

Giuseppe Amarelli

**DALLA LEGOLATRIA ALLA
POST-LEGALITÀ: ECLISSI O
RINNOVAMENTO DI UN
PRINCIPIO?**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

DALLA LEGOLATRIA ALLA POST-LEGALITÀ: ECLISSI O RINNOVAMENTO DI UN PRINCIPIO?

Abstract

La crisi del principio legalità è imputabile ad una pluralità di fattori, tra cui spiccano il diritto 'convenzionale' europeo ed il diritto giurisprudenziale. Tuttavia, dietro l'apparente contraddittorietà irriducibile tra il nuovo 'diritto vivente' plasmato dal formante giurisprudenziale nazionale ed europeo ed il tradizionale diritto penale ancorato alla legge in senso formale, si aprono spiragli per individuare le basi, nell'odierno chiaroscurale contesto, per un rinnovamento del principio di legalità che non prescindendo dalla legge, ma ne ammetta integrazioni. Il diritto convenzionale e quello giurisprudenziale, infatti, non devono essere letti in maniera antitetica con le istanze di garanzia su cui poggia la legalità tradizionale, ma, all'opposto, in chiave di complementarietà teleologica, accettandone così una loro ridotta incidenza *in melius*, quando producano un innalzamento dei livelli di tutela dei diritti fondamentali del reo.

From Law Worship to Post-Legality: Eclipse or Renewal of a Principle?

Abstract

The crisis that the rule of law principle is undergoing can be attributed to a number of factors, such as the ECHR and the national case-law. However, the author argues that a merely ostensible inconsistency between the European and national case-law and the traditional principle of the rule of law could be dispelled. The path that the author tries to outline consists in a renewal of the rule of law principle by integrating statutory rules with different sources of law. The ECHR and national case-law should not be considered at odds with the legal protection provided by the traditional rule of law principle, but they must be implemented and harmonized as a way to reach a better standard of fundamental individual rights.

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. L'Illuminismo e le origini della legalità 'legislativa'. — 3. Il Novecento e la rilettura critica della legalità quale *instrumentum regni*: la legalità 'storicizzata'. — 4. Le dittature del XX secolo ed il 'cortocircuito' del positivismo giuridico: la legalità 'relativa'. — 5. L'apparente svolta della Costituzione e la sua sostanziale elusione. — 5.1. L'aggiramento esplicito della riserva di legge parlamentare: la legalità 'governativa'; la legalità 'autoprodotta'; la legalità 'giurisprudenziale'; la

legalità 'precauzionale'; la legalità (della Corte) 'costituzionale'. — 5.2. L'aggiramento implicito: la 'legalità ipocrita', la 'legalità abdicata' e la 'legalità populista'. — 6. L'irruzione della legalità 'convenzionale' e l'abbandono della riserva di legge: definitivo crollo della legalità costituzionale? — 7. Verso una legalità rafforzata: la legalità 'sostanziale' ed 'effettuale' europea come elemento integrativo *in melius* della legalità 'formale' nazionale. — 8. Il problema del diritto giurisprudenziale alla luce dell'apparente equiparazione a livello CEDU al diritto legislativo. — 8.1. Delimitazione dello spazio 'creativo' del formante giurisprudenziale. — 8.2. Distinguo necessario tra forme legittime di diritto giurisprudenziale: 1) contrasti interpretativi fisiologici in *bonam e malam partem*. — 8.2.1. (*Segue...*): 2) *overruling* sfavorevole oggettivamente imprevedibile; 3) *overruling* favorevole operato dalle Sezioni unite. — 8.3. La questione della revocabilità del giudicato in presenza di mutamento favorevole delle S.U. alla luce della riforma Orlando dell'art. 618 c.p.p.: un nuovo argomento per riproporre la questione di legittimità costituzionale dell'art. 673 c.p.p. dopo C. cost. 230/2012? — 8.4. Un possibile caso di interazione costruttiva tra diritto convenzionale, diritto giurisprudenziale e legalità: la confisca urbanistica senza condanna. — 9. Segni disordinati, ma confortanti, di vitalità della riserva di legge. — 10. Conclusioni.

1. *Premessa*. — Innanzi tutto, mi sia consentito esprimere la mia gratitudine al Presidente ed al Direttivo dell'Associazione per avermi dato la possibilità di partecipare a questa 'riflessione a due voci' sullo stato della legalità penale nell'odierno sistema disgregato (o multilivello?) delle fonti.

Cercando di rispettare il turno di tempo che mi è stato riservato e operando per tale ragione una inevitabile 'scelta arbitraria' dei tanti argomenti da poter trattare, desidererei in primo luogo effettuare una veloce ricognizione dell'esistente, riepilogando 'per immagini' la progressiva rarefazione della legalità 'legislativa' nazionale e, soprattutto, del suo primo corollario, la riserva di legge, a causa tanto di manifeste opzioni politico-criminali adottate da organi non democraticamente eletti e con procedure 'altre' rispetto a quelle parlamentari, quanto di scelte legislative che hanno portato (dietro rassicuranti maschere e etichette formali) a sottrarre alla materia penale misure tali nella sostanza o, all'opposto, ad attrarvi irragionevolmente comportamenti privi di un elevato disvalore sociale per esigenze simboliche.

In secondo luogo, vorrei focalizzare l'attenzione sui due principali formanti che, da ultimo e più di tutti, hanno sottoposto a stressanti test di resilienza il già sfibrato *nullum crimen sine lege*, vale a dire il diritto 'convenzionale' e il diritto giurisprudenziale.

Infine, proverò a verificare, rispettivamente, se esistano spazi per una convivenza 'costruttiva' tra le due legalità, oppure se quella 'europea', sostanziale ed effettuale, abbia soppiantato definitivamente quella costituzionale, formale ed incentrata sulla riserva di legge, e se il formante giurisprudenziale, apparentemente ritenuto fungibile a Strasburgo con quello legislativo in ragione di quel termine *droit* 'aperto' con cui è enunciato nell'art. 7 CEDU il principio di legalità, possa essere realmente

considerato oggi una fonte del diritto penale di pari rango rispetto alla legge.

L'idea che si anticipa sin d'ora, e che si proverà ad argomentare meglio nel prosieguo, è che, nella transizione dalla 'legolatria' illuminista (1) alla 'post-legalità' attuale, la legalità penale legicentrica non sia stata irrimediabilmente compromessa, bensì — senza rinnegare la sua funzione di tutela del *favor libertatis* — abbia solo subito una 'curvatura' per adeguarsi alle diversità del nuovo ordinamento giuridico multilivello.

2. *L'Illuminismo e le origini della legalità 'legislativa'*. — Com'è sin troppo noto, la legalità, ed in particolare la legalità penale, prima di divenire aspetto 'consustanziale' di ogni moderno Stato di diritto, nasce sul finire del Settecento con l'Illuminismo giuridico quale primo, indispensabile, strumento per consentire alla società di uscire dalle fosche nebbie dello strapotere del sovrano; di affrancarsi dall'assolutismo dispotico di matrice teocratica, 'autolimitando' lo Stato; di liberarsi dall'incudine dell'*arbitrium principis* che incombeva, condizionandola, sulla libertà di scelte d'azione del singolo; di svincolarsi dal dominio imprevedibile dei giudici dell'*Ancien régime*; di tutelarsi dalla 'voracità punitiva' del *crimen laesae maiestatis* (2); di "disegnare con tassativa precisione la mappa del lecito e del proibito e di attribuire con altrettanto rigore a ciascun reato la pena corrispondente" (3); di abbandonare lo splendore dei supplizi (4).

Più precisamente, la legalità penale nella sua versione archetipica rinviene un duplice fondamento, uno principale, politico-istituzionale; l'altro, complementare, individual-garantistico solo successivamente debitamente enfatizzato: sotto il primo versante si manifesta, innanzi tutto, come una proiezione 'fisiologica' del principio della separazione dei poteri propugnata dai giuristi e filosofi dell'età dei lumi in un'ottica poliarchica verticale: essa, infatti, è strumentale ad assicurare il monopolio legislativo in ambito penale al solo Parlamento e, quindi, *ex adverso*, ad escludere possibili arbitri liberticidi da parte del potere esecutivo e del potere giudiziario; a degradare quest'ultimo a soggetto sottoposto alla legge con compiti di mero custode della 'volontà generale'; nonché a raggiungere l'obiettivo ideale della certezza del diritto e dell'uguaglianza formale dei cittadini, come attestava l'immaginifica descrizione del primo Sieyès di una

(1) COSÌ P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, 2007, 113.

(2) M. SBRICCOLI, *Crimen laesae maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Milano, 1974.

(3) P. COSTA, *Pagina introduttiva. Il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale*, in *Quad. fior.*, XXXVI, t. 1, 2007, 2.

(4) M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, trad. it., A. Tarchetti, Torino, 2014.

legge parlamentare sita al centro di un immenso globo, sulla cui circonferenza stanno alla stessa distanza tutti i cittadini senza eccezioni, e ognuno « *n'y occupe que des places égales* » (5).

La legalità primigenia incarna allora il vettore giuridico principale per il traghettamento dell'ordinamento penale dal particolarismo caratteristico dell'età pre-moderna della *iuris dictio*, verso l'universalismo tipico del legalismo assolutistico (6), sostanziandosi nella definitiva rinnegazione del diritto giurisprudenziale, lo *ius*, e cioè di un diritto 'casistico' e concreto, legato alla casualità dei contesti fattuali, a tutto vantaggio della *lex*, vale a dire di una fonte di produzione dei reati e delle pene di tipo generale e astratto, ostativa a decisioni disomogenee in presenza di situazioni uguali (7).

Come altrimenti è stato detto, il principio di legalità dei reati e delle pene “traduce il regresso dell'esecutivo e dei giudici, da poteri autonomi ad apparati subordinati alla legge” (8), sterilizzando la magistratura e degradandola al rango inferiore di un corpo di funzionari meramente esecutivo del comando legale (9).

Esso rappresenta in questa dimensione politico-istituzionale il congegno privilegiato per la limitazione di un potere pubblico così penetrante, e fino a quel momento sconfinato, quale la potestà punitiva statale (10); o quanto meno — per utilizzare un'espressione di Carl Schmitt — per la “razionalizzazione” del potere stesso, implicando « la garanzia di un controllo dell'azione di ogni pubblico potere alla luce di una norma di diritto » (11).

Sotto il secondo, complementare, profilo della tutela dei diritti individuali fondamentali, la legalità illuminista e, soprattutto, il suo architrave, la riserva di legge parlamentare, sono concepite per assicurare la 'eteronomia' delle opzioni politico-criminali che incidono sulla libertà personale, contribuendo a individuare *ab externo* i reati e le pene, in ossequio al principio di frammentarietà, nonché per preservare la democraticità di queste stesse decisioni, consentendo così che ogni scelta che abbia a che fare con la

(5) A. DI MARTINO, *Una legalità per due? Riserva di legge, legalità CEDU e giudice-fonte*, in *Criminalia*, 2014, spec. 110 ss.

(6) Per un'analisi della genesi e dell'evoluzione del principio di legalità cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989; per una recente rilettura del portato dell'illuminismo giuridico cfr. G. COCCO (a cura di), *Per un manifesto del neoilluminismo penale*, Padova, 2016.

(7) P. COSTA, *Pagina introduttiva*, cit., 7 s.

(8) G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 25 ss.

(9) M. VOGLIOTTI, voce *Legalità*, in *Enc. dir.*, Annali IX, Milano, 2013, 378 ss.

(10) R. GUASTINI, voce *Legalità (principio di)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1994.

(11) B. GUASTAFERRO, *Legalità sovranazionale e legalità costituzionale*, Torino, 2013,

libertà personale sia sempre adottata nel circuito dialettico delle assemblee parlamentari in cui si confrontano tutte le forze politiche.

Essa, inoltre, serve a garantire anche un altro dato imprescindibile per fuoriuscire dalle paludi del diritto penale pre-moderno: l'immediata ed agevole conoscibilità da parte del cittadino dei fatti penalmente rilevanti e l'entità e la tipologia delle relative sanzioni, rendendoli più facilmente accessibili rispetto alle altre fonti (12).

Così concepita la legalità ha il "volto disteso e apparentemente rassicurante della legalità legislativa" (13), rinvenendo il suo fulcro nella riserva di legge, intesa quale riserva di organo parlamentare democratico e, quindi, garanzia formale minima avverso possibili abusi del potere statale in un ambito che intercetta inevitabilmente un bene indisponibile come la libertà dei consociati (14).

Polarizzando l'attenzione sulle fonti, la legalità primigenia del diritto penale, finisce, quindi, per interessarsi, prevalentemente, del *momento genetico* delle norme incriminatrici, assumendo il rango di un principio formale, volto a definire tipo, caratteri, margini interpretativi ed efficacia nel tempo e nello spazio delle disposizioni che descrivono i reati e le rispettive pene, e a individuare l'organo competente ad emanarle.

3. *Il Novecento e la rilettura critica della legalità quale instrumentum regni: la legalità 'storicizzata'*. — L'originaria 'purezza' della 'legalità legislativa' illuminista, assurta secondo una delle tante, potenti, metafore di Paolo Grossi a vera e propria 'mitologia' incontestata della modernità giuridica grazie all'Illuminismo (15) e al ruolo di autentico asse portante di tutte le esperienze giuridiche degli Stati di diritto dal XVIII secolo in avanti, è stata progressivamente erosa da vari fenomeni che, con definizioni stipulative ed ellittiche, potremmo definire: legalità 'storicizzata'; legalità 'relativa'; legalità 'governativa'; legalità 'autoprodotta'; legalità 'giurisprudenziale'; legalità 'costituzionale'; legalità 'precauzionale'; legalità 'elusa'; legalità 'populista'.

I primi due sono aspetti concretizzati da una lettura di matrice 'revisionista' della legalità operata da alcuni storici del diritto, ovviamente nelle vesti da questa assunte sino alla svolta impostale dal costituzionalismo democratico della metà del Novecento. Tutti gli altri, invece, sono incarnati da fenomeni degenerativi di quella legalità 'legislativa' innalzata,

(12) F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale*, in *La crisi della legalità nel "sistema vivente" delle fonti penali*, Napoli, 2016, 237.

(13) M. VOGLIOTTI, voce *Legalità*, cit., 373.

(14) C. CUPELLI, *La legalità delegata*, Napoli, 2012; C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità europea*, Milano, 2010.

(15) P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2007.

teoricamente, a stella polare inoscurabile del sistema penale dall'art. 25, co. 2 Cost. enfatizzandone la dimensione liberal-garantista del *favor libertatis*, coerentemente con l'impostazione spiccatamente personalista che caratterizza l'intera Carta fondamentale. Ed invero, nonostante l'esplicita costituzionalizzazione della riserva di legge non sono mancati, e continuano a non mancare, colpi inferti alla sua integrità, sia in maniera esplicita che in maniera cripto-elusiva.

Seguendo l'ordine proposto, la prima scalfitura della concezione legicentrica della legalità di cui occorre dare conto è quella che riguarda la sua dimensione teorica e che è scaturita dall'osservazione critica delle funzioni da essa effettivamente assolte, anche nel suo *volet penal*, negli Stati di diritto dell'Ottocento e del Novecento.

