

CONVEGNI

ADELMO MANNA

Considerazioni introduttive su: “Il principio di legalità tra legislatore e giudice” *

L'Autore, nella relazione svolta nel convegno i cui Atti verranno pubblicati nella Collana del Dipartimento di giurisprudenza foggiano, si occupa di un tema ormai classico, anche se mai risolto definitivamente, ovvero il principio di stretta legalità tra legislatore e giudice. Dopo un'ampia introduzione sul tema lo scrivente si occupa dei problemi cibernetici relativi al giudice robot, anche se appare ancora preferibile un giudice in carne ed ossa, perché sicuramente più “empatico” del primo, ciò che è particolarmente rilevante proprio in sede penale. Segue un'interessante disamina sui diversi modelli di interpretazione, con particolare riferimento alle più recenti tendenze dell'analisi del linguaggio ove si tenta di riscoprire un significato quanto più possibile univoco alle fattispecie e, pertanto, anche in rapporto al concetto di prevedibilità di cui all'art. 7 CEDU, propone una nuova accezione della legalità penale in chiave comunitaria, cioè a dire il concetto di “riconoscibilità” penale, presidio, fondamento e garanzia di libera scelta d'azione.

Introductory considerations on: "The principle of legality between legislator and judge"

The author, in the report conducted at the conference whose documents will be published in the series of the Department of Jurisprudence of Foggia, deals with a now classic topic, even if never definitively resolved, that is, the principle of strict legality between legislator and judge. After a broad introduction on the subject, the writer deals with cybernetic problems relating to the robot judge, even if a judge in flesh and blood is still preferable, because he is certainly more "empathetic" than the first, which is particularly relevant in criminal matters. An interesting discussion follows on the different models of interpretation, with particular reference to the most recent trends in the analysis of language where an attempt is made to rediscover a meaning that is as unique as possible to the circumstances and, therefore, also in relation to the concept of predictability set out in 'art. 7 of the ECHR, proposes a new meaning of criminal law in a Community key, that is to say the concept of criminal "recognition", protection, foundation and guarantee of free choice of action.

SOMMARIO: 1. Introduzione: Rapporti tra “diritto vigente” e “diritto vivente”. - 2. Il sistema penale, il ruolo delle emozioni ed il giudice “empatico” vs il judge-robot. - 3. I diversi modelli di interpretazione e le esigenze tipiche del diritto penale. - 4. Il dialogo fra le Corti nazionali e comunitarie in ambito penale. - 5. La “riconoscibilità” della norma penale ed i suoi “componenti”: conclusioni.

1. I rapporti tra “diritto vigente” e “diritto vivente” nell’ambito del diritto penale sono, notoriamente, più controversi che in altri rami del diritto, non foss’altro perché lo stesso costituente, all’art. 23, per le infrazioni civili o amministrative, ritiene sufficiente la mera *legalità*, mentre, per quanto riguarda quelle penali, la legalità è *stricta* e, dunque, rinforzata.

Sembrerebbe, pertanto, che in materia penale il diritto vivente dovrebbe risultare alquanto ristretto e, soprattutto, più ristretto, rispetto agli altri rami dell’ordinamento, per la ben nota ragione per cui, sacrificandosi il bene addirittura della libertà personale - almeno di regola - le garanzie dovrebbero di conseguenza aumentare e quindi correlativamente ridursi lo spazio di mano-

vra del giudice.

Una visione di tal fatta del diritto penale risulta, tuttavia, non solo anacronistica ma, soprattutto, attualmente non più corrispondente al *vero*.

Da tempo ormai la visione del Montesquieu¹, del giudice quale “bocca della legge”, non solo non persuade più alcuno, ma risulta anche superata da una diversa conformazione assunta attualmente dalla “divisione dei poteri” statuali.

