



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Settore Scientifico Disciplinare IUS/17

Dottorato di ricerca XXXII ciclo in “Pluralismi giuridici. Prospettive antiche ed attuali”

**IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ TRA DIMENSIONE EUROPEA
E DIMENSIONE NAZIONALE**

Dottore

Antonio Vecce

Il Coordinatore

Chiar.mo Prof. Giuseppe Di Chiara

Tutor

Chiar.mo Prof. Avv. Giovanni Scala

Co-Tutor

Chiar.mo Prof. Avv. Bartolomeo Romano

IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ TRA DIMENSIONE EUROPEA E DIMENSIONE NAZIONALE

SOMMARIO

<i>Introduzione</i>	4
I. LE TRASFORMAZIONI DEL DIRITTO PENALE MODERNO	8
1. <i>Le origini del principio di legalità penale</i>	8
2. <i>La svolta costituzionale della legalità penale</i>	12
3. <i>La crisi del principio di legalità</i>	14
4. <i>Le legalità concorrenti</i>	21
5. <i>Il processo di europeizzazione del diritto penale</i>	24
II. PRINCIPI E LEGALITÀ NEL SISTEMA PENALE EUROPEO.....	33
1. <i>Il momento positivo del diritto penale europeo</i>	33
2. <i>Il nuovo principio di legalità europeo e i tentativi di trasposizione</i>	36
3. <i>La rilevanza del principio di prevedibilità nel sistema CEDU</i>	43
4. <i>La composizione della crisi e le garanzie penalistiche a livello europeo</i> ..	49
5. <i>Democraticità delle fonti penali europee</i>	55
6. <i>La legislazione europea al vaglio del principio di determinatezza</i>	59
7. <i>Il ruolo dei principi nel panorama europeo</i>	65
III. LA NUOVA LEGALITÀ PENALE “INTEGRATA”	68
1. <i>La rinnovata veste della giurisprudenza</i>	68

2. <i>Principi e interpretazioni conformi</i>	77
3. <i>Il dialogo tra le Corti</i>	83
4. <i>L'incidenza del sistema di case law europeo su quello nazionale</i>	92
5. <i>L'inarrestabile ascesa del diritto europeo? Il caso Taricco</i>	101
6. <i>L'indeterminatezza nella legislazione dell'Unione europea</i>	118
7. <i>La concreta incidenza del sistema convenzionale: il caso Contrada</i>	121
8. <i>Il possibile riconoscimento della legalità penale "integrata"</i>	127
 <i>Bibliografia</i>	Errore. Il segnalibro non è definito.

Introduzione

Il rapporto tra il principio di legalità penale e le dinamiche del processo di integrazione europea ha posto e continua a porre alcune delle problematiche più vivaci e attuali nel dibattito sia in dottrina che in giurisprudenza.

Nella definizione di tale rapporto, a rilevare saranno da un lato le modalità del percorso di mutamento intrapreso dal principio di legalità nazionale sulle spinte provenienti dalla dimensione europea, dall'altro, al contempo, lo speculare processo di adattamento del diritto europeo agli imprescindibili caratteri costituenti l'identità giuridica nazionale. Laddove si utilizzerà il termine 'europeo', si farà riferimento ai profili condivisi dagli ordinamenti dell'Unione europea e della Convenzione europea dei diritti umani, operando negli altri casi i dovuti distinguo per gli aspetti che li differenziano.

Dopo aver esaminato le origini del principio di legalità, mettendone in risalto la portata democratica e di garanzia, saranno trattate le cause, endogene ed esogene, che hanno posto tale principio in una fase di considerevole e radicale crisi. Ma simile momento di destabilizzazione non è proprio della sola legalità penale, estendendosi anche all'intero diritto penale, interessato fortemente da un' incisiva europeizzazione oltre che della sua legislazione, più radicalmente della sua scienza.

Questo fenomeno risulta amplificato dalla necessità di tradurre in disposizioni interne gli obblighi penali di fonte europea, con la conseguenza del trasferimento a livello europeo dell'asse decisionale in una materia, qual è il diritto penale, storicamente espressione di totale sovranità giuridica. Dal punto di vista sostanziale, le scelte di criminalizzazione vengono per la maggior parte demandate al legislatore eurounitario, e seguite, poi, da prese d'atto da parte del legislatore nazionale. Con la conseguenza che soltanto formalmente la disposizione proviene da quest'ultimo, trovando essa, piuttosto, la propria fonte di sostanza e significato nella precedente legislazione europea di carattere vincolante.

Successivamente, verrà analizzata la legalità penale europea, al fine di coglierne le peculiarità che la modellano nel suo aspetto attuale, nonché il ruolo che essa assume nel sistema di garanzie penali apprestato a livello europeo. Per fare ciò, sarà imprescindibile l'analisi della legislazione eurounitaria, con riferimento al principio di determinatezza, e della Convenzione EDU, con particolare attenzione al principio di prevedibilità.

Una delle tematiche di maggiore rilevanza, al fine di valutare lo stato attuale del principio di legalità nazionale, è quella della rinnovata veste assunta dalla giurisprudenza, anche, e soprattutto, a séguito delle spinte di provenienza europea.

Il ruolo della giurisprudenza assume un'importanza di carattere centrale all'interno di uno scenario connotato da un evidente pluralismo giuridico, data la compresenza di norme provenienti da ordinamenti giuridici differenti, i quali, anziché presentarsi come autonomi ed esclusivi, comunicano tra loro in un rapporto di reciproca permeabilità. La rete normativa venutasi a creare costituisce, al contempo, anche un groviglio di nodi (giuridici) da sciogliere: sarà il giudice chiamato a regolare la condizione di indeterminatezza che ne insorge. Nel panorama integrato europeo la giurisprudenza non si presenta più quale attore silente, operante dietro le quinte, ma viene posta con forza sul palcoscenico del principio di legalità.

Laddove le norme di matrice europea non riescono ad operare nell'ordinamento interno, in assenza di un intervento del legislatore nazionale, allora esse, cionondimeno, riescono ad operare attraverso il decisivo intervento giurisprudenziale. La contrapposizione che ne deriva non coinvolge più soltanto i rapporti tra diritto nazionale e diritto europeo, ma giunge ad interessare anche quelli tra legislatore e giudice dell'ordinamento nazionale. Non è, questo, soltanto un contrasto tra diritti, ma è anche un contrasto tra attori, uno dei quali è il giudice multilivello, elevato a portatore di istanze europee, che può scegliere su quale piano, talvolta intersecante, talvolta parallelo, rispetto a quello nazionale operare. Questa tendenza dovrà ricevere opportuna contestualizzazione al fine di essere esattamente rapportata con la centralità della legge e il ruolo subordinato della giurisprudenza, capisaldi costituzionali già

riconosciuti dalla Consulta ed espressione dell'identità e della cultura giuridiche del nostro ordinamento.

Uno degli strumenti di particolare efficacia a disposizione della giurisprudenza è quello dell'interpretazione conforme al diritto europeo. Dopo aver tracciato le affinità che essa possiede con l'interpretazione costituzionalmente orientata, si porrà l'attenzione sulle sue modalità di utilizzo e sulle ricadute che un suo impiego particolarmente ampio è capace di determinare.

Dalla comprensione del rapporto tra diritto nazionale e diritto europeo dipendono gli esiti del processo di mutamento del principio di legalità nazionale. A tal fine, il dialogo tra le Corti fungerà da paradigma del recepimento interno dei principi di diritto delle pronunce delle Corti europee. Esso fornirà anche preziosi spunti di riflessione sull'incidenza del sistema di *case law* europeo su quello nazionale, e del diritto europeo, conformante, sul diritto nazionale, conformato.

Il principio di legalità è legato a doppio filo al piano dell'applicazione del diritto. Per garantire il primo servirà incidere sul secondo, è qui che si giocherà la vera sfida sul rispetto del principio di legalità e, di conseguenza, sulle garanzie apprestate ai cittadini. I casi giurisprudenziali Taricco e Contrada fungeranno da utili banchi di prova sulla trasformazione della legalità nazionale, al fine di testare sul campo le peculiarità e le sfaccettature della legalità europea e la tenuta di quella nazionale, che dovrà affrontare simile adeguamento tramite opportuna rilettura dei suoi caratteri e delle sue pratiche modalità di funzionamento.

Una domanda, a questo punto, guiderà la successiva indagine: la legalità penale europea, nella sua dimensione soggettiva, deve essere in qualche modo recepita nel nostro ordinamento? Per la vincolatività del diritto eurounitario e del diritto convenzionale, la risposta a questa preliminare domanda sembra essere positiva. Sviluppando da questo presupposto il piano delle considerazioni: potrà la legalità penale europea trovare adeguato recepimento nel nostro ordinamento senza che quest'ultimo subisca modifiche intollerabili?

Le istanze proprie della legalità penale europea necessiteranno di strumenti di ingresso nel nostro ordinamento, i quali rappresentino meccanismi di effettività e di

giustiziabilità del diritto europeo e del relativo principio di legalità. Punto di snodo sarà l'esame di questi possibili strumenti giuridici, presenti e futuri, che l'ordinamento interno è in grado di apprestare, in particolare attraverso la rivitalizzazione dell'art. 5 c.p., al fine della composizione dell'attuale crisi che la legalità penale nazionale si vede costretta ad affrontare.

Il passaggio conclusivo consisterà nel riconoscimento della nuova legalità penale "integrata", frutto della combinazione delle due legalità finora poste in netta contrapposizione, e nella descrizione dei suoi caratteri identitari. Decisivo sarà comprendere il ruolo che giocherà la dimensione soggettiva della legalità penale "integrata" nella tutela della persona e nel recepimento delle istanze tipiche della legalità penale europea, dimensione che riceverà dunque opportuna valorizzazione. In questo modo soltanto, attraverso l'integrazione dei principi di legalità nazionale ed europea, potrà ottenersi l'integrazione delle tutele che ognuna di esse è in grado di apprestare.

I. LE TRASFORMAZIONI DEL DIRITTO PENALE MODERNO

1. Le origini del principio di legalità penale

Il principio di legalità affonda le sue radici in un terreno ricco di implicazioni, oltre che giuridiche, anche storiche, culturali e sociali. Da tale terreno ne trae un nutrimento denso di significati che lo delinea nella sua multidimensionalità e lo anima e lo caratterizza tanto profondamente, da non renderlo immediatamente inquadrabile ad un primo sguardo in tutte le sue potenzialità. A tali considerazioni, si aggiungono le implicazioni di carattere storico-filosofico, partendo queste dall'idea di legge quale prodotto positivo della razionalità e del potere politico, ma anche come garanzia della tutela sancita per iscritto in un testo dotato, quantomeno, di relativa stabilità e posto in contrapposizione al mutevole arbitrio del sovrano.

