

## Le trasformazioni della legalità penale nel sistema multilivello delle fonti

di *Guglielmo Leo*

L'Autore osserva che il concetto di legalità è oggi soggetto a spinte evolutive che ne stanno modificando la portata (il *protagonismo dei diritti umani*, la penetrazione e l'impatto nel nostro ordinamento delle fonti sovranazionali e della giurisprudenza delle corti sovranazionali Edu). Tuttavia, l'interazione tra fonti non può in alcun modo essere vissuta in modo acritico, essendo necessario avere piena consapevolezza della profonda valenza garantistica che tuttora conserva il principio di legalità penale così come risulta scolpito nella nostra Costituzione. Nel contributo che qui pubblichiamo, l'Autore prende in particolare considerazione due casi che mettono in evidenza i possibili punti di frizione – sotto il profilo del rispetto del principio di legalità – nelle dinamiche di interazione tra ordinamento interno e fonti sovranazionali. Si allude ai delicati temi implicati dalla sentenza resa dalla Corte di giustizia nel caso Taricco e alla possibile attivazione – da parte della Consulta – dei *controlimiti* (il contributo qui pubblicato, redatto prima del deposito dell'ordinanza n. 24 del 2017, è stato poi aggiornato con pochi riferimenti essenziali al contenuto della decisione assunta dalla Corte costituzionale) e alle ricadute che può avere nel nostro ordinamento – e a quali condizioni – la giurisprudenza di Strasburgo inaugurata con il caso Contrada.

**1.** Si moltiplicano le riflessioni sull'attuale fisionomia del principio di legalità quale colonna portante del sistema penale. Ed è quasi istintivo, per spiegare il fenomeno, un riferimento alle “nuove” interazioni tra ordinamenti di livello diverso, per effetto delle quali mutano le procedure di produzione normativa e si determinano complessi problemi di adattamento.

In effetti, le discussioni più attuali nascono da specifici arresti della giurisprudenza europea. D'altra parte, il ruolo essenziale della legalità nei sistemi di giustizia penale è stato riaffermato con forza proprio attraverso le Carte sovranazionali dei diritti, assumendo significati cogenti prima non inclusi nei singoli ordinamenti.

Per una lunga stagione è sembrato prevalere l'ottimismo indotto dalla forza propulsiva di un sistema delle garanzie capace di assestarsi sulla soglia più alta, a seconda che la stessa fosse indicata da una fonte sovranazionale o dalla Carta repubblicana<sup>1</sup>.

È sempre più evidente, però, che l'incontro tra i sistemi genera anche frizioni: è difficile lo scambio tra la logica di *common law* che anima spesso le fonti europee (specie riguardo al diritto giurisprudenziale) e la natura formale conferita al principio di legalità negli ordinamenti continentali.

Questo, a maggior ragione, in un Paese la cui Costituzione è interamente pervasa dal principio di legalità, in base all'idea fondamentale che le libertà della persona possono trovare limiti solo in forza della mediazione politica, attuata secondo il metodo democratico, e quindi (più o meno direttamente) in base alla decisione di un Parlamento liberamente eletto.

Il principio di legalità è qui, anzitutto, questione di qualità della fonte o, altrimenti detto, di *provenienza della norma*. Ciò che vale, com'è noto, non solo per le norme sanzionate penalmente, ma anche per ogni altro comando che imponga ai cittadini di

1. Ad esempio, Corte cost., sentenza n. 317 del 2009.

fare o non fare qualcosa, comando che deve trovare nella legge (almeno) la sua base essenziale. Tema difficile, sviluppato soprattutto nell'ambito del diritto amministrativo, e però affrontato con forza dalla giurisprudenza proprio quando la politica (una parte della politica) ha inteso "delegificare" gli strumenti del controllo sociale. La vicenda delle ordinanze sindacali emanate per ragioni di ordine pubblico, capaci oltretutto di indurre responsabilità di tipo penalistico per il caso di loro violazione, testimonia della forza perdurante dei valori che sottendono al primato della legge. Dichiarando illegittima la norma che consentiva ai sindaci di vietare intere classi di condotte altrimenti lecite, la Corte costituzionale ha ribadito come solo la legge possa consentire al potere pubblico di incidere «sulla sfera generale di libertà dei singoli e delle comunità amministrate, ponendo prescrizioni di comportamento, divieti e obblighi di fare e di non fare»: un «principio supremo dello Stato di diritto» (dunque non suscettibile di revisione), tratto essenzialmente dall'art. 23 della Costituzione, che non declina verso il criterio della puntualità e della determinatezza, ma implica che i consociati siano «tenuti [...] a sottostare soltanto agli obblighi di fare, di non fare e di dare previsti in via generale dalla legge»<sup>2</sup>.

La riserva di legge diviene assoluta, com'è noto, relativamente ai precetti del diritto penale (art. 25, secondo comma, Cost.), e dunque, a differenza di quella relativa, include i connotati della determinatezza e della tassatività. L'attenzione si estende dunque alla *qualità della norma*, che deve garantire, come tante volte affermato dalla Consulta<sup>3</sup>, l'obiettivo fondamentale della legalità: rendere ciascuno libero di agire, ciò che non sarebbe se il divieto intervenisse successivamente alla condotta, o per l'effetto retroattivo conferito ad una legge sopravvenuta, o perché, nell'assenza di elementi descrittivi idonei in una norma preesistente, la porzione fondamentale del precetto viene enucleata dal giudice dopo il fatto.

Qualità della norma e qualità della sua fonte sono dunque funzioni inscindibili. Se la legge non può sostituire un provvedimento riservato alla giurisdizione<sup>4</sup>, la giurisdizione (al pari dell'amministrazione) non può produrre norme fondanti di responsabilità

penale, *neppure* se sono antecedenti, chiare e dettagliate.

Non solo, perché la dominanza della legge si manifesta anche per altri versi, ad esempio con il già citato fenomeno della retroattività *in mitius* spinta oltre la barriera del giudicato: la quale altro non è, nella sostanza, se non appunto l'affermazione d'una volontà legislativa contraria sul comando concreto stabilito con la sentenza.

Naturalmente, la legalità è anche garanzia dei diritti individuali prevaricati mediante comportamenti illegittimi, da chiunque tenuti, e dei diritti collettivi, ciò che implica l'interesse, costituzionalmente rilevante, all'effettività della tutela penale, alla legalità quale connotazione profonda del vivere sociale.

**2.** Così stando le cose (in termini ovviamente assai sommari), si intuisce quali siano le occasioni di frizione, o almeno le dissonanze, che si determinano nell'incontro tra sistemi multilivello. Come spesso viene osservato, quello convenzionale non è fondato sul bilanciamento (non almeno in termini assimilabili ai nostri), e al tempo stesso manifesta una tendenziale indifferenza per la fonte del comando, concentrandosi sui comportamenti concreti degli Stati e privilegiando, nell'approccio alle norme, non tanto la loro determinatezza, quanto piuttosto la loro "comprensibilità".

Si può dire, riprendendo spunti dottrinali di segno analogo, che, nella prospettiva della Convenzione, la legalità si risolve soprattutto in presidio del principio di colpevolezza, mediante la pretesa d'un carattere antecedente e comprensibile del comando o del divieto imposti ai consociati. E forse non è banale il rilievo che, nel nostro ordinamento, la costituzionalizzazione del principio di colpevolezza fosse stata invece trovata *altrove*, almeno in prima battuta, e cioè nell'ambito della necessaria finalizzazione rieducativa della pena e del principio di personalità della responsabilità penale.

