla pluralità di Tribunali dotati di autorità nella rispettiva area territoriale, considerato che le divergenze possono sorgere anche all'interno della medesima Corte: ciò, di per sé, non può essere considerato contrario alla Convenzione¹¹⁶; 3) i criteri che guidano la valutazione della Corte in ordine alla violazione dell'equità processuale *ex art. 6, § 1, C.E.D.U.*, a causa di un contrasto giurisprudenziale, consistono nello stabilire quanto "profondo e duraturo" sia il suddetto contrasto, indipendentemente dal fatto che la legislazione nazionale preveda un meccanismo in grado di superare tali incoerenze; se tale meccanismo sia stato applicato e, se del caso, in quale misura¹¹⁷; 4) la persistenza di decisioni giudiziarie contrastanti determina uno stato di incertezza giuridica, riducendo, conseguentemente, la fiducia dei consociati nel sistema giudiziario.

Ebbene, l'ordinamento italiano, sul punto, non è rimasto indenne. Senza entrare nei meandri oscuri della vicenda ad essa sottesa, nel caso Contrada la Corte europea ha accertato la violazione dell'art. 7 C.E.D.U., statuendo che all'epoca dei fatti commessi dall'imputato – precisamente tra il 1979 e il 1988 – la giurisprudenza nazionale in tema concorso esterno in associazione mafiosa, sulla base del combinato disposto degli artt. 110 e 416-*bis* c.p., fosse così incerta e contraddittoria da sacrificare il diritto del soggetto-agente di prevedere con adeguato anticipo la possibilità di essere sottoposto ad un procedimento penale e di essere condannato per quel determinato titolo di reato. La sentenza, rappresentando la «prima ufficiale messa in mora del sistema giuridico

¹¹³ Corte EDU, 30 luglio 2015, Ferreira Santos Pardal c. Portogallo.

¹¹⁴ Corte EDU, Grande Camera, 22 dicembre 2015, Stanković e Trajković c. Serbia; nello stesso senso Corte EDU, Grande Camera, 20 ottobre 2011, Nejdett Shin e Perihan Shin c. Turchia.

¹¹⁵ Corte EDU, Grande Camera, 21 gennaio 1999, García Ruiz c. Spagna, § 28.

¹¹⁶ Corte EDU, 20 maggio 2008, Santos Pinto c. Portogallo, § 41.

¹¹⁷ Corte EDU, 2 luglio 2009, Iordan Iordanov e a. Bulgaria, §§ 49-50; Corte EDU, 27 gennaio 2009, Stefan e Stef v. Romania, §§ 33-36.

italiano rispetto alla responsabilità dell'interprete in materia penale»¹¹⁸, ha posto un limite alla volubilità giurisprudenziale, ribadendo il principio di diritto per cui l'irretroattività è applicabile anche nei confronti di un mutamento giurisprudenziale sfavorevole assolutamente ed incondizionatamente imprevedibile. Principio che, se è stato riconosciuto dalla Corte europea nell'ambito di una situazione caratterizzata non dalla assoluta imprevedibilità, essendo il caso Contrada segnato, tecnicamente, da un contrasto sincronico e non da un *overruling* improvviso, a maggior ragione troverebbe "terreno fertile" in ipotesi caratterizzate da evidenti ed improvvise svolte giurisprudenziali in *malam partem* che, a conti fatti, rischiano seriamente di implementare le condanne dell'Italia per violazione dell'art. 7 C.E.D.U.¹¹⁹.

Orbene, prendendo in prestito il motto dei prudenti per cui "prevenire è meglio che curare", occorre porre l'accento non solo sugli strumenti compensativi – da un lato, l'estensione del principio di irretroattività al mutamento giurisprudenziale *in peius*, dall'altro, l'implementazione dell'uso dell'errore scusabile ex art. 5 c.p., - predisposti a sottrarre alla creatività giurisprudenziale la regola di giudizio su cui si fonda la decisione, ma anche su quelli preventivi, finalizzati a ridurre le contraddizioni interne alla giurisprudenza e conferire maggiore stabilità e prevedibilità alla vicenda processuale.