Questa anamnesi ha, infatti, portato a mettere in discussione la concezione 'idealizzata' della legalità dell'Illuminismo, svelandone un'altra decisamente meno edulcorata. Dall'angolo prospettico degli studiosi della storia del diritto che ne hanno enfatizzato la dimensione politico-istituzionale e statalista (per usare le loro parole di "imperante statalismo" (16)) rispetto a quella individual-garantista, il principio di legalità — fino all'avvento del costituzionalismo democratico nella metà del Novecento — è stato reputato più che come una conquista rispetto al pluralismo delle fonti del passato, come un passo indietro, avendo rappresentato lo 'strumento giuridico' impiegato per edificare un assolutismo giuridico di tipo classista e oligarchico.

A loro avviso, la legge (anche penale) immaginata da Beccaria buona e giusta perché promanante da un sovrano illuminato, o da altro organo rappresentativo direttamente del popolo in grado di compendiare i *desiderata* di quest'ultimo, nella travolgente realtà del 'Secolo breve' si è rivelata qualcosa di molto diverso: a differenza di quanto si può evincere dalla consueta agiografia giuridica borghese essa non ha inverato affatto l'espressione diretta e autentica della 'volontà generale', bensì il riflesso delle intenzioni 'conservatrici' di una piccola frazione di individui che condivideva lo *status* di proprietario e quello di classe economicamente dominante (17).

Ed invero, l'eguaglianza che i caratteri della generalità e astrattezza della legge volevano assicurare, si è rivelata un'eguaglianza di mera facciata, poiché una legge adottata da un Parlamento selettivo per ragioni di ceto, censo e sesso ha inevitabilmente perpetuato le forti diseguaglianze sostanziali presenti nella società, essendo impiegata per tutelare — anche con il diritto penale — unicamente i diritti del ceto abbiente egemonico,

(16) P. GROSSI, *La invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 832.

(17) P. COSTA, *Pagina introduttiva*, cit., 12 ss.; M. VOGLIOTTI, voce *Legalità*, cit., 384.

come dimostra icasticamente il rigorismo sanzionatorio che ha tradizionalmente informato nelle codificazioni moderne la disciplina dei reati contro il patrimonio.

La legalità illuminista, essendo divenuta anche in ambito penale ciò che non era mai stata nei lunghi secoli del diritto comune — vale a dire la fonte prima e dominante del diritto, lo strumento privilegiato, se non addirittura esclusivo, delle sue trasformazioni e della sua evoluzione —, secondo questi Autori, ha consentito ai sovrani e alle oligarchie che detenevano il potere di vedere rafforzata la loro posizione, diventando i monopolisti esclusivi delle scelte politico-criminali ed eliminando, *par contre*, ogni possibile rischio di ‘autonormazione’ dal basso assicurato in passato da quel sistema dualistico che caratterizzava il pluralismo medievale delle fonti e che distingueva tra diritti locali e diritto comune (18).

La legalità così reinterpretata appare allora prima di tutto un *instrumentum regni* (19) con cui i detentori del potere politico prima dell’entrata in vigore della Costituzione hanno ‘prodotto’ il diritto *ab alto*, scardinando così l’idea antica di un diritto che si sostanziasse soprattutto nello *ius dicere*, in quanto realtà ontica preesistente, non creata da alcun potere, che può solo essere ‘dichiarata’, esplicitata, resa manifesta, dal giudice (20).

4. *Le dittature del XX secolo ed il ‘cortocircuito’ del positivismo giuridico: la legalità ‘relativa’*. — A ciò si aggiunga che la storia della prima metà del Novecento ha svelato anche l’impensabile, vale a dire la ‘relatività’ del principio di legalità penale incentrato sulla riserva di legge, dimostrando come esso non costituisca in assoluto un effettivo baluardo garantista contro gli arbitri legislativi *in criminalibus*.

Il positivismo giuridico e la sua lettura formalistica della legalità hanno paradossalmente costituito, per una strana eterogenesi dei fini, le fondamenta giuridico-razionali degli stati autoritari del XX secolo (21), dando vita, in taluni casi estremi, a quello che Calamandrei con la sua consueta incisività definì un “illegalismo legale” (22). In quel momento storico, infatti, il principio di legalità non fu bandito, così come “il frasario dello

(18) A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all’età contemporanea*, Bologna, 354 ss. e 392 ss.

(19) P. GROSSI, *L’ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, 2006, 50.

(20) P. GROSSI, *L’ordine giuridico medievale*, cit., 131.

(21) Per tutti su tale travisamento B. PETROCELLI, *Per un indirizzo italiano nella scienza del diritto penale*, in *questa Rivista*, 1941, 20.

(22) P. CALAMANDREI, *La funzione parlamentare sotto il fascismo* (1948), in Id., *Scritti e discorsi politici*, a cura di N. BOBBIO, II, *Discorsi parlamentari e di politica costituzionale*, Firenze, 1966, 329.

Stato di diritto”, bensì fu ridotto a mero simulacro (23), bloccandone “il moto pendolare sul polo dell’autorità, anziché su quello della garanzia” (24).

La ‘cattiva’ legislazione penale del ventennio italiano (il discorso per la Germania è differente, in ragione di un formale e totale commiato ivi realizzatosi con il nazismo dalla legalità formale con l’introduzione del *Führerprinzip* nel § 2 *BGSStB* (25)), confutando definitivamente il mito del legislatore saggio e incorruttibile, distante dai fatti e dai particolarismi ed attento a esprimere la volontà generale sempre buona e giusta, ha consegnato, invece, alla storia successiva l’immagine di un diritto che, secondo il c.d. ‘volontarismo giuridico’, dipendeva esclusivamente dalla volontà di chi deteneva il potere politico, rappresentando uno strumento di autorità che poteva prescindere dalla giustizia e dalla legittimità dei suoi contenuti che si auto-legittimano con l’autorità del soggetto da cui promanavano, secondo il brocardo *auctoritas facit legem*.

Come notava ancora Calamandrei in alcune belle pagine rievocate da Palazzo in un recente scritto (26), la legalità piegata dai totalitarismi contemporanei ha dimostrato di non essere un dato incondizionatamente positivo ‘in sé’, potendo subire torsioni liberticide antitetiche al suo stesso spirito garantista, in quanto «nello stampo della legalità si può colare oro o piombo», come hanno dimostrato, rispettivamente, la legalità costituzionale e la legalità fascista.

La possibile strumentalizzazione della legalità si evince dal codice penale del 1930, così come dalla legislazione penale speciale di quel periodo storico, se solo si presta attenzione al fatto che questi testi legislativi cruciali per il diritto penale e per la definizione del rapporto autorità/libertà in quell’epoca siano stati adottati, nonostante le loro venature autoritarie, nel massimo rispetto del principio di legalità formale venendo approvati dal Parlamento all’unanimità. Quel Parlamento ‘monocolore’ e non proprio democraticamente eletto, era tutt’altro che rappresentativo dell’intero popolo, bensì era espressivo del solo partito ammesso

(23) Un’acuta lettura critica della sostanziale elusione del principio di legalità in epoca fascista, determinata dall’assetto politico-istituzionale dello Stato che aveva affidato le decisioni in materia di reati e pene non ad un Parlamento democraticamente eletto e rappresentativo di tutte le forze politiche, bensì ad una Camera dei fasci e delle corporazioni composta dai soli esponenti ‘designati’ del partito unico fascista, è condotta da G. NEPPI MODONA, *Principio di legalità e diritto penale nel periodo fascista*, in *Quad. fior.*, cit., 983 ss.

(24) Così P. COSTA, *Pagina introduttiva*, cit., 16.

(25) Evidenzia le eversioni della legalità realizzate in epoca nazista P. TRONCONE, *Controllo penale e teoria del doppio Stato*, Napoli, 2006, 91 ss.

(26) F. PALAZZO, *Il principio di legalità tra Costituzione e suggestioni sovranazionali*, in *www.legislazionepenale.eu*, 29 gennaio 2016, 1 ss.

dal 1926 al 1943 alle competizioni elettorali, quello nazionale fascista, con buona pace delle minoranze politiche.

Proprio questa evidente deformazione della legalità e lo stravolgimento della sua funzione di strumento di garanzia avverso scelte legislative liberticide perpetrato in quel frangente storico portò Radbruch ad elaborare la sua famosa Formula sul *krasses Unrecht* (27), oggi positivizzata in un articolo troppo spesso trascurato della CEDU, il 7, § 2, allo scopo di autorizzare un superamento della legalità quando da strumento di garanzia sia divenuto mezzo di sopraffazione, trasformandosi in schermo giuridico capace di autorizzare, facultizzare o imporre, la realizzazione di fatti delittuosi intollerabilmente ingiusti.

5. *L'apparente svolta della Costituzione e la sua sostanziale elusione.* — In questo contesto, tra l'accettazione della "crisi della (centralità della) legge" (28) e le macerie del cedimento "della civiltà giuridica borghese e del suo apparato economicamente oligarchico a favore di un pluralismo sociale e politico effettivo" (29), l'entrata in vigore della nostra straordinaria Costituzione democratica varata dai padri costituenti nel 1948 sulla scorta dell'esempio della Repubblica di Weimar del 1919 era apparsa come il vello d'oro degli Argonauti, capace di sanare tutte le ferite del passato e di evitare il ripetersi di tradimenti sostanziali della legalità, oltre che — in ragione della sua matrice personalistica — in grado di enfatizzarne la componente liberal-garantista, anteponeandola nettamente rispetto a quella politico-istituzionale (30).

Il nuovo paradigma giuridico definito dalle costituzioni rigide del Novecento e dal connesso sistema piramidale delle fonti sorvegliato dalla Corte costituzionale, innalza la Carta fondamentale al rango di *lex superior* non di derivazione autoritaria *ex parte potestatis*, bensì, all'opposto, di origine democratica *ex parte societatis*, indicando dal basso, in una prospettiva ribaltata e antitetica rispetto a quella statocentrica e utilitarista della dittatura fascista, i valori sommi e intangibili su cui la rinnovata società democratica si rifonda(va).

(27) G. RADBRUCH, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, in *Süddeutsche Juristenzeitung*, 1946, tr. it., *Ingiustizia legale e diritto sovralegale*, in *Saggi di filosofia del diritto*, a cura di DE LUCIA, Milano, 2002, 149 ss.; G. VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale*, Milano, 2001; E. AMBROSETTI, *Il rapporto tra legalità e giustizia: l'eterno ritorno della Formula di Radbruch*, in *Studi in onore di Mauro Ronco*, a cura di ID., Torino, 2017, 18.

(28) Individua in questa 'presa di coscienza' il passaggio dallo Stato di diritto allo Stato costituzionale di diritto, incentrato sul controllo di costituzionalità delle fonti normative primarie, M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 2006, 1656 s.

(29) P. GROSSI, *La invenzione del diritto*, cit., 833.

(30) P. COSTA, *Pagina introduttiva*, cit., 17.

Nel diritto penale dal volto costituzionale dipinto, *in primis*, dall'art. 25, co. 2 Cost., la legge parlamentare diviene lo strumento minimo per tutelare il cittadino nei confronti delle opzioni politico-criminali che vertono sulla libertà personale, motivandolo attraverso le norme, e per realizzare gli altri principi costituzionali connotativi della materia penale — e, quindi, in prima istanza, quello rieducativo scandito dall'art. 27, co. 3 Cost. che la orienta teleologicamente —, nonché per preservare la tenuta del principio democratico espressamente enunciato nell'art. 1 Cost.

Tuttavia, nonostante ciò, la storia ha dimostrato come il programma penale descritto dalla Carta fondamentale sia stato ugualmente eluso anche nella sua dimensione minima, quella della riserva di legge dei reati e delle pene.

Pur essendo assurda quest'ultima al rango di principio dimostrativo scolpito nel granito della Costituzione rigida e sovraordinata e legato a doppio filo agli altri principi garantisti del diritto penale — dal finalismo rieducativo della pena all'offensività, sino all'*extrema ratio* — ha subito ugualmente, e continua a subire ancora oggi, un profondo svuotamento per una pluralità di fattori, endogeni ed esogeni, già ben indagati dalla dottrina (31) e che in queste pagine ci si limiterà unicamente a richiamare.

5.1. *L'aggiramento esplicito della riserva di legge parlamentare: la legalità 'governativa'; la legalità 'autoprodotta'; la legalità 'giurisprudenziale'; la legalità 'precauzionale'; la legalità (della Corte) 'costituzionale'.* — Questa crisi della riserva di legge parlamentare scaturisce, in primo luogo, dallo spodestamento del Parlamento dal suo ruolo di monopolista delle opzioni politico-criminali, a causa — oltre che di un'oggettiva, quanto, teoricamente, transeunte, crisi di un sistema politico sempre più inadeguato e scarsamente rappresentativo della società (32) — dell'incontenibile protagonismo nella definizione dei reati e delle pene di organi costituzionali differenti o di soggetti 'altri', ugualmente sprovvisti di legittimazione democratica.

A determinare un aggiramento della riserva di legge, nel suo aspetto sostanziale e procedurale, ha contribuito, in primo luogo, l'espansione incontrollata della 'legalità governativa', avallata, se non praticamente imposta, almeno in parte, oggi dal diritto sovranazionale dalla c.d. legge di

(31) V. MANES, *Commonlaw-isation del diritto penale? Trasformazioni del nullum crimen e sfide prossime future*, in *Cass. pen.*, 2017, 963; C. CUPELLI, *La legalità delegata*, cit., 27 ss.

(32) G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, in *Quad. fior.*, 2007, 1247 ss.; F. PALAZZO, *Legalità penale. Considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, *ivi*, 1279 ss.

delegazione europea (33): sempre più di frequente l'Esecutivo, attraverso i decreti legge, i decreti legislativi, ma anche i decreti ministeriali integrativi di aspetti apparentemente solo tecnici di norme penali in bianco, ha esautorato il Parlamento dal suo ruolo di custode esclusivo della libertà personale rispetto alle scelte in ambito penale, generando non pochi dubbi sulla sostenibilità di tale prassi (34).

In secondo luogo, un'altra incrinatura della riserva di legge parlamentare proviene dalla 'legalità autoprodotta' e, cioè, dalla sempre più frequente tendenza ad ammettere spazi di c.d. autonormazione — tipici di altri settori dell'ordinamento — anche in materia penale, “consentendo l'ingresso dei *saperi esperti* nella individuazione degli obblighi penalmente sanzionati” (35), come provano le recenti riforme della responsabilità delle persone giuridiche, della corruzione e della colpa medica in cui “lo Stato ha abdicato la sua funzione di formulazione della norma — in particolare cautelare — a vantaggio di vere e proprie comunità epistemiche ritenute scientificamente più adatte alla valutazione del rischio, alla formulazione e individuazione di leggi scientifiche, all'accreditamento di queste ultime” (36). In questi ambiti, un ruolo centrale ai fini dell'individuazione delle responsabilità penali e, soprattutto della sussistenza del nesso di causalità e della colpa — veri giunti portanti della fattispecie penale —, lo assumono i modelli preventivi ed i protocolli di produzione privata redatti dagli stessi potenziali autori dei reati (37). Non si può non condividere chi vede in simili soluzioni di definizione dell'illecito “un trasferimento della garanzia dalla rappresentatività democratica della fonte legislativa alla verità scientifica delle norme tecniche elaborate dalle comunità epistemiche. Quasi uno spostamento dell'asse dalla *auctoritas* seppure democraticamente legittimata alla *veritas* del sapere scientifico e tecnologico: quasi la realizzazione di un'antica e sempre rinascente utopia giuridica” (38).