Essendo la riserva di legge una categoria storica e non logica del diritto penale, quale scenario futuro attende tale principio di matrice costituzionale? Quali sono le spinte che tendono ad una sua estensione e qual è la tenuta garantistica contenuta nella Costituzione che lo rendono un principio resiliente, all'interno di un processo, si potrebbe definire, di relativizzazione dello stesso?

Non è nuovo il monito che la riserva di legge versi in una crisi dalla quale non sembra possa uscirne intatta ma, al massimo, trasformata tanto profondamente da divenire qualcosa di altro rispetto a quella impalcatura eretta dai costituenti e confluita nell'art. 25, co. 2, Cost. Una crisi di tal genere si manifesta nella progressiva e sempre più profonda azione di integrazione della riserva di legge con fonti non legislative, le quali provengono sia dall'ordinamento interno che dal panorama europeo.

Il dibattito relativo alla tenuta della riserva di legge non attiene soltanto alla descrizione del fatto tipico penalmente rilevante, ma anche al tipo di disciplina, intesa essa come genesi e processo di formazione delle scelte di penalizzazione, e l'eventuale ricorso a fonti istituzionalmente non abilitate alla produzione del diritto penale. In aggiunta a tale considerazione, si pone il tema dell'effettiva paternità della disposizione

da parte del Parlamento e del grado di libertà da esso posseduto nelle fondamentali scelte di penalizzazione. Con il rischio, incidente su un profilo sostanziale della riserva di legge, che il Parlamento si trasformi in una sede di mera ratifica di decisioni altrove assunte. Si pensi, a tal proposito, al sempre maggiore grado di dettaglio raggiunto dalle direttive dell'Unione europea in materia penale.

In merito, poi, all'attività ermeneutica del giudice, questa è da sempre stata detentrici di una incisività tale, per sua natura, da imprimersi sulla disposizione di legge e condizionarla sensibilmente. In linea con i mutamenti che hanno dotato di un volto nuovo il nostro ordinamento giuridico, l'attività interpretativa è andata assumendo un respiro maggiormente internazionale. Di pari passo, ad arricchirsi di profili inediti è stato anche il ruolo del giudice, il quale ha assunto la veste di giudice di ordinamenti al contempo diversi e complementari, quali quello interno e quello internazionale. Da questo processo di ampliamento della figura del giudice ne è derivata una maggiore libertà ermeneutica, la quale adesso non si limita alla circoscritta fase dell'applicazione della disposizione, ma si estende anche alla fase ad essa logicamente antecedente e giuridicamente condizionante, ovverosia la scelta della disposizione ritenuta prevalente all'interno di un sistema delle fonti multilivello.

Quello di legalità si presenta quale principio penale di sistema arricchito dall'intreccio di molteplici fattori che, nel corso dei secoli, ne hanno definito i contorni e riempito il contenuto¹. La legalità penale è concepita nel nostro ordinamento, ed in tutti gli ordinamenti di *civil law*, quale legalità legislativa, avendo esso posto al suo epicentro la legge penale, intorno alla quale ruota l'intero sistema.

Ad intersecare il principio di legalità sono spinte rivoluzionarie provenienti da molteplici campi, che compongono questo di significati ed implicazioni appartenenti al campo storico-politico, costituzionale, tecnico-giuridico ed anche pragmatico-applicativo. Non soltanto dal mondo giuridico, quale, un esempio per tutti, la tutela del

¹ Tale principio si articola in quattro sotto-principi, corollari che lo riempiono di contenuto e ne rappresentano i pilastri teorici. Essi sono: la riserva di legge, la sufficiente determinatezza della norma, l'irretroattività sfavorevole e il divieto di analogia. Per una trattazione dei principi in parola v. ROMANO B., *Diritto penale. Parte generale*, 3 ed., Giuffrè, 2016, 104 ss.

cittadino di fronte all'abuso da parte dei regnanti, ma anche dal mondo della filosofia, a partire fin da quella greca che vedeva nella legge la sintesi della razionalità umana².

Quello stesso baluardo, espressione di garanzia e razionalità, è stato declinato in maniera differente dagli ordinamenti occidentali, i quali ne hanno dato applicazioni differenti ispirate alle proprie concezioni e tradizioni. A tal proposito, storicamente e culturalmente differenti sono stati percorsi seguiti dalle tradizioni costituzionali dei paesi di *civil law* e *common law*. Per il costituzionalismo inglese e americano fu il giudice ad essere individuato quale il soggetto posto a difesa del singolo e delle sue libertà di fronte al potere statale. Diversa direzione prese invece il costituzionalismo dell'Europa continentale, individuando invece nella legge il ruolo di baluardo delle garanzie e delle libertà del cittadino. Da tale premessa deriva l'identificazione dello Stato di diritto nello Stato legislativo, elevando al contempo il parlamento al centro assoluto dell'intero sistema in costruzione.

All'interno di questo ordinamento legocentrico si inserisce il concetto di legalità e può inserirsi la nascita, non soltanto giuridica, ma anche ideologica, del principio penalistico di riserva di legge. Lo studio di una legalità penale incentrata sul primato della legge scritta ha costituito l'oggetto prediletto di studio da parte dell'illuminismo giuridico settecentesco, e fin dalla filosofia empirista di Bacone, Hobbes e Locke. A connotare la legge generale e astratta è una generalizzata fiducia nella sua capacità di

² AMARELLI G., *Dalla legolatria alla post legalità: eclissi o rinnovamento di un principio?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2018, 3, 1406; BALBI G., *Democrazia crepuscolare e diritto vivente*, in *Criminalia*, 2015, 377; APRILE E., *Ieri oggi e domani nel rapporto tra il diritto penale italiano e le norme sovranazionali di fonte europea*, in *Giust. pen.* 2013, 6, I, 182; CATTANEO M. A., *Illuminismo e legislazione*, Edizioni di comunità, 1966, 16; CUPELLI C., *Il problema della legalità penale. Segnali in controtendenza sulla crisi della riserva di legge*, in *Giur. cost.*, 2015, 199; ID., *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Edizioni scientifiche italiane, 2012, 27, 123; DE FRANCESCO G., *Legislazione, giurisprudenza, scienza penale: uno schizzo problematico*, in *Cass. pen.*, 2016, 3, 853; FIANDACA G., *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia*, 2011, 79 ss.; GALLO M., *Appunti di diritto penale. La legge penale*, Giappichelli, 1999, 54; GRANDI C., *Riserva di legge e legalità penale europea*, Giuffè, 2010, 50; MOCCIA S., *La crisi della legalità nella crisi del sistema penale*, in (a cura di) Paliero C.E. - Moccia S. - De Francesco G. A. - Insolera G. - Pelissero M. - Rampioni R. - Riscato L., *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, 341; PADOVANI T., *Jus non scriptum e crisi della legalità nel diritto penale*, Editoriale scientifica, 2014, 10; PALAZZO F., *Sistema delle fonti e legalità penale*, in *Cass. pen.*, 2005, 141, 278; ZANON N., *Su alcuni problemi attuali della riserva di legge in materia penale*, in *Criminalia*, 2012, 315.

porsi quale fonte del diritto penale, nonché l'“espressione di principi e di valori sia giusnaturalistici o giurazionalistici, sia giuspositivistici *ante litteram* in termini di certezza legale e di garanzia di trattamento non discriminatorio”³.

Da questa concezione, che ha ispirato l'architettura costituzionale dei paesi europei continentali, è derivata la figura di giudice mero applicatore del diritto, figura questa espressione più di un ideale che di un dato reale. Il rifiuto di un'azione interpretativa e produttiva veniva associata all'illusione di una produzione normativa scarna e semplice, la quale non avrebbe richiesto alcuna interpretazione e sarebbe stata di pronta applicazione. Si era instillata, nondimeno, una certa avversione nei confronti della stessa scienza giuridica, la quale veniva vista quale ostacolo o complicazione non necessaria.

La legge penale scritta assunse, dunque, un ruolo centrale. Se essa da un lato era riconducibile ad un'ispirazione di carattere garantista, per la certezza che assicurava ai fatti disciplinati, e per la compatibilità con un assolutismo illuminato; dall'altro veniva ritenuta espressione democratica in quanto frutto della sovranità popolare rappresentata dal Parlamento⁴.

Richiamando le considerazioni di Vincenzo Manzini sul principio di riserva di legge, è possibile osservare una concezione statocentrica della stessa, essendole riconosciuta una funzione di garanzia in una declinazione, al contempo di dimensione statale, assicurando infatti il corretto funzionamento della giustizia, nonché di dimensione individuale, superando il cittadino e le sue libertà. In quest'ultimo caso, infatti, a venire meno era qualunque personalizzazione dell'intervento penale, garantendo al contempo l'eguaglianza e la giustizia dei cittadini⁵.

³ FIANDACA G., *Crisi della riserva*, cit., 80. In tema di positivismo giuridico, SCARPELLI U., *Cos'è il positivismo giuridico*, Edizioni scientifiche italiane, 1997, 22; BOBBIO N., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Laterza, 2018, 11; BARATTA A., *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale*, Giuffrè, 1966, 20; HART H. L. A., *Il positivismo e la separazione tra diritto e morale*, in *Contributi all'analisi del diritto*, Giuffrè, 1964, 107; GALLO M., *Appunti di diritto penale. La legge penale*, cit., 54; PULITANÒ D., *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, 38; LUZZATI C., *La politica della legalità*, Il Mulino, 2005, 77; DONINI M., *Il diritto penale come etica pubblica. Considerazioni sul politico quale "tipo d'autore"*, Mucchi, 2014, 28.

⁴ Per una ricostruzione più dettagliata, v. CATTANEO M. A., *Illuminismo e legislazione*, cit., 15 ss.

⁵ MANZINI V., *Trattato*, Utet, ed. 1981, 229. Cfr. FERRAJOLI L., *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Laterza, 1999, 28 ss.

2. La svolta costituzionale della legalità penale

L'intervento della Carta costituzionale e l'irrompere nel sistema giuridico di un insieme di principi nuovi, non soltanto dal punto di vista del contenuto, ma soprattutto da quello della loro funzionalità, rappresenta un profondo fattore di cambiamento, il quale introdurrà un approccio nuovo alla scienza giuridica. In questa fase giuridica inedita, se a mutare è l'intera architettura del nostro ordinamento, ed al contempo anche la *forma mentis* del giurista, non può di certo andare esente da tale processo di mutamento il principio di riserva di legge⁶. Sancito quest'ultimo nell'art. 25, co. 2, Cost., a prevalere è, adesso, l'aspetto relativo alla garanzia democratica rappresentata da tale principio, in quanto il legislatore costituente avrebbe potuto assicurare la certezza delle norme penali anche attribuendone la produzione a fonti di rango *sub* legislativo. La legge, inoltre, avrebbe in quel caso assicurato una maggiore ponderazione sugli interventi di penalizzazione attraverso i processi tipici della democrazia parlamentare⁷.