Il passo decisivo sarebbe quello di restituire la giusta valenza alla funzione nomofilattica, rivitalizzando ed attualizzando l'art. 65 ord. giud. che, attribuendo alla Corte di cassazione il compito di assicurare la «esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge», è posto, in realtà, a presidio sia dell'uguaglianza di trattamento dei cittadini che della prevedibilità delle interpretazioni giudiziarie.

Preso atto di ciò, bisogna capire quali sono gli strumenti normativi funzionali a ridurre la proliferazione dei contrasti giurisprudenziali, fenomeno che, se per anni è stato affrontato con disinteresse e *nonchalance*, attualmente ha attirato a sé numerosi occhi indiscreti, tra cui quelli del legislatore che con la legge n. 103 del 2017 (c.d. Riforma Orlando) ha modificato l'art. 618 c.p.p. mediante l'introduzione del comma 1-*bis* che impone alle Sezioni semplici, che intendono discostarsi da un orientamento consolidato o da un principio

¹¹⁸ DONINI, *Il caso Contrada e la Corte EDU. La responsabilità dello Stato per la carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva a formazione giudiziaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 437 ss.

¹¹⁹ Si pensi, ad esempio, alla sentenza Cass., Sez. Un., 31 maggio 2018, D.M., in www.penalecontemporaneo.it, che, ribaltando un consolidato orientamento giurisprudenziale, ha ritenuto configurato il reato di produzione di materiale pedopornografico di cui all'art. 600-ter c.p. anche nel caso di produzione per uso personale senza pericolo di diffusione, configurando un vero e proprio *overruling* sfavorevole.

enunciato dalle Sezioni Unite, di rimettere a queste ultime, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso. Tale sistema, se correttamente usato, per quanto non esente da critiche, prima fra tutte quella di non aver previsto una sanzione processuale nel caso in cui la singola Sezione, incurante dell'obbligo di rimessione, decida di perseguire una strada interpretativa diversa da quella tracciata dalle Sezioni Unite, permetterebbe quanto meno di selezionare e circoscrivere le decisioni giurisprudenziali della Suprema Corte dotate di quella autorevolezza e persuasività, necessarie per l'attribuzione della qualifica di "precedente", a cui i giudici dovrebbero tendenzialmente conformarsi, sempre che non si tratti di interpretazioni errate o non più concretamente adeguate all'evoluzione sociale.

La novella, infatti, ben lungi dall'aver introdotto nell'ordinamento italiano il vincolo al precedente¹²⁰, ha indubbiamente riconosciuto a livello legislativo il carattere persuasivo del formante giurisprudenziale della Suprema Corte e la stessa, sulla base di un'interpretazione costituzionalmente orientata, permette non solo il rispetto del principio *ex art. 101, co. 2, Cost.*, secondo cui il giudice è soggetto soltanto alla legge, ma al contempo è idonea, almeno in astratto, a porre un freno all'"incontinenza giurisprudenziale" e, di conseguenza, a responsabilizzare maggiormente i giudici nell'assicurare ai consociati interpretazioni ragionevolmente prevedibili.

La materia, tuttavia, è ancora sfuggente. Troppe le domande ancora irrisolte, come, ad esempio, quante decisioni servono per dar vita ad un orientamento consolidato? A partire da quando (*dies ad quem*) un'interpretazione può essere considerata ragionevolmente prevedibile? È tempo di risposte.

8. Il valore del precedente della Corte europea.

Particolarmente animato, invece, è stato il confronto tra i due vertici giurisprudenziali a livello nazionale e convenzionale in ordine al valore da attribuire al precedente della Corte europea.