È risaputo. La giurisdizione convenzionale si occupa di singole e concrete violazioni di un diritto umano, e non è dirimente che il *vulnus* derivi dall'applicazione di norme nazionali (e dunque

2. Corte cost., sentenza n. 115 del 2011.

3. Tra le molte, Corte cost., sentenze n. 282 del 2010 e n. 327 del 2008.

4. Corte cost., sentenza n. 85 del 2013: nel senso qui rilevante, la riserva di giurisdizione, « – non enunciat[a] esplicitamente da una singola norma costituzionale, ma chiaramente desumibile in via sistematica da tutto il Titolo IV della Parte II della Costituzione – consiste nella esclusiva competenza dei giudici – ordinari e speciali – a definire con una pronuncia secondo diritto le controversie, che coinvolgono diritti soggettivi o interessi legittimi, loro sottoposte secondo le modalità previste dall'ordinamento per l'accesso alle diverse giurisdizioni. Con riferimento alla giurisdizione penale, la «riserva di sentenza», di cui sinora s'è detto, è integrata nella Costituzione italiana dalla riserva al pubblico ministero dell'esercizio dell'azione penale, che costituisce un potere esclusivo, ma anche un dovere dei titolari di tale funzione giudiziaria (art. 112 Cost.)».

comporti un problema sistemico) o piuttosto costituisca l'effetto di comportamenti non normati, o illegali, ad opera di rappresentanti del potere pubblico. Nella prospettiva nazionale, invece, la riserva di legge ha certo il senso della protezione dei singoli contro la «regola fatta per il caso concreto» e contro la «legge posteriore al fatto», ma valorizza anche, in termini decisivi, la qualità della fonte. La legittimità del precetto, poi, è questione che non attiene necessariamente al piano della «validità generale» della legge (non dipendendo sempre da indeterminatezza od oscurità del linguaggio legislativo), ma incide comunque su ciascuna concreta fattispecie, escludendo se del caso la colpevolezza dei singoli individui, attraverso la garanzia apprestata dall'art. 5 cp nell'assetto conferitogli dalla Consulta<sup>5</sup>.

In altre parole, il principio di legalità penale è cresciuto nel nostro ordinamento come fattore di illegittimità di fonti alternative del diritto punitivo, tra le quali, progressivamente, la nostra Corte costituzionale ha finito col comprendere le sue stesse sentenze, ed a maggior ragione, per certi versi, tutte le decisioni giudiziali. Una concezione radicale, espressa affermando il divieto di sindacato *in malam partem* delle norme di diritto penale, tanto da indurre, secondo parte autorevole della dottrina, una indebita mutilazione del sistema di garanzia della legalità costituzionale<sup>6</sup>.

Nello stesso tempo, la riserva alla legge del «diritto» di punire ha indotto a riconoscere per la discrezionalità politica del legislatore un «ampio margine» quanto alle scelte di diritto sostanziale, ed anche alle opzioni concernenti le regole processuali. La legge, per definizione, è libera nell'individuazione dei fini e dei modi, salvi naturalmente i limiti costituzionali<sup>7</sup>. Dunque la discrezionalità legislativa è connaturata al principio di legalità.

In sintesi, secondo la giurisprudenza costituzionale consolidata, il diritto punitivo non può essere integrato neppure dal giudice delle leggi, e neppure quando manchi la discrezionalità legislativa.

Nel diritto penale, l'adeguamento della legge alla Costituzione per la via della giurisdizione (si tratti poi di manipolazione o di interpretazione conforme) è possibile solo alla doppia condizione del verso *in*

*bonam partem* e della compatibilità esclusiva tra la soluzione adottata ed il dettato costituzionale.

Tutto ciò naturalmente non vuol dire che la Corte costituzionale, o la giurisdizione comune, abbiano ignorato il ruolo dell'interpretazione nella vita del sistema penale, anche e soprattutto ai fini della sua evoluzione e del suo adeguamento ai principi costituzionali.

Certo però, sol che si rifletta sui temi appena evocati, che non può stupire l'imponenza (ed in qualche caso l'irrazionalità) delle reazioni che si producono quando, attraverso le decisioni delle Corti sovranazionali, fanno irruzione sullo scenario nazionale, con tutto il relativo portato di precarietà, elementi tipici del «diritto giurisprudenziale» (come la pretesa rilevanza dell'*overruling* favorevole, o la giurisprudenza contrastante quale fattore di «imprevedibilità» della punizione). Ed anche quando, *mutatis mutandis*, la portata del principio di legalità viene sostanzialmente modificata per editto giurisprudenziale (come nel caso, sul quale brevemente si tornerà, della deroga imposta al divieto di retroattività per fini di protezione degli interessi finanziari dell'Unione).

Uno sconcerto duplice, che investe la sostanza delle sollecitazioni provenienti dal contesto europeo riguardo al sistema interno delle fonti, ma prima ancora concerne la fonte stessa di quelle sollecitazioni, che a sua volta esprime una funzione non legislativa, e che, per vero, del diritto giurisprudenziale riproduce finanche le connotazioni della instabilità e, talvolta, della imprevedibilità<sup>8</sup>.

**3.** Sarebbe in verità riduttiva – già si è accennato – un'analisi che riferisse solo all'attivazione delle fonti sovranazionali la spinta evolutiva che sta modificando il concetto di legalità penale.

Lo stesso principio di legalità formale ha indotto previsioni interne la cui portata è stata progressivamente estesa per assicurare tutela efficace ad alcuni diritti fondamentali. La Corte costituzionale, dal canto proprio, ha incrementato, sia pure con prudenza, l'efficienza del proprio controllo sulla legittimità costituzionale delle leggi, riducendo le «zone franche» e di fatto attenuando la forza preclusiva del binomio

5. Corte cost., sentenza n. 364 del 1988.

6. Tra le molte, Corte cost., sentenze n. 394 del 2006, n. 57 del 2009, n. 109 del 2016.

7. Tra le molte, Corte cost., sentenze n. 394 del 2006, n. 22 del 2007, n. 68 del 2012, n. 185 del 2015, n. 23 del 2016, n. 148 del 2016.

8. Sono discussioni destinate a rinnovarsi a fronte di una recentissima manifestazione dei problemi tipici del «diritto giurisprudenziale»: la sentenza della Grande Camera della Corte Edu, in data 15 novembre 2016, nel procedimento A e B v. Norvegia. Un provvedimento da meditare, e che però certamente esprime – a proposito della compatibilità con il principio di *ne bis in idem* dei sistemi nazionali di doppia rilevanza degli illeciti tributari – significative dissonanze rispetto ad arresti recenti della medesima fonte (ad esempio, la sentenza Grande Stevens v. Italia, del 4 marzo 2014), poste in luce del resto da opinioni dissenzienti pubblicate unitamente alla sentenza.

legalità/discrezionalità quale prerogativa della sola fonte parlamentare.

Le ragioni di questo fenomeno sono molteplici. Sullo sfondo primeggia di nuovo – qui indirettamente – il benefico protagonismo che i diritti umani hanno assunto nel diritto europeo, al doppio livello della legislazione e della giurisdizione. Le letture date a Strasburgo dell'art. 7 della Convenzione, ad esempio, hanno indotto la Consulta ad assestare la propria giurisprudenza sulla retroattività della legge penale più favorevole ancor prima che si approdasse ad una costituzionalizzazione del principio per il tramite dell'art. 117, primo comma, Cost.<sup>9</sup>. E non v'è dubbio che il “timore” di esporre l'Italia a ripetute condanne, per asserite violazioni del diritto dell'Unione o di quello della Convenzione, abbia esercitato una decisa influenza su molti aggiornamenti della giurisprudenza costituzionale ed ordinaria<sup>10</sup>.

Non vanno sottovalutate però le cause endogene del fenomeno evolutivo. Tra queste primeggia la qualità, spesso scadente o molto scadente, della recente legislazione, e rileva inoltre l'enorme ritardo del legislatore nella riforma complessiva del codice penale e delle sue fattispecie, tale da porre con sempre maggiore frequenza problemi di anacronismo, che si risolvono in questioni di ragionevolezza e di proporzionalità.

Dunque, come si diceva, il diritto interno ha trovato in se stesso le basi per un miglior presidio della “legalità della legge”, cioè della sua legittimità costituzionale.

La regola di iperretroattività delle sentenze dichiarative della illegittimità di una norma penale – sancita dall'art. 30, ultimo comma, della legge n. 87 del 1953 – è stata progressivamente estesa, muovendo

dall'*abolitio criminis* verso lo spazio pertinente alle circostanze del reato, e poi finanche alle variazioni dei valori edittali di pena<sup>11</sup>.

Per altro verso, i muri che la stessa Corte costituzionale aveva eretto a difesa del principio di legalità formale, negando l'ammissibilità di questioni *in malam partem*, od afferenti agli spazi di elevata discrezionalità legislativa in materia penale, si stano palesemente sgretolando.