Nel nuovo scenario costituzionale formatosi, viene meno l'idea che un controllo in capo alle leggi possa essere demandato soltanto ad un'assemblea parlamentare. Questo poiché la nuova democrazia costituzionale individua nella Corte costituzionale il soggetto demandato al controllo di legittimità. L'esistenza di un simile organo costituzionale pone anche il tema dell'affidamento e della sua estensione in capo ad un soggetto non elettivo. Il problema prende origine dal fatto che la democraticità

⁶ FIANDACA G., *Sulla giurisprudenza costituzionale, tra principi e democrazia*, in *Cass. pen.*, 1/2017, 13; LUCIANI M., *Costituzione, integrazione europea, globalizzazione*, in *Quest giust.*, 2008, 6, 65; ID., *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in www.rivistaaic.it, 2/2016, 15 aprile 2016, 4; ID., *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir.*, *Annali*, IX (2016), 467; MANES V., *Dove va il controllo di costituzionalità in materia penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 154; RUGGERI A., *Prospettive metodiche di ricostruzione del sistema delle fonti e Carte internazionali dei diritti, tra teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione*, in (a cura di) Ferrari G. F., *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, Giuffrè, 2001, 219; ZANON N., *L'ascesa del potere giudiziario tra mode culturali e mutamenti costituzionali*, in *Criminalia*, 2015, 359.

⁷ GALLO M., *Appunti di diritto penale. La legge penale*, cit., 48 ss. Sul piano della democraticità della riserva di legge v. FIANDACA G., *Legalità penale e democrazia*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2007, 36, 1247, il quale evidenzia come l'odierna concezione di riserva di legge possa essere ricondotta alla definizione di Kelsen della democrazia come accordo tra maggioranza e opposizione.

intrinseca nel principio di riserva di legge, la cui importanza era tale da ricevere una costituzionalizzazione, si sarebbe scontrata con un giudizio ad opera della Corte costituzionale di carattere non prettamente tecnico, bensì di ragionevolezza e di merito politico-criminale della norma penale oggetto di giudizio.

Originariamente, il principio di riserva di legge era maggiormente sviluppato in chiave democratica nell'esame della compatibilità della competenza penale europea con il nostro sistema costituzionale. Il dibattito che ne è seguito ha visto di pari passo un incremento dell'attenzione anche da parte del legislatore europeo a tale questione, prova ne è il più incisivo ruolo svolto dall'istituzione puramente democratica dell'Unione europea, ossia il Parlamento europeo. In una fase successiva l'accento è stato posto sul profilo istituzionale del principio di legalità, teso a tracciare una separazione tra le varie competenze statali, così da evidenziarne le divergenze strutturali⁸.

Tutt'altro che di poco conto è stato, inoltre, il venire in rilievo di una serie di principi, la cui ampiezza non è stata accompagnata da una contestuale definizione da parte del legislatore costituente, attraverso i quali l'attività interpretativa si trovava adesso all'interno di due piani differenti, quale quello ordinario e quello costituzionale. All'interno di questi piani l'interprete poteva adesso muoversi con una libertà maggiore, potendo impiegare concetti e strumenti esterni rispetto alla disposizione da interpretare. Pertanto, le norme costituzionali rappresentarono uno strumento di creatività formidabile, e talvolta necessario, per interpretare le disposizioni penali. Questo "intervento dall'alto" rappresentò a tutti gli effetti l'antesignano della rivoluzione interpretativa derivante dall'ingresso nel nostro ordinamento dei principi europei⁹.

⁸ A proposito della funzione di salvaguardia dei diritti e della funzione di legittimazione democratica delle scelte di penalizzazione FIANDACA G., *Legalità penale e democrazia*, cit., 1275.

⁹ LUCIANI M., *Interpretazione conforme a Costituzione*, cit., 467.

3. La crisi del principio di legalità

Da qualche anno a questa parte, la questione della “crisi della legalità” si è presentata in maniera ricorrente nel panorama dottrinale¹⁰ e, già precedentemente, seppure *in nuce*, in quello giurisprudenziale¹¹, laboratorio primo delle pratiche trasposizioni nella vita dei cittadini delle spinte di matrice europea. Certo è che la legalità non sta vivendo un periodo di vigore, sottoposta alle opposte spinte provenienti da ordinamenti differenti ma comunicanti e reciprocamente influenzati. Tale crisi non si è spinta fino a decretare il crollo della legalità, la quale, seppur inserita in uno scenario mutato e in continua mutazione che non sembra ancora presentarsi nel suo aspetto definitivo, contrappone ad un suo definitivo abbattimento una resistenza ancorata ai principi costituzionali dai quali trae origine e costante legittimazione.

La dimensione della crisi spinge in maniera costante e pressante la legalità ad interrogarsi sui suoi fondamenti, sulle sue funzioni e sulla sua resilienza, che in questa circostanza implica anche una capacità di adattamento ai mutamenti avvenuti e in corso senza per questo perdere la propria identità. Vero è anche che il principio di legalità deve far fronte alla crisi che profondamente lo sta interessando, mantenendo la sua

¹⁰ BARTOLI R., *Legalità europea versus legalità nazionale? Un tentativo di possibile integrazione*, in (a cura di) Paliero C.E. - Moccia S. - De Francesco G. A. - Insolera G. - Pelissero M. - Rampioni R. - Riscato L., *La crisi della legalità. Il “sistema vivente” delle fonti penali*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, 283; BERNARDI A., *Il difficile rapporto tra fonti interne e fonti sovranazionali*, in (a cura di) Paliero C.E. - Moccia S. - De Francesco G. A. - Insolera G. - Pelissero M. - Rampioni R. - Riscato L., *La crisi della legalità. Il “sistema vivente” delle fonti penali*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, 7; BRICCHETTI R., *Lo stato della legalità penale nella giurisprudenza*, in *Criminalia*, 2012, 261; CUPELLI C., *La legalità delegata*, cit., 123; D’ANDREA L. - MOSCHELLA G. - RUGGERI A. - SAITTA A., *Crisi dello stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali*, Giappichelli, 2015; GROSSI P., *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, 2007, 215, il quale si interroga sull’attuale validità dell’istituto della legalità, domandando se si possa addirittura parlare di mito della legalità; GROSSO C. F., *Il fascino discreto della conservazione (considerazione in margine all’asserita crisi del principio di riserva di legge in materia penale)*, in *Criminalia*, 2011, 125; MOCCIA S., *La crisi della legalità*, cit., 341; PANEBIANCO A., *Il potere, lo stato, la libertà. La gracile costituzione della società libera*, Mulino, 2004, 119 ss.; PULITANÒ D., *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, cit., 38; SOTIS C., *Le regole dell’incoerenza. Pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale*, Aracne, 2015, 109.

¹¹ Corte cost. 364/1988, la quale anticipò come la crisi della legalità può derivare anche da difetti della legislazione.

aderenza ad una realtà mutevole, incalzata dalle spinte sovranazionali all'adeguamento a principi e meccanismi eterodeterminati¹².

Il tema della crisi di legalità possiede un campo privilegiato di discussione, potendo quest'ultimo essere individuato quale scenario primo e principale nel quale al principio di legalità viene data pratica attuazione. Si tratta, come noto, della sede giurisprudenziale, luogo di attuazione per definizione della legge¹³. Affrontare la questione della crisi della legalità vuol dire non soltanto porre attenzione alla fase genetica della legge, essendo questa la decisiva fase nella quale si imprime alla disposizione la sua identità essenziale che manterrà anche nelle successive applicazioni, ma anche porre attenzione alla fase puramente applicativa, al fine di comprendere in che misura le fibrillazioni alle quali il principio di legalità è sottoposto derivino da un'errata formulazione della disposizione oppure da forme di distorsioni che prendono campo nella fase attuativa. La prospettiva possiede notevoli implicazioni nella definizione della portata e della misura del "formante giurisprudenziale". Nella fase legislativa viene compiuta una scelta di campo, nella fase applicativa l'area del penalmente rilevante viene ulteriormente circoscritta.

Trattare il tema della crisi della legalità vuol dire porre al centro dell'analisi quei beni finali per la protezione dei quali il principio di legalità si spiega nelle sue formazioni tipiche. Affrontare il tema della crisi della legalità vuol dire "discutere di problemi la cui difettosa soluzione giurisprudenziale potrebbe rappresentare un punto di crisi della legalità, dall'angolo visuale di posizioni contingentemente soccombenti ma che ritengano di avere ragioni forti"¹⁴.

¹² Associa l'indebolimento del principio di legalità al concetto di giustizia PULITANÒ D., *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, cit., 32 "la crisi più seria della legalità è quella che è anche crisi della giustizia".

¹³ PULITANÒ D., *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, cit., 36.

Sulla funzione della giurisprudenza, sui metodi di interpretazione e sulla prevedibilità delle decisioni giudiziarie: CADOPPI A., *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Giappichelli, 2014, 36; ID., *Giudice penale e giudice civile di fronte al precedente*, in *Ind. Pen.*, 2014, 11 ss.; CANZIO G., *Nomofilachia, valore del precedente e struttura della motivazione*, in *Foro it.*, 2012, 310; VINCIGUERRA S., *Sull'intralcio all'amministrazione della giustizia delle interpretazioni discordanti e il suggerimento di qualche rimedio*, in *Dir. pen. XXI secolo*, 2014, 1, 195 ss.

¹⁴ PULITANÒ D., *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, cit., 38.

Mentre la dottrina è più sensibile ad esigenze di limitazione del diritto penale all'interno dei confini tracciati dal legislatore in modo da garantire un pieno rispetto dei principi di divisione dei poteri, di legalità e finanche di personalità della responsabilità penale, la giurisprudenza, essendo istituzionalmente il potere deputato alla punizione dei reati e all'applicazione delle pene, esprime una marcata sensibilità alla tutela degli interessi penalmente protetti, ispirata ad un finalismo repressivo di stampo securitario, tale per cui la giurisprudenza sembra mettere in atto una forma di "autoritarismo bene intenzionato"¹⁵. La giurisprudenza, dunque, tende ad estendere i confini delle disposizioni, così creandosi quella contrapposizione tra un garantismo liberale e una tendenza all'allargamento repressivo.