È appena il caso di osservare, *per incidens*, che la resistenza avverso

(33) C. GRANDI, *Processo decisionale europeo e democrazia penale*, in *Dir. pen. cont.*, 2013 (2), 49 ss.; C. CUPELLI, *La nuova legge sulla partecipazione alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'U.E.*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 411. In generale, sul deficit di democraticità delle fonti sovranazionali temperato, ma pur sempre esistente anche dopo il ruolo nuovo attribuito al Parlamento europeo dal Trattato di Lisbona, cfr. G. GRASSO, *Fonti sovranazionali e principio di legalità*, in *La crisi della legalità*, cit., 323 ss.

(34) C. CUPELLI, *La legalità delegata*, cit., 123 ss.; nonché, ID., *Il problema della legalità penale. Segnali in controtendenza sulla crisi della riserva di legge*, in *Giur. cost.*, 2015, 181 ss.

(35) F. PALAZZO, *Il principio di legalità*, cit., 4.

(36) F. PALAZZO, *Il principio di legalità*, cit., 4.

(37) C. PIERGALLINI, *Autonormazione e controllo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 261; A. BERNARDI, *Sui rapporti tra diritto penale e soft law*, in *questa Rivista*, 2011, 536.

(38) F. PALAZZO, *Il principio di legalità tra Costituzione e suggestioni sovranazionali*, cit., 6.

questo processo degenerativo della riserva di legge si sta rivelando forse più dannosa dello stesso, come dimostra la recente creazione, con il decreto c.d. Gelli Bianco, di una inquietante ‘medicina di Stato’, in cui le uniche linee guida da assumere quale parametro per valutare la condotta del medico del caso concreto sono quelle accreditate dal Ministero (39).

In terzo luogo, il principale scossone assestato alla riserva di legge formale è costituito dal crescente spazio accordato alla ‘legalità giurisprudenziale’ come segnala una nota pronuncia delle Sezioni Unite del 2010, la sentenza Beschi, in cui è stato espressamente riconosciuto al giudice il potere di codefinire il significato degli enunciati normativi (40), aspetto questo su cui si tornerà più approfonditamente in seguito nel § 8.

Inoltre, un pericoloso attacco alla tenuta della legalità proviene anche dalla ‘legalità precauzionale’, vale a dire da quegli orientamenti giurisprudenziali, sinora isolati, ma comunque esistenti, che hanno provato a superare il dato legale scandito chiaramente dalla *littera legis*, invocando il principio di precauzione di cui all’art. 191 del TFUE in una insolita e difficilmente digeribile dimensione ‘in concreto’ di canone ermeneutico. In una nota vicenda giudiziaria risalente a prima della riforma degli ecoreati del 2015 (il c.d. caso Tirreno Power) si è, infatti, assistito alla contestazione del disastro ambientale ai sensi dell’art. 434 c.p. in presenza di fatti che, pur avendo causato un danno all’ambiente circostante e alla incolumità pubblica, erano però stati realizzati nel rispetto dei limiti tabellari previsti nella normativa tecnica di settore all’epoca vigente, in quanto, secondo una logica precauzionale, l’autore avrebbe dovuto orientare le proprie condotte diversamente, riducendo ulteriormente le emissioni di fumi nell’ambiente, essendo a conoscenza dei progressi compiuti dagli studi scientifici sulla loro nocività e dell’impegno assunto dall’Italia di adeguarli in futuro, entro un termine lontano dalla scadenza, a quelli inferiori previsti a livello europeo (41).

Ancora, la riserva di legge parlamentare inizia a vacillare anche a causa della ‘legalità (della Corte) costituzionale’, assistendosi a ipotesi in cui le norme incriminatrici sono ‘riscritte’ dalla Consulta non solo con sentenze *in malam partem* legittime, perché emanate a tutela della stessa riserva di legge e delle sue regole procedurali democratiche, come le nn. 5 e 32/2014, ma anche con decisioni relative al precetto secondario non precisamente ‘a

(39) C. CUPELLI, *Lo statuto penale della colpa medica e le incerte novità della legge Gelli-Bianco*, in *Dir. pen. cont.*, 6.

(40) Così Sez. un., 25 gennaio 2010, n. 18288, Beschi, in *Cass. pen.*, 2011, 17 ss., con nota di R. RUSSO. Sul punto V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, Roma, 2012; nonché, sia consentito, il nostro *Legge penale e giudice: un vecchio rapporto alla ricerca di un nuovo equilibrio*, in *Cass. pen.*, 2014, 403 ss.

(41) GIP Savona, 11 marzo 2014, in *Dir. pen. cont.*, 8 maggio 2014, con nota di S. ZIRULLA.

rime obbligate', come la n. 236/2016 (immediatamente sconfessata dalla n. 207/2017) con cui la Corte ha superato il suo noto timore reverenziale rispetto alla valutazione della legittimità costituzionale delle cornici edittali da sempre considerato nucleo praticamente intoccabile della discrezionalità politica legislativa, in assenza di un *tertium comparationis* particolarmente affidabile (42).

5.2. *L'aggiramento implicito: la 'legalità ipocrita', la 'legalità abdicata' e la 'legalità populista'*. — La crisi della legalità e della riserva di legge rispetto a scelte politiche che incidono sulla libertà personale si è poi manifestata anche in un altro modo, meno evidente, ma decisamente rilevante: attraverso l'ostentata ipocrisia e accidia del legislatore.

Il fondamento giuridico penalistico della legalità quale strumento di garanzia della certezza del cittadino è stato tradito surrettiziamente tutte le volte in cui il Parlamento stesso ha sottratto alle garanzie penalistiche del *favor libertatis* interi comparti disciplinari, oppure ha determinato spropositati inasprimenti sanzionatori avverso certe tipologie di comportamenti, o ancora ha avallato la possibilità di infliggere misure punitive anche in assenza di una sentenza di condanna o retroattivamente, tramite scelte formali e nominalistiche tese a non qualificare come penali le disposizioni che le recavano.

Basti pensare, a titolo meramente esemplificativo, al *monstrum vel prodigium* delle misure di prevenzione *praeter delictum* ancora oggi, dopo le modifiche del codice antimafia del 2011 e del 2017, configurate come misure non penali, nonostante il timido tentativo di resistenza opposto dalla Cassazione nel 2012, con la sentenza Occhipinti e subito stroncato dalle Sezioni unite 2014 Spinelli (43); alle misure di sicurezza e alla loro

(42) D. PULITANÒ, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *Dir. pen. cont.*, 13 febbraio 2017, 1 ss.; E. DOLCINI, *Pene edittali, principio di proporzione, funzione rieducativa della pena: la Corte costituzionale ridetermina la pena per l'alterazione di stato*, in *questa Rivista*, 2016, 1956 ss.; A. MERLO, *Considerazioni sul principio di proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale in materia penale*, ivi, 1427 ss.; P. INSOLERA, *Controlli di costituzionalità sulla misura della pena e principio di proporzionalità: qualcosa di nuovo sotto il sole?*, in *Ind. pen.*, 2017, 176 ss.

(43) Per delle osservazioni critiche nei confronti del sistema di prevenzione cfr. *Atti del V Convegno nazionale dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale, Milano, 18/19 novembre 2016*, in *questa Rivista*, 2017, 399 ss.; V. MAIELLO, *La prevenzione antecedictum: lineamenti generali*, in *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, a cura di Id., Torino, 2015, 299 ss.; A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale*, Padova, 2001; D. PETRINI, *La prevenzione inutile*, Napoli, 1996; G. FIANDACA, *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1994, 109 ss.; M. FATTORE, *Così lontani, così vicini: il diritto penale e le misure di prevenzione*, in *Dir. pen. cont.*, 9 aprile 2017, 1 ss.; ed, in tempi più risalenti, F. BRICOLA, *Forme di tutela ante delictum e profili costituzionali della prevenzione*, in AA.VV.,

potenziale afflittività perpetuata tramite il c.d. ergastolo bianco, rimasto in vita nel nostro sistema penale fino al 2014 (44); alle restrizioni della libertà personale autorizzate nei c.p.a. e nei c.i.e. in assenza di alcun accertamento di responsabilità penale o di provvedimento cautelare o precautelare dell'autorità giudiziaria (45); ai sistemi a doppio binario sanzionatorio che caratterizzano il diritto penale tributario e quello delle manipolazioni di mercato determinando un raddoppio del carico punitivo nei confronti di uno stesso fatto (46); fino ad arrivare alla galassia oramai amplissima ed ambigua delle confische al plurale, impiegate con sempre maggiore frequenza in tantissimi comparti della legislazione penale codicistica e complementare (47).

La crisi della legalità penale si registra allora in questo caso non 'in positivo', ma, al contrario, potremmo dire, 'in negativo', in ragione dei tentativi fatti dallo stesso legislatore per eludere il ruolo di garanzia ad essa conferito, semplicemente non definendo come penali determinate misure sanzionatorie. La legalità considerata da questo angolo di visuale ha finito con il divenire "un *inconveniente* da eludere, cioè un principio di civiltà cui, nelle forme, nessuno si dichiara disposto a rinunciare, ma che viene in gran parte svuotato nella propria essenziale portata, semplicemente dichiarando che un determinato istituto *esuli* dalla materia penale e, dunque, non soggiaccia al vincolo di legalità" (48).

Ciò significa che la legalità penale è stata aggirata dallo stesso legisla-

Le misure di prevenzione, Milano, 1975, 434 ss.; L. ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, 1962; P. NUVOLONE, *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, in *Enc. dir.*, vol. XXVI, Milano, 1976, 630 ss.; G. VASSALLI, *Misure di prevenzione e diritto penale*, in *Studi in onore di Biagio Petrocelli*, III, Milano, 1972, 1591 ss.

(44) Per approfondimenti M. PELISSERO, *Ospedali psichiatrici giudiziari in proroga e prove maldestre di riforma della disciplina delle misure di sicurezza*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 918 ss.; F. SCHIAFFO, *Le strategie per il superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari: il d.l. n. 52/2014 e lo 'sguardo corto' dell'interprete*, in *Crit. dir.*, 2014, 16 ss.

(45) A. DI MARTINO, *La disciplina dei C.I.E. è incostituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, 11 maggio 2012; L. MASERA, *Ridotto da 18 a 3 mesi il periodo massimo di trattenimento in un CIE. La libertà dei migranti irregolari non è più una bagatella?*, ivi, 10 novembre 2014.

(46) Sui problemi sollevati dai sistemi di c.d. 'doppio binario sanzionatorio' utilizzati in diversi ambiti della nostra legislazione v. Corte Edu, Sez. II, 4.3.2014, Grande Stevens e altri c. Italia, in *Dir. pen. cont.*, 9 marzo 2014, con nota di A. TRIPODI. In argomento cfr. F. VIGANO, *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani*, ivi, 1 ss.; nonché, anche per un più ampio affresco delle altre 'elusioni penali', F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, Torino, 2017, spec. 287 ss.

(47) Per un inquadramento generale del problema v. D. FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, Bologna 2007, 249 ss.; E. NICOSIA, *La confisca, le confische*, Torino 2012, 45 ss.; A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano 2001, *passim*.

(48) Sottolineano analoghi profili M. RONCO, *Legalità penale e legalità processuale*, in *www.archiviopenale.it*, n. 2, 2017, 2 ss.; G. CIVELLO, *La legalità come inconveniente: la "dimenticanza della legge" e le sue conseguenze nella teoria del reato*, ivi, 5.

tore parlamentare chiamato a governarla, generando situazioni estremamente dubbie sul versante della legittimità costituzionale come il doppio binario sanzionatorio, le misure di prevenzione, le misure di sicurezza patrimoniali e l'interdittiva antimafia ecc., tramite il ricorso a quelle che Kolrausch definiva già nel 1924 frodi delle etichette, vale a dire scelte nominalistico-formali del legislatore che determinano cripto-aggiramenti delle garanzie costituzionali.

Ma ciò che più inquieta è che questa 'legalità ipocrita', salvo qualche significativa apertura sul fronte delle confische, specialmente quella per equivalente (49), è stata sovente difesa strenuamente anche dalla Corte costituzionale in talune note occasioni, come dimostrano le opinabili sentenze in materia di misure di prevenzione, *in primis* la n. 282/2010 (50); di disastro innominato, la n. 327/2008; oppure quelle recentissime in materia di sanzioni formalmente amministrative ma sostanzialmente penali, nn. 193/2016, 43, 68 e 103/2017 (51), dando così la stura a quei tentativi della giurisprudenza — oggi sempre più frequenti — di aggirare la Consulta e di operare un controllo di legittimità decentrato e diffuso come conferma, da ultimo, la recente vicenda relativa al reato di cui all'art. 75, d.lgs. n. 159/2011 risolta dalle Sezioni unite 2017 con la sentenza Paternò (subito però smentita da altra Sezione della S.C.), senza sollevare una questione di legittimità costituzionale ma avvalendosi dello strumento della c.d. interpretazione convenzionalmente conforme (52).

Ancora, come si accennava, la crisi della legalità penale e della riserva

(49) In tal senso Corte cost., ord. 20 novembre 2009, n. 301 e Corte cost. 2 aprile 2009, n. 97, relative alla confisca per equivalente *ex art. 322 ter c.p.* nei reati tributari; nonché C. cost. n. 68/2017, in *Giur. cost.*, 2017, 691 ss., con una nota di G. AMARELLI.

(50) In quell'occasione, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 75 d.lgs. n. 159/2011 era stata posta per violazione del principio di legalità *sub specie* precisione e determinatezza nella parte in cui annoverava tra i suoi elementi costitutivi concetti vaghi come "il rispettare le leggi" ed "il vivere onestamente"; tuttavia, era stata rigettata osservando che tali prescrizioni si risolvono "nel dovere imposto [al soggetto sottoposto alla misura] di adeguare la propria condotta ad un sistema di vita conforme al complesso delle suddette prescrizioni, tramite le quali il dettato di 'vivere onestamente' si concretizza e si individualizza", e che la prescrizione di "rispettare le leggi" si riferisca al dovere di rispettare "tutte le norme a contenuto precettivo [...]: non soltanto le norme penali, dunque, ma qualsiasi disposizione la cui inosservanza sia indice della già accertata pericolosità".

(51) F. VIGANÒ, *Una nuova pronuncia della Consulta sull'irretroattività delle sanzioni amministrative*, in *Dir. pen. cont.*, 15 maggio 2017, 1 ss.; G.L. GATTA, *La Corte costituzionale su sanzioni amministrative e principio di retroattività della lex mitior*, *ivi*, 24 luglio 2016; A. CHIBELLI, *L'illegittimità sopravvenuta delle sanzioni "sostanzialmente penali" e la rimozione del giudicato di condanna: la decisione della Corte Costituzionale*, *ivi*, 3 aprile 2017, 1 ss.