Se il risalente dibattito sugli obblighi costituzionali di incriminazione non aveva per lungo tempo prodotto effetti concreti, la sentenza n. 28 del 2010, antesignana dei provvedimenti sugli obblighi “comunitari” di tutela penale, ha costituito un evento di grande portata, che la recente giurisprudenza della Corte di giustizia condurrà certamente a rivedere.

Per implicito prima che per esplicito, la Corte ha poi considerato lecita e doverosa, sempre più spesso, l'implementazione del diritto punitivo che derivi dal controllo sulla regolarità del procedimento di formazione della legge più favorevole.

È avvenuto con l'intervento su leggi regionali che pretendevano di autorizzare comportamenti vietati dalla legge penale statale<sup>12</sup>. È avvenuto nell'ambito del sindacato di regolarità del procedimento per la formazione di norme statali, come nel caso del decreto legislativo che abrogava, in eccesso di delega, una fattispecie incriminatrice<sup>13</sup>, o nel caso del decreto-legge non convertito e della disciplina che ne imponeva l'applicazione quale *lex intermedia mitior*<sup>14</sup>.

Una citazione merita, naturalmente, anche la sentenza che ha travolto, sia pur con effetti generalmente favorevoli per i singoli, una estesa e radicata disciplina dei fatti di narcotraffico, ancora una volta sanzionando un vizio di produzione della disciplina sanzionatoria

9. Principio che la nostra Corte costituzionale non aveva tratto dall'art. 25 Cost., facendone piuttosto questione di ragionevolezza nei singoli casi della disciplina di transizione, progressivamente affermandone la peculiare rilevanza (sentenze n. 393 del 2006 e n. 324 del 2008), e poi stabilendone la cogenza alla luce del diritto convenzionale, limitatamente all'oggetto della fattispecie incriminatrice ed alla pena (sentenze n. 240 del 2015 e n. 236 del 2011).

10. Si pensi solo alla cosiddetta vicenda Scoppola ed a quella delle persone condannate all'ergastolo nelle stesse condizioni del citato Scoppola: Corte cost., sentenza n. 210 del 2013; Cass., Sez. un., sentenza n. 18821 del 24/10/2013, Ercolano, in *Ced Cass.*, n. 258649.

11. Tra le decisioni più significative, Cass., Sez. un., sentenza n. 42858 del 29/05/2014, Gatto, in *Ced Cass.*, n. 260697. Il motore di questa tendenza evolutiva si rinviene nella giurisprudenza costituzionale: si vedano la sentenza n. 210 del 2010 e la più recente sentenza n. 57 del 2016. Con quest'ultimo provvedimento, per inciso, la Consulta ha escluso espressamente che l'iperretroattività discenda anche dall'art. 136 Cost., e che dunque l'art. 30 costituisca l'oggetto d'una prescrizione costituzionalmente imposta: «È il legislatore ordinario (sentenza n. 210 del 2013) a stabilire la retroattività delle declaratorie di illegittimità costituzionale che abbiano colpito le norme penali in applicazione delle quali è stata pronunciata una sentenza irrevocabile di condanna (art. 30, quarto comma, della legge n. 87 del 1953; art. 673 cod. proc. pen.)».

12. Da ultimo, e con ampia motivazione, sentenza n. 46 del 2014; in precedenza, sentenze n. 234 del 1995, n. 110 e n. 96 del 1994, n. 437, n. 307, n. 306 del 1992, n. 504, n. 213, n. 117 e n. 14 del 1991.

13. Corte cost., sentenza n. 5 del 2014.

14. Corte cost., sentenza n. 51 del 1985, dichiarativa addirittura della parziale illegittimità dell'art. 2 cp.

(nella specie, la violazione dell'art. 77 Cost. per il carattere disomogeneo delle disposizioni introdotte in sede di conversione d'un decreto-legge)<sup>15</sup>.

Ma forzature dell'area protetta dalla riserva assoluta di legge si sono prodotte, in realtà, anche fuori dalla logica del controllo sulla procedura, e quindi al fine di assicurare le esigenze "sostanziali" dell'uguaglianza, della ragionevolezza, della proporzionalità. Le linee estreme dell'elevata discrezionalità legislativa sono state superate anche là dove sembravano insuperabili.

Si possono portare ad esempio sentenze con le quali la Corte ha manipolato le cornici edittali di pena, anche dopo la storica (e per lungo tempo isolata) decisione sull'oltraggio<sup>16</sup>. Vi sono casi nei quali il risultato è stato ottenuto "estendendo" figure circostanziali oltre i limiti indicati dal legislatore<sup>17</sup>. L'attualità segnala poi un caso di diretto intervento sui valori edittali della sanzione<sup>18</sup>, particolarmente interessante, perché segnato da una *ratio decidendi* fondata in misura decisiva sulla (carenza di) proporzionalità della pena, ove il ricorso al ragionamento triadico è compiuto solo al fine di individuare un'alternativa sanzionatoria ragionevole: fino ad oggi, in effetti, la Corte aveva considerato essenziale, invece, l'individuazione di un *tertium* comparabile, quale presidio almeno formale di garanzia per la discrezionalità del legislatore<sup>19</sup>.

Sempre per grandi linee, vanno ricordate anche le decisioni che hanno inciso, pure in nome del principio di uguaglianza (qui rafforzato dalla direttiva di tutela dell'interesse dei minori), sui presupposti di applicazione di pene accessorie in precedenza comminate in termini di automatismo sanzionatorio<sup>20</sup>.

Potrebbe rilevarsi, volendo ridimensionare la portata della tendenza in atto, che nella gran parte dei casi citati la Corte ha dovuto confrontarsi con il limite dell'elevata discrezionalità politica, ma non con quello del divieto di decisioni *in malam partem*. Non

si coglierebbe però nel segno: anche riguardo al *verso* del proprio intervento la Consulta esprime una qualche spinta evolutiva.

Si allude qui alla teorica delle cosiddette «norme penali di favore»: se una norma viola il principio di uguaglianza, eccettuando una determinata classe di persone o di fatti dall'applicazione di una disciplina sanzionatoria di portata più vasta, la Corte costituzionale può ben dichiararla illegittima, poiché l'effetto peggiorativo *pro futuro* non dipende dalla sua pronuncia, quanto piuttosto dalla "riespansione" della norma generale o comune, pur sempre dettata dal legislatore.

Nel linguaggio corrente, anche per effetto delle preoccupazioni che avevano animato la Corte in alcune importanti pronunce sul tema<sup>21</sup>, il rapporto che deve esistere tra le due discipline si definisce nel senso della «specialità sincronica»: l'area applicativa della norma illegittima dovrebbe essere compresa nell'ambito di rilevanza di quella più ampia, ed entrambe le disposizioni dovrebbero trovarsi contemporaneamente in vigore. Ma se fosse inteso in senso stretto, il riferimento alla specialità risulterebbe fuorviante. La Consulta l'ha ribadito in una recente occasione, riconoscendo l'ammissibilità di una questione che riguardava una norma non connotata da specialità rispetto a quella derogata (si trattava nella specie dell'art. 649 cp, che sancisce la non punibilità degli stretti congiunti per una serie di delitti contro il patrimonio: norma "comune" ma non "generale"): un altro segnale di allargamento del controllo di legittimità, ormai chiaramente centrato sull'uso eventualmente irragionevole della discrezionalità legislativa<sup>22</sup>.

Il primato della Costituzione, insomma, si afferma con sempre maggiore efficacia quale connotazione fondamentale del principio di legalità, senza indebolirlo nei suoi profili formali.

Nel diritto penale il primato è della legge, e la prima legge è la Costituzione, che orienta i fini e gli stru-

15. Corte cost., sentenza n. 32 del 2014.

16. Corte cost., sentenza n. 341 del 1994.

17. Corte cost., sentenza n. 68 del 2012, con la quale una diminuzione stabilita per figure particolari di sequestro di persona è stata estesa alla figura generale del reato.

18. Corte cost., sentenza n. 236 del 2016, dichiarativa della illegittimità del secondo comma dell'art. 567 c.p., nella parte in cui prevedeva una determinata pena edittale anziché un'altra, sensibilmente più moderata.