Il parlamentarismo, sia nell’ottica monocamerale, che, a maggior ragione, nella prospettiva nostrana del c.d. bicameralismo perfetto, risulta ormai in netta crisi, come risultano non tanto i tentativi, poi abortiti, di riforma da noi², ma, soprattutto, la circostanza per cui il Parlamento, nelle democrazie, non risulta più un *reale* “centro decisionale”, perché il potere politico ormai viene gestito altrove, in quel che resta dei partiti e quindi, soprattutto, da parte del potere governativo.

Quest’ultimo, però, non è certo sovrano, come nell’Ottocento e, in particolare, nel primo Novecento, perché deve fare i conti sia con il Parlamento, che, soprattutto, con la Commissione, entrambi di carattere comunitario, cioè con una notevole parte degli organi sovranazionali, che incidono inevitabilmente non solo sul potere governativo di ogni singolo Stato, ma anche su quello legislativo.

Quest’ultimo, tuttavia, come in precedenza si accennava, risulta in concreto svuotato delle sue prerogative, giacché si verifica sempre più di frequente il ricorso al decreto-legge ed al decreto legislativo, espressioni entrambe del potere legislativo, esercitate però da quello che un tempo, oggi a torto³, veniva definito “potere esecutivo”.

Da tutto ciò consegue, con l’indebolimento del potere legislativo, anche quello della legge in senso formale, non solo perché sempre più di frequente il

* Testo, riveduto e con l’aggiunta delle note, della relazione introduttiva al Convegno su: “*Il principio di legalità tra legislatore e giudice*”, Università di Foggia, Dipartimento di Giurisprudenza, 25 settembre 2019.

¹ MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi* (1^a ed. 1748), Milano, 1989.

² A causa del ben noto esito negativo del *referendum* sulla riforma costituzionale patrocinata dall’allora *premier* On. Matteo Renzi.

³ È ben noto come la definizione di potere esecutivo riferita al Governo era tale in quanto originariamente si riteneva che quest’ultimo avesse la funzione soltanto di eseguire la *voluntas legislatoris*. Questa tesi risulta ormai abbondantemente superata almeno nella misura in cui si è potuto accertare come da tempo il potere governativo non si limita affatto ad eseguire la volontà del legislatore, bensì possiede una sua propria autonomia decisionale, che può risultare anche molto diversa da quella del legislatore, tanto è vero che attualmente il potere governativo sovrasta nettamente quella legislativo, tanto che gli strumenti normali di legiferazione sono appunto diventati il decreto-legge ed il decreto legislativo anche in materia penale.

prodotto legislativo risulta ancora allo stato “embrionale”⁴, ma soprattutto in quanto ciò provoca la ben nota distinzione tra “disposizione” e “norma”⁵, nel senso che la disposizione designa il prodotto legislativo in termini generali ed astratti, mentre la norma integra la “sintesi” fra la fattispecie astratta ed il caso concreto⁶.

Ciò apre le porte, anzi le spalanca, al potere giudiziario, in quanto inevitabilmente la norma - compresa, ben inteso, quella penale - non può esaurirsi in un’astratta disposizione, ma viene assai naturalmente vivificata dalle caratteristiche del caso singolo.

Trattasi di una prospettiva che risulta “capovolta” rispetto al primato della legge dei primi dell’Ottocento, ma sarebbe antistorico non prenderne atto, giacché, almeno a nostro sommo avviso, qui non si tratta di stare “dalla parte degli ingenui”⁷ o dalla parte opposta, cioè a favore di una interpretazione “creativa” anche in ambito penale⁸, ma domandarsi oggi che cosa significhi il concetto di “interpretazione”.

2- La risposta al quesito risulta assai complessa, perché affonda le sue radici proprio nel rapporto tra “*legge e giudice*”. In primo luogo anche in questa sede la collega Di Giovine⁹ ha dovuto riconoscere che i progressi della cibernetica non sono ancora tali da sostituire il giudice in carne ed ossa con il “*judge-robot*”, proprio perché quest’ultimo è ancora privo di quel lato emozionale ed empatico¹⁰ su cui non solo si fonda la c.d. “precomprensione”¹¹, ma anche, e conseguentemente, lo stretto rapporto sussistente tra emozioni e razionalità, di recente studiato e valorizzato anche in ambito penalistico¹².