(52) F. VIGANÒ, *Le Sezioni Unite ridisegnano i confini del delitto di violazione delle prescrizioni inerenti alla misura di prevenzione alla luce della sentenza De Tommaso: un rimarchevole esempio di interpretazione conforme alla CEDU di una fattispecie di reato*, in *Dir. pen. cont.*, 13 settembre 2017; V. MAIELLO, *La violazione degli obblighi di 'vivere*

di legge si è verificata anche a causa dell'abdicazione consapevole del legislatore.

È accaduto che questi, pur essendo edotto circa l'esistenza di fenomeni bisognosi e meritevoli di una espressa disciplina penale, anche di particolare rigore, in ragione della loro gravità e rilevanza, abbia incomprendibilmente rinunciato a disciplinarli, affidando di fatto al potere giudiziario l'onere di agire *supplendi causa*, generando così esiti estremamente problematici, che sono sfociati in taluni casi in situazioni ai limiti dell'anomia.

Si pensi, a titolo esemplificativo, al traffico di influenze illecite e alla corruzione per l'esercizio della funzione, due figure di reato 'create' dalla giurisprudenza negli anni passati — e poi 'ratificate' dal legislatore con la prima riforma del 2012 dei reati contro la p.a. — per garantire adeguata tutela penale avverso forme perniciose e particolarmente gravi di attacco al buon andamento e imparzialità della p.a., riportando con un'interpretazione estensiva la prima nel delitto di millantato credito di cui all'art. 346 c.p. e, con un'illegittima applicazione analogica, la seconda nella corruzione propria di cui all'art. 319 c.p.

Ma soprattutto si presti attenzione al caso più emblematico di tutti quello, ancora irrisolto, del concorso esterno, in cui la mancata decisione di positivizzare il fenomeno della contiguità mafiosa in una o più figure delittuose auspicata da tempo in dottrina (53) ha generato un contrasto interpretativo talmente vivace da non essere ancora oggi stato risolto neanche dopo la sentenza Contrada della CEDU del 2015 e la decisione della S.C. del 2017 che le ha dato finalmente attuazione nel nostro ordinamento giuridico (su tale punto v. *infra* § 8.2.1).

L'esito è stato quello inverosimile di affidare l'opera di definizione del tipo criminoso in conformità ai principi fondamentali della materia penale al 'lavorio' della giurisprudenza che, progressivamente, è riuscita ad affinarlo usando come basi formali quelle legali del combinato disposto degli artt. 110 e 416 *bis* c.p., ma riempiendole di contenuti totalmente nuovi ed eterogenei rispetto al loro tenore letterale, al punto da trasformare quello che dovrebbe essere, in base alla *littera legis*, un'onnivora ed irragionevole figura di concorso eventuale di persone nei diversi reati di cui ai commi 1

onestamente' e 'rispettare le leggi' tra abolito giurisprudenziale e giustizia costituzionale: la vicenda Paternò, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 777 ss.

(53) G. FIANDACA-C. VISCONTI, *Il patto di scambio politico-mafioso al vaglio delle Sezioni unite*, in *Foro it.*, 2006, 93 s.; C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia e diritto penale*, Torino, 2002, 494 ss.; V. MAIELLO, *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale*, Torino, 2014, 129 ss.; G. DE VERO, *Il concorso esterno in associazione mafiosa tra incessante travaglio giurisprudenziale e perdurante afasia legislativa*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 1327 ss.; G.A. DE FRANCESCO, *I poliedrici risvolti di un istituto senza pace*, in *Leg. pen.*, 2003, 706; nonché il nostro *La contiguità politico-mafiosa*, Roma, 2017, 227 ss.

e 2 di partecipazione e direzione, promozione o organizzazione di associazione di tipo mafioso, incentrata sul semplice accertamento di un contributo causale agevolativo fornito dall'*extraneus* ad una delle due condotte incriminate degli *intranei*, in un reato monosoggettivo di evento, *recte*: di macro evento (54).

L'estensione del rigore punitivo delle sanzioni comminate dall'art. 416 *bis* c.p. per la condotta partecipativa (e mai per quella più grave della organizzazione, promozione e direzione che ha disvalore oggettivo inevitabilmente maggiore) alle condotte di un non affiliato è stata ragionevolmente subordinata alla prova 'oltre ogni ragionevole dubbio' della loro natura di *condicio sine qua non* rispetto al rafforzamento o al mantenimento in vita dell'intera associazione (55).

A tutto ciò si deve aggiungere anche un altro fattore di crisi della legalità che dovrebbe indurre ad approcciare senza preconcetti il possibile inserimento della legalità europea nel nostro ordinamento penale, rivelando come e quanto il legislatore parlamentare sovente non rappresenti un soggetto da rimpiangere troppo, non brillando per competenza e capacità (56): quello della sua strumentalizzazione per ragioni di populismo penale (57).

Come ha ben osservato Palazzo "la legge penale, sotto le mentite spoglie del consensualismo, si corrompe a strumento di bassa politica di assecondamento di quell'ansia punitiva alimentata dai *massmedia* e talvolta anche da qualche forza politica irresponsabile. La legge si corrompe perché, invece di essere il meditato limite alla violenza punitiva, ne diventa fomite spregiudicato" (58).

È innegabile come anche la legalità populista contribuisca a sgretolare il concetto stesso di legalità, dimostrandone una volta di più la sua natura relativa e non indefettibilmente ed oggettivamente garantista.

6. *L'irruzione della legalità 'convenzionale' e l'abbandono della riserva di legge: definitivo crollo della legalità costituzionale?* — Su questa immagine oramai diafana, sfaldata, liquida, disgregata, della legalità (le aggettivazioni impiegate in dottrina per segnalare questo dato patologico oramai si sprecano), in cui la riserva di legge continua a perdere terreno a

(54) Sul punto I. GIUGNI, *Il problema della causalità nel concorso esterno*, in *Dir. pen. cont.*, 6 ottobre 2017.

(55) V. MAIELLO, *Il concorso esterno*, cit., 157.

(56) A. BERNARDI, *Il difficile rapporto tra fonti interne e fonti sovranazionali*, in *La crisi della legalità*, cit., 43.

(57) Sul populismo penale e, segnatamente, sulla sua dimensione (anche) legislativa cfr. G. FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2014, 95 ss. e D. PULITANÒ, *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, ivi, 123 ss.

(58) F. PALAZZO, *Il principio di legalità*, cit., 6.

discapito di un disordinato pluralismo di fonti diverse e di una giurisprudenza sempre più pronta a coprire spazi vuoti del diritto, si è innestata la legalità europea (59), sia nei termini particolarissimi e sfavorevoli designati dalla legalità ‘comunitaria’ e dalla sua custode, la CGUE, nella nota vicenda Taricco che in questa sede non potranno essere trattati *ratione temporis* e che, peraltro, potrebbero invece aiutare a rinvigorire la riserva di legge nazionale, facendola assurgere a rango di controlimita (fenomeno, quest’ultimo, verificatosi mentre il presente lavoro andava in stampa con la sentenza C. cost. n. 115/2018) (60), sia in quelli, tendenzialmente favorevoli, della legalità ‘convenzionale’ definita dall’art. 7 CEDU e dalla relativa giurisprudenza della Corte di Strasburgo (61).

L’impatto è stato apparentemente deflagrante, poiché quest’ultima legalità, incentrata non sulla ‘legge’ ma sul ‘diritto’ tanto legislativo quanto giurisprudenziale e, dunque, prescindente dal principio democratico, è stata spesso concepita in termini analoghi ma quantitativamente più ampi rispetto a quella nazionale (62) e, quindi, preponderanti, come parrebbero aver dimostrato alcune decisioni importanti della Corte EDU quale, ad esempio, la sentenza Scoppola c. Italia del 2009 che ha arricchito la legalità convenzionale della dimensione della retroattività della *lex mitior* entrando in conflitto con il nostro ordinamento (63).

In realtà, le cose non stanno propriamente così, perché non ci si trova al cospetto di due principi dotati solo di portate quantitativamente differenti; bensì di due legalità nettamente distinte nella natura — formale *versus* materiale — e nelle articolazioni per molteplici ragioni: strutturali; politico-istituzionali; funzional-teleologiche.

La legalità europea è, infatti, duttile in quanto concepita per adattarsi e valere indistintamente in tutti gli ordinamenti giuridici degli Stati membri della grande Europa, quindi sia di *civil law* che di *common law*.

È effettuale perché pensata in chiave funzionale rispetto alla tutela dei diritti individuali dei singoli alla accessibilità della base legale dei fatti penalmente rilevanti e alla prevedibilità delle relative sanzioni: essa, cioè, si

(59) Su queste altre legalità v. M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico*, cit., 1668 ss.

(60) A. BERNARDI-C. CUPELLI, a cura di, *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti*, Napoli, 2017; V. MAIELLO, *Prove di resilienza del nullum crimen: Taricco versus controlimiti*, in *Cass. pen.*, 2016, 1250 ss.

(61) O. DI GIOVINE, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, vol. IV, 2197 ss.; V. MAIELLO, *Le due legalità: quale convivenza nel diritto penale?*, in *Criminalia*, 2013, 205 ss.

(62) In termini critici contro la tendenziale lettura della legalità europea come qualitativamente omogenea rispetto a quella domestica, ma allargata contenutisticamente cfr. A. DI MARTINO, *Una legalità per due?*, cit., 92.

(63) Corte Edu, Scoppola c. Italia, 17 settembre 2009, in *Cass. pen.*, 2010, 2020 ss., con nota di M. GAMBARDILLA.

disinteressa del piano formale, generale ed astratto delle fonti dei reati e delle pene, focalizzandosi sulla tutela della libertà personale individuale rispetto a tutti i provvedimenti che possano comprimerla, siano essi, indifferentemente, legislativi o giurisprudenziali. Com'è stato ben rilevato “nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo non ha rilievo la prospettiva ‘genetica’ delle norme astratte, cioè non conta come le norme nell'ordinamento siano (debbano essere) approvate, né conseguentemente interessano primariamente le questioni di legittimazione della fonte dal punto di vista dell'ordinamento interno. Ciò che conta è che l'atto normativo produca un effetto sul diritto previsto dalla Convenzione: la legalità convenzionale è parametro di controllo sugli effetti prodotti dalla scelta nazionale sui diritti tutelati dalla stessa Convenzione. (...) Sono gli effetti di pregiudizio che contano, e precisamente per questo la Corte non si può accontentare di considerare le forme, ma deve sindacare la sostanza dell'attività ordinamentale” (64).

È sostanziale poiché, proprio perché legata al piano particolaristico e individuale dei diritti soggettivi del singolo in una vicenda concreta, anche in presenza di una fonte legislativa non si arresta davanti al dato nominalistico in essa espresso, ma scende in profondità indagando quello concreto e valutando se le misure eventualmente applicate nei confronti di un cittadino di uno degli Stati membri siano effettivamente penali in ragione della loro afflittività e finalità e degli altri *Engel* criteria.

È a-statale in quanto, nascendo dal basso, dai diritti soggettivi individuali e non dall'alto, dal piano politico-istituzionale di uno Stato, non può riguardare le fonti, perché la CEDU non attribuisce all'Europa alcuna potestà normativa, ma semplicemente si limita a giudicare casi concreti in cui un diritto fondamentale da essa riconosciuto, quale la libertà personale, sia stato compresso da una disposizione interna di uno Stato membro; ciò implica anche la conseguenza non indifferente che una condanna della Corte EDU non incide in alcun modo sulla legittimità della norma nazionale da cui è scaturita, che potrà in futuro essere applicata nuovamente dando vita ad altre eventuali condanne. Com'è stato rilevato “la legalità europea della CEDU è del tutto insensibile al riparto del potere normativo penale tra diversi organi costituzionali (cui provvede invece la nostrana riserva di legge): ed invero è facile comprendere che sia così, attenendo l'organizzazione del potere all'architettura costituzionale dei singoli Stati. La legalità europea esalta invece, quale sua componente essenziale, il fondamentale diritto all'autodeterminazione dell'individuo” (65). Senza trascurare il fatto che opera in un contesto dove la produzione del diritto anche primario dei Trattati non è mai affidata ad organi democratici

(64) A. DI MARTINO, *Una legalità per due?*, cit., 93.

(65) F. PALAZZO, *Il principio di legalità*, cit., 8.

neanche in materia penale, in ragione del ruolo secondario del Parlamento europeo e, dunque, le istanze di tale tipo sono poco avvertite.

È vigilata dalla Corte EDU, vale a dire da un giudice che non verifica la legittimità delle fonti recanti, a livello generale ed astratto, i reati e le pene, bensì la violazione di singoli diritti fondamentali in vicende concrete.

Da ciò discende che il contenuto chiave del diritto (non più principio) al *nullum crimen, nulla poena sine lege* ex art. 7 CEDU è proprio il diritto alla prevedibilità della condanna, dell'inflizione, nonché dell'esecuzione concreta della pena (anche questa fase deve essere tenuta in considerazione, potendosi registrare analoghe compressioni dei diritti fondamentali, come ha confermato la Corte EDU, Grande Camera, nel caso Del Rio Prada (66)) sulla base dei dati normativi e della giurisprudenza pertinente.

Al contrario, la riserva di legge nazionale è rigida, in quanto ancorata alla nostra forma di Stato nazionale e alla tripartizione dei poteri interni, perseguendo sul piano politico-istituzionale la imprescindibile funzione di riservare il monopolio legislativo in materia penale al solo organo costituzionale democraticamente eletto, il Parlamento, e a marginalizzare il contributo creativo del potere esecutivo e di quello giudiziario. Ed infatti “il principio di riserva di legge nazionale, quale norma sulla fonte, ha la funzione di definire il soggetto che per l'ordinamento interno è deputato istituzionalmente ad operare la selezione primaria fra lecito ed illecito; ad effettuare, dunque, scelte di criminalizzazione e definizione dei criteri di imputazione penale” (67).

È genetica poiché si interessa del piano generale ed astratto nelle norme incriminatrici esigendo che siano prodotte dal solo Parlamento attraverso un attento vaglio dialettico ed effettivamente democratico, concentrando cioè lo sguardo sul rapporto tra poteri e valorizzando “soprattutto la relazione tra legislatore e giudice, tra fonte astratta e interpretazione” (68).

È formale dal momento che, muovendo da questo diverso angolo prospettico, è strettamente ed inevitabilmente connessa alle fonti di produzione del diritto penale, individuando nella sola legge statutale parlamentare il primo baluardo garantista per i consociati avverso i suoi possibili usi liberticidi.

È vigilata dalla Corte costituzionale che giudica la legittimità delle leggi ordinarie espungendole dall'ordinamento con efficacia *ex tunc* ed *erga*

(66) Cfr. Corte EDU, Grande Camera, Del Rio Prada c. Spagna, 21 ottobre 2013, in cui, pur ribadendosi che l'esecuzione penale non rientra nel concetto di materia penale e quindi nell'orbita garantista del principio di irretroattività di cui all'art. 7 CEDU, si è ammesso, però, che vi debba essere ascritta una modifica peggiorativa dell'orientamento consolidato della giurisprudenza sui termini per accedere ai benefici penitenziari.

(67) A. DI MARTINO, *Una legalità per due?*, cit. 117.

(68) R. BARTOLI, *Legalità europea versus legalità nazionale? Un tentativo di possibile integrazione*, in *La crisi della legalità*, cit., 293 ss.

omnes e, quindi, eliminando in radice la possibilità che possano produrre ulteriori effetti giuridici in altre future situazioni analoghe.