Galeotto fu l'istituto della confisca urbanistica *ex art. 44, co. 2, d.P.R. n. 380 del 2001* che, finito sotto la scure – non così silenziosa – della Corte Edu, incassando un *tris* di condanne nei confronti dello Stato italiano a causa della violazione dell'art. 7 C.E.D.U., ha fornito l'assist perfetto per un "botta e risposta", preciso e pungente, tra la Corte costituzionale e la Corte di Strasburgo sull'efficacia delle sentenze europee nell'ordinamento nazionale.

¹²⁰ Sull'argomento, cfr. GORLA, voce *Precedente giudiziale*, in *Enc. giur.*, XXIII, Roma, 1990, 1-14; nonché le critiche di MANNA, *Aspetti problematici della vincolatività relativa del precedente giurisprudenziale in materia penale in rapporto a talune norme costituzionali*, in *questa Rivista*, 2017, 321 ss.

È necessario un breve riepilogo delle vicende giudiziarie¹²¹, poiché strettamente connesse a fortemente condizionanti la tematica che qui interessa.

La Corte europea, nel caso *Sud. Fondi c. Italia*, partendo dall'assunto che la confisca riveste senz'altro carattere penale, ha ravvisato la violazione del principio di legalità *ex art. 7 C.E.D.U.* e del diritto di proprietà *ex art. 1, I Protocollo aggiuntivo C.E.D.U.*, ribadendo non solo la necessità di un previo accertamento oggettivo e soggettivo del reato, ma anche il principio secondo cui «la confisca si traduce in una pena anche quando a livello interno la definizione di “amministrativa” alla confisca permette di sottrarre la sanzione in questione ai principi costituzionali che regolano la materia penale».

La giurisprudenza interna non si è lasciata intimorire dai giudici europei: ha sì negato l'applicabilità della confisca in caso di assoluzione motivata dall'assenza di colpevolezza, ma ha continuato a qualificarla come una misura amministrativa applicabile all'esito di un accertamento e l'ha (auto)ritenuta perfettamente conforme ai principi sovranazionali, anche se disposta in presenza di una causa estintiva del reato successiva all'esercizio dell'azione penale, ma preceduta da un accertamento oggettivo e soggettivo del reato¹²².

In questo scenario si è collocato il caso “*Varvara c. Italia*”¹²³, nel quale alcuni terreni ritenuti abusivamente lottizzati erano stati confiscati, nonostante l'imputato, condannato in primo grado, fosse stato definitivamente prosciolto per intervenuta prescrizione del reato. La Corte europea, riprendendo e proseguendo le argomentazioni del precedente caso, ha sostenuto che la confisca, quale sanzione penale inflitta al ricorrente allorquando l'infrazione penale è estinta e la responsabilità non è stata registrata in un giudizio formale di condanna, contrasta non solo con l'art. 7 C.E.D.U., ma anche con il principio di presunzione di innocenza *ex art. 6, § 2, C.E.D.U.*¹²⁴

La giurisprudenza italiana, a partire da quel momento, si è “sentita mancare la terra sotto i piedi” ed è immediatamente corsa ai ripari, affidando la “guida del timone” alla Corte costituzionale, la quale, dopo aver dichiarato l'inammissibilità di due questioni di legittimità dell'art. 44, co. 2, d.P.R. n. 380 del 2001, – sollevate in riferimento agli artt. 2, 9, 32, 41 e 42 e 117, co. 1, Cost. – non ha perso occasione per dare la sua risposta. Infatti, con la senten-

¹²¹ Per un approfondimento sull'iter giudiziario della confisca urbanistica, sia consentito il rinvio a AD-DANTE, LOMBARDO, *La prescrizione del reato*, Pisa, 2018, 151 ss.

¹²² Cass., Sez. III, 26 giugno 2008, Belloi, in *Cass. pen.*, 2009, 3069; Id., Sez. III, 25 marzo 2009, Ramacca ed altri, *ivi*, 1964; Id., Sez. III, 13 luglio 2009, Apponi, in *Giust. pen.*, 2010, II, 281.