Risulta interessante considerare i casi in cui la crisi possa interessare la forma della legge, intesa quale tassatività e determinatezza, nonché la sua stessa intelligibilità. Punto di riferimento in questa materia è la pronuncia della Consulta n. 364 del 1988, la quale, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 5 c.p. nella parte in cui non esclude dall'inescusabilità dell'ignoranza della legge penale l'ignoranza inevitabile, pone in capo al legislatore doveri concernenti la formulazione e i contenuti delle norme penali. Che la conoscenza da parte dei cittadini si basi su disposizioni dotate di una conoscibilità e intelligibilità assicurate dal legislatore si rende necessario in considerazione del fatto che esse non costituiscono qualità intrinseche alla legge, ma piuttosto caratteristiche da perseguire quale obiettivo di una legislazione avveduta, la quale impieghi propriamente le tecniche di redazione delle norme. Da evidenziare la molta cautela usata dalla Consulta nella dichiarazione di illegittimità costituzionale per difetto di tassatività e determinatezza, l'unica pronuncia che si rinviene è quella del delitto di plagio, sentenza n. 96 del 1981, la quale ha fondato il suo ragionamento sulla non verificabilità del delitto "nella sua effettuazione e nel suo risultato", più che sulla definizione dell'astratto significato. Per il principio di tassatività la legge penale sopporta l'onere di "formulare ipotesi che esprimano fattispecie corrispondenti alla realtà", ed ancora, attraverso il "riferimento a fenomeni la cui possibilità di realizzarsi

¹⁵ PULITANÒ D., *Supplenza giudiziaria e poteri dello Stato*, in *Quaderni costituzionali*, 1982, 93 ss.

sia stata accertata in base a criteri che allo stato delle attuali conoscenze appaiono verificabili”¹⁶.

A presentarsi come cause della crisi della riserva di legge sono fattori sia endogeni che esogeni, i primi di carattere genetico alla stessa riserva di legge, risultando connaturati in essa e pertanto più risalenti quanto alle criticità cui danno vita e agli approcci adottati per superarli, i secondi sono, invece, di più recente formazione dato l'ingresso nel nostro ordinamento di fattori disordinanti che hanno messo in discussione la tradizionale riserva di legge (amplificando le relative problematiche tradizionali)¹⁷. Una delle possibili novità nel futuro scenario legalistico potrebbe essere l'adozione di soluzioni di apertura nei confronti del sistema europeo, inteso quale complesso normativo peculiare, dotato di propri meccanismi di funzionamento, scale valoriali, strumenti di controllo e di attuazione delle proprie disposizioni. Le aperture in esame darebbero modo a tale complesso normativo di accelerare il processo di mutamento e plasmazione del sistema interno a quello europeo, a fornirvi sostegno è “la forza normativa del fattuale”¹⁸.

Con l'avvento del diritto europeo si assiste ad una complicazione del sistema delle fonti, nel quale la competenza del diritto statale si riduce sempre più rispetto all'avanzare delle norme europee¹⁹. La naturale conseguenza dell'intervento del diritto europeo è quella della crisi della legge, la quale perde la propria tradizionale identità ed il proprio ruolo storico caratterizzato dal suo primato rispetto a qualunque altra fonte.

¹⁶ Corte cost. n. 96 del 1981. Dello stesso contenuto sono le sentenze della Consulta: n. 27 del 1961, in *Giust. cost.*, 1961, 537, con nota di ESPOSITO C.; 13 gennaio 2004, n. 5; n. 31 e 34 del 1995; n. 247 del 1989, n. 122 del 1993; n. 327 del 2008.

¹⁷ GRANDI C., *Riserva di legge e legalità penale europea*, cit., 48.

¹⁸ BERNARDI A., *Presentazione a GRANDI C., Riserva di legge e legalità penale europea*, cit., 48.

¹⁹ VIGANÒ F., *Fonti europee e ordinamento italiano*, in *Europa e giustizia penale, Speciale di Dir. pen. e proc.*, 2011, 4 ss.; SOTIS C., *Le regole dell'incoerenza*, cit.; MANES V., *Diritto penale e fonti sovranazionali*, in *Introduzione al sistema penale. Vol. I*, a cura di Insolera G. - Mazzacuvà N. - Pavarini M. - Zanotti M., *Dike giuridica*, 2012 157 ss.; BERNARDI A., *La competenza penale accessoria dell'Unione Europea: problemi e prospettive*, in *Dir. pen. contemp., Riv. trim.*, 1/2012, 69 ss.; MASARONE V., *L'inappagante continuità del diritto penale dell'Unione dalla Costituzione europea al Trattato di Lisbona*, in *Crit. dir.*, 2008, 173 ss.; ID., *Politica criminale e diritto penale nel contrasto al terrorismo internazionale. Tra normativa interna, europea ed internazionale*, Edizioni scientifiche italiane, 2013, 155 ss.; CUPELLI C., *Il Parlamento europeo e i limiti di una codecisione in materia penale. Tra modelli di democrazia e crisi della riserva di legge*, in *Criminalia*, 2013, 353 ss.

Il concetto di legge statale quale espressione di sovranità nazionale crolla nel momento in cui tale fonte viene affiancata da una di provenienza esterna allo Stato stesso, il cui ingresso porta con sé necessariamente un diverso concetto di legalità, il quale viene ricavato dall'ordinamento di provenienza della fonte esterna.

La legalità europea, invece, è una legalità diversa, la quale si combina con quella nazionale, in base ai rapporti tra le fonti dei due ordinamenti basati sui criteri di primazia e competenza²⁰. Il conseguente effetto dell'incontro delle due legalità non può che essere quello della loro sovrapposizione, non risultando cancellata la precedente legalità nazionale, ma neppure risultando irrilevante l'ingresso di un nuovo paradigma legale proveniente da un ordinamento la cui legislazione si colloca in posizione sovraordinata rispetto a quella nazionale. I meccanismi attraverso i quali opera la legalità nazionale non vengono invalidati e neppure sostituiti in blocco, essi piuttosto vengono sottoposti al tentativo di adeguamento da parte del complesso di valori che compone il sistema di legalità europeo.

La sovrapposizione della legalità sovranazionale su quella interna, se non ha comportato indubbiamente l'annichilimento della precedente legalità nazionale, ne ha però determinato una mutazione avviando un processo di trasformazione tendente al progressivo avvicinamento al modello di legalità di matrice europea. Un simile fenomeno non è del tutto nuovo nello scenario giuridico nazionale, a tal proposito si pensi all'ingresso nel nostro ordinamento dell'apparato costituzionale e dei veri e propri stravolgimenti che questo ha innescato, quali, ad esempio, l'interpretazione della disposizione sulla base di criteri e finalità esterni al testo medesimo²¹.

L'evoluzione del principio della riserva di legge è stata complessa e di natura composita, caratterizzata da varie fasi, le quali si sono intrecciate e succedute, di carattere storico, culturale e giuridico che tale principio hanno finito per plasmarlo.

²⁰ PALAZZO F., *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*, in *Dir. pen. e proc.*, 2015, 1061, <<la legalità convenzionale, indubbiamente ispirata al potenziamento delle garanzie individuali, dà però per scontato un assetto delle fonti difficilmente compatibile con la legalità costituzionale in materia penale>>.

²¹ LUCIANI M., *Interpretazione conforme a Costituzione*, cit., 460 ss. V. anche FIANDACA G., *Prima lezione di diritto penale*, Laterza, 2017, 129, secondo cui l'interpretazione conforme a costituzione può essere paragonata all'interpretazione conforme al diritto Ue.

Altrettanto complesso si presenta quel processo di messa in discussione del principio di riserva di legge, tendente ad un suo rinnovamento. Le cause della crisi della riserva di legge non sono certo nuove e non possono essere circoscritte ai soli mutamenti di natura ordinamentale ai quali il processo di integrazione europea ha dato origine. Al contrario, la riserva di legge ha scontato non poche difficoltà derivanti da proprie fragilità strutturali e teoriche, le quali si sono presentate fin dagli inizi degli anni Ottanta.

Ad essere oggetto di un'importante fase di confronto teorico è stato il tema della assolutezza della riserva di legge. Una spinta decisiva nel senso della relativizzazione di tale riserva proveniva dallo stesso legislatore post-costituzionale con, in una certa misura, l'avallo della Corte costituzionale. In quella fase storica sembra quasi che il fattore di maggiore crisi della legalità, che assumerà corpo e sostanza nell'immediato futuro, ossia il dirompere del formante giurisprudenziale e della capacità innovativa e per certi versi rivoluzionaria dell'attività interpretativa della giurisprudenza, non rappresentasse un fattore di rischio posto in posizione collidente con la riserva di legge. Le maggiori preoccupazioni venivano, dunque, riservate alla tendenza ad una produzione penale *sub* legislativa, senza particolari moniti per quello che nei decenni successivi sarebbe stato il più importante fattore di ulteriore destabilizzazione del fragile principio di riserva di legge, quel diritto penale di matrice giurisprudenziale, il quale avrebbe definitivamente contrapposto la legislazione scritta al diritto penale vivente, ossia al volto mutevole del diritto avrebbe rappresentato il più fedele indicatore dello stato attuale del diritto penale²². In presenza di una riserva relativa di legge non potrebbe obiettarsi l'ingresso e, dunque, l'incidenza nella materia di fonti legislative di matrice europea in quanto la portata della riserva relativa andrebbe considerata in relazione all'ordinamento nel suo complesso, di cui fanno parte le fonti europee.

Vero è anche che la legalità penale, lungi dal rimanere immutabile nella rigidità della sua iniziale configurazione trasposta nella Costituzione, ha subito di fatto

²² BRICOLA F., *Art. 25, comma 2, Cost.*, in (a cura di) BRANCA G., *Commentario alla Costituzione. Rapporti civili (artt. 24-26)*, Zanichelli, 1981, 227.

molteplici mutamenti derivanti dal confronto con la sua pratica applicazione e con il diritto vivente.

Tra i motivi di rivalutazione del ruolo della giurisprudenza vi è la presa di coscienza del ruolo da essa svolto e che, più per una presa di posizione pregiudiziale che per una constatazione effettiva del reale, si tendeva in passato a disconoscere a beneficio di una certezza del diritto e di una democraticità dei processi di formazione della legge penale. A questa ulteriore presa di consapevolezza deve essere affiancato un indebolimento della stessa democrazia rappresentativa, il quale ha messo in pericolo la tenuta del principio in parola, essendone venuto meno il substrato giuridico culturale che ne costituiva e la ragione giustificatrice e il campo di applicazione.