Dal confronto risulta che nella legalità europea l'idea del rafforzamento dei diritti fondamentali finisce con il prevalere sull'esigenza di controllo democratico parlamentare, favorendo un pieno riconoscimento anche della giurisprudenza quale fonte del diritto penale (69).

Davanti ad un simile scenario la scienza del diritto penale si è sentita disorientata, trovandosi al cospetto di una dicotomia apparentemente insanabile tra una legalità costituzionale caratterizzata dalla riserva di legge e dal principio democratico e una legalità convenzionale che da questi prescinde.

Il dubbio che si è posto è se queste due legalità possano convivere. Oppure, se la legalità nazionale si sia definitivamente disgregata e dalla 'legolatria' si sia passati alla post-legalità, in cui il diritto penale è governato indifferentemente tanto dal diritto legale, quanto dal diritto giurisprudenziale.

7. *Verso una legalità rafforzata: la legalità 'sostanziale' ed 'effettuale' europea come elemento integrativo in melius della legalità 'formale' nazionale.* — In particolare, sotto il primo profilo, quello della coesione tra la legalità europea e quella nazionale, pare poter essere sostenuta una tesi compatibilista (70) capace di plasmare una legalità penale decisamente rafforzata.

La nuova legalità europea, proprio in ragione della sua diversità funzionale appena descritta, non è alternativa all'altra, non si impone su di essa, travalicandola e snaturandone la fisionomia al punto da superare il principio di riserva di legge, ma semplicemente vi si affianca in chiave di reciproca complementarità teleologica, contribuendo ad implementarne la funzione garantista in tutti quegli ambiti in cui questa non vi riesca da sola in ragione della sua natura legicentrica e formale.

Le forzature della legalità costituzionale derivanti dal diritto sovranazionale possono essere accettate se scaturenti dalla medesima *ratio* sottesa alla stessa legalità in un moderno Stato costituzionale di diritto, il *favor libertatis*, laddove, cioè, si rivelino funzionali alla sua più piena attuazione rispetto a quanto non consentirebbe il formale ossequio della riserva di legge. Ed è per questa ragione che si ritiene condivisibile l'atteggiamento di chiusura della Corte costituzionale nell'ordinanza n. 24/2017 (poi rimarcata nella sentenza n. 115/2018), poiché brandendo l'arma dei controllimiti pur senza attivarla, impedisce che un'altra legalità ancora, quella europea

(69) F. PALAZZO, *Il principio di legalità*, cit., 8.

(70) A. DI MARTINO, *Una legalità per due?*, cit., 91 ss.

veicolata dalla CGUE, si possa imporre producendo effetti *in malam partem* su quella costituzionale.

Come osservato da Viganò, “la Corte EDU non pretende di costringere gli ordinamenti degli Stati parte ad accettare l’idea secondo cui il reato possa essere di creazione puramente giurisprudenziale, né che possa essere la giurisprudenza a stabilire che cosa sia reato e che cosa non lo sia. La logica del diritto internazionale dei diritti umani è sempre quella della massimizzazione delle tutele: come recita a chiare lettere l’art. 53 CEDU “nessuna delle disposizioni della presente Convenzione può essere interpretata in modo da limitare o pregiudicare i diritti dell’uomo e le libertà fondamentali che possano essere riconosciute in base alle leggi di ogni Parte contraente o in base a ogni altro accordo al quale essa partecipi”. Se, dunque, l’ordinamento italiano prevede che soltanto la *lex parlamentaria* — o atti aventi forza equiparata — siano legittimati a porre in essere norme penali, questa garanzia resta impregiudicata dall’art. 7 CEDU, che semplicemente si *aggiunge* alle garanzie costituzionali” (71).

Come ha affermato anche in un *obiter* sempre l’ordinanza C. cost. n. 24/2017, le intersezioni tra i due livelli ordinamentali, nazionale ed europeo, sono intersezioni tese a produrre una somma di diritti, non una loro sottrazione. Le deroghe alla legalità legicentrica sono, cioè, ammesse solo nell’ottica della massimizzazione della tutela dei diritti, quando la legalità nazionale non consenta di tutelarli adeguatamente (72).

Ed allora, la riserva tendenzialmente assoluta di legge parlamentare di cui all’art. 25, co. 2 Cost. — consentendo di sottoporre tutti gli interventi in ambito penale e, quindi, tutte le scelte politiche che incidono sulla libertà personale, ad un controllo dialettico e democratico all’interno del Parlamento — costituisce, invero, — anche in ragione del collegamento che, come si è detto, ha con il principio democratico di cui all’art. 1 Cost. — un principio identitario indeformabile della nostra Costituzione che non può essere negato neanche dal diritto convenzionale, non esistendo alcun equivalente funzionale in termini di garanzie (73) e, soprattutto, ostando a ciò lo stesso già citato art. 53 CEDU, nonché, gli artt. 4.2 e 6.3 TUE e 67.1 TFUE.

Non sembra revocato in dubbio che tra i diritti fondamentali da rispettare anche da parte della giurisprudenza che interpreta la CEDU vi sia in Italia tuttora quello che conferisce il monopolio delle scelte di incrimi-

(71) F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità*, cit., 216.

(72) Sul principio della massimizzazione della tutela v. G. SILVESTRI, *L’effettività e la tutela dei diritti fondamentali nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2009, 13.

(73) Sulla possibilità di sostituire la riserva di legge si vedano i contributi raccolti in *Verso un equivalente funzionale della riserva di legge?*, in *Criminalia* 2011, 77 ss.; nonché T. PADOVANI, *Jus non scriptum e crisi della legalità nel diritto penale*, Napoli, 2014, 14 ss. e D. PULITANÒ, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *questa Rivista*, 2015, 29 ss.

nazione alla legge e non al giudice, sicché sia impossibile concludere che in seguito alla interpolazione della legalità nazionale con quella europea sia stata legittimata la teoria della giurisprudenza-fonte (74).

La legalità convenzionale prevale su quella nazionale nelle sole ipotesi in cui, in ragione della sua natura sostanziale e non formale, effettuale e non genetica, consente di aumentare gli *standard* di tutela dei diritti fondamentali rispetto a sanzioni dal contenuto autenticamente afflittivo e dalle finalità punitive.

Sono ben noti i contributi in termini di innalzamento dei livelli di tutela del *favor libertatis* originati dall'innesto della giurisprudenza di Strasburgo e degli altri corollari della sua legalità sul diritto interno.

È grazie ad un concetto 'sostanziale' e non formale di materia penale, slegato cioè dal dato del *nomen iuris* della sanzione e agganciato ai c.d. *Engel criteria*, che sono stati risolti i dubbi circa la applicabilità retroattiva o in caso di prescrizione di molte delle tante nuove confische (75); così com'è grazie all'interpretazione evolutiva dell'art. 7 CEDU fornita dalla Corte di Strasburgo che è stato dato un fondamento molto più solido e indeformabile al principio di retroattività della *lex mitior* che ha portato poi le Sezioni unite Gatto ed Ercolano 2014 ad estenderne l'operatività anche *in executivis*; nonché, è tramite altre rilevanti decisioni della Corte EDU che sono state estese le garanzie della retroattività della *lex mitior* e della irretroattività della legge penale, rispettivamente, ai mutamenti giurisprudenziali in *bonam* e *in malam partem*, ritenendo che tali aspetti debbano valere anche per le decisioni giudiziarie che in concreto 'codefiniscono' il significato delle disposizioni incriminatrici trasformandole in norme o *regulae iuris*.

8. *Il problema del diritto giurisprudenziale alla luce dell'apparente equiparazione a livello CEDU al diritto legislativo.* — Resta sul tappeto l'ultimo quesito in precedenza già evidenziato: qual è il ruolo del diritto giurisprudenziale in ambito penale anche alla luce dell'art. 7 CEDU (76)?

Davvero la legalità europea ha definitivamente parificato *tout court* il formante giurisprudenziale a quello legale anche in ambito penale, riconoscendogli il potere politico, pur in assenza di un controllo democratico, di

(74) A. DI MARTINO, *Una legalità per due?*, cit., 119.

(75) Per un quadro degli interventi migliorativi apportati dalla Corte EDU sui livelli di tutela dei diritti dei cittadini rispetto al diritto penale v. G. GRASSO, *Fonti sovranazionali*, cit., 331; da ultimo, per una ampia ricostruzione della incidenza della giurisprudenza di Strasburgo sul diritto penale nazionale e sulla ridefinizione della nozione di sanzione penale si veda L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, 2018.

(76) Da ultimo, cfr. A. CADOPPI, *Giurisprudenza e diritto penale*, in *Scritti in onore di Mauro Ronco*, cit., 33 ss.; A. LANZI, *Fra il legislatore apparente e il giudice sovrano*, ivi, 139 ss.

‘creare’ *ex se* fatti di reato, stravolgendo così nelle sue basi identitarie il nostro assetto costituzionale?

Per provare a rispondere a tale interrogativo occorre riannodare in maniera schematica i fili del discorso, muovendo dal raffronto tra due dati apparentemente inconciliabili.

Per un verso, non si può negare l’esistenza nell’odierno ‘diritto penale vivente’ del formante giurisprudenziale e rimanere ostinatamente ancorati ad un modello rassicurante, ma fasullo, di giudice bocca della legge e macchina di sillogismi: farlo sarebbe assolutamente antistorico, dal momento che esso costituisce oggi un dato insopprimibile dell’esperienza giuridica contemporanea.

Per altro verso, equipararlo pienamente alla legge e considerarlo fonte del diritto penale a quest’ultima parificata a tutti gli effetti in forza dell’art. 7 CEDU sarebbe illegittimo costituzionalmente, poiché significa porsi, come si è visto, in aperto contrasto con un principio caratterizzante della nostra Costituzione.

L’unica soluzione ragionevole è ammetterlo ‘condizionatamente’ (77), specificando qual è il margine ‘inventivo’ (usando questo lemma nel senso latino del termine *inventio*, vale a dire del reperire e del trovare un dato preesistente (78)) che può, anzi vedremo meglio poi, deve essere accordato al giudice penale in un sistema a legalità formale e quali siano, conseguentemente, gli spazi per poterlo considerare, in taluni casi limite, fonte del diritto, sia quando produce effetti in *bonam partem*, sia quando produce effetti in *malam partem*.

8.1. *Delimitazione dello spazio ‘creativo’ del formante giurisprudenziale.* — Per arrivare a tale conclusione il punto di partenza è ancora una volta la riserva di legge: il Parlamento, in quanto unico organo democraticamente rappresentativo capace di adottare ‘scelte politiche’ controllate da tutte le forze politiche, deve continuare ad essere il solo soggetto preposto a ‘porre il testo’ delle norme incriminatrici nel rispetto delle procedure formali indicate per la loro adozione dalla Costituzione e tramite l’indicazione a chiare lettere dei fatti penalmente rilevanti e delle rispettive sanzioni, escludendosi radicalmente la possibilità di attribuire un potere analogo in termini di ampiezza e discrezionalità al potere giudiziario che alla legge è, e deve rimanere ancora, subordinato *ex art.* 101 Cost.

Tuttavia, ciò che non può essere dimenticato è che questo è solo il primo passo nell’esperienza giuridica penale, poiché il testo concepito ‘in

(77) Una soluzione mediana è indicata anche da M. NISTICÒ, *L’interpretazione giudiziale nella tensione tra i poteri dello Stato. Contributo al dibattito sui confini della giurisdizione*, Torino, 2015, 52 ss.

(78) P. GROSSI, *La invenzione del diritto*, cit., 834.

vitro dalle Camere, lontano dal particolarismo dei fatti, e vocato ad avere una portata generale ed astratta, viene progressivamente 'levigato' dai giudici cui spetta 'l'ultima parola' nel momento in cui, dopo averlo interpretato alla luce del contesto legislativo, giurisprudenziale, costituzionale e, oggi, sovranazionale in cui è calato, lo adattano alla specificità della situazione *hic et nunc* che sono chiamati a valutare e trasformano la disposizione in norma (79).

La necessità di agganciare l'attività ermeneutica del giudice penale al contesto, peraltro, è stata di recente, indirettamente, espressa dalla previsione dell'obbligo di interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente conforme per i giudici nazionali introdotto a far data dalla sentenza n. 443/1994 il primo e dalla costante giurisprudenza della CEDU il secondo (80). Obbligo questo che ha indotto una silenziosa e, sinora, sottovalutata trasformazione del principio di determinatezza, da principio rivolto al legislatore nel momento genetico della redazione della norma incriminatrice e giustiziabile costituzionalmente dalla Consulta, a principio diretto al giudice nel momento della sua interpretazione e attivabile diffusamente dalla magistratura ordinaria (81).

È invero impossibile, anche per il migliore legislatore, quello buono e giusto idealizzato dagli Illuministi, pensare di fissare anticipatamente, una volta per tutte, il significato di ogni espressione linguistica impiegata in una disposizione incriminatrice (82).

L'attribuzione di senso avviene, invece, inevitabilmente, nella spirale ermeneutica tra fatto e legge in cui si muove continuamente il giudice, mediante un processo di continua disambiguazione del linguaggio scritto e di suo adattamento al caso concreto (83); solo in un contesto, e muovendo dal contesto (come già dicevano gli strutturalisti (84)), si può ascrivere significato a parole e frasi ontologicamente imprecise contenute nei testi di legge, adeguandole alle specificità del caso concreto e trasformando la

(79) F. PALAZZO, *Testo e contesto nell'interpretazione penalistica*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, Tomo I, 515 ss.

(80) M. LUCIANI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir.*, Annali, IX, 2015, 391 ss.; D. PULITANO, *Diritto penale e tecniche interpretative: l'interpretazione conforme a costituzione e il ruolo 'creativo' del giudice*, in AA.VV., *Principio di legalità penale e diritto costituzionale*, a cura di I. PELLIZZONE, Torino, 2017, 65 ss.

(81) Si veda la già menzionata sentenza delle S.U. Paternò del 2017.

(82) O. DI GIOVINE, *Il ruolo costitutivo della giurisprudenza (con particolare riguardo al precedente europeo)*, in *La crisi della legalità*, cit., 176 s.

(83) F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità*, cit., 243.

(84) P. COSTA, *Iurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale*, Milano, 1969.

‘disposizione’ in ‘norma’, vale a dire nella peculiare *regula iuris* che risolve la sottofattispecie che gli si trova dinanzi (85).

L’esesigi giuridica di una legge penale — ribadiamo: anche la migliore — esprime sempre una ‘scelta concretizzatrice’ del giudice tra più significati possibili (dunque, un atto potestativo e volitivo e non meramente dichiarativo e ricognitivo come si voleva nell’immaginario sillogismo deduttivo perfetto dell’Illuminismo) (86) per rendere applicabile effettivamente quest’ultima “a casi specifici che giacciono al di fuori di quella zona ‘centrale’ univocamente da essa coperta, e che siano piuttosto collocabili in una ‘zona grigia’ che il legislatore non può sempre prevedere *ex ante*, e che soltanto la prassi farà successivamente emergere” (87); ciò che conta è che questa ‘scoperta’ di senso, questa calibratura del ‘tipo criminoso’ sul particolarismo della fenomenologia dei comportamenti umani, sia sempre compatibile con i principi ordinanti costituzionali e con il dato testuale della norma, la c.d. *littera legis* (88), che deve continuare a segnare immutabilmente i confini invalicabili delle interpretazioni legittime (89), senza neanche andare a scomodare quei più ampi limiti costituiti dalla sostanza dell’incriminazione individuati da altra parte della dottrina che rischiano di dilatare eccessivamente il suo potere discrezionale e di realizzare un cortocircuito irreversibile nell’architettura del nostro sistema penale ancora a legalità formale, seppure temperata (90).