⁴ Cfr. in argomento, di recente, FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, Bari, 2017, spec. 114 ss. e, quivi, 126 ss.

⁵ Cfr. in particolare GUASTINI, *Le fonti del diritto e l’interpretazione*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Iudica, Zatti, Milano, 1993; ID, *Dalle fonti alle norme*, 2^a, Torino, 1992.

⁶ Cfr. in particolare, sul punto, *op. cit.*, 140 che rileva “l’indubbio condizionamento che la specifica del caso concreto esercita sull’interpretazione della fattispecie generale ed astratta”.

⁷ RAMPIONI, *Dalla parte degli «ingenui»*. *Considerazioni in tema di tipicità, offesa e c.d. giurisprudenza «creativa»*, Padova, 2007.

⁸ DI GIOVINE, *L’interpretazione nel diritto penale. Tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006.

⁹ DI GIOVINE, *Il judge-bot e le sequenze giuridiche in materia penale (Intelligenza artificiale e stabilizzazione giurisprudenziale)*, Relazione al Convegno “Il principio di legalità” *etc. cit.*

¹⁰ Sul giudice empatico, cfr. ora anche GIUNTA, *Ghiribizzi penalistici per colpevoli - Legalità, «malalegalità», dintorni*, Pisa, 2019, 205 ss.

¹¹ In argomento ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, Napoli, 2010.

¹² In argomento DI GIOVINE, *Una lettura evolutivista del diritto penale. A proposito delle emozioni*, in ID (a cura di), *Diritto penale e neuroetica. Atti del convegno 21-22 maggio 2012*, Università degli Studi di Foggia, Padova, 2013, 338 ss.; BACCO, *Diritto penale e neuroetica, tra linguaggio e metodo*, in

Ciò non può non aver messo in crisi il modello, caro al c.p. del 1930, dell'”uomo illuministico”, dove i sentimenti sono, *ex art. 90*, ‘banditi’ dalla rilevanza penale, mediante tuttavia un’evidente *fictio iuris*, attualmente non più fondata da alcuna prospettiva assiologica e soprattutto costituzionale e, comunque, superata già da tempo dalla stessa giurisprudenza¹³.

Se ciò vale per l'imputato, non dovrebbe non valere anche per il giudice, giacché, altrimenti, si rischia l'*incomunicabilità*, nel senso che l'organo giudicante giudica in definitiva un fatto di reato – contenuto in diversi fascicoli processuali – ma non conosce, o, se si preferisce, non conosce a sufficienza, la persona che deve pure giudicare. Da ciò l'”occasione mancata” dell'introduzione, anche nel giudizio di cognizione, della c.d. perizia criminologica e/o personologica, sostenuta in particolare da Giandomenico Pisapia, Presidente della Commissione ministeriale incaricata di redigere il testo del c.p.p. del 1988, ma aversata da altro illustre processual-penalista quale Franco Cordero, giacché la riteneva, a nostro avviso, tuttavia, a torto, lesiva della dignità umana, per cui fu relegata nel giudizio di esecuzione¹⁴.

In conclusione, il c.d. processo bifasico, l'uno per il fatto e l'altro per la sanzione, non è allignato da noi, a differenza che negli U.S.A., pur se abbiamo introdotto un processo “*tendenzialmente accusatorio*”¹⁵, ma ciò aumenta lo iato, non solo tra imputato e giudice, ma incide – come verificheremo in prosieguo – anche sulle stesse caratteristiche della “interpretazione”.