19. Si riveda ad esempio la nota sentenza n. 22 del 2007.

20. Corte cost., sentenze n. 31 del 2012 e n. 7 del 2013.

21. Si veda soprattutto Corte cost., sentenza n. 394 del 2006, cioè il celebre provvedimento sui falsi elettorali.

22. Corte cost., sentenza n. 223 del 2015.

menti della normazione punitiva secondo tutti i propri valori (uguaglianza, dignità, libertà, proporzionalità), ormai ben oltre le questioni, pur decisive, che attengono al rango od alle procedure di produzione della fonte. Vero naturalmente che nella Costituzione campeggiano anche gli artt. 10 e 11, ed il primo comma dell'art. 117. Sono cancelli che hanno dato ingresso ad ormai numerose implementazioni del quadro di tutela dei diritti umani, e che costituiscono, a loro volta, efficaci presidi del principio di legalità costituzionale, ove questo si estenda, come deve, alla dimensione internazionale, a quella comunitaria, a quella convenzionale. Sono cancelli per altro che, secondo l'insegnamento della Consulta, immettono nel circolo parametri di misurazione destinati a trovare un armonico e complessivo assestamento con tutti gli altri, senza improprie gerarchie<sup>23</sup>.

**4.** L'evoluzione del principio di legalità è insomma il frutto di un'interazione assai complessa tra il bilanciamento di valori e diritti "interno" alla Costituzione ed l'integrazione che ad esso deriva dall'incontro con gli ordinamenti sovranazionali.

Non è possibile in questa sede neppure un cenno al tema generale del rapporto tra fonti interne e fonti sovranazionali, ed all'assetto conferitogli dall'interazione tra la giurisprudenza costituzionale, quella dei giudici comuni e quella delle Corti europee. Ma può essere utile, per completare la bozza di un'analisi sul destino evolutivo del principio di legalità penale, proprio qualche riflessione su recenti decisioni delle Corti sovranazionali.

Il quadro relativo è ovviamente composito, e non v'è certo bisogno di enfatizzare lo straordinario contributo di alcune decisioni all'affermazione di diritti fondamentali nel nostro ordinamento<sup>24</sup>. Nondimeno, come detto in apertura, le frizioni tra i sistemi sono in aumento, e la giurisprudenza europea non sembra sempre impegnata a prevenirle.

Viene anzitutto in rilievo, a tale proposito, l'ormai celeberrima sentenza resa dalla Corte di giustizia Ue nel caso Taricco<sup>25</sup>. Senso ed oggetto della decisione sono noti. Contrasta con il diritto dell'Unione una disciplina nazionale che – come quella stabilita dal com-

binato disposto dell'art. 160, ultimo comma e dell'art. 161 cp – limiti ad un quarto del termine ordinario, per effetto del compimento di atti interruttivi, l'aumento del tempo utile alla prescrizione di reati che costituiscono «frodi gravi in materia di imposta sul valore aggiunto», sempre che tale disciplina impedisca di «infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi» che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea, o che la stessa assicuri per gli interessi dell'Unione una protezione meno efficace di quella garantita agli analoghi interessi di uno Stato membro. È dunque compito del giudice italiano, ove ricorrano le condizioni indicate, disapplicare la *disciplina penale favorevole*, pervenendo ad una affermazione di responsabilità dell'accusato.

Ebbene, nelle diffuse reazioni in Italia della dottrina e della giurisprudenza si colgono bene i molteplici profili di disagio cui sopra si alludeva in generale. Qui non rileva tanto (almeno non esplicitamente) la qualità "non parlamentare" del comando, essendo indubbio che spetti alla Corte di Lussemburgo il compito di interpretare il diritto dell'Unione ed essendo ormai usuale che la Corte medesima indichi al giudice nazionale anche gli effetti del ritenuto contrasto tra il diritto medesimo e quello interno. Ma certamente si apprezza l'ambigua connotazione che il comando assume anche in forza della propria fonte, cominciando dall'impropria tensione tra il riferimento alla portata della legge (va disapplicata solo se produce effetti negativi «in un numero considerevole di casi») e le funzioni cognitive proprie di un giudizio penale (che riguardano il fatto in sé considerato e la personale responsabilità dell'accusato).

Alcuni interpreti, molto sensibili al valore dell'interazione tra i sistemi, hanno definito inappropriate le forti reazioni critiche alla sentenza, nonostante la sfasatura marcata e per certi versi inaudita che nella specie si registra rispetto all'usuale prospettiva di allargamento delle tutele per i diritti individuali. Il rilievo muove in effetti, e soprattutto, dalla rilevanza politico-istituzionale del problema. La disciplina italiana della prescrizione appare indifendibile, nella sua attitudine a vulnerare la tutela di interessi primari di carattere individuale e collettivo (ben oltre il livello, un po' burocratico e poco emozionale, degli interessi

23. Così ben prima della nota sentenza n. 49, e cioè con la sentenza n. 317 del 2009: «questa Corte ha già chiarito che l'integrazione del parametro costituzionale rappresentato dal primo comma dell'art. 117 Cost. non deve intendersi come una sovraordinazione gerarchica delle norme Cedu – in sé e per sé e quindi a prescindere dalla loro funzione di fonti interposte – rispetto alle leggi ordinarie e, tanto meno, rispetto alla Costituzione».

24. Basti richiamare, oltre a quanto già detto sul principio della retroattività *in mitius*, la spinta per il superamento delle condizioni disumane della detenzione in carcere (Corte Edu, sentenza Torreggiani v. Italia dell'8 gennaio 2013), o del perverso sistema delle espulsioni seguite da mancata ottemperanza all'ordine di allontanamento (sentenza della Corte Ue in c. El Dridi, 28 aprile 2011).

25. Grande Sezione, 8 ottobre 2015.

finanziari dell'Unione). Che l'intero sistema multilivello delle fonti possa essere messo potenzialmente in crisi nel nome di una "indebita" aspettativa di immunità, sganciata da comportamenti riparatori e spesso riferibile a fenomeni di abuso del diritto nelle procedure giudiziarie, pare effettivamente sconvolgente.

Il destino dei diritti, per la verità, è quello di essere difesi sempre, nei limiti dati dal bilanciamento che segna la Costituzione repubblicana<sup>26</sup>. Tuttavia le reazioni della dottrina e della giurisprudenza prevalenti si comprendono bene alla luce dei rilievi svolti fino a qui. La comunità dei giuristi e dei pratici non metabolizza in ogni sua parte l'idea che il principio di legalità formale comprenda nel concetto di "legge penale", quale solo strumento legittimo per l'implementazione del sistema punitivo, anche il diritto dell'Unione e la forza vincolante del suo interprete privilegiato. Nonostante i contributi di alcuni studiosi, l'eventualità di precetti penali direttamente introdotti dal diritto sovranazionale pare ancora fortemente problematica.

Qui d'altra parte non si tratta solo della provenienza della norma, ma della sua ambizione ad operare retroattivamente *in malam partem*. S'è detto da alcuni che la Corte europea, citando la giurisprudenza di Strasburgo sulla tollerabilità di modifiche peggiorative in materia di prescrizione<sup>27</sup>, avrebbe inteso limitare il "comando" di disapplicazione ai soli casi nei quali la normativa incompatibile non abbia ancora prodotto l'effetto estintivo. Ma proprio questo, semmai, aumenta la percezione della sentenza come diritto applicato *in luogo* della legge: della legge peggiorativa vorrebbe avere anche lo statuto di regola valevole solo per il futuro, salvo produrre effetti riguardo a fatti commessi in precedenza, ché altrimenti l'irrazionalità del *decisum* raggiungerebbe il culmine. Non è spiegato perché una norma radicalmente incompatibile col diritto dell'Unione, e retroattiva in quanto non sostanziale, dovrebbe indurre "diritti quesiti" a giudizio ancora aperto.