Ciò non significa, però, introdurre un’equipollenza tra i due poteri,

(85) M. DONINI, *Disposizione e norma nell’ermeneutica penale contemporanea*, in Id. *Europeismo giudiziario e scienza penale*, Milano, 2011, 63 ss.; M. VOGLIOTTI, *Dove passa il confine?*, Torino, 2011, *passim*.

(86) O. DI GIOVINE, *Il ruolo costitutivo*, cit., 187; R. BORSARI, *Diritto penale, creatività e co-disciplinarietà*, Padova, 2013, 22.

(87) F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità*, cit., 258.

(88) Una riaffermazione del valore del criterio ermeneutico letterale è da ultimo sostenuta da V. MANES, *Il valore del precedente nel sistema ordinamentale*, in corso di pubblicazione, 6; M. DONINI, *Disposizione e norma nell’ermeneutica penale contemporanea*, cit., 113; nonché, sia consentito, da G. AMARELLI, *Il giudice ed il rispetto della legge in sede interpretativa. Obsolescenza apparente e attualità permanente del pensiero di Beccaria*, in www.osservatorioaic.it, 8 giugno 2015, 27.

(89) Segnala la capacità del senso letterale delle parole utilizzate dalla disposizione legislativa di segnare l’invalicabile confine esterno dell’interpretazione con-formativa della giurisprudenza D. PULITANO, *Crisi della legalità*, cit., 34; in termini simili G. FIANDACA, *Il diritto penale tra legge e giudice*, Padova, 2002, 7.

(90) Propende per una simile soluzione estensiva dei poteri conformativi del testo da parte del potere giudiziario R. BARTOLI, *Legalità europea*, cit., 296, il quale osserva che “la giurisprudenza può essere fonte del diritto penale come affermato a Strasburgo e quindi deve essere governata dal principio di irretroattività per il mutamento giurisprudenziale in *malam partem* e retroattività per quello in *bonam partem*, purché ovviamente non crei il tipo criminoso o ‘la sostanza dell’incriminazione’ in totale assenza di un riferimento alla fonte interpretata previa. Ma quando si confronta razionalmente e argomentativamente con la fonte interpretata previa, costituita dalla ‘legge interpretata’ non da quella ‘letterale’, la fonte resta

legislativo e giudiziario, in ambito penale riconoscendo anche al secondo la capacità di operare scelte politico-criminali e di ‘creare’ *ex nihilo* disposizioni incriminatrici.

Molto più semplicemente, vuol dire razionalizzare l’esistente e riconoscere che il giudice contemporaneo, come quello medievale, si limita a *ius dicere* senza in alcun modo violare il principio enunciato dall’art. 101 Cost. che, per affermarne l’indipendenza, lo vuole sottoposto solo alla legge.

Egli non crea nuove norme tramite il potere interpretativo a disposizione, non esprime *ex se* opzioni politico-criminali veicolandole direttamente dal corpo sociale; ma, al contrario, nel rispetto dei peculiari limiti della materia penale e del controllo democratico-parlamentare che la sua incidenza sulla libertà personale inevitabilmente impone, contribuisce unicamente a ‘svelare’ i possibili significati di una disposizione incriminatrice comunque preesistente e chiaramente delineata, seppure, in ragione della natura ontologicamente imprecisa del linguaggio — anche quello più squisitamente tecnico-giuridico —, fisiologicamente ‘aperta’ a differenti letture.

Sono tanti e sotto gli occhi di tutti i casi in cui le plurime possibili letture di una data disposizione di legge penale proposte dalla giurisprudenza sulla scorta della divergente interpretazione di un medesimo enunciato linguistico si siano rivelate entrambe plausibili in base al tenore letterale del linguaggio normativo, senza però integrare una palese violazione dell’inderogabile divieto di analogia (91) o un tradimento del tenore letterale della fattispecie, a differenza di altre, obiettivamente, difficilmente tollerabili.

Basti pensare, a titolo esemplificativo, ai contrastanti orientamenti in materia di false comunicazioni sociali innescati dalla riforma del 2015 degli artt. 2621 c.c. e ss. consistita nell’obliterazione della locuzione “ancorché oggetto di valutazioni”; oppure a quelli relativi alla possibilità di estendere, prima della riforma del 2012, il delitto di millantato credito di cui all’art. 346 c.p. alle relazioni esistenti ma amplificate e, quindi, al fenomeno (diverso) del c.d. traffico di influenze illecite a cui già si è accennato; o ancora alle divergenze interpretative registratesi circa il perimetro applicativo dell’aggravante dell’ingente quantità di sostanze stupefacenti di cui all’art. 80 d.P.R. n. 309/1990 prima della decisione delle S.U. 2012; o alle recentissime discrasie ermeneutiche affiorate in ordine al raggio di azione

la legge anche se poi l’esito ermeneutico si distacca dalla lettera della legge o dalla precedente legge interpretata” (n.b. il corsivo è nostro).

(91) Sulla crucialità in un ordinamento democratico del divieto di analogia cfr. G. MARINUCCI, *L’analogia e ‘la punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie legale*, in *questa Rivista*, 2007, 1254 ss.; M. RONCO, *Precomprensione ermeneutica del tipo legale e divieto di analogia*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., 695 ss.; M. DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale*, Milano, 2004, 150 ss.

della speciale causa di non punibilità prevista per la colpa medica e alla possibilità, sotto la Balduzzi, di ricomprendervi, oltre l'imperizia, anche l'imprudenza e la negligenza, e oggi, dopo la Gelli-Bianco, di estendere l'imperizia non punibile; o ai tentennamenti circa la possibilità di annoverare nel concetto di 'altra utilità' che contribuisce a delineare la tipicità oggettiva del delitto di concussione *ex art. 317 c.p.* le prestazioni sessuali; o ancora alle differenti letture date dell'*art. 314 c.p.* rispetto alla sottofattispecie dell'uso del telefono d'ufficio da parte del p.u.; alle incertezze interpretative circa l'applicabilità della nuova causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto di cui all'*art. 131 bis c.p.* al reato continuato e ai reati di competenza del giudice di pace; o alle divergenze esegetiche inerenti alla sussistenza di un concorso di reati tra gli *artt. 316 bis e 640 bis c.p.* ecc., poiché l'elenco potrebbe andare avanti all'infinito.

In tutte queste vicende — a nostro modo di vedere legittime e non erosive del principio di legalità (92) —, i vari contrasti giurisprudenziali, sincronici e diacronici, orizzontali e verticali (93), originati da diverse letture ugualmente verosimili dello stesso testo normativo, hanno innescato tanto effetti in *bonam partem*, quanto in *malam partem*, facendo sorgere un'ennesima domanda: una simile realtà, in cui il diritto giurisprudenziale gioca un ruolo sovente centrale, anche in ambito penale, determinando estensioni o restrizioni dell'area del penalmente rilevante, come può essere governata?

La risposta è tutt'altro che scontata, registrandosi anche su questo versante posizioni radicalmente opposte tra il diritto europeo e quello nazionale.

Da un lato, la Corte EDU, partendo dalla già segnalata prospettiva effettuale, sembra orientata a estendere a simili situazioni di mutamenti giurisprudenziali gli altri corollari della legalità europea, vale a dire, rispettivamente, quelli dell'irretroattività e della retroattività della *lex mitior* a seconda degli effetti prodotti.

Dall'altro, però, si deve registrare l'atteggiamento di radicale chiusura della nostra Corte costituzionale che con la nota sentenza n. 230/2012 si è espressa in maniera particolarmente *tranchant* contro questa equiparazione tra formante legislativo e giurisprudenziale ai fini dell'estensione delle garanzie della legalità convenzionale ai diritti del reo eventualmente non assicurati dalla legalità costituzionale legicentrica e formale (94).

In quell'occasione, la Consulta, rigettando la questione di legittimità costituzionale dell'*art. 673 c.p.p.* nella parte in cui limita la possibilità di

(92) Per un diverso punto di vista V. MANES, *Il valore del precedente*, cit., 8.

(93) Su tali distinzioni v. A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, Torino, 2007.

(94) C. cost., 12 ottobre 2012, n. 230, in *Giur. cost.*, 2012, 3464 ss., con nota di V. MANES.

travolgere il giudicato revocandolo “perché il fatto non è più previsto dalla legge come reato” alla sola abrogazione legislativa e declaratoria di illegittimità costituzionale (oggi anche decisione della CGUE) e non anche al caso di mutamento giurisprudenziale favorevole proveniente dal massimo organo nomofilattico, ha rimarcato, infatti, in maniera particolarmente rigorosa, la differenza sostanziale tra una abrogazione di provenienza legislativa o di provenienza della Consulta ed una sentenza anche a Sezioni unite della Cassazione (95): le prime presuppongono tutte l’eliminazione dall’ordinamento di una norma incriminatrice o, comunque, l’impossibilità di applicarla in conseguenza di una sentenza con effetto *erga omnes*; mentre nel caso del mutamento giurisprudenziale la sopravvenuta irrilevanza penale di un determinato fatto deriva dalla mera interpretazione discrezionale operata dal massimo organo nomofilattico di una norma incriminatrice che però continua a restare in vigore e che, quindi, ben potrebbe trovare nuovamente applicazione in futuro ad opera di altri giudici che decidano di mutare orientamento ermeneutico sul punto, a differenza della legge.

Come ridurre il conflitto?

Utilizzando la stessa prospettiva teleologica impiegata in precedenza per sostenere una lettura compatibilista tra le due legalità, costituzionale ed europea, vale a dire una prospettiva che al dato formale del rispetto del principio di legalità legale, anteponga quello sostanziale degli scopi liberal-garantisti che esso si propone.

In quest’ottica, nessun ostacolo sembra sussistere all’equiparazione del formante giurisprudenziale a quello legislativo in ambito penale quando ciò consenta di implementare le istanze di *favor libertatis* che da sempre plasmano la legalità penale estendendogli gli altri corollari della legalità europea o autorizzando ridefinizioni del tipo criminoso in chiave di maggiore conformità con i principi penali.

Anzi, a ragionare diversamente, e a restare legati all’idea che solo il Parlamento possa garantire la tutela della libertà personale, si rischia di registrare l’effetto opposto e di ridurre tale componente individual-garantista (96).

8.2. *Distinguo necessario tra forme legittime di diritto giurisprudenziale: 1) contrasti interpretativi fisiologici in bonam e malam partem.* — Tuttavia, bisogna rifuggire dall’equivoco — analogo a quello relativo alla

(95) C. CUPELLI, *Il caso Taricco e il controlimite della riserva di legge in materia penale*, in A. BERNARDI, a cura di, *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Milano, 2016, 354.

(96) Ribadisce l’assoluta inderogabilità della riserva di legge C. CUPELLI, *Il caso Taricco*, cit., 358.

presunta incompatibilità tra le due legalità — di ritenere che la Corte EDU abbia assimilato sul versante intertemporale il diritto giurisprudenziale a quello legale in ambito penale, estendendogli tutte le garanzie della legalità europea (97).

L'equiparazione, come ha precisato in più occasioni la stessa Corte di Strasburgo, la si deve ritenere ragionevole solo in determinati casi che esorbitano dall'ordinaria attività ermeneutica del giudice già in precedenza descritta e che, proprio in ragione della loro peculiarità, la legittimano.

Bisogna, infatti, partire dall'idea che il diritto giurisprudenziale si può manifestare nella prassi con tre diverse sembianze: 1) mutamento interpretativo fisiologico in *bonam* o *malam partem*; 2) *overruling* sfavorevole oggettivamente imprevedibile; 3) *overruling* favorevole operato dalle Sezioni unite.

Il primo tipo di diritto vivente, quello descritto nel paragrafo precedente, diversamente da quanto sostenuto da altra parte della dottrina (98), non può essere parificato al diritto legislativo e godere delle garanzie ulteriori della legalità europea, in quanto non incide sulla prevedibilità delle decisioni giudiziarie e sull'uguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge, né genera dubbi circa la compressione dei principi di irretroattività nel caso in cui sia sfavorevole o di retroattività in quello opposto.

In queste circostanze ci si trova al cospetto, anzi, di momenti ineliminabili di dialettica discorsiva che consentono di introdurre anche nel momento dinamico-applicativo del diritto *in action* di matrice giurisprudenziale gli stilemi tipici di quel modello virtuoso di democrazia deliberativa caro ad Habermas che esige un continuo controllo critico delle decisioni politiche, rifiutando una direzione rigida dell'autorità. Questo processo di contaminazione 'democratica' è, invero, particolarmente utile proprio poiché l'attività giurisdizionale in ambito penale, nei termini in cui la si è sinora considerata, è anch'essa 'attività politica', concorrendo, al pari di quella legislativa, a 'creare diritto' tramite la codefinizione della sostanza dell'incriminazione e a incidere, quindi, sulla libertà personale degli individui (99).

Peraltro, riconoscere un minimo di 'gioco' al potere interpretativo dei giudici, ammettendo la possibilità di vedere convivere nell'ordinamento

(97) G.A. DE FRANCESCO, *Due temi controversi: lo sviluppo del 'diritto giurisprudenziale' ed i principi intertemporali della legge penale*, in *La crisi della legalità*, cit., 269 ss.

(98) M. DONINI, *Disposizione e norma*, cit., 115, sostiene che "ogni mutamento giurisprudenziale di segno estensivo, che innovi rispetto ad un indirizzo giurisprudenziale *well-established*, debba comunque soggiacere al divieto di retroattività, ancorché la sottofattispecie sia di segno (meramente) "estensivo" e non "analogico"".

(99) J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung* (1992), tr. it., *Fatti e norme. Contributi ad una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Roma, 2013. Sul punto, seppure in termini differenti, O. DI GIOVINE, *Il ruolo costitutivo*, cit., 162 s.

esegesi contrastanti di stesse norme, consente di evitare un effetto collaterale non secondario di un diritto marcatamente legicentrico: la sclerotizzazione degli orientamenti giurisprudenziali anche, eventualmente, non corretti (100).

Al più, nelle ipotesi di mutamento interpretativo *contra reum*, oppure di stabilizzazione, sempre in termini sfavorevoli, di un contrasto ermeneutico ad opera delle Sezioni unite, si potrà ritenere non punibile l'autore della vicenda storica da cui è originata la decisione giudiziaria all'esito di una valutazione individualizzante ed in concreto circa l'eventuale ignoranza inevitabile della legge penale ai sensi dell'art. 5 c.p. così come riscritto dalla notissima sentenza C. cost. n. 364/1988.