L'inadeguatezza e l'incapacità di stare al passo con le novità e di far fronte ai fattori di instabilità, nonché veri e propri attacchi al sistema giuridico precedente, hanno determinato una difficoltà quasi esistenziale delle democrazie contemporanee, le quali scontavano da un lato taluni difetti che ogni forma di Stato possiede, dall'altro la forza di spinte poco conciliabili con simili strutture. Le grandi difficoltà affrontate dalle democrazie rappresentative, tanto da subirne gli effetti con un sempre maggiore disagio nel farvi fronte, sono riconducibili ad un progressivo indebolimento dell'azione legislativa da parte del parlamento, alla sua perdita di centralità e incapacità di rappresentare il fattore trainante della produzione legislativa anche a causa della sua poca reattività nell'affrontare tematiche di fondamentale importanza e in continua evoluzione²³, e della sua tacita devoluzione alla giurisprudenza del compito di affrontare e risolvere le tematiche spesso più complesse o spinose del panorama penalistico.

La legge, infatti, fatica a svolgere un ruolo di guida specialmente in temi particolarmente complessi, rimettendo implicitamente alla giurisprudenza il compito di concretizzare formule ampie e correggere o integrare discipline incomplete, come ad esempio per il tema delle false comunicazioni sociali in cui la Corte di Cassazione a

²³ GALLI C., *Il disagio della democrazia*, Torino, 2011, 53.

SS.UU. è intervenuta per una integrale riscrittura dell'originaria formulazione legislativa²⁴.

La perdita di centralità della legge è esemplificata anche dal processo di sostituzione, attualmente in corso, da parte del Governo nei confronti del Parlamento, con una sempre maggior valenza legislativa da parte dell'esecutivo²⁵.

4. Le legalità concorrenti

L'infrangersi del monopolio della riserva di legge in capo al Parlamento ha determinato una proliferazione di "legalità concorrenti" a quella formale tradizionale. Il perché della nascita di fonti di produzione alternative a quella parlamentare può essere rinvenuto, sebbene ne costituisca una concausa di uno spettro più ampio, nell'incapacità del Parlamento nel rappresentare fedelmente la società per la sua progressiva inadeguatezza²⁶.

Il fenomeno di estensione, a tratti di distorsione, della legalità penale, al pari di una tela sottoposta a trazioni in opposte direzioni, ha condotto al risultato della distorsione della sua immagine originaria. Non sono mancati, infatti, episodi di protagonismo istituzionale. Uno di questi fenomeni è stato rappresentato certamente dall'azione posta in essere dall'organo esecutivo²⁷, nella quale ha confluìto anche una

²⁴ MANNA A., *Il nuovo delitto di false comunicazioni sociali (tra law in the books and law in action): cronaca di una discutibile riforma*, in *Archivio penale*, 2016, 487 ss., con ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

²⁵ DOLCINI E., *Il carattere generale e astratto della legge e la riserva di legge in materia penale: principi-cardine dell'ordinamento o polverose reminiscenze del passato?*, in (a cura di) Cocco G., *Interpretazione e precedente giudiziale in materia penale*, Cedam, 2005, 61 ss.; DONINI M., *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Giuffrè, 2004, 281 ss.; GINSBORG P., *La democrazia che non c'è*, trad. it. di Benghi E., Einaudi, 2014, 15; PALAZZO F., *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regola iuris*, in Vassalli G. (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Edizioni scientifiche italiane, 2006, 55.

²⁶ FIANDACA G., *Legalità penale e democrazia*, cit., 1247 ss.; PALAZZO F., *Legalità penale. Considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. volume 36- tomo II, 1279 ss.

²⁷ AMARELLI G., *Dalla legolatria alla post, legalità*, cit., 1415; CUPELLI C., *La legalità delegata*, cit., 123, Edizioni scientifiche italiane, 2012, 123 ss.; CUPELLI C., *Il problema della legalità penale*, cit., 181 ss.

spinta di provenienza europea, attraverso la legge di delegazione europea²⁸. In aggiunta al tema della legislazione d'urgenza attraverso il ricorso sempre più frequente al decreto legge, va evidenziato che la tecnica di integrazione con decreto ministeriale delle disposizioni di origine parlamentare ha assunto una portata notevole, anche in considerazione del fatto che tale prassi si estende a profili spesso di dubbia collocazione nella cerchia degli interventi di integrazione tecnici, tanto da porsi una seria questione sulla sua portata e legittimità²⁹.

Breve cenno merita il miraggio dell'appartenenza e della padronanza delle scelte di penalizzazione effettuate dal Parlamento, per la crescente dimensione tecnica assunta dalla politica, e dalla materia penale in particolare. Il retrocedere della dimensione politica appare ancor più consistente se si pensi alla natura pluralista della società contemporanea, nella quale la mancanza di un'unica visione comune e l'elevata frammentazione socio-culturale rende la politica incapace di assumere il ruolo di guida all'interno di tale società. A porre dei problemi non è soltanto la democraticità della procedura di codecisione europea ma anche, prima di tutto, la maggiore o minore condivisione dei medesimi valori culturali e giuridici che stanno prima delle valutazioni tecniche in merito all'*iter* legislativo preferibile³⁰.

Altra forza che ha sottoposto a trazioni il principio di legalità è quella della legalità autoprodotta, per tale intendendosi l'ammissione di saperi provenienti da settori diversi dal diritto penale. La legalità autoprodotta è espressione di un'esigenza autonormativa proveniente da tali settori dell'ordinamento, la quale si è estesa finanche al diritto penale, visto anch'esso quale insieme di regole prima che di pene.

Dunque, il momento regolatorio viene a determinare la fase costitutiva delle future condotte assunte in quel settore dell'ordinamento, dalla quale è tratto il

²⁸ GRANDI C., *Processo decisionale europeo e democrazia penale. Osservazioni a margine della "legge quadro" n. 234 del 2012*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 2013, 2, 49 ss.; CUPELLI C., *La nuova legge sulla partecipazione alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'U.E.*, in *Dir. pen. e proc.*, 2013, 4, 411; GRASSO G., *Fonti sovranazionali e principio di legalità*, in (a cura di) Paliero C.E. - Moccia S. - De Francesco G. A. - Insolera G. - Pelissero M. - Rampioni R. - Risicato L., *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, 323 ss.

²⁹ CUPELLI C., *La legalità delegata*, cit., 123 ss.; CUPELLI C., *Il problema della legalità penale*, cit., 181 ss.

³⁰ FIANDACA G., *Crisi della riserva di legge*, cit., 91 ss.

fondamento sociale e giuridico dell'agire dei consociati, o meglio degli appartenenti alla specifica categoria sociale o professionale produttrice delle regole ad essa applicabili. Si pone, allora, un tema, oltre che di legittimità di una simile produzione in tutto e per tutto "normativa", di adeguatezza del soggetto da cui promanano le regole di comportamento promanano nella loro fase genetica. Tale aspetto si lega intimamente anche con il concetto di autorevolezza nella produzione normativa, il riconoscimento della quale appare rivolto a quei soggetti che dall'interno conoscono i meccanismi del mondo cui appartengono e per tale motivo ne sono "esperti". È, pertanto, condivisibile l'opinione secondo la quale l'ingresso di saperi esperti nell'individuazione degli obblighi penalmente sanzionati "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"³¹.

Assurgono anche a componenti integrative della fattispecie i modelli preventivi e i protocolli comportamentali di natura privata³². Questo fenomeno configura una forma di collaborazione pubblico-privata nella composizione della norma, la quale assume una logica partecipativa nella sua fase di produzione. Ad essere interessata è, inevitabilmente, la rappresentatività democratica di tale sistema partecipato di composizione della norma, con la conseguenza che la garanzia insita nel modello di produzione originale venga trasferita "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"³³.

³¹ PALAZZO F., *Il principio di legalità tra Costituzione e suggestioni sovranazionali*, in www.legislazionepenale.eu, 29 gennaio 2016, 4.

³² PIERGALLINI C., *Autonormazione e controllo penale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2015, 261; ID., *Ius sibi imponere: controllo penale mediante autonormazione?*, in C.E. Paliero (a cura di), *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, 117; BERNARDI A., *Sui rapporti tra diritto penale e soft law*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011, 536.

³³ PALAZZO F., *Il principio di legalità tra Costituzione e suggestioni sovranazionali*, cit., I ss.

Una portata elusiva del principio di legalità va riconosciuta nella tendenza dello stesso legislatore di sottrarre interi settori o discipline alla materia penale. Fermi devono, però, restare i principi della *extrema ratio* e quello di frammentarietà del diritto penale, la cui effettività garantirebbe una retrocessione ponderata del diritto penale. La sottrazione alla materia penale, dunque, non interviene attraverso la trasformazione effettiva delle misure sanzionatorie penali predisposte dal legislatore in misure sanzionatorie di altra natura, bensì attraverso la sola ridenominazione delle misure in interventi di carattere non penalistico. La rilevanza del dato sostanziale cede il posto all'apparenza del dato formale, relegando la legalità a mero ostacolo da superare, in un modo o nell'altro, al pari di "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"³⁴.

5. Il processo di europeizzazione del diritto penale

La Corte EDU pone al centro delle sue decisioni una concezione del diritto penale elaborata sulla base di concetti frutto di elaborazione autonoma sulla base delle norme e tecniche interpretative europee. La Corte di Strasburgo, al fine di prescindere dalle mutevoli concezioni dogmatiche di ogni singolo paese membro, il cui utilizzo avrebbe l'effetto di condizionare la Corte alle qualificazioni formali di volta in volta rilevanti, ricorre ad un proprio patrimonio di concetti penalistici³⁵. L'approccio impiegato è, dunque, di carattere sostanziale nel giudizio relativo alla natura penale delle disposizioni nazionali ed alla loro effettiva afflittività. Secondo la CGUE, infatti, nel

³⁴ RONCO M., *Legalità penale e legalità processuale*, in *www.archiviopenale.it*, 2017, 2, 2 ss.; CIVELLO G., *La legalità come inconveniente: la "dimenticanza della legge" e le sue conseguenze nella teoria del reato*, in *Arch. pen.*, 2/2017, 5. Si pensi anche, ad esempio, al dibattito intorno al sistema del doppio binario o alle misure di prevenzione.