Non v'è dubbio infine, per continuare un'analisi (troppo) sintetica, che la *legge* introdotta dai giudici di Lussemburgo difficilmente passerebbe un controllo condotto secondo il parametro della legalità-determinatezza, e dello stesso principio di ragionevolezza. Se clausole costruite sul concetto di "gravità" e sulla relativa graduazione non sono sconosciute al nostro diritto sostanziale, lo stesso non può dirsi per quel che riguarda la "considerevole" quantità dei

casi di tutela inefficace. Non si tratta solo della palese imprecisione del concetto, dal quale pure dipende in misura decisiva la punizione di persone determinate. Gioca piuttosto, ed anche, l'irrazionale sfasamento introdotto nel percorso cognitivo del giudice, chiamato ad una indagine su fatti esterni al processo e francamente relegabile sul solo piano delle scienze economiche e tributarie, che studiano tendenze e ben difficilmente focalizzano avvenimenti dati. Per non dire della tensione plateale tra il meccanismo innescato dalla Corte ed il principio di personalità della responsabilità penale, tanto e giustamente caro alla stessa giurisprudenza sovranazionale.

Infine, suscita gravi difficoltà l'individuazione per via giudiziaria di un criterio che, una volta disapplicata la disciplina censurata a Lussemburgo, identifichi ragionevolmente un tempo entro il quale perfino i reati offensivi degli interessi finanziari dell'Unione dovrebbero subire una vicenda estintiva.

Tutto questo – non importa qui secondo quale misura nelle singole prese di posizione – può spiegare l'imponenza delle reazioni opposte alla sentenza Taricco, tanto più rimarchevole una volta considerata, per parlar chiaro, l'*odiosità* dell'aspettativa concretamente frustrata dalla sentenza.

E bisogna ancora considerare, ad avviso di chi scrive, i limiti di una motivazione per molti versi inadeguata, che si intuisce percepita, da più parti, come frutto di disinteresse per un "dialogo tra pari" nel circuito europeo della legalità.

Riferendosi senza toni espliciti al tema della retroattività, ad esempio, la Corte europea ha rilevato che l'autore del reato destinato alla prescrizione non può dirsi inconsapevole, nel momento del fatto, del rilievo penale di questo e della prevedibile applicazione di una pena. Non poteva mancare alla Corte notizia della granitica giurisprudenza nazionale sul carattere sostanziale della disciplina concernente la prescrizione, comprese le regole pertinenti ai criteri di decorrenza del termine relativo<sup>28</sup>. Se la decisione si fonda sull'assunto contrario – ed in tal senso depone la stessa indifferenza per la questione della retroattività – non resterebbe che rimarcare il disinteresse per un serio confronto con la giurisprudenza costituzionale italiana. A prescindere, sarebbe parsa ovvia la necessità di elaborare compiutamente una nozione "comunitaria" di legge penale, chiarendo con decisione se, ed in quale misura, siano risol-

26. Si vedano i recenti rilievi di Corte cost., sentenza n. 63 del 2016.

27. La citazione concerne le sentenze Coëme e a. c. Belgio, nn. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 e 33210/96, § 149; Scoppola c. Italia (n. 2) del 17 settembre 2009, n. 10249/03, § 110 e giurisprudenza ivi citata, e OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos c. Russia del 20 settembre 2011, n. 14902/04, e giurisprudenza ivi citata.

28. *Ex multis*, Corte cost., sentenze n. 393 del 2006, n. 324 del 2008, n. 143 del 2014.

tivi i cosiddetti criteri Engel<sup>29</sup>, che limitano quella nozione ai profili di qualità e quantità della misura punitiva di volta in volta presa in considerazione. Con tutte le conseguenze del caso, compresa la prospettiva della illegittimità costituzionale, a determinate condizioni, di norme applicative del principio di retroattività favorevole.

Tra le reazioni alla sentenza si sono registrate, naturalmente, sollecitazioni rivolte alla Corte costituzionale nell'ambito di procedimenti per reati tributari concernenti le imposte indirette. È noto in particolare come, dopo una (forse troppo) immediata reazione adesiva<sup>30</sup>, la giurisprudenza nazionale avesse preso atto della sentenza Taricco sollevando questioni di legittimità costituzionale, correttamente impostate in base all'insegnamento della stessa Consulta, secondo cui sono inammissibili, per irrilevanza, questioni fondate sul ritenuto contrasto tra diritto interno e diritto *self-executing* dell'Unione, posto che, per definizione, il giudice nazionale non deve fare applicazione della norma interna confliggente<sup>31</sup>.

Erano dunque in discussione i "controlimiti", cioè l'eventuale illegittimità della norma che ha reso esecutivo il Trattato in base al quale il giudice nazionale sarebbe obbligato a disapplicare, con effetti retroattivi *in malam partem*, una norma penale soggetta al principio di legalità formale<sup>32</sup>.

Il compito delegato alla Corte non era facile e stavolta non si sarebbe potuto neppure contare (a parte ogni considerazione politica) su un intervento risolutivo del legislatore, come quello ad esempio che interruppe, nei mesi successivi alla storica sentenza El Dridi, l'interessante riflessione della giurisprudenza sulle conseguenze generali di una decisione europea di incompatibilità del diritto penale interno col diritto dell'Unione. In quell'epoca, con indiscutibile

afflato europeista, e senza forse una percezione piena delle implicazioni complessive e future, fu attribuito alla sentenza di Lussemburgo lo stesso effetto di una decisione di illegittimità costituzionale (con la conseguente disapplicazione di provvedimenti amministrativi concernenti le espulsioni degli stranieri, e con la revoca di sentenze penali passate in giudicato per i reati connessi)<sup>33</sup>. Oggi, la stessa ed auspicata riforma della prescrizione nulla potrebbe in senso retroattivo, a meno che non si ipotizzi, radicalmente, l'obbligo costituzionale di una "riduzione d'ambito" del principio di non retroattività.

Ebbene, in data 26 gennaio 2017, dopo che erano state redatte tutte le considerazioni che precedono, è intervenuto, nell'ambito degli indicati giudizi incidentali di legittimità, il deposito dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 24 del 2017, mediante la quale è stato disposto "rinvio pregiudiziale" alla Corte di giustizia dell'Unione per l'interpretazione dell'art. 325 del Tfu (primo e secondo paragrafo), con una serie di quesiti che denunciano e confermano chiaramente la tensione in atto.

Il provvedimento andrà studiato e meditato in ogni sua parte, ed invece le presenti note vengono aggiornate all'impronta. Subito si può notare, ad ogni modo, come l'ordinanza sia segnata da alcune scelte irreversibili, coerenti – come nota la Corte – non solo rispetto ai profili fondanti del sistema costituzionale italiano, ma anche con riguardo ai principi della Convenzione Edu ed alle tradizioni costituzionali degli Stati membri. La nostra Consulta ha escluso, in particolare, la possibilità di una "riduzione" dell'area giuridica regolata dal principio di legalità penale presidiato dall'art. 25 della Costituzione, e dunque la possibilità di risolvere il problema posto dalla sentenza Taricco con un *revirement*

29. È usuale appunto il richiamo alla sentenza della Corte edu in c. Engel e altri v. Paesi Bassi dell'8 giugno 1976. Si vedano anche Corte edu, sentenza Zolotoukhine c. Russia del 10 febbraio 2009. Nella giurisprudenza della Corte di Lussemburgo, tra l'altro, sentenze Grande Sezione in c. Bonda, 5 giugno 2012, e in c. Fransson, 26 febbraio 2013.

30. Cass., Sez. III, Sentenza n. 2210 del 17/09/2015, Pennacchini, in *Ced Cass.*, n. 266121.

31. Ad esempio, Corte cost., sentenza n. 168 del 1991.

32. App. Milano, 18 settembre 2015, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 21 settembre 2015. La Corte ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 2 della legge 2 agosto 2008, n. 130, con cui è stata ordinata l'esecuzione nell'ordinamento italiano del Tfu, come modificato dall'art. 2 del Trattato di Lisbona, «nella parte che impone di applicare la disposizione di cui all'art. 325 §§ 1 e 2 Tfu, dalla quale – nell'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia nella sentenza in data 8.9.2015, causa C-105/14, Taricco – discende l'obbligo per il giudice nazionale di disapplicare gli artt. 160 ultimo comma e 161 secondo comma cp in presenza delle circostanze indicate nella sentenza, anche se dalla disapplicazione discendano effetti sfavorevoli per l'imputato, per il prolungamento del termine di prescrizione, in ragione del contrasto di tale norma con l'art. 25, secondo comma, Cost.». Più ampio il quadro dei parametri evocati dalla Corte di cassazione sollevando, a sua volta, questioni concernenti l'art. 2 della legge n. 130 del 2008, in riferimento agli artt. 3,11, 25 comma secondo, 27, comma terzo, 101, comma secondo, Cost.. La norma censurata sarebbe illegittima in quanto ne deriverebbe l'obbligo di disapplicare gli artt. 160, comma terzo e 161, comma secondo, cp «anche quando dalla disapplicazione e dal conseguente prolungamento della prescrizione, discendano effetti sfavorevoli per l'imputato» (Cass., Sez. III, Ordinanza n. 28346 del 30/03/2016, Cestari, in *Ced Cass.*, n. 267259).