3. Dobbiamo, quindi, iniziare a chiederci come si caratterizza attualmente l'*interpretazione* nel diritto penale. In una prospettiva tradizionale, la prima operazione affidata all'organo inquirente e, poscia, al giudicante consiste nella “sussunzione” della fattispecie concreta in quella astratta, affinché entrambe combacino perfettamente¹⁶. Si parte, quindi, dal fatto in concreto verificatosi, per risalire alla disposizione legislativa. Si assiste, invece, attualmente, al procedimento inverso, nel senso che la disposizione, per inverarsi in norma, va

ID (a cura di), op. cit., 326 ss.; ID, *Sentimenti e tutela penale: alla ricerca di una dimensione liberale*, in *Riv. ita. dir. proc. pen.*, 2010, 1165 ss.; nonché, soprattutto, da ultimo, PIVA, *Le componenti impulsive della condotta-Tra imputabilità, (pre)colpevolezza e pena*, Napoli, 2020, cui si rinvia anche per la ulteriore bibliografia sull'argomento.

¹³ Sia consentito, sul punto, il rinvio a MANNA, *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione – Dalle “finzioni giuridiche” alla “terapia sociale”*, Torino, 1997, 15 ss., nonché FIORAVANTI, *Le infermità psichiche nella giurisprudenza penale*, Padova, 1988, 41 ss.

¹⁴ CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 1991, spec. 649 ss.

¹⁵ Secondo l'espressione utilizzata dal Ministro della Giustizia *pro-tempore*, cioè il Prof. Giuliano VASALLI, *Scritti giuridici, III, Il processo e le libertà*, Milano, 1997, 1 ss.

¹⁶ Cfr., in particolare, in tal senso, ENGHISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano, 1970.

inevitabilmente “*a la recherche*” del caso concreto¹⁷. In tal modo, però, la giurisprudenza si allontana inevitabilmente dai confini segnati dalla disposizione legislativa, per cui si può inverare il fenomeno della c.d. giurisprudenza “giuscreativa”¹⁸, che inevitabilmente entra in tensione con il principio di *stretta* legalità. Ciò spiega la ragione per cui, non solo in alcuni codici penali stranieri, come quello francese¹⁹, ma anche da parte di autorevole dottrina²⁰, nemmeno l’interpretazione c.d. estensiva dovrebbe essere consentita. Nell’ambito di un settore altrettanto qualificato della nostra letteratura, si ritiene invece di abbandonare la tradizionale distinzione tra interpretazione estensiva ed analogia, per sostenere che l’interpretazione giudiziale sarebbe *sempre* di carattere analogico, giacché, posta la fattispecie astratta ed il caso concreto, per trasformare la disposizione in norma, il giudice si vedrebbe “costretto” ad utilizzare i precedenti giurisprudenziali, come *tertium comparationis*²¹. Tale rilievo risulta assai importante ai nostri fini, in quanto l’utilizzo dei precedenti giurisprudenziali costituisce un sicuro ausilio ai fini del raggiungimento di una auspicabile certezza del diritto.

In questa prospettiva, anzi, la riforma dell’art. 618 c.p.p., nel senso di una parziale “vincolatività” verticale del precedente giurisprudenziale²², nell’ottica di un avvicinamento al modello di *common law*, dimostra come lo stesso legislatore tenti in tal modo di perfezionare la fondamentale funzione nomofilattica della Corte di cassazione, ove cioè lo *ius constitutionis* prevale sullo *ius litigatoris*, accentuando il lato di “Corte Suprema” della Cassazione²³.

Sussiste, poi, un ulteriore argomento che giustificherebbe la *vis expansiva* della giurisprudenza penale, ovvero sia la recente “sciatteria” mostrata dal legislatore, che indurrebbe la giurisprudenza a necessari o, quantomeno, opportuni, interventi “correttivi”²⁴. Ciò, tuttavia, non dovrebbe costituire un ‘comodo ali-

¹⁷ Cfr., sul punto, FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale, etc.* cit., 124, che infatti afferma come “è di fatto la giurisprudenza a stabilire cosa sia davvero punibile”.