³⁵ FIANDACA G., *Quale diritto penale per l'Europa?*, in (a cura di) Trujillo I. - Viola F., *Identità, diritti, ragione pubblica in Europa*, Il Mulino, 2007, 143 ss.

valutare la «natura penale di procedimenti e di sanzioni (...) sono rilevanti tre criteri. Il primo consiste nella qualificazione giuridica dell'illecito nel diritto nazionale, il secondo nella natura dell'illecito e il terzo nel grado di severità della sanzione in cui l'interessato rischia di incorrere»³⁶. Effetto immediato di tale azione teorica è la non necessaria coincidenza tra il perimetro del penalmente rilevante in campo nazionale con quello europeo, ne deriva una potenziale estensione del penalmente rilevante ed una ridefinizione delle categorie penalistiche. Ma un tale processo di trasformazione delle categorie penalistiche, patrimonio giuridico autonomo, pone il problema di un aumento eccessivo della discrezionalità, e dunque della incertezza, nell'applicazione del diritto da parte dell'interprete. Ciò che si rischia è, dunque, non soltanto di far fronte al comune tasso di incertezza derivante dallo svolgimento del giudizio, ma anche che ai fini dell'individuazione del penalmente rilevante le disposizioni di legge da interpretare risultino valutate, non sulla base di criteri di stampo positivista, ma sulla base di categorie e criteri non scritti di provenienza europea. A ciò si aggiunge il fatto che l'operato della Corte EDU è ispirato al perseguimento del fine della garanzia dei diritti dei cittadini, in modo tale che l'ampliamento del suo ambito di intervento scongiuri violazioni nascoste che diversamente risulterebbero escluse dal suo sindacato³⁷. Vari sono gli esempi di europeizzazione di concetti penali, nonché dell'ingresso del diritto penale convenzionale per via giurisprudenziale³⁸.

³⁶ CGUE, GS, 20 marzo 2018, Menci, (C-524/15), § 26, in *www.penalecontemporaneo.it*, 21 marzo 2018, (con nota di VIGANÒ F., *Ne bis in idem e omesso versamento dell'IVA: la parola alla Corte di giustizia*). Ad essere impiegati sono stati gli Engel criteria della ben nota Corte EDU, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, 8 giugno 1976, in *www.hudoc.echr.coe.int*; v. anche Corte EDU, *Öztürk c. Germania*, 21 febbraio 1985, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 894, con nota di PALIERO C.E., "Materia penale" e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: una questione classica e una svolta radicale.

³⁷ Sulla possibile applicazione di tale approccio della Corte di Strasburgo anche in settori non compresi nella sua sfera di competenza, v. D'AMICO M., *Il principio di legalità in materia penale fra Corte costituzionale e Corti europee*, in (a cura di) Zanon N., *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Edizioni scientifiche italiane, 2006, 161 ss.

³⁸ Come nel caso deciso dalle Sezioni Unite "Beschi", le quali hanno europeizzato la nozione di legge penale, ivi includendo il diritto giurisprudenziale, SSUU, 13 maggio 2010, n. 18288, *Beschi*, in CED Cass., 246651. Oppure ancora sulla nozione di pena in materia di confisca per equivalente (Cass., 19 luglio 2011, n. 1569, in questa Rivista, 25 ottobre 2011, con scheda di V. Ferro), o di confisca di prevenzione (Cass., V, 13 novembre 2012, n. 1255, Occhipinti, in *www.penalecontemporaneo.it*, 26 luglio 2013). Per la Corte EDU è "sostanzialmente penale" quella misura che possieda uno scopo afflittivo, sulla natura della sanzione, cfr. MAZZACUVA F., *La materia penale e il "doppio binario" della Corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, 1899 ss.

Attraverso i passaggi esaminati si giunge, quale approdo finale di tale processo di mutamento, alla perdita del fatto quale saldo punto di riferimento nel panorama punitivo, con la contestuale trasformazione epistemologica del reato, da costruito giuridico fondato sul fatto a quello ispirato alla logica del rischio. Questo processo di trasformazione non appare pienamente dominabile da quelle istituzioni politiche preposte al governo dei fenomeni criminali, con la conseguenza che ad intervenire con ruolo risolutore della complessità è il giudice <<globale>>³⁹.

La legalità si fonda sulle condotte tenute dai consociati giudicate per il loro disvalore, e sulla diretta conseguenza rappresentata dalla pena prevista per legge. Esprimersi in termini di valore o disvalore della condotta nella “società contemporanea del rischio” perde di aderenza rispetto alla nuova realtà circostante, distante da quella in cui il fatto era il perno delle scelte di politica criminale. Se ciò è vero, “è sorta così una nuova forma di generalprevidenzialismo, non più strettamente associata all’idea del primato dello Stato nell’ordine politico che, attraverso la legalità, filtra nelle leggi il <<minimo etico>> comune, bensì ispirata all’idea di una giurisdizione che si piega a riconoscere capillarmente in modo diretto le esigenze di scopo che percorrono variamente il corpo sociale”⁴⁰. Il rischio derivante dall’altrui reato porta ad una ipertrofia punitiva, con la conseguenza che l’approccio securitario perseguito abbandoni la logica della condotta per dare spazio alla costruzione di una differente moralità collettiva che dalla prima prescinde⁴¹. Non può che destare preoccupazione la confusione tra diritto e nuova moralità sociale, con il rischio di pregiudicare anche la piena affermazione del principio di autoresponsabilità penale. L’irrompere del rischio come criterio di imputazione del fatto penale comporta l’abbandono del diritto penale

³⁹ RONCO M., *La legalità stratificata*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2018, 3, 1401; in tema di trasformazione del reato in <<rischio sociale>> v. ID., *Il reato come rischio sociale*, in *Arch. Pen.*, 20015, 717 ss.

⁴⁰ RONCO M., *La legalità stratificata*, cit., 1402.

⁴¹ NUEMANN U., *Tendenze di una rimoralizzazione del diritto penale in un diritto penale preventivo illuministico*, in *Per un manifesto del neoilluminismo penale*, a cura di Cocco G., Wolters Kluwer, 2016, 165; PRITZWITZ C., *Garanzie di libertà tramite una riduzione dell’intervento penale o tramite il diritto penale?*, *ivi*, 50.

Analizzando Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, sostitutiva della decisione-quadro 2001/220/GAI, si riscontra la tendenza alla valorizzazione della vittima del reato nel diritto europeo mediante il riconoscimento di diritti, assistenza e protezione.

del fatto, adesso agganciato a fattori esterni che risiedono fuori dalla condotta tenuta dell'agente, per ricadere in un'area di dubbia dominabilità. Simili scenari si pongono in contrasto con il principio di legalità sancito dall'art. 25, co.2, Cost.

Lungi dal rappresentare le norme CEDU soltanto il livello minimo di garanzia in materia penale, esse, grazie al ruolo assunto dalla Corte EDU, dovrebbero essere collocate al vertice del sistema delle tutele penalistiche. Le tutele di matrice convenzionale sono maggiormente concentrate sugli aspetti sostanziali del principio di legalità e possiedono una dimensione individualistica che attiene ai rapporti tra il cittadino e lo Stato. Nonostante la spiccata attenzione prestata ai rapporti tra il singolo ed i poteri dello Stato, la legalità convenzionale non limita i suoi effetti soltanto a questo campo, riuscendo piuttosto ad incidere anche sulla dimensione pubblicistica del principio di legalità nazionale, avente ad oggetto i rapporti ed il bilanciamento di forza tra i poteri dello Stato.

Quelli di "materia penale" e di "sanzione penale" sono concetti autonomi dotati di una loro peculiare estensione e contenuto, e l'approccio seguito dalla Corte EDU è di tipo sostanzialistico, fondato su elementi quali la natura della sanzione, la sua finalità e il grado di afflittività da essa posseduto⁴², nonché con riguardo all'irretroattività della norma sfavorevole e alla retroattività della norma favorevole⁴³. È pure possibile riscontrare, su questo solco, una connessione tra il principio di colpevolezza e quel principio di legalità, che esprime la connessione tra la conoscibilità della norma penale e la rimproverabilità della condotta tenuta⁴⁴.

Per apprezzare al meglio la portata del concetto di "law", così come impiegato dalla Convenzione europea ed oggetto di interpretazione da parte della Corte EDU, è

⁴² CEDU, 9 febbraio 1995, *Welch c. Regno Unito*. V. anche BERNARDI A., *Nessuna pena senza legge (art.7)*, in *Commentario della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, diretto da Bartole S. - Conforti B. - Raimondi G., Wolters Kluwer, 2001, 256 ss; HARRIS D. J. - O'BOYLE M. - WARBRICK C., *Law of the European Convention on human rights*, Oxford University press, 2009, 332 ss.; ZAGREBELSKY V., *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità in materia penale*, in *Ius*, 17, 2009, 61 ss.

⁴³ CEDU, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*, § 109, in *Cass. Pen.*, 2010, 832, con commento ICHINO G., *L'"affaire Scoppola c. Italia" e l'obbligo dell'Italia ormai alle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2010, 841 ss.

⁴⁴ CEDU, 20 gennaio 2009, *Sud Fondi c. Italia*, in *Cass. Pen.*, 2009, 3180, con nota di BALSAMO A. - PARASPORO C., *La Corte europea e la confisca contro la lottizzazione abusiva: nuovi scenari e problemi aperti*, 3183 ss.

possibile leggere direttamente dalle parole della Corte i requisiti attribuiti al concetto in parola: “When speaking of “law” Article 7 alludes to the very same concept as that to which the Convention refers elsewhere when using that term, a concept which comprises statute law as well as case-law and implies qualitative requirements, including those of accessibility and foreseeability”⁴⁵. Privilegiando l’approccio di tipo qualitativo e sostanziale ad essere posti al centro del vaglio compiuto dalla corte europea sono i requisiti di accessibilità, chiarezza e prevedibilità, passando in secondo piano l’aspetto formale dell’organo proponente la disposizione interessata⁴⁶.

All’interno del dibattito concernente l’attribuzione di competenze legislative all’Unione europea il principio della riserva di legge è sempre stato uno degli argomenti maggiormente impiegati per respingere il processo di destatalizzazione attualmente in atto. La dialettica venuta a crearsi, tra sostenitori del processo di europeizzazione esteso a qualunque settore del diritto e fautori del mantenimento di un’area di piena sovranità statale, ha visto il principio di legalità interessato da interpretazioni diverse, frutto del loro substrato giuridico e culturale⁴⁷.

⁴⁵ CEDU, 29 marzo 2006, *Anhour v. France*, § 41.

⁴⁶ CEDU, 17 febbraio 2004, *Maestri c. Italia* che ha visto classificare le delibere del Consiglio Superiore della Magistratura.