¹²³ Corte EDU, 29 ottobre 2013, *Varvara c. Italia*, in *questa Rivista (web)*, 2013, 3, con nota di DELLO RUSSO, *Prescrizione e confisca dei suoli abusivamente lottizzati: tanto suonò che piovve*.

¹²⁴ Per un approfondimento sui due casi giudiziari, cfr. A. GAITO, FUREARO, *Giustizia penale patrimoniale*, in *I principi europei del processo penale*, a cura di A. Gaito, Roma, 2016, 605 ss.

za n. 45 del 2015 la Consulta ha ridimensionato la portata ermeneutica dei principi della Corte di Strasburgo e ha, contemporaneamente, rivendicato la propria egemonia in campo nazionale, fornendo un'interpretazione secondo cui «l'accertamento ben può essere contenuto in una sentenza penale di proscioglimento dovuto a prescrizione del reato, la quale, pur non avendo condannato l'imputato, abbia comunque adeguatamente motivato in ordine alla responsabilità personale di chi è soggetto alla misura ablativa, sia esso l'autore del fatto, ovvero il terzo in mala fede acquirente del bene»¹²⁵. Di conseguenza, a detta della Corte, per potere disporre la confisca non è necessario un accertamento della responsabilità penale con sentenza formale di condanna, ma è sufficiente che in sede di giudizio penale venga effettuato, *incidenter tantum*, un accertamento sostanziale delle componenti oggettive e soggettive del reato. Ed è stato proprio in questa occasione che la Corte costituzionale ha ridimensionato il valore delle sentenze europee, indicando una serie di criteri – la creatività del principio affermato, rispetto al solco tradizionale della giurisprudenza europea; gli eventuali punti di distinguo nei confronti di altre pronunce della Corte di Strasburgo; la ricorrenza di opinioni dissenzienti; la circostanza che quanto deciso provenga da una Sezione semplice e non dalla Grande Camera; il pericolo di estensione di principi enunciati nei confronti di altri Stati, senza aver preso in considerazione i tratti peculiari dell'ordinamento giuridico italiano – in presenza dei quali il giudice comune non ha alcun obbligo di conformarsi alla linea interpretativa adottata dalla Corte Edu per decidere una peculiare controversia, sempre che non si tratti o di una “sentenza pilota” in senso stretto o di un principio consolidato.

Dopo una lunga attesa dalla celebrazione dell'udienza, il 28 giugno 2018 è stata depositata la decisione con la quale la Corte Edu, Grande Camera, c. G.I.E.M. e a. c. Italia¹²⁶, si è espressa sul problematico rapporto tra la confisca urbanistica la sentenza di proscioglimento per prescrizione del reato.

Quale tessera mancante di un mosaico *in fieri*, tale decisione si è intersecata con le precedenti sentenze europee di cui, pur confermando gli orientamenti interpretativi, ne ha ridimensionato la portata e gli effetti applicativi, riducendo la distanza rispetto alle posizioni dei giudici nazionali. Dalla sentenza è emerso che la confisca urbanistica, essendo una sanzione penale, presuppone

¹²⁵ Corte cost., n. 45 del 2015, in *questa Rivista (web)*, 2015, 1, con nota di DELLO RUSSO, *Prescrizione e confisca. La Corte costituzionale stacca un nuovo biglietto per Strasburgo*.

¹²⁶ Corte EDU, 28 giugno 2018, G.I.E.M. e altri c. Italia, in *questa Rivista (web)*, 2018, 2, con commento di E. ADDANTE-DELLO RUSSO, *Questioni di confisca e prescrizione: la necessità di una condanna (anche non passata in giudicato)*; RANALDI, *Confisca urbanistica e prescrizione del reato: prime “applicazioni” della sentenza G.I.E.M. s.r.l. e altri c. Italia*, in *questa Rivista (web)*, 2019, 1.

necessariamente una dichiarazione di responsabilità nei confronti di una persona che, successivamente proscioltta per intervenuta prescrizione, intanto potrà essere destinataria della misura ablatoria, in quanto all'esito del giudizio vi sia stato un accertamento su tutti gli elementi del reato, nel pieno rispetto delle garanzie di cui all'art. 6 C.E.D.U.