¹⁸ Per una critica serrata ed anche assai ironica a tale fenomeno, cfr. MANTOVANI, *Stupidi si nasce o si diventa? - Compendio di stupidologia*, Pisa, 2015.

¹⁹ Il codice penale francese, infatti, consente soltanto l’interpretazione *stricta*.

²⁰ MUSCO, *L’illusione penalistica*, Milano, 2004.

²¹ In tal senso, in particolare, DI GIOVINE, *L’interpretazione nel diritto penale, etc.* cit.

²² In argomento, in linea generale, CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Rist. con premessa di aggiornamento, Torino, 2007, spec. 301 ss.; ID. (a cura di), *Cassazione e legalità penale*, Roma, 2017, spec. 1 ss.

²³ Da ultimo, in argomento, POLLERA, *Le Sezioni unite penali e il principio di diritto*, in *Cass. pen.*, 2019, n. 12, 4546 e, spec. 4548 ss.

²⁴ Tanto che, da ultimo, un penalista del calibro di Francesco Palazzo ha fatto riferimento ad una legalità penale *à la carte*: cfr. PALAZZO, VIGANÒ, *Diritto penale - una conversazione*, Bologna, 2018, 67 ss. e, *quivi*, 77.

bi' per legittimare un'interpretazione che travalichi la *littera legis* ed è questa la ragione, a nostro avviso, per cui la collega Di Giovine, non del tutto a torto, distingue tra analogia consentita, se *all'interno* del confine legislativo, e vietata, se invece lo travalica²⁵.

Si tratterà poi di verificare, nei singoli casi concreti, a quale forma di analogia si è attenuto il giudice e ciò risulta un'operazione, com'è intuibile, assai ardua e, in definitiva, ove giuoca un ruolo preponderante la c.d. precomprensione dell'interprete²⁶.

4. La questione indubbiamente si complica nel dialogo tra le Corti, nazionali e comunitarie, giacché, mentre la Cassazione appare più orientata al mantenimento general-preventivo del sistema penale, la Corte costituzionale e, soprattutto, la CEDU, si mostrano più attente alla salvaguardia dei diritti della persona, mentre la CGCE, segue un orientamento tipologico affine ad una c.d. "*lex mercatoria*"²⁷.

Gli incontri/scontri, anche recenti, fanno ben comprendere il senso dell'ormai ben nota espressione "il giudice nel labirinto"²⁸, caratterizzata, per di più, da un "diritto senza codice"²⁹ che dimostra anche la ragione per cui il diritto penale comunitario, seguito dai diritti nazionali, si orienti sempre più verso un "*case law*" di stampo anglosassone, assai lontano, però, dai modelli e, soprattutto, dalla tradizione dei Paesi di *civil law*, come il nostro. Da qui il "trapianto", già ricordato, nell'art. 618 c.p.p. del comma 1-*bis*, che introduce una forma attenuata di *stare decisis*, nel senso che, laddove una Sezione della Cassazione ritenga di non condividere il principio di diritto enunciato in precedenza dalle Sezioni Unite penali, *deve* rimettere, con ordinanza, il ricorso alle Sezioni Unite medesime. Ora, a parte i problemi cui può dar luogo l'esegesi della disposizione - che in questa sede non tratteremo, perché esula dal nostro tema principale - siamo invece dell'avviso che ci troviamo di fronte ad un classico "*check and balance*", nel senso che la crisi profonda in cui versa la stretta legalità, a partire dalla "relativizzazione" della riserva assoluta di

²⁵ DI GIOVINE, *op. loc. ult. cit.*; il limite tuttavia di tale impostazione, come abbiamo cercato di dimostrare in altra sede, è quello di dare già per risolto un problema ermeneutico che invece non lo è, o non lo è ancora: sia consentito il rinvio a MANNA, "*L'interpretazione analogica*" nel pensiero di Giuliano Vassalli e nelle correnti post-moderne del diritto penale, in *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, Napoli, 2013, 219 ss. e, *quivi*, 231 ss.