33. Tra le altre, Cass. Sez. I, Sentenza n. 14276 del 12/04/2012, Khemiri, in *Ced Cass.*, n. 252235.



circa la natura sostanziale della disciplina della prescrizione. D'altra parte, il principio che esige una legge penale antecedente al fatto per l'applicazione di conseguenze punitive è un «principio supremo» dell'ordinamento, come tale neppure suscettibile di revisione costituzionale, e certo non cedevole in rapporto al diritto dell'Unione.

Una questione di controlimiti, quindi, come s'era detto. E la Consulta ha anticipato con molta chiarezza – anzi, con un livello di chiarezza forse suscettibile di provocare reazioni emotive – che orientamento prenderebbe se davvero il diritto dell'Unione, secondo il suo interprete istituzionale, prescrivesse di applicare norme lesive di quel principio: «se l'applicazione dell'art. 325 del Tfu comportasse l'ingresso nell'ordinamento giuridico di una regola contraria al principio di legalità in materia penale, come ipotizzano i rimettenti, questa Corte avrebbe il dovere di impedirlo».

Da questa logica, con l'evidenza d'un invito molto ... deciso ad introdurre “specificazioni” di segno derogatorio per i sistemi nazionali che includono la prescrizione nell'area di influenza del principio di legalità penale, promana il più cruciale dei quesiti rivolti alla Corte di Lussemburgo: se davvero il diritto dell'Unione, nella conformazione assunta con la sentenza Taricco della Grande Sezione, imponga la disapplicazione *in malam partem* di norme penali interne, anche «quando tale omessa applicazione sia in contrasto con i principi supremi dell'ordine costituzionale dello Stato membro o con i diritti inalienabili della persona riconosciuti dalla Costituzione dello Stato membro».

Non sembrano davvero in discussione il controlimite e lo strumento della sua attivazione: semmai, si attende una “precisazione” del comando comunitario, che ne adatti la portata e, di fatto, lo neutralizzi per il nostro sistema nazionale. Una qualche attenzione per il galateo istituzionale, e comunque per le dinamiche profonde dei rapporti tra sistemi e tra giurisdizioni nella dimensione comunitaria (compresa quella dell'assestamento sul più alto dei livelli di garanzia per i diritti dell'uomo), ha indotto la nostra Consulta ad ipotizzare che i semi di quella precisazione già si colgano nella sentenza Taricco, sebbene manchi la chiarezza che avrebbe consentito di rinunciare al rinvio pregiudiziale. Alla sentenza resterebbero, se così fosse, l'effetto d'avere evidenziato la responsabilità dello Stato italiano per non avere garantito efficace tutela agli interessi finanziari dell'Unione, ed un portato di forte sollecitazione per il legislatore nazionale affinché introduca mutamenti normativi che, per i casi futuri, eviterebbero analoghe lesioni.

In effetti, nella pronuncia della Grande Sezione si leggono riferimenti alla necessaria verifica che l'at-

tuazione del comando di disapplicazione, ad opera del giudice nazionale, non comporti la violazione di diritti fondamentali degli accusati. Tuttavia non si comprende bene, a tacer d'altro, perché, se davvero avessero pensato al divieto di applicazione retroattiva della norma sfavorevole (ed imprevedibile), i Giudici di Lussemburgo si sarebbero nel contempo impegnati in riferimenti alla natura processuale della prescrizione, od in considerazioni negative sulla aspettativa (non giudicata meritevole) che l'autore di un reato potrebbe maturare, nel momento del fatto, circa la futura estinzione del reato in corso di realizzazione. Si discute d'altra parte di disposizioni la cui disapplicazione comporta il disconoscimento di un effetto estintivo già maturato in base alla norma corrispondente, e la Corte dell'Unione ben l'aveva compreso.

A questo punto, non resta che attendere la risposta al quesito, se risposta di merito vi sarà.

Resta da aggiungere come la nostra Consulta abbia poi colto il secondo nucleo fondamentale della crisi di legalità (se l'espressione non è troppo forte) indotta dalla sentenza Taricco, che vari commentatori avevano posto in luce e che del resto emerge anche dalle note redatte prima di questo aggiornamento. Prescindendo dalla sua matrice “giudiziale” (*supra*), il comando rivolto ai cittadini e al giudice deve essere determinato, e descritto con precisione lo strumento della tutela apprestata dalla legge per l'obiettivo che pure alla legge spetta di determinare. Il problematico riferimento della Corte europea al «numero *considerevole* di casi di frode *grave*» introduce, secondo la Consulta, un «concetto (che) rimane per sua natura ambiguo, e comunque non riempibile di contenuto attraverso l'esercizio della funzione interpretativa». Si torna ai fondamentali: «non è [...] possibile che il diritto dell'Unione fissi un obiettivo di risultato al giudice penale e che, in difetto di una normativa che predefinisca analiticamente casi e condizioni, quest'ultimo sia tenuto a raggiungerlo con qualunque mezzo rinvenuto nell'ordinamento».

Sono, queste, considerazioni che varrebbero quand'anche il diritto della prescrizione assumesse valenza processuale, come la Corte espressamente rileva, non casualmente ancorando il principio di legalità processuale (già propriamente recepito nel testo novellato dell'art. 111 Cost.) al disposto dell'art. 49 della Carta di Nizza.

E sono considerazioni, anche, che conducono ad un quesito (il primo dei tre che segnano il dispositivo dell'ordinanza) che potrebbe esercitare un effetto davvero urticante sui suoi destinatari: se (cioè, se davvero) il comando di disapplicazione della norma interna debba considerarsi cogente anche «quando tale omessa applicazione sia priva di una base legale sufficientemente determinata».

**5.** Molto meno rilevanti, a ben guardare, dovrebbero essere le concrete implicazioni di un'altra recente decisione d'ambito europeo, questa volta proveniente dalla Corte di Strasburgo. Si allude alla sentenza pronunciata il 14 aprile 2015 nel procedimento *Conrada v. Italia*.

La vicenda è nota. Nei confronti dell'ex funzionario di polizia era stata definitivamente inflitta, e poi eseguita, una sanzione per il delitto di concorso esterno in associazione mafiosa, sul presupposto che avesse ripetutamente favorito l'organizzazione *cosa nostra*, a far tempo dal 1982. La Corte europea ha ritenuto integrata, per tal via, una violazione dell'art. 7 della Convenzione Edu. Ciò per effetto dell'irrogazione di una pena in rapporto ad una fattispecie che sarebbe «risultato di una evoluzione giurisprudenziale iniziata verso la fine degli anni ottanta del secolo scorso», e dunque riguardo ad un precetto che non sarebbe stato «sufficientemente chiaro e prevedibile», per il ricorrente, al momento della sua condotta. Dove il rimprovero – si noti ancora – non risiede affatto nella pretesa matrice giurisprudenziale del precetto penale, quanto, piuttosto, nell'asserita sopravvenienza di quel precetto rispetto alla condotta. In altre parole, secondo i giudici di Strasburgo, un banale caso di (illegittima) applicazione retroattiva della legge penale, la quale sarebbe “maturata”, in termini di adeguata conoscibilità, solo a partire dagli arresti delle Sezioni unite sugli elementi costitutivi del cosiddetto concorso esterno (dapprima la sentenza *Demiry*, del 1994, e poi le decisioni *Carnevale* e *Mannino*<sup>34</sup>).

Le ricadute sull'ordinamento interno, secondo una sequenza ormai sperimentata, stanno evolvendo in tre direzioni.