Si è ribadito, inoltre, a chiare lettere che far dipendere l'applicazione della confisca urbanistica *sic et simpliciter* da un accertamento "nella sostanza" della responsabilità penale, contenuto in una sentenza di proscioglimento per intervenuta prescrizione, viola il principio della presunzione di innocenza ex art. 6 C.E.D.U., in quanto le motivazioni di una simile pronuncia non dovrebbero mai lasciar residuare un'ombra di colpevolezza in capo al soggetto.

Sotto il profilo che qui maggiormente interessa, la Corte europea con tono netto e deciso ha voluto rispondere per le rime alla Corte costituzionale, sottolineando che le sue sentenze hanno tutte lo stesso valore giuridico e che, pertanto, la loro autorità interpretativa non può essere fatta dipendere dal collegio giudicante che le ha pronunciate.

Questo messaggio, in realtà, è rivolto non solo a tutte le Corti supreme e costituzionali europee, ma anche a tutti i giudici comuni, in capo ai quali è, ormai, ribadito a chiare lettere l'obbligo di interpretare e conformare il diritto nazionale ai principi europei, a meno che dal meccanismo di commistione non derivi un abbassamento del livello delle garanzie, così come delineato dall'art. 53 C.E.D.U., secondo cui nessuna delle disposizioni della Convenzione può essere interpretata in modo da limitare o pregiudicare i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali che possono essere riconosciuti in base alle leggi di ogni parte contraente.

Aprire le porte ai principi europei non vuol dire rinnegare la propria identità giuridica. Imparare la lezione europea sul principio di prevedibilità non vuol dire "gettare in soffitta" il principio della riserva di legge, poiché la *lex scripta* continuerebbe ad essere considerata l'unica fonte in materia penale, ma nulla, al contempo, impedirebbe di interpretare il termine convenzionale "*law*" come la somma di due fattori: legislativo ed interpretativo in rapporto di complementarietà, tenendo in debito conto che la struttura del testo è integrata dall'opera concretizzatrice della giurisprudenza.

È questa la strada da seguire sia per estendere al formante giurisprudenziale tutti quei presidi garantistici utili a contenerne le spinte deformanti¹²⁷, sia per

¹²⁷ Sul carattere deformante della giurisprudenza, cfr. PULITANÒ, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 29 ss., il quale, considerando il formante giurisprudenziale come un possibile deformante legislativo, propone di attribuire alle parti il diritto di contestare, con onere di adeguata motivazione e diritto a motivata risposta, la autorevolezza o plausibilità di prece-

cominciare a dare il giusto valore alle cose, ossia interpretare le sentenze europee per quello che effettivamente sono: decisioni aventi efficacia vincolante *erga omnes*, così come da ultimo sottolineato anche dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 25 del 2019 che sembra aver dato la quadratura al cerchio¹²⁸. Da qui si apre un varco: che piaccia o non piaccia, allo stato degli atti, il rispetto delle regole europee non può più essere rimesso alla discrezionalità giudiziale, bensì è un obbligo da cui il giudice comune non può esimersi, atteso il rischio, in caso di inadempienza, di far conseguire una dichiarazione di responsabilità in capo ad un soggetto, reo di aver fatto affidamento sulla normativa e sull'interpretazione vigenti al momento del fatto, quando, invece, dovrebbe conseguire una diversa declaratoria di responsabilità: quella del giudice, tenuto a giudicare secondo una ragionevole prevedibilità.

denti giurisprudenziali più o meno consolidati.

¹²⁸ Corte cost., n. 25 del 2019, in *questa Rivista (web)*, 2019.