²⁶ Sulla precomprensione, v. ESSER, *op. loc. ult. cit.*

²⁷ Cfr. in argomento, di recente, FIANDACA, *Prima lezione*, *etc. cit.*, spec. 116 ss.

²⁸ MANES, *Il giudice nel labirinto - Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012.

²⁹ SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007.

legge³⁰, viene appunto bilanciato dalla impostazione prima a livello del c.p.c. e poi del c.p.p. di un parziale obbligo di *stare decisis*, pur se non risulta agevole conformarlo con gli artt. 101 e 107 Cost., cioè a dire la soggezione del giudice *solo* alla legge e la distinzione dei giudici soltanto a livello funzionale e, non, invece, gerarchico³¹.

Questo è, tuttavia, evidentemente il prezzo da pagare per assicurare una soddisfacente funzione nomofilattica alla Cassazione e, quindi, del diritto vivente, che sarebbe francamente anacronistico negare oggi come fonte autonoma di diritto anche nel diritto penale, almeno di voler agitare inquietanti spettri del recente passato³².

5. Come abbiamo già specificato in precedenza, bisogna fare i conti anche con la dimensione comunitaria della legalità penale, fissata dall'art. 7 della CEDU, ma, prima di giungere a questo punto, è necessario fare riferimento alle più recenti acquisizioni in tema non tanto di ermeneutica quanto soprattutto di analisi del linguaggio, che sono d'altro canto funzionali sia alla legalità costituzionale che a quella convenzionale. In argomento va registrato un netto cambio di paradigma, perché, mentre in un passato assai recente gli approdi erano nel senso di legittimare un significato terminologico della disposizione che poteva variare a seconda della precomprensione dell'interprete, assistiamo attualmente ad una tendenza opposta, cioè di riscoprire un significato quanto più possibile univoco del "fatto"³³.

Con questa nuova tendenza si rivaluta indubbiamente la disposizione come

³⁰ Sia consentito, nella manualistica, il rinvio a MANNA, *Corso di diritto penale, Parte generale*, IV, Milano, 2017, 41 ss. e la bibliografia ivi citata cui, pertanto, per ulteriori approfondimenti, anche si rinvia.

³¹ Su tale problematica, sia consentito, per una più ampia analisi, il rinvio a MANNA, *Aspetti problematici della vincolatività relativa del precedente giurisprudenziale in materia penale in rapporto ad alcune norme costituzionali*, in *Cassazione e legalità penale*, etc. cit., 253 ss. e spec. 265 e ss.

³² STORTONI, *Relazione al Convegno: "Il principio di legalità tra legislatore e giudice"*, etc. cit., che infatti evoca il lugubre paragrafo II dello *StGB* nazista, (p. 4 del dattiloscritto).

³³ Cfr. MANZIN, *Dalle norme codificate al diritto "liquido": effetti della secolarizzazione sul ragionamento giudiziale*, in *Diritto e secolarizzazione, Studi in onore di Francesco D'Agostino*, Torino, 2018, 315 ss.; GUASTINI, *Michel Troper e l'interpretazione della Costituzione*, in *L'analisi del ragionamento giuridico*, a cura di Comanducci, Guastini, Torino, 1989, 257 ss.; VILLA, *Storia della filosofia del diritto analitica*, Bologna, 2003, 81 ss.; ID, *Le tre concezioni dell'interpretazione giuridica*, in *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico ed al diritto positivo*, a cura di Pino, Schiavello, Villa, Torino, 2013, 3030; RORTY, *Consequencies of pragmatism (Essays: 1972-1980)*, Minneapolis, 1982, 227; CARLIZZI, *Contributi alla storia dell'Ermeneutica giuridica contemporanea*, Napoli, 2012, spec. 121 ss.. Nella letteratura penalistica italiana, per un'esautiva analisi delle due opposte concezioni, nel senso che l'ermeneutica tende più all'apertura del significato del lemma, mentre le recenti tendenze dell'analisi del linguaggio militano in senso opposto, POMANTI, *La riconoscibilità della norma penale*, Napoli, 2019, 11 ss. e, spec., 28 ss., cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