La prima attiene agli effetti del provvedimento sulla posizione giuridica del ricorrente, da valutare alla luce dell'obbligo per l'Italia di dare esecuzione ai deliberati della Corte europea. La Corte d'appello competente<sup>35</sup>, in esito ad un discutibile giudizio di ammissibilità della richiesta di “revisione europea” avanzata dall'interessato, ha ritenuto che la violazione riconosciuta a Strasburgo consistesse nell'avere i giudici nazionali deliberato la

condanna senza una previa verifica della “prevedibilità” della punizione da parte dell'interessato. Ha dunque ritenuto di dare esecuzione alla sentenza compiendo *ex post* l'anzidetta verifica, e per altro pervenendo, in fine, ad un risultato sfavorevole per il ricorrente (così da “rilegittimare” la decisione iniziale secondo uno standard convenzionalmente accettabile)<sup>36</sup>.

Una seconda serie di conseguenze della decisione di Strasburgo attiene alla posizione di persone diverse dal ricorrente, e però condannate per lo stesso reato ed in condizioni analoghe. In assonanza con i meccanismi sperimentati per le “pene incostituzionali”, un noto esponente politico condannato per concorso esterno in associazione mafiosa ha promosso un incidente di esecuzione, affinché la sentenza di condanna fosse revocata a titolo di esecuzione della decisione sovranazionale. Il tentativo non ha avuto successo. In sede di legittimità, per altro, il giudice nazionale ha “accettato” una logica di generalizzazione del *dictum* di Strasburgo, dedicandosi ad un vero e proprio lavoro di *distinguishing* (irrinunciabile, in effetti, nella prospettiva di un sistema a precedente vincolante), e negando, in fine, l'analogia delle condizioni sottese alle pronunce in comparazione<sup>37</sup>.

Qui interessano comunque, e soprattutto, le implicazioni della decisione sul terreno della legalità penale.

Va purtroppo annotata, ancora una volta, la seria inadeguatezza dell'impegno profuso dalla Corte europea nella valutazione delle ricadute generali del proprio assunto, che – di nuovo – sembra spiegare le resistenze interne assai meglio di presunte prevenzioni del giudice nazionale riguardo al sistema multilivello di garanzia dei diritti umani.

I riferimenti confusi e largamente imprecisi ai contrasti di giurisprudenza che avevano preceduto gli interventi delle Sezioni unite, quali fattori sintomatici (o addirittura costitutivi) del vizio di imprevedibilità, collidono in radice con la funzione protettiva del principio di legalità nei confronti dei beni giuridici fondamentali. Non può bastare la dissonanza delle decisioni giudiziali (che tra l'altro, nella specie, non riguardava la rilevanza penale delle condotte di ausilio all'organizzazione mafiosa, ma solo la loro qua-

34. Si tratta rispettivamente di: Cass., Sez. Un., sentenza n. 16 del 05/10/1994, *Demiry*, in *Ced Cass.*, n. 199386; Cass., Sez. un., sentenza n. 22327 del 30/10/2002, *Carnevale*, *ivi*, n. 224181; Cass., Sez. un., sentenza n. 33748 del 12/07/2005, *Mannino*, *ivi*, n. 231671.

35. App. Caltanissetta, 18 novembre 2015, *Conrada*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 26 aprile 2016.

36. Non migliore fortuna ha sortito un tentativo del ricorrente di ottenere soddisfazione mediante lo strumento dell'art. 625-bis cpp, che prevede un ricorso straordinario al fine di emendare errori di fatto nei quali la Corte di cassazione sia incorsa nell'ambito del giudizio di legittimità. Il tentativo era stato comprensibilmente suggerito dalle notissime sentenze rese nei casi *Drassich* e *Scoppola* – frutto per altro di situazioni particolari, risolte in assenza della cd. «revisione europea» – ma la Cassazione ha negato che il “vizio” rilevato a Strasburgo potesse qualificarsi come errore di fatto: Cass., Sez. II, sentenza n. 43886 del 6/07/2016, *Conrada*, in *Ced Cass.*, non massimata.

37. Cass., sez. I, 11/10/2016, n. 44193, *Dell'Utri*, in *Ced Cass.*, non massimata. Anche nel caso di *Dell'Utri* è stato dichiarato inammissibile un concorrente ricorso *ex art.* 625-bis cpp: Cass., sez. V, Sentenza n. 28676 del 14/03/2016, *Dell'Utri*, in *Ced Cass.*, n. 267240.

lificazione) a legittimare il dubbio sulla legalità convenzionale della punizione. Specie nell'assenza, come nella specie, di qualunque indagine sulle competenze particolari dell'agente, ignorate dalla Corte, che pure le aveva valorizzate, pervenendo a conclusioni opposte, in casi del tutto analoghi<sup>38</sup>.

Del resto, la stessa Corte europea sarebbe stata in forte (per quanto dissimulato) imbarazzo nel valorizzare in termini decisivi dissonanze *sopravvenute* quasi per l'intero alla condotta tenuta dal ricorrente, il quale aveva agito, infatti, in sostanziale costanza d'una giurisprudenza univoca a favore della configurabilità del concorso esterno<sup>39</sup>. Non a caso, nell'economia della motivazione, ha finito col prevalere l'argomento d'una presunta *novità* dell'applicazione della disciplina ai casi di criminalità comune, data la pertinenza dei precedenti a fattispecie concernenti la criminalità eversiva o terroristica.

Non importa qui evidenziare la sostanziale fallacia dell'assunto (specie se riferito alla giurisprudenza di merito), quanto piuttosto la portata devastante delle implicazioni che potrebbero trarsi, in potenza, da una siffatta concezione del principio di legalità. Il quale principio vieta interpretazioni analogiche od estensive, ma non preclude la ricerca di nuovi significati nella legge, e men che meno preclude, più semplicemente, l'applicazione della legge medesima a fattispecie concrete che si manifestano per la prima volta.

Sembrano davvero evidenti gli effetti di paradosso che, proprio in forza della valenza "costitutiva" assegnata alla carenza od alla contraddittorietà dei precedenti, possono determinarsi in danno dell'interpretazione, delle sue capacità evolutive e della primazia che, in questa dimensione, spetta al giudice. E sembra evidente che si tratta di effetti capaci di ostacolare anche interpretazioni evolutive *in bonam partem*, ove

queste finissero per essere vissute, nella giurisdizione e nell'intera società, come premesse di sostanziale ed unilaterale affievolimento dell'efficacia di una legge penale (e non semplicemente nella soluzione *ex post* di un caso concreto).

Non si può negare una certa coerenza del meccanismo nella logica di *common law*. La funzione del diritto giurisprudenziale opera in tutte le direzioni tipiche della legge, e quindi può *costituire* una fattispecie incriminatrice prima inesistente, così come può introdurre una disciplina di senso contrario, salvo nel primo caso il temperamento dato dal principio di non retroattività. Il prezzo da pagare per la trasposizione di logiche del genere, sul piano della legalità formale, è parso fino ad oggi troppo alto. Una plastica dimostrazione è data dalla sentenza della Corte costituzionale con la quale fu respinta la proposta assimilazione tra legge ed arresto giurisprudenziale, quando si trattasse di far retrocedere gli effetti del secondo, senza l'ostacolo del divieto di applicazioni *in malam partem*, anche al di là della barriera del giudicato e, soprattutto, con un'efficacia generalizzante del tutto sconosciuta al nostro assetto costituzionale<sup>40</sup>.

Il fatto è – sembra ormai un rilievo banale, tante volte è stato ripetuto – che a Strasburgo si occupano di comportamenti dell'Autorità pubblica, e solo indirettamente, quando ne ricorrono le condizioni, di qualità della legge che impone o legittima quei comportamenti.

Nell'ottica dei giudici europei, a proposito del principio di legalità e del divieto di retroazione della legge penale, rileva, o dovrebbe rilevare, l'impossibilità per il singolo di percepire *ex ante* il giudizio di disvalore penale che sarà dato del suo comportamento, e la punizione conseguente. Questa impossibilità può dipendere dalla qualità della legge, ma anche dallo

38. Sentenza *Soros v. Francia* del 6 ottobre 2011. La Corte aveva respinto il ricorso proposto contro una condanna deliberata mediante l'applicazione della norma penale sull'*insider trading*, per la prima volta, ad una nuova classe di fattispecie concrete. Ciò affermando che un professionista deve interrogarsi sui rischi penali della propria condotta, anche quando la relativa descrizione legale non sia molto precisa ed anche in assenza di precedenti applicazioni della norma a casi come il suo; e la regola vale, a maggior ragione, quando l'agente abbia od avrebbe potuto valersi di «consulenti illuminati», ciò che aumenta i doveri di cautela e diligenza nella creazione del rischio penale. Si vedano anche le sentenze *Pessino c. Francia*, del 10 ottobre 2006, e *Varvara c. Italia*, del 23 ottobre 2013, ove si legge: «Non si può interpretare l'articolo 7 della Convenzione come una norma che vieta il graduale chiarimento delle norme della responsabilità penale attraverso l'interpretazione giuridica da una causa all'altra, a condizione che il risultato sia coerente con la sostanza del reato e ragionevolmente prevedibile».