⁴⁷ AMALFITANO C. – CONDINANZI M., *Unione Europea: fonti, adattamento e rapporti tra ordinamenti*, Giappichelli, 2015, 126; BERNARDI A., *L’europeizzazione del diritto e della scienza penale*, 2004, Giappichelli, 100; BERNARDI A., *La competenza penale accessoria dell’Unione Europea: problemi e prospettive*, in *Dir. pen. contemp.*, Riv. trim., 1/2012, 43; DE FRANCESCO G., *Internazionalizzazione del diritto e della politica criminale: verso un equilibrio di molteplici sistemi penali*, in *Dir. pen. e proc.*, 2003, 3, 5; DE FRANCESCO G., *Legislazione, giurisprudenza, scienza penale*, cit., 853; DELMAS MARTY M., *L’emersione di un ordine giuridico mondiale: patologia o metamorfosi?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, 1697; DONINI M., *Europeismo giudiziario e scienza penale: dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Giuffrè, 2011, 87; DONINI M., *La situazione spirituale della ricerca giuridica penalistica. Profili di diritto sostanziale*, in *Cass. pen.*, 2016, 5, 1853; FIANDACA G., *Sul contributo della scienza penalistica alla costruzione di un diritto penale europeo*, in *Nuove autonomie*, 9, 30; KOSTORIS R. E., *Equità, processo penale, diritto europeo. Riflessioni di un giurista di civil law*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2016, 1653; ID., *Processo penale, diritto europeo e nuovi paradigmi del pluralismo giuridico postmoderno*, Giappichelli, 2018, 92; MANES V., *I principi penalistici nel network multilivello: trapianto palingenesi, cross fertilization*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2012, 839; MASSARO A., *Europeizzazione del diritto penale e razionalizzazione del sistema sanzionatorio: il superamento dei doppi binari nazionali nel segno sostanzialistico funzionale della materia penale*, in www.penalecotemporaneo.it, 15 luglio 15, 7; MAZZACUVA F., *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo e i suoi riflessi sul sistema penale*, in Cadoppi A. - Canestrari S. - Manna A. - Papa M., *Trattato di diritto penale, Parte generale*, vol. I, *Il diritto penale e la legge penale*, Utet, 2012, 426; MOCCIA S., *La crisi della legalità*, cit., 341; PALAZZO F., *Attuali inquietudini della scienza penale tra utopismo e realismo*, in (a cura di) Paliero C.E. - Moccia S. - De Francesco G. A. - Insolera G. - Pelissero M. - Rampioni R. - Riscato L., *La crisi della legalità. Il “sistema vivente” delle fonti penali*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, 321; PALAZZO F., *Europa e diritto penale: i nodi al*

Il fermento dialettico era giustificato dalla prospettiva di una estensione della competenza dell'Unione europea ad un settore, il quale sarebbe stato sottratto al diritto di veto da parte di ogni singolo Stato membro. Il principio di legalità veniva opposto quale baluardo di garanzia del cittadino nei confronti dell'intervento punitivo statale, sia di matrice interna che internazionale. Ma le resistenze opposte a quello che veniva visto come un vero e proprio stravolgimento del tradizionale modo di operare del diritto penale nel nostro ordinamento non erano dirette soltanto a tutelare un'autarchia punitiva fine a sé stessa, ma prospettavano anche qui punti di maggiore debolezza del nuovo impianto punitivo di ispirazione europea. A ciò si aggiunga anche il senso di smarrimento che questa vera e propria rivoluzione induceva negli interpreti e negli operatori del diritto, i quali intravedevano quell'effetto di allargamento delle maglie interpretative che ne sarebbe certamente derivato. In un sistema multilivello tutto inevitabilmente diventa più difficile, e per quanto riguarda i problemi da affrontare, e per quanto riguarda le soluzioni da definire. Non da ultimo vi pone sia l'aspetto di coerenza e coordinamento dell'intero sistema, il quale, adesso, assume una dimensione nuova ed impone un cambio di visione, sia quello di rinnovamento della teoria generale di un sistema che, in una logica europeistica, si potrebbe definire primordiale. Termine quest'ultimo utilizzabile in ragione dei già presenti semi di natura europeista contenuti nel nostro ordinamento, ed in particolare nella nostra Costituzione, i quali sono stati coltivati dalle nostre corti, in particolare dalla Consulta.

Il processo di europeizzazione del diritto penale è ritenuto incarnare la "forza normativa del fattuale", da impiegare quale azione rispetto ai "problemi derivanti dalla globalizzazione, dalla comunitarizzazione di molti beni/interessi, dalla caduta delle

pettine, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 659; ROSSI F., *Presente e futuro del processo di armonizzazione europea della parte generale del diritto penale*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 20 luglio 2015; RUGGERI A., *CEDU, diritto europolitano e diritto interno: alla ricerca del "sistema dei sistemi"*, in *www.diritticomparati.it*, 19 aprile 2013; SALCUNI G., *L'europeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, Giuffrè, 2011; SAMMARCO S., *Armonizzazione europea delle sanzioni, pluralità di ordinamenti giuridici e sistema delle fonti*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2012, 483; SANTANGELO A., *Ai confini tra common law e civil law: la prevedibilità del divieto nella giurisprudenza di Strasburgo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2019, 332; VALENTINI V., *Continua la navigazione a vista. Europeismo giudiziario ed europeizzazione della legalità penale continentale: incoerenze, velleità, occasioni*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 25 novembre 2014, 15; VERVAELE J., *Ne bis in idem: verso un principio costituzionale transnazionale in Ue?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2014, 32.

frontiere interne all'unione, dalla marea montante di una criminalità transnazionale capace di trarre la sua forza proprio dalla frammentazione su scala continentale delle leggi destinate a combatterla"⁴⁸.

L'obiettivo la cui plausibilità occorre vagliare, ritenuta l'impossibilità di traslare il modello garantista del principio di legalità al livello europeo, è quello di individuare delle valide alternative al principio nazionale di legalità che garantiscano un livello di tutela quantomeno equivalente. Ciò che si deve rivendicare e affermare in ambito europeo non è il modello di tutela del principio di legalità, bensì la funzione di tutela dello stesso.

Il cammino del diritto penale europeo ha visto la sua prima tappa nelle direttive di armonizzazione in materia penale⁴⁹. A questa, è seguito il fondamentale passaggio consistente nell'eliminazione della struttura a pilastri determinata dal Trattato di Lisbona, con la conseguenza del ricorso in via ordinaria alle direttive di cooperazione penale. Prevedono la possibilità di adottare delle direttive in materia di cooperazione penale, queste ultime richiederanno sempre un intervento a livello nazionale al fine del loro recepimento attraverso disposizioni attuative. Questo secondo passaggio compiuto dal Parlamento nazionale della fase discendente del processo legislativo europeo ha perlopiù un carattere formale in quanto vi è la tendenza ad un appiattimento della discrezionalità legislativa del Parlamento nazionale ai contenuti predefiniti nelle direttive europee. In questo caso, la fase discendente non riesce a garantire una vera e sostanziale paternità della norma penale sotto due profili. Il primo attiene, come anticipato, al contenuto delle norme incriminatrici, le quali vengono definite nei loro

⁴⁸ BERNARDI A., *Presentazione a GRANDI C., Riserva di legge e legalità penale europea*, cit., IX.

⁴⁹ La prima è stata la Direttiva 2008/99/CE, del 19 novembre 2008, in GU L 328, 6 dicembre 2008, la quale "obbliga gli Stati membri a prevedere nella loro legislazione nazionale sanzioni penali in relazione a gravi violazioni delle disposizioni del diritto comunitario in materia di tutela dell'ambiente. La presente direttiva non crea obblighi per quanto riguarda l'applicazione di tali sanzioni, o di altri sistemi di applicazione della legge disponibili, in casi specifici". L'intervento, come esplicitato nei considerando, fu ritenuto necessario "Poiché l'obiettivo della presente direttiva, vale a dire una più efficace tutela dell'ambiente, non può essere realizzato in misura sufficiente dagli Stati membri e può dunque, a causa delle dimensioni e degli effetti della presente direttiva, essere realizzato meglio a livello comunitario, la Comunità può intervenire in base al principio di sussidiarietà sancito dall'articolo 5 del trattato. La presente direttiva si limita a quanto è necessario per conseguire tale obiettivo in ottemperanza al principio di proporzionalità enunciato nello stesso articolo".

aspetti più rilevanti a livello europeo. Il secondo, che prescindendo dall'effettiva autonomia contenutistica dell'azione nazionale, attiene all'impulso genetico all'introduzione della norma incriminatrice. In dottrina si rileva anche l'opinione secondo la quale "la riserva di legge è rispettata anche qualora il legislatore europeo imponga una serie di vincoli molto dettagliati nella descrizione della fattispecie incriminatrice. Il rispetto del principio di legalità opera esclusivamente sul piano della fonte che introduce l'incriminazione, non coprendo affatto né l'aspetto propulsivo della produzione legislativa, né la riconducibilità al legislatore del contenuto della disposizione, la quale ultima, di fatto, viene delineata altrove e al legislatore nazionale imposta"⁵⁰.

I processi di trasformazione del diritto penale finiscono per coinvolgere anche la collegata ma distinta dimensione della giustizia. La linea di confine tra diritto e giustizia è stata da sempre marcata con particolare chiarezza teorica da parte degli studiosi, i quali hanno illustrato le caratteristiche e l'estensione dei due concetti in parola, e rimarcato la loro intrinseca differenza. Seppur separati da una netta divisione, diritto e giustizia rinvengono il loro più saldo ponte di collegamento nella mente del giurista, impegnato costantemente in un'opera di comparazione tra di essi (o meglio, del primo alla seconda). Da sempre diritto e giustizia procedono di pari passo, seppur nel costante tentativo di evitare sconfinamenti, la separazione tra i due attiene al campo della metaetica⁵¹. Ed i possibili contatti tra le due sfere ha generato sempre motivi di criticità, specialmente per il diritto penale, in quanto quest'ultimo ammantato dai caratteri della ragionevolezza giuridica e della superiorità ed inviolabilità del bene sul quale viene ad incidere. Ma la crisi della legalità non è soltanto quella che si riverbera in capo alla certezza del diritto, ma anche quella che si presenta quale crisi della giustizia, dovendo i principi fondamentali per il diritto penale assicurare anche il valore di giustizia⁵². Principi, questi, trasposti nelle carte costituzionali, e nella nostra

⁵⁰ SOTIS C., *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Giuffrè, 2007, 43; MARINUCCI G. - DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, 2015, ed. 5, 48.

⁵¹ LUZZATI C., *La politica della legalità*, cit., 77.

⁵² PULITANÒ D., *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, cit., 32. Il quale fa riferimento ad una "condivisa concezione di giustizia".

Costituzione in particolare: il principio di legalità, l'idea che esistano diritti e libertà non comprimibili dal diritto penale, il principio di offensività, così come quelli di colpevolezza e proporzionalità.