proposizione astratta, rispetto alla norma che si collega invece al caso concreto e ciò induce pertanto ad una sorta di “restauro” del diritto vigente rispetto al diritto vivente. Questo, tuttavia, non risulta certo sufficiente ad arginare la c.d. giurisprudenza giuscreativa, se non si collega la ricerca di un significato possibilmente univoco del fatto al bene giuridico, non già nell’ottica di una interpretazione “teleologica”, bensì nel senso di criterio delimitativo della cornice del fatto di reato³⁴.

Queste acquisizioni andrebbero infine calate, in particolare, nella dimensione comunitaria ove la legalità penale presenta una dimensione, a livello letterale, di carattere oggettivo, come dimostra l’art. 7 CEDU, ma viene intesa dalla giurisprudenza comunitaria come “prevedibilità” della decisione giudiziaria³⁵.

Il *leading case* in materia è, a nostro avviso, rappresentato dal “Contrada”³⁶, ove la condanna definitiva di quest’ultimo per concorso esterno per associazione di tipo mafioso non poteva dirsi “prevedibile” per la CEDU, perché, trattandosi di una norma di *création prétorienne*, avrebbe necessitato quanto meno di una pronuncia delle SS.UU. penali³⁷. La giurisprudenza nostrana ha inizialmente “resistito”³⁸, osservando come il “fenomeno giuridico” del concorso esterno si baserebbe, comunque, su due norme come gli artt. 110 e 416 *bis* c.p.³⁹.

Si deve, però, a questo punto, replicare come l’art. 110 c.p. è, secondo l’autorevole opinione di Giuliano Vassalli⁴⁰, una delle norme di tutto il codice

³⁴ In argomento cfr. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983; FIANDACA, *Il “bene giuridico” come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in *RIDPP*, 1982, 42 ss.; nonché, più di recente, FIANDACA, MUSCO, *Perdita di legittimazione del diritto penale*, in *ibid.*, 23 ss.; MARINUCCI, DOLCINI, *Costituzione e politica dei bene giuridici*, in *ibid.*, 333 ss.; MOCCIA, *Dalla tutela dei beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflessi illiberali*, in *ibid.*, 1995, 343 ss.; DE FRANCESCO G.A., *Programmi di tutela e ruolo dell’intervento penale*, Torino, 2004; e, nella manualistica più recente, FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, 8ª, Bologna, 2019, 4 ss..

³⁵ Fa riferimento a tale principio anche QUINTERO OLIVARES, *Legalidad y Juez*, Relazione tenuta al Convegno: “Principio di legalità tra legislatore e giudice”, *etc. cit.*, spec. 11 ss. (del dattiloscritto).

³⁶ In argomento sia consentito il rinvio a MANNA, *La sentenza Contrada ed i suoi effetti sull’ordinamento italiano: doppio vulnus alla legalità penale?*, in www.penalecontemporaneo.it.

³⁷ *Affaire Contrada c. Italia (N. 3)*, Requête n. 66655/13, arrêt del 14 aprile 2015. Il governo italiano ha chiesto che l’affaire fosse rinviato alla Grande Camera a norma dell’art. 43 della Convenzione, ma la richiesta è stata rigettata il 14 settembre 2015. Sia consentito anche per i relativi riferimenti giurisprudenziali e bibliografici, per tutti il rinvio a MANNA, *La sentenza Contrada ed i suoi effetti sull’ordinamento italiano: doppio vulnus alla legalità penale?*, in *Il principio di stretta legalità tra giurisprudenza nazionale e comunitaria*, a cura di MannaPisa, 2016, 97 ss..

³⁸ Cass., Sez. V, 12 ottobre 2016, n. 268203, in *Cass. pen.*, 2017 510 ss. Con nota di ROSSI B., *La configurabilità del concorso esterno in associazione mafiosa nell’ordinamento italiano*.