39. Una prima ed isolata voce di dissenso si era levata, nel panorama della giurisprudenza, con Cass., sez I, sentenza n. 8092 del 19/01/1987, Cillari, in *Ced Cass.*, n. 176348. Il paradosso è, tra l'altro, che – come le seguenti – la sentenza dissonante negava la configurabilità del concorso esterno solo perché affermava che le condotte corrispondenti implicano l'appartenenza all'associazione, e dunque una responsabilità da intraneo per l'interessato. Dopo un nuovo ed isolato episodio (Cass., sez. I, sentenza n. 8864 del 21/03/1989, Agostani, *ivi*, n. 181637), un serio «conflitto» si era manifestato solo nel 1994, con tre sentenze contemporanee della Prima sezione penale della Cassazione, dando così luogo all'intervento delle Sezioni unite. Si ricordi che la condotta ascritta a Contrada era iniziata negli anni '70, ed era qualificata come concorso esterno a far tempo dal 1982, epoca di introduzione del delitto di cui all'art. 416-bis cp. L'ultimo episodio ascritto all'ex funzionario data al 1988.

40. Corte cost., sentenza n. 230 del 2012.

stato della giurisprudenza o dalle stesse condizioni personali dell'interessato, e presenta la medesima rilevanza qualunque ne sia la causa. Ciò che non viola il precetto dell'uguaglianza, perché attiene alla dimensione concreta ed individuale del caso, ed asseconda il principio del diverso trattamento di situazioni diseguali, in vista del comune bisogno di "rimproverabilità" dell'agente.

Il difetto della possibilità di previsione, quale connotazione del caso concreto, attiene al piano della colpevolezza, mentre la determinatezza è una caratteristica della legge come atto generale, ed attiene propriamente al principio di legalità formale. La giurisprudenza nazionale più sensibile non ha mancato di ammettere, sul piano astratto e con specifico riferimento all'art. 7 della Convenzione Edu, che non potrebbe essere affermata la responsabilità penale in ordine ad una condotta compresa nella fattispecie incriminatrice solo secondo una giurisprudenza "imprevedibile" al momento del fatto. Ma si è trattato appunto, nei limiti di un'analisi funzionale alla soluzione dei casi concreti, di decisioni riferibili al piano della colpevolezza (cioè – si direbbe – alla tradizionale prospettiva dell'ignoranza non evitabile circa la portata del precetto), e non certo, in generale, alla qualità della legge incriminatrice<sup>41</sup>.

Per tornare al punto. Se davvero il precetto che vieta di apportare contributi rilevanti all'azione di un gruppo criminale pur senza farne parte non trovasse sufficiente determinazione nella legge, sarebbe ovvia l'inemendabilità del vizio, e l'irrilevanza di ogni costruzione giurisprudenziale, per quanto capace di fissare connotati di dettaglio per la fattispecie punibile.

Ed infatti la conseguenza immediata della sentenza Contrada, sul piano generale qui in considerazione, è consistita nella ripresa della polemica sul difetto di determinatezza dell'art. 110 cp, in radice o, quanto meno, una volta che debba essere applicato alle figure di reato associativo.

Il respiro di questa nuova ondata polemica, comunque, sembra corto. S'è visto come la Corte europea, per quanto disponibile – senza la necessaria prudenza – ad utilizzare concetti come «reato di creazione giurisprudenziale», si sia occupata in realtà della col-

pevolezza del ricorrente (nel senso proprio dei presupposti per una sua effettiva rimproverabilità). E s'è visto che la stessa Corte ha scoraggiato questioni correlate al quadro normativo stabilitosi dopo l'elaborazione sviluppata dalle Sezioni unite della Cassazione.

La conseguenza è che la giurisprudenza, e buona parte della dottrina, non esprimono sostanziali mutamenti dell'orientamento ormai stabile per la piena compatibilità tra la disciplina del concorso esterno ed il principio di legalità<sup>42</sup>. La necessità di ripetuti interventi giurisprudenziali può essere un fattore sintomatico (e non costitutivo) della indeterminatezza della fattispecie. Ma la nostra Consulta ha sempre chiarito che l'osservanza del principio di determinatezza non si misura solo sulla lettera della legge, isolatamente considerata, quanto attraverso la collocazione del testo in un ambito più ampio, nel quale certamente confluisce anche l'opera di chiarimento degli interpreti e della giurisprudenza<sup>43</sup>.

Nella sentenza Contrada non si vede alcuna seria premessa per uno scontro con questa concezione della determinatezza, la cui applicazione sta infatti procurando *de plano* giudizi di manifesta infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale occasionate dall'impatto emotivo della pronuncia.

**6.** Il "dialogo tra le Corti" non è agevole senza la piena consapevolezza che ad esse sono deputati compiti diversi, e che la trasposizione dei giudizi oltre i rispettivi ambiti provoca frizioni non salutari per il sistema multilivello.

Di trasposizioni siffatte le Corti (in genere) non sono responsabili, ma certo le stesse possono essere facilitate da fenomeni di incontinenza del linguaggio, di imprecisione dei concetti, di indifferenza per le peculiarità dell'ambito nazionale in cui le decisioni devono produrre i propri effetti: peculiarità che vanno rispettate ed anzi valorizzate, purché idonee a parificare verso l'alto, nei suoi concreti effetti di garanzia, i livelli di tutela per i diritti umani.

Non è chi non veda come le resistenze nazionali all'interazione tra sistemi siano in aumento. In questa chiave è stata letta finanche la giurisprudenza recente della nostra Corte costituzionale, a partire dalla nota

41. Si veda ad esempio Cass., Sez. F., Sentenza n. 35729 del 01/08/2013, Agrama, in *Ced Cass.*, n. 256584: «L'art. 7 della Cedu – così come conformemente interpretato dalla giurisprudenza della Corte Edu – non consente l'applicazione retroattiva dell'interpretazione giurisprudenziale di una norma penale nel caso in cui il risultato interpretativo non era ragionevolmente prevedibile nel momento in cui la violazione è stata commessa». La decisione ha per altro escluso l'operatività del principio nel caso concreto, così come altra e più recente decisione analogo: Cass., Sez. II, Sentenza n. 21596 del 18/02/2016, Tronchetti Provera, *ivi*, n. 267164.

42. Nel senso della manifesta infondatezza di rinnovate questioni di legittimità costituzionale, proposte anche in rapporto al primo comma dell'art. 117 Cost., si vedano Cass., sez. II, sentenza n. 34147 del 30/04/2015, Agostino, in *Ced Cass.*, n. 264624; Cass., sez. II, sentenza n. 18132 del 13/04/2016, Trematerra, *ivi*, n. 266908.

43. Tra le più recenti, Corte cost., sentenze n. 172 del 2014 e n. 282 del 2010.

sentenza n. 49 del 2015<sup>44</sup>. E forse la recentissima decisione della Corte di Strasburgo sul principio *ne bis in idem*, già sopra citata, potrà essere letta, tra l'altro, come espressione di una maggior prudenza nei metodi di attuazione dello scopo.

Il quale resta la massima efficienza del sistema delle garanzie, danneggiata "politicamente" da at-

teggiamenti d'apparente ispirazione sopraffattoria almeno quanto da resistenze di marca nazionalistica. E non è solo questione di "clima" politico ed istituzionale: perché davvero funzioni la clausola di allineamento verso l'alto dei livelli di tutela, le potenzialità dei sistemi nazionali vanno valorizzate, e non certo annichilite.

---

44. E potrebbe essere letta, naturalmente, l'ordinanza n. 24 del 2017.