A livello oggettivo, infatti, in entrambe le ipotesi (contrasto diacronico ancora irrisolto e contrasto diacronico risolto sfavorevolmente dalle S.U.), la base legale dell'incriminazione codefinita dall'interpretazione datane dalla giurisprudenza sino a quel momento sarebbe comunque in grado di lasciar prevedere la soluzione interpretativa *in malam partem*, alimentando un contesto di 'incertezza' e non di assoluta 'imprevedibilità'; l'unica possibilità per il reo sarebbe ragionevolmente quella di motivare sul piano soggettivo la non rimproverabilità della propria condotta, a causa dell'impossibilità di essere effettivamente motivato tramite le norme, restituendo così margini applicativi a una causa di non punibilità davvero poco valorizzata come l'art. 5 c.p.

8.2.1. (Segue...) 2) *overruling sfavorevole oggettivamente imprevedibile*; 3) *overruling favorevole operato dalle Sezioni unite*. — Cosa ben diversa, invece, sono le altre due tipologie di diritto giurisprudenziale, che per il loro eccezionale rilievo fanno apparire opportuna e ragionevole l'estensione degli altri corollari della legalità penale della irretroattività, retroattività della *lex mitior* e prevedibilità delle decisioni giudiziarie andando oltre e 'contro' la prospettiva legicentrica nazionale. È solo in questi casi limite, l'uno riguardante una decisione giudiziaria sfavorevole che si innesta su un diritto vivente che non rendeva in alcun modo prevedibile la rilevanza penale della condotta tenuta, l'altro una pronuncia

(100) F. PALAZZO, *La sentenza Contrada ed i cortocircuiti della legalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 1063, a tal proposito osserva che "il più che meritorio intento di "sanzionare" l'incertezza, di garantire l'individuo contro l'incertezza applicativa, si convertirebbe in una paralizzante sclerotizzazione della giurisprudenza. Occorre distinguere l'improvviso e netto *revirement* giurisprudenziale sfavorevole, rispetto al quale un argine, una garanzia è assolutamente necessaria, dalla situazione di 'semplice' incertezza applicativa. Escludere in quest'ultima ipotesi la legalità di una condanna, significherebbe impedire qualunque processo di concretizzazione giurisprudenziale delle disposizioni legislative, in palese contraddizione con l'assunto fondamentale della legalità europea secondo il quale alla produzione del diritto concorrono i due formanti, legislativo e giurisprudenziale".

del massimo organo nomofilattico favorevole che ribalta o consolida un precedente orientamento facendo diventare irrilevante penale un certo comportamento, che si può ammettere la parificazione del formante giurisprudenziale a quello legislativo.

In particolare, il principio di irretroattività, come chiarito anche dalle sentenze della Corte EDU Del Rio Prada del 2013 e Contrada 2015, deve coprire il solo ristrettissimo caso di mutamento interpretativo sfavorevole assolutamente e oggettivamente imprevedibile rispetto alla consolidata giurisprudenza di segno opposto (ma pur sempre plausibile in ragione del testo legislativo), secondo il modello già vigente nei paesi di *common law* (101) del *prospective overruling* che consente al giudice di modificare l'interpretazione consolidata soltanto per il futuro e non anche per il passato (102), con la conseguenza che al caso *sub iudice* si continua ad applicare la pregressa *regula iuris*, mentre ai casi commessi dopo la nuova sentenza sfavorevole si potrà applicare la nuova regola (103).

Ad avviso di alcuni Autori, tale regola sarebbe già oggi direttamente azionabile anche nel nostro ordinamento, pur in assenza di un'esplicita indicazione normativa, sia per il rischio che il suo mancato ossequio determini nuove condanne da Strasburgo per l'Italia analoghe a quella del caso Contrada, sia, soprattutto, per un implicito riconoscimento in un *obiter dictum* del § 7 della sentenza n. 230/2012 e, segnatamente, per il richiamo ivi contenuto, in termini apparentemente adesivi, alla giurisprudenza della Corte EDU a quel momento esistente e relativa alla estensibilità del principio di irretroattività al mutamento giurisprudenziale imprevedibile (104). Laddove non si condividesse tale soluzione interpretativa convenzionalmente conforme, non ritenendo possibile risemantizzare il lemma legge contenuto nell'art. 2 c.p., l'altra alternativa più semplice e non problematica è ancora una volta rappresentata dall'errore inevitabile *ex art. 5 c.p.*

Se si parte da questo punto di vista, si rifiuta allora anche la lettura della sentenza Contrada quale decisione recante una incondizionata esten-

(101) Sul punto si rinvia al lavoro 'avanguardista' di A. CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., spec. 314 ss.; nonché, ID., voce *Giurisprudenza e diritto penale*, in *Dig. pen., Agg.*, Torino, 2016, 407 ss.; ID., *Presentazione*, in ID., a cura di, *Cassazione e legalità penale*, Roma, 2017, 19.

(102) In queste situazioni sembra propendere, nelle more di un'esplicita riforma del nostro ordinamento che regolarizzi il *prospective overruling* per l'impiego dell'art. 5 c.p., F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità*, cit., 242.

(103) V. MANES, *Commonlaw-isation del diritto penale?*, cit., 969.

(104) R. BARTOLI, *Legalità europea*, cit., 296.

sione dei principi di irretroattività e di prevedibilità al diritto giurisprudenziale (105).

La decisione della Corte di Strasburgo, infatti, incorre in un errore non da poco: assimilare un mero e fisiologico contrasto interpretativo sincronico ad un *overruling* improvviso ed oggettivamente imprevedibile della giurisprudenza.

Nel caso Contrada, in primo luogo si trattava — come si è già provato a evidenziare in precedenza — di una figura delittuosa sì di creazione giurisprudenziale, ma in termini di maggiore aderenza con i principi costituzionali e con le finalità della pena, dunque, ammissibile poiché tendente ad amplificare le garanzie per il *favor libertatis*.

In secondo luogo, era una soluzione giurisprudenziale ampiamente prevedibile al tempo della commissione dei fatti tra il 1979 e il 1988: non solo in quel frangente storico già esisteva un orientamento che riconosceva il reato di concorso esterno, ma addirittura ne esisteva un altro ancor più rigorista che riteneva qualificabili quegli stessi fatti come partecipazione in associazione mafiosa *ex art. 416 bis c.p.* (106).

La stessa ‘base legale’ definita dal tenore letterale delle due norme che in combinato disposto danno vita alla figura delittuosa del c.d. concorso esterno era in grado di lasciar prevedere tale esito giudiziario sfavorevole ancor più facilmente che dopo il 1994, dal momento che sulla scorta della loro ‘normale’ e ‘naturale’ combinazione il comportamento incriminato dalla fattispecie plurisoggettiva eventuale poteva essere integrato da qualsiasi tipo di condotta di un non affiliato che avesse addotto un mero contributo agevolativo alla condotta di partecipazione in associazione mafiosa.

Con l’intervento delle S.U. 1994 non si è, *ex abrupto*, confutato un orientamento favorevole consolidato, creando un reato ‘prima inesistente’, bensì si è eliminato solamente ogni tipo di incertezza circa l’*an* del concorso esterno e sono state fornite importanti precisazioni sul *quomodo*, definendo il suo statuto di tipicità in difformità dal dato letterale degli artt. 110 e 416 *bis c.p.*, ma nella sostanza in maniera più rispettosa dei principi

(105) V. MAIELLO, *Consulta e CEDU riconoscono la matrice giurisprudenziale del concorso esterno*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 1019; D. PULITANÒ, *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in *Dir. pen. cont.*, 13 luglio 2015; M. 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 *questa Rivista*, 2016, 346. Da ultimo, per altre interessanti osservazioni sulla portata della sentenza Contrada, cfr. G. FORNASARI, *Un altro passo nella “riscrittura” della legalità? Appunti sulla sentenza Contrada*, in *Politica criminale e cultura giuspenalistica*, a cura di A. CAVALIERE-C. LONGOBARDO-V. MASARONE-F. SCHIAFFO-A. SESSA, Napoli, 2017, 447 ss.

(106) F. VIGANÒ, *Strasburgo ha deciso, la causa è finita: la Corte di Cassazione chiude il Caso Contrada*, in *Dir. pen. cont.*, 27 settembre 2017.

di offensività e di proporzionalità della pena, ammettendo l'equiparazione sanzionatoria del concorrente esterno al partecipe solo in presenza di un contributo *ex post* rivelatosi causa *but for* del rafforzamento/mantenimento in vita dell'associazione.

Come è stato osservato, il giudice italiano che non condividesse, oggi, lo *specifico* principio di diritto enunciato in *Contrada* dalla Corte EDU — l'inidoneità della base legale rappresentata dal combinato disposto degli artt. 416 *bis* e 110 c.p. a legittimare una condanna, al metro dell'art. 7 CEDU, per fatti commessi prima della sentenza *Demistry* del 1994 — “potrebbe argomentare distesamente il proprio dissenso, lavorando sullo stesso terreno del diritto convenzionale; mostrando, se possibile, come la sentenza *Contrada* sia anomala nello stesso panorama della giurisprudenza di Strasburgo, e meriti pertanto un ripensamento da parte degli stessi giudici europei, magari nel contesto di una pronuncia resa dalla Grande Camera. Nella chiara consapevolezza che tali argomenti saranno poi presi in considerazione e vagliati dalla Corte europea, in risposta al — prevedibilissimo — ricorso che sarà proposto dal condannato contro una simile sentenza” (107).

Sotto l'altro versante, invece, il principio di retroattività della *lex mitior* deve estendersi al mutamento interpretativo favorevole unicamente quando intervenuto con una decisione delle Sezioni unite, vale a dire con un provvedimento giudiziario che abbia proprio la funzione nomofilattica di chiarire quale sia la lettura corretta di una fattispecie incriminatrice. Non ogni sentenza che si discosti da un'altra di segno antagonistico sfavorevole può determinare effetti rilevanti quale la retroazione favorevole; ma solo quella adottata dalla Cassazione nella sua più autorevole composizione, dal momento che esprime una mutata e stabile percezione del disvalore del fatto commesso tale da rendere irragionevole e discriminatoria la prosecuzione anche dell'esecuzione delle pene già inflitte: come possono dirsi rispettati i principi della funzione rieducativa e della proporzionalità della pena di cui agli artt. 27, co. 3 e 3 Cost. nei confronti di quel reo che continui ad espriare la pena inflittagli per un comportamento divenuto successivamente lecito?

8.3. *La questione della revocabilità del giudicato in presenza di mutamento favorevole delle S.U. alla luce della riforma Orlando dell'art. 618 c.p.p.: un nuovo argomento per riproporre la questione di legittimità costituzionale dell'art. 673 c.p.p. dopo C. cost. 230/2012?* — Tuttavia, come si è già osservato prima, la possibilità di travolgere addirittura il giudicato in presenza di un *revirement* favorevole delle Sezioni Unite in

(107) F. VIGANÒ, *Strasburgo ha deciso*, cit.

attuazione del principio di retroattività della *lex mitior* sembra preclusa a causa della drastica decisione di sbarramento della Consulta n. 230/2012.

Non di meno, spiragli interessanti per un ripensamento di tale orientamento potrebbero provenire tanto dalla relativizzazione del ‘mito’ dell’intangibilità del giudicato operata da alcuni recenti decisioni delle S.U., quanto, soprattutto, da una delle tante modifiche normative apportate al sistema penale dalla recente riforma Orlando del 2017.

A flettere la rigidità del ragionamento della Corte costituzionale, contribuiscono infatti già le due menzionate pronunce delle S.U. 2014, Ercolano e Gatto, che hanno ammesso la revocabilità del giudicato da parte del giudice dell’esecuzione anche in presenza di declaratorie di illegittimità costituzionale di norme diverse da quelle incriminatrici e, quindi, al di fuori dell’unico caso tassativamente elencato dall’art. 673 c.p.p., facendo leva sull’art. 30, co. 4, della legge n. 87 del 1953 istitutiva della Consulta (108).

Ruolo decisivo, però, può essere ascritto alla riforma dell’art. 618 c.p.p., nella parte in cui, nel nuovo comma 1 *bis*, prevede l’obbligo, per la Sezione della Corte che intenda discostarsi da un principio di diritto enunciato in precedenza dalle Sezioni unite, di rimettere la questione a queste ultime.

Tale innovazione legislativa può segnalare una scelta tanto implicita, quanto forte, a favore della ‘stabilizzazione’ della ‘giurisprudenza-fonte’ e dell’attribuzione alla stessa di quella efficacia *erga omnes* che nel recente passato le era stata ragionevolmente negata sulla base della precedente disciplina, ritenendo che tutte le volte in cui ci sia stata una decisione delle S.U. questa si presume vincolante per il futuro (109).

Anzi, se si riflette bene, si arriva alla conclusione che la cristallizzazione del principio di diritto enunciato in una decisione del massimo organo nomofilattico assume un valore ‘definitivo’ assimilabile a quello di una modifica normativa, dal momento che un eventuale cambiamento necessiterà di tempo, dovendo provenire dalle stesse S.U. Non solo si dovrà attendere il tempo tecnico inevitabile perché una Sezione semplice si decida ad investirle nuovamente di una medesima questione, ma probabil-

(108) Sez. un., 24 ottobre 2013, n. 18821, Ercolano, con nota di F. VIGANÒ, in *Dir. pen. cont.*, 12 maggio 2014; Sez. un., 14 ottobre 2014, n. 42858, Gatto, con nota di G. ROMEO, *ivi*, 17 ottobre 2014.

(109) Tale modifica sembra accogliere le richieste avanzate da A. CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., 318 ss.; *Id.*, voce *Giurisprudenza e diritto penale*, cit., 422, quando segnalava che « non è accettabile che il giudice più periferico possa impunemente dipartirsi da un importante precedente della Corte Suprema di Cassazione, specie se a Sezioni Unite. Né è accettabile che le stesse Sezioni semplici possano superare un precedente delle Sezioni unite ». Sul punto, v. M. DONINI, *Disposizione e norma*, cit., 92 ss.; *Id.*, *Il diritto penale giurisprudenziale*, in *Dir. pen. cont.*, 6 giugno 2016, 36; G. FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2005, 1722 ss.

mente anche un lasso cronologico molto più dilatato: risulta difficile pensare che — nell'eventualità in cui sia adito — il medesimo collegio che ha statuito una *regula iuris* muti repentinamente orientamento, rivedendo il principio di diritto; è più probabile, invece, che si debbano attendere lunghi anni prima che ciò avvenga, probabilmente almeno quelli necessari ad un rinnovamento dei suoi componenti.

L'efficacia *erga omnes* di una decisione giudiziaria di questo tipo finirebbe allora con l'essere non così dissimile da quella di un intervento legislativo o della Corte costituzionale. La recente esperienza, invero, ha mostrato cambi di rotta repentini sia sul primo fronte che sul secondo, come nel caso della disciplina della colpa medica riscritta nel giro di appena cinque anni, o di quella dell'oltraggio al pubblico ufficiale oggetto di una duplice riforma in meno di un decennio, o ancora di quella degli stupefacenti oggetto di una sentenza della Consulta e di un immediato intervento 'ripristinatorio' del legislatore.

Pur rischiando, allora, di alimentare la sclerotizzazione di orientamenti giurisprudenziali sbagliati a cui si è accennato in precedenza, questa disciplina assicura una fermezza decisamente maggiore al *dictum* delle S.U. rispetto al passato, facendo venire meno quelle differenze sostanziali che avevano portato la Consulta con la più volte menzionata sentenza n. 230/2012 a ritenere ragionevole l'esclusione dalle ipotesi tassative di revoca del giudicato di cui all'art. 673 c.p.p., di quella della pronuncia giurisprudenziale più favorevole delle S.U., in quanto fenomeno giuridico diverso rispetto all'abrogazione legislativa e alla declaratoria di illegittimità costituzionale.