³⁹ In argomento, nella manualistica, FIANDACA, MUSCO, *op. cit.*, spec. 557 ss..

⁴⁰ VASSALLI G., *Giurisprudenza costituzionale e diritto penale sostanziale. Una rassegna*, in Pace (a cura

Rocco più sospetta di illegittimità costituzionale, sia perché, parificando *quoad poenam* tutti i concorrenti, confligge in modo patente con il principio di uguaglianza di netta ragionevolezza, sia in quanto, costituendo in sostanza una “clausola vuota” contrasta anche con il principio di determinatezza e/o precisione. Né migliore sorte ha subito l’interpretazione dell’art. 416 *bis* c.p., come dimostra non solo l’oscillazione fra due paradigmi opposti nei vari gradi di giudizio del processo c.d. di Mafia Capitale, ma, più in generale, nell’ambito della stessa Corte Suprema di Cassazione fra requisiti di fattispecie necessariamente *in atto*, (cfr. “si avvalgono”) oppure anche soltanto *potenziali*⁴¹, tanto che sarebbe ormai opportuno un intervento delle Sezioni Unite penali, anche se probabilmente si attende ancora il deposito delle motivazioni della sentenza della VI Sezione penale che ha definito il processo proprio di Mafia Capitale, annullando la sentenza di secondo grado che aveva, invece, configurato la sussistenza di un’associazione di tipo mafioso e non già di un’associazione a delinquere *ex art.* 416 c.p..

In ogni caso le resistenze della Suprema Corte in rapporto al caso Contrada sono alla fine venute meno, ma, appunto, solo in relazione a quest’ultimo caso, la cui condanna è stata annullata dalla Cassazione in ossequio alla sentenza della CEDU, tuttavia irragionevolmente non estesa dalla stessa Suprema Corte ai c.d. fratelli minori di Contrada⁴².

La *ratio decidendi* consiste nel convincimento per cui la sentenza CEDU non avrebbe valore *erga omnes* in quanto interante solo una sentenza “pilota”, ma tale soluzione è contraddetta dalla stessa giurisprudenza della CEDU, che ha da tempo stabilito come possegga lo stesso valore “vincolante” sulla Corti nazionali ogni sentenza della Corte europea.

Ciò serve, appunto, per assicurare la “prevedibilità” della decisione giudiziaria, dimensione comunitaria della legalità penale, ma intesa in chiave troppo soggettiva, mentre riteniamo più consona una sua dimensione più “oggettiva”, nel senso della “*riconoscibilità penale*”⁴³.

La riconoscibilità penale costituisce, infatti, a nostro avviso, il risultato ultimo del significato possibilmente univoco, del fatto di reato, con l’aggiunta del criterio delimitativo espresso dal bene giuridico, che dovrebbe, appunto, con-

di), *Corte costituzionale e processo costituzionale*, Milano, 2006, quivi 170 ss.; nonché più specificamente nel concorso di persone nel reato, ID., *Note in margine alla riforma del concorso di persone nel reato*, in *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di Dolcini, Paliero, Milano, 2006, II, 1939 ss..

⁴¹ Cfr., in argomento, di recente, POMANTI, *Le metamorfosi delle associazioni di tipo mafioso e la legalità penale*, Pisa, 2018.

⁴² Cfr. Cass., Sez. I, 30 luglio 2018, n. 36509, in *Cass. pen.*, 2019, n. 9, 3240 ss..

⁴³ Così anche POMANTI, *La riconoscibilità penale, etc. ult. cit.*

durre, attraverso la “prevedibilità” della decisione giudiziaria, alla riconoscibilità penale, nel senso che la norma penale deve risultare “riconoscibile” ai consociati, proprio per consentire ciò che costituisce il fondamento ultimo della legalità penale, ovvero la garanzia per i *cives* di “libere scelte d’azione”.