II. PRINCIPI E LEGALITÀ NEL SISTEMA PENALE EUROPEO

1. Il momento positivo del diritto penale europeo

L'idea di codice⁵³ si pone in un contrasto di ideali rispetto al metodo funzionalista dell'Unione europea, la quale con la sua approvazione copiosa di testi legislativi si distanzia dalla produzione di codici, optando piuttosto per veri e propri testi unici, che sembrano essere gli attori principali dello scenario giuridico attuale⁵⁴. Il codice, al contrario, rappresenta una struttura normativa unitaria in grado di sintetizzare, ma anche di stabilizzare, i valori condivisi dalla società⁵⁵. L'idea di codice ha, recentemente, ricevuto un nuovo riconoscimento di valore e una nuova linfa sul piano ideale attraverso l'inserimento della previsione della riserva di codice nel codice penale⁵⁶. La disposizione tende al contenimento della tendenza ad una "fuga dal codice", rappresentata dal ricorso alla legislazione extrapenale, prevedendo l'inserimento nel codice penale delle nuove disposizioni. Unica alternativa individuata dall'art. 3 *bis* c.p., coerentemente con lo spirito della modifica, è la modifica in modo organico della materia, in questo caso contenuta in leggi *ad hoc*. L'introduzione dell'art. 3 *bis* c.p.⁵⁷, che censura il minore rigore che un intervento estemporaneo consente, pur

⁵³ GROSSI, *Codici: qualche conclusione tra un millennio e l'altro*, in AA.VV., *Codici. Una riflessione di fine millennio*, Giuffrè, 2002, 581 ss.; PALIERO, *L'autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1994, 1220 ss.

⁵⁴ Esamina l'impatto di tale tratto distintivo della produzione legislativa dell'Unione europea SOTIS C., *Il diritto senza codice*, cit., 15. In argomento, per una riflessione sul concetto di codice v. GROSSI P., *Codici: qualche conclusione*, cit., 581 ss.

⁵⁵ C. SOTIS, *Il diritto senza codice*, cit., 15.

⁵⁶ Il D.Lgs. 1 marzo 2018, n. 21, ha aggiunto l'art. 3 *bis*, rubricato "Principio della riserva di codice".

⁵⁷ Simili finalità sono presenti nella delega al Governo, ex art. 1, co. 85, lett. q) l. 23 giugno 2017, n. 103, da perseguire attraverso l'"attuazione, sia pure tendenziale, del principio della riserva di codice nella materia penale, al fine di una migliore conoscenza dei precetti e delle sanzioni e quindi dell'effettività della funzione rieducativa della pena, presupposto indispensabile perché l'intero ordinamento penitenziario sia pienamente conforme ai principi costituzionali, attraverso l'inserimento nel codice penale di tutte le fattispecie criminose previste da disposizioni di legge in vigore che abbiano a diretto oggetto di tutela beni di rilevanza costituzionale, in particolare i valori della persona umana, e tra questi il principio di uguaglianza, di non discriminazione e di divieto assoluto di ogni forma di sfruttamento a fini di profitto della persona medesima, e i beni della salute, individuale e collettiva, della

non imbrigliando concretamente la libertà del futuro legislatore, né privando di legittimità le disposizioni collocate al di fuori del codice o di testi organici di disciplina, rappresenta un'importante presa di posizione a favore del codice, sede elettiva di coordinamento normativo e di sistematizzazione concettuale⁵⁸.

Il codice possiede in sé due momenti chiave nel processo di costruzione dell'identità giuridica di un ordinamento: da un lato, si presenta come punto di approdo di un percorso condiviso tra gli attori coinvolti, sigillato da un esito normativo posto a sua testimonianza; dall'altro lato, rappresenta un fondamentale momento costitutivo, anch'esso espressivo di comune visione delle cose e, maggiormente, di come regolarle per il futuro⁵⁹. In assenza di un codice, i principi assumono un fondamentale ruolo di guida. Quest'ultima, proprio per la natura dei principi, risulta mutevole a seconda delle declinazioni assunte da quei principi, con il risultato di condurre talvolta in direzioni differenti.

sicurezza pubblica e dell'ordine pubblico, della salubrità e integrità ambientale, dell'integrità del territorio, della correttezza e trasparenza del sistema economico di mercato”.

⁵⁸ Sul tema v.: AMBROSETTI E. M., *Codice e leggi speciali. Progettare una riforma dopo la riserva di codice*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2019, 397 ss.; PAPA M., *Codici e leggi speciali. Progettare una riforma dopo la riserva di codice*, in *Riv. it. ambrosettidir. e proc. pen.*, 417 ss.; ID., *Dal codice penale "scheumorfico" alle playlist. Considerazioni inattuali sul principio di riserva di codice*, in *Dir. pen. contemp., Riv. trim.*, 5/2018, 129 ss.; Per ulteriori considerazioni sullo storico tema FIANDACA G., *In tema di rapporti tra codice e legislazione penale complementare*, in *Dir. pen. e proc.*, 2001, 137; MANTOVANI F., *Sulla perenne esigenza della codificazione*, in AA.VV., *Valori e principi della codificazione penale: le esperienze italiana, spagnola e francese al confronto*, Cedam, 1995, 237 ss.; ID., *Verso un nuovo codice penale?*, in MANTOVANI F., *Umanità e razionalità del diritto penale*, Cedam, 2008, 1054 ss.; MAIELLO V., *Riserva di codice e decreto-legge in materia penale: un (apparente) passo avanti ed uno indietro sulla via del recupero della centralità del codice*, in AA.VV., *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul progetto Grosso*, a cura di A.M. Stile, Jovene, 2003, 159 ss.; PALAZZO F., *Fra aspirazioni e chimere la ricodificazione del diritto penale italiano*, in *Dir. pen. e proc.*, 1999, 272 ss.; ID., *Requiem per il codice penale? (Scienza penale e politica dinanzi alla ricodificazione)*, in AA.VV., *Gli ottant'anni del Codice Rocco*, (a cura di) Stornioni L. - Insolera G., Bonomia University press, 2012, 39 ss.; PALIERO C.E., *Riforma penale in Italia e dinamica delle fonti. Una paradigmatica*, in AA.VV., *La riforma della parte speciale del diritto penale. Verso la costruzione di modelli comuni a livello europeo*, (a cura di) Papa M., Giappichelli, 2005, 119 ss.; FIANDACA G., *La riforma codicistica fra mito accademico e realtà politico culturale*, in AA.VV., *Gli ottant'anni del Codice Rocco*, cit., 209 ss. Per uno sguardo comparatistico alla materia v. AA.VV., *La riforma della legislazione penale complementare. Studi di diritto comparato*, (a cura di) Donini M., Cedam, 2000; AA.VV., *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare*, (a cura di) Donini M., Giuffrè, 2003.

⁵⁹ RODOTÀ S., *Un codice per l'Europa? Diritti nazionali, diritto europeo, diritto globale*, in AA.VV., *Codici. Una riflessione di fine millennio*, Giuffrè, 2002, 575; PALIERO C., *L'autunno del patriarca*, cit., 1220 ss.

I sistemi penali degli Stati membri dell'Unione europea sono profondamente complessi e particolarmente variabili. Un tentativo di armonizzazione di tali sistemi difficilmente sortirebbe l'effetto sperato se limitasse l'angolo visuale alle sole disposizioni di legge presenti nei vari ordinamenti, trattandosi in questo caso più di uniformità legislative che di armonizzazione di sistemi. Al contrario, l'intervento in questione dovrebbe avere ad oggetto tutti i livelli dei vari sistemi penali, non solo l'entità delle sanzioni ma, prima ancora, la definizione dei concetti normativi impiegati. Se l'ostacolo appare sfidante dal punto di vista giuridico, per la seria complessità dell'operazione prospettata, esso risulta quasi insormontabile a livello politico. L'armonizzazione non è mai un fatto prettamente giuridico, in quanto essa potrebbe agevolmente essere perseguita attraverso un intervento a monte che mirasse a ridimensionare il ruolo dei parlamenti nazionali. Questo ridurrebbe le possibili divergenze nella fase discendente, con riferimento all'attuazione delle direttive europee, e lo strumento sarebbe un testo legislativo rigido non soggetto ad adeguamenti nazionali. A venire sacrificato sarebbe, dunque, il margine di apprezzamento nazionale riconosciuto ad ogni Stato membro in un settore, qual è quello penale, in cui scelte fondamentali devono essere assunte a livello politico.

Si pensi, anche, all'esito al progetto di dotare l'Unione europea di un Corpus Juris, bocciato nel passaggio dalla fase di formazione tecnica a quella di approvazione politica. Infatti, il prodotto di un decennale lavoro di esperti penalisti, poi confluito nella Versione di Firenze del 1999, non ha trovato l'assenso del mondo politico che ne ha respinto il contenuto e la filosofia di fondo. L'esigenza di uniformità, che imponeva la ricezione del testo senza la possibilità di ulteriori finestre di emendamenti nell'*iter* d'approvazione, ha al contempo permesso di conseguire una semplicità e coerenza del testo legislativo, ma è risultata sgradita al deciso e decisivo protagonismo rivendicato dalla politica.

L'ambito di intervento dell'Unione europea rappresenta, insieme con gli strumenti di cui essa è dotata, un fondamentale criterio di giudizio per valutare la capacità incisiva della legislazione europea. La definizione di questo campo di intervento avviene principalmente per il tramite del concetto di bene giuridico. Ma la

sua attitudine a tale scopo appare piuttosto limitata, non ponendo un reale freno alla tendenza espansiva del diritto europeo⁶⁰. Anzi, al contrario, il concetto di bene giuridico, privo di una reale pregnanza, è servito da strumento di ampliamento di questo campo privo di confini certi⁶¹. Il sistema penale europeo si caratterizza non per il suo contenuto, non ponendosi tanto lo scopo di definire un proprio contenuto tipico, bensì per il modo del suo concreto operare. Il diritto penale europeo è, infatti, la risultante dell'insieme di interferenze esistenti tra la norma europea e quella nazionale. Esso è in parte identificabile come un sistema di relazioni, il quale più che un oggetto specifico ha quale suo nucleo caratteristico il modo di relazione dei due ordinamenti giuridici. A regolare i loro rapporti è l'interferenza tra la norma europea e la norma nazionale, la quale produce una stratificazione nella regolazione del medesimo fatto⁶².

2. Il nuovo principio di legalità europeo e i tentativi di trasposizione

A risultare particolarmente incisivi sulla tenuta del principio della riserva di legge sono stati, come accennato, fattori interni al nostro ordinamento giuridico, e ad esso peculiari, nonché fattori propri