Un primo banco di prova per saggiare la tenuta di questa ipotesi poteva essere rappresentato da una questione di legittimità costituzionale sollevata da un giudice dell'esecuzione in relazione alle possibili richieste di revoca del giudicato pervenutegli per casi simili a quelli affrontati dalle Sezioni Unite 2017 Paternò relativamente al delitto di violazione delle prescrizioni inerenti alla misura di prevenzione *ex art. 75 d.lgs. n. 159/2011*.

Tuttavia, la recente questione di legittimità costituzionale sollevata a pochissimi mesi di distanza dalla Seconda Sezione della S.C. (110), che non ha ritenuto soddisfacente il principio di diritto della sentenza Paternò in quanto abusivamente sostitutivo di una valutazione di compatibilità costituzionale di pertinenza esclusiva della Consulta (111), ha reso impossibile percorrere questa strada.

(110) Cass., Sez. II, ord. 11 ottobre 2017 (dep. 26 ottobre 2017), n. 49194.

(111) F. VIGANÒ, *Ancora sull'indeterminatezza delle prescrizioni inerenti alle misure di prevenzione: la seconda sezione della Cassazione chiama in causa la Corte costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, 31 ottobre 2017; sul punto si veda, da ultimo, V. MAIELLO, *La violazione degli obblighi di 'vivere onestamente' e 'rispettare le leggi'*, cit., 781.

Affidando la questione in parola al controllo accentrato della Corte costituzionale e alla eventuale declaratoria di illegittimità costituzionale, viene meno il problema della revocabilità del giudicato dal momento che, trovandosi al cospetto di una situazione espressamente contemplata dall'art. 673 c.p.p., sarebbe pacificamente ammessa.

8.4. *Un possibile caso di interazione costruttiva tra diritto convenzionale, diritto giurisprudenziale e legalità: la confisca urbanistica senza condanna.* — Di recente, la tormentata vicenda della applicabilità in assenza di condanna della confisca urbanistica sembra aver aperto le porte ad un caso di interazione in termini di *favor rei* tra le varie legalità.

Com'è noto, infatti, la lunga diatriba è stata risolta dalla sentenza della Corte EDU, Grande Camera, 28 giugno 2018, G.I.E.M. e altri c. Italia con cui, da un lato, è stata ribadita per l'ennesima volta, con un'articolata motivazione, la natura sostanzialmente penale di questa ipotesi speciale di ablazione patrimoniale prevista per taluni reati edilizi e, dall'altro (operando un *revirement* rispetto alla sentenza Varvara del 2013 e assecondando le indicazioni promananti dalla sentenza n. 49/2015 della Corte costituzionale), è stata affermata la sua applicabilità anche con una sentenza di proscioglimento per prescrizione purché ci sia stato in uno dei gradi di giudizio un accertamento pieno e non confutato successivamente della responsabilità penale, comprensivo anche della colpevolezza.

Teoricamente, quindi, in virtù della efficacia vincolante delle decisioni di Strasburgo (ribadita anche dalla stessa sentenza, a prescindere dall'organo giudicante — *Grande Chambre* o Sezione semplice — e dalla natura consolidata o innovativa del *decisum*) la sanzione penale della confisca urbanistica potrebbe essere applicata anche in caso di prescrizione.

Sennonché, un'attenta analisi del diritto vivente interno e dei principi informanti l'ordinamento giuridico italiano sul versante penalistico potrebbe aprire lo spazio ad una differente valutazione da parte della giurisprudenza nazionale della questione della confisca urbanistica senza condanna ed innescare un distinguo tra la vincolatività del primo principio di diritto enunciato dalla CEDU *in melius* relativo alla natura giuridica ed il secondo, *in peius*, inerente alla confisca senza condanna.

In particolare, su questo ultimo versante, potrebbe profilarsi un'attivazione dei controlimiti immaginando per il giudice interno la possibilità di sollevare una nuova questione di legittimità costituzionale dell'art. 44, comma 2 d.P.R. n. 380/2001, questa volta per violazione degli artt. 25, comma 2, 27 comma 3 e 3 Cost. e non più della presunzione di non colpevolezza e del diritto di proprietà come nella sentenza C. cost. 49/2015.

Trattandosi, infatti, di sanzione sostanzialmente penale la confisca urbanistica deve rispettare tutti i principi caratterizzanti il diritto penale

nazionale di marca costituzionale, anche quello rieducativo, e non solo quello di irretroattività come di recente la Consulta ha timidamente ammesso in alcune pronunce del 2016 e del 2017 (sentt. n. 246/2016 e 43 e 68/2017) (112).

Delle due l'una: se la sanzione è penale, oltre a dover essere applicata solo *pro futuro* e in seguito all'accertamento della colpevolezza, si richiede anche che essa sia espressamente prevista dalla legge e che debba tendere alla rieducazione del condannato, qualunque sia la sua natura detentiva, pecuniaria, interdittiva o ablativa. Se non è penale sottostà al diverso statuto garantista, meno intenso, previsto per le misure sanzionatorie di natura amministrativa. Nella moderna accezione eclettico-dialettica della pena, sposata anche dalla Corte costituzionale in talune sue recenti sentenze a partire dalla nota sent. n. 313/1990, la funzione rieducativa non è considerata una finalità incidente solo sulla fase esecutiva della pena e, dunque, concernente le sole sanzioni detentive, ma un obiettivo tendenziale che opera anche negli altri piani precedenti della fenomenologia punitiva, vale a dire, quelli della minaccia edittale e della commisurazione giudiziale, potendo, anzi dovendo, riguardare qualsiasi genere di sanzione penale.

In questa direzione si è, peraltro, già mossa la giurisprudenza nazionale a proposito della confisca del prezzo del reato con la nota sentenza Lucci delle Sezioni unite del 2015 in cui è stato stabilito che questa può essere applicata in assenza di condanna perché rappresenta un'ipotesi di confisca diretta e, quindi, dotata di natura meramente amministrativa, mentre la confisca per equivalente, avendo natura sostanzialmente penale, può essere disposta solo con una sentenza definitiva di condanna, dovendo rispettare le più penetranti garanzie previste per le pene criminali.

Combinando allora i principi costituzionali citati con il diritto vivente interno si evince la plausibilità della questione di legittimità costituzionale.

Come potrebbe la confisca urbanistica, essendo una sanzione sostanzialmente penale, essere applicata anche a casi non tassativamente previsti dalla legge? Ma soprattutto, come potrebbe perseguire una funzione rieducativa se applicata in assenza di una condanna definitiva? Davvero offrirebbe una *chance* di risocializzazione, oppure non sarebbe avvertita individualmente dal reo e complessivamente dai consociati come profondamente ingiusta? Ed infine, come potrebbe essere ragionevole la sua irrogazione in tali circostanze quando è esclusa per la confisca per equivalente con cui condivide la medesima natura penale?

(112) La difficile estensione da parte della Consulta dei principi costituzionali di marca penalistica alle sanzioni sostanzialmente penali è, da ultimo, analiticamente ricostruita da L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., 34 ss.

Riserva di legge e funzione rieducativa della pena, entrambi aspetti cruciali nel sistema interno e secondari a livello convenzionale, consentono di individuare nel nostro ordinamento in tale specifico ambito *standard* di tutela dei diritti fondamentali dei consociati più elevati e, quindi, possono essere opposti come controlimiti avverso la penetrazione del diritto giurisprudenziale sovranazionale.

Resta solo il problema di stabilire come nel caso di eventuale accoglimento della questione si possa garantire un'adeguata tutela ad un altro interesse fondamentale quale l'ambiente ed il paesaggio che, sguarnito anche dal presidio della confisca urbanistica, finirebbe con l'essere eccessivamente vulnerabile.

9. *Segni disordinati, ma confortanti, di vitalità della riserva di legge.* — Peraltro, che la riserva di legge non sia stata cancellata o sia prossima ad esserlo, ma stia iniziando a trovare nuova linfa, lo si può ricavare da alcuni chiari segnali in controtendenza emersi nel nostro ordinamento, seppure in maniera contingente ed asistemica.

In primis, in questo senso depongono le importanti sentenze del 2014 nn. 5 e 32 della Corte costituzionale in cui, pur senza arrivare ad affrontare di petto il problema di fondo dell'ammissibilità del decreto-legge e del decreto legislativo quali fonti del diritto penale, è stato riscoperto il ruolo cardine assolto dal profilo procedurale della riserva di legge ed i rischi insiti nel suo aggiramento quando si ricorre alla legislazione delegata o d'urgenza (113).

In seconda istanza, segnali di rinascita della riserva di legge sono stati offerti dal recente e già richiamato 'caso Taricco' in cui, con l'ordinanza n. 24/2017 della Consulta, la riserva di legge è stata di fatto elevata, in qualità di vero e proprio prerequisite minimo dell'identità democratica nazionale e "garanzia essenziale del rapporto autorità libertà" (114), al rango di possibile controlimite rispetto a quelle limitazioni di sovranità che, pur coperte dagli artt. 11 e 117, co. 1 Cost., non promanano da istituzioni sovranazionali legittimate ad imporre obblighi di criminalizzazione (soluzione questa poi ribadita con taluni distinguo da C. Cost. 115/2018).

Ancora, un'ennesima conferma della rivitalizzazione della riserva di legge la si può trarre da un'analisi della materia del concorso esterno alla luce delle recenti riforme legislative che, al di là delle definizioni nominali del legislatore, hanno segnalato una riappropriazione del legislatore di un campo di materia abbandonato alla prassi giurisprudenziale e condannato all'incertezza applicativa.

(113) C. CUPELLI, *Il problema della legalità*, cit., 191.

(114) D. PULITANÒ, *Diritto penale. Parte generale*, Torino 2011, 170; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., 128.

Le profonde innovazioni apportate con interventi pointinistici e non coordinati, rispettivamente, nel 2009, 2014 e 2016, con gli artt. 416 *ter* c.p., 375 c.p. e 391 *bis* c.p., se rilette sinotticamente, rivelano un disegno politico-criminale, probabilmente inconsapevole, teso a tipizzare espressamente, tramite fattispecie delittuose *ad hoc*, forme qualificate di concorso esterno incentrate su condotte meramente agevolative di contiguità mafiosa, piuttosto che sulla pressoché indimostrabile efficacia causale necessaria *ex post* rispetto all'evento del rafforzamento/mantenimento in vita delineato dalle Sezioni unite (115).

Infine, un ulteriore passo verso una palingsesi della riserva di legge potrebbe essere agevolmente compiuto sul versante del diritto interno, chiudendo le porte del diritto penale alla legalità governativa salvo i casi oggi imposti dalla legge di delegazione europea o, quanto meno, disciplinandola con regole più rigorose quali, ad es., l'impossibilità di votare la fiducia in occasione del passaggio in aula dei d.l. in attesa di conversione; la *vacatio legis* per consentire la conoscibilità delle nuove opzioni legislative che gravano sulla libertà personale.

10. *Conclusioni.* — Pur essendosi oramai dissolta la geometria perfetta e rassicurante del modello di diritto penale di derivazione illuminista, la legalità incentrata sulla riserva di legge non può e non deve tramontare, ma deve trovare un nuovo equilibrio per continuare a costituire il primo baluardo contro usi liberticidi della sanzione criminale.

Se, dunque, il suo ruolo continua ad essere ineliminabile in un sistema penale che aspiri ancora ad essere la *Magna Charta libertatum* del reo, si devono discernere le sue 'curvature' fisiologiche, che vanno analizzate e razionalizzate, ma non rigettate aprioristicamente, dalle sue fratture o relativizzazioni eccessive che, all'opposto, vanno fronteggiate e criticate (116).

Partendo allora dalla sua attuale vigenza e vitalità, si deve riconoscere, però, che ad essa può derogarsi, sia in relazione alla legalità europea 'sostanziale' ed 'effettuale' che al diritto giurisprudenziale, tutte le volte in cui ciò produca effetti maggiormente garantistici per i diritti fondamentali rispetto a misure afflittive che incidono sul bene indisponibile per antonomasia quale la libertà personale.

Una simile lettura 'integrata' consente anche di non snaturare il compito di garanzia tipico di una moderna dommatica critica (117) chiamata ad occuparsi del diritto positivo, ed anche del diritto vivente che ne

(115) G. AMARELLI, *La contiguità politico-mafiosa*, cit., 243 ss.

(116) In termini analoghi F. PALAZZO, *Il principio di legalità*, cit., 7.

(117) S. MOCCIA, *La crisi della legalità nella crisi del sistema penale*, in *La crisi della legalità*, cit., 355.

codefinisce il significato, per delimitarne l'ambito ed offrire così un affidabile e stabile modello decisionale rispettoso di esigenze di uguaglianza e ragionevolezza e dei principi di politica criminale cristallizzati nella Costituzione.

La legalità penale, come altre volte è accaduto nella storia del diritto (118), non deve dissolversi insieme con le 'cose' che designava: necessita solo di una 'risemantizzazione' (119). Come anche è stato osservato, la pur condivisibile sfiducia per il sistema politico attuale (*situazionale e locale*), non può tradursi in sfiducia per il sistema democratico (*strutturale e universale*) (120) e per lo strumento oggettivo (la legge) da questo prodotto; bisogna solo "costruire una nuova identità ad una categoria teorica che è stata protagonista indiscussa del pensiero giuridico moderno e che ancora può svolgere un ruolo importante" (121).

Non sono ancora maturi i tempi, né lo saranno mai in uno Stato costituzionale di diritto, per sostituire la *riserva di legge*, pietra angolare della legalità penale *ex art. 25, co. 2 Cost.*, con un concetto *flou* di 'riserva di diritto' indifferentemente legislativo e giurisprudenziale; anche perché non è ciò che ci chiede, né ci può chiedere, l'Europa.

Il *nullum crimen sine lege* non ha allora ceduto il posto al *nullum crimen sine iure* (122); più semplicemente sta adattando la sua pelle alla complessità della modernità che, come ricordava Pietro Costa, non è un monolite, ma "un pluriverso in movimento, attraversato da incompatibili e conflittuali visioni antropologiche e politico-giuridiche" (123).

GIUSEPPE AMARELLI
Associato di Diritto penale
Università Federico II, Napoli

(118) P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, 1995, 130.

(119) M. VOGLIOTTI, voce *Legalità*, cit., 375; G. MANNOZZI, *Le parole del diritto penale*, in *questa Rivista*, 2011, 1462.

(120) Per queste distinzioni cfr. C. CUPELLI, *Il problema della legalità*, cit., 205.

(121) M. VOGLIOTTI, voce *Legalità*, cit., 376.

(122) Prospetta un simile scenario, S. RIONDATO, *Influenze dei principi penali europei su un nuovo codice penale italiano*, in *Questa rivista*, 2011, 1541 ss.; R. BORSARI, *Diritto penale, creatività*, cit., 13 ss.; in termini critici V. MANES, *Commonlaw-isation*, cit., 962.

(123) P. COSTA, *Pagina introduttiva*, cit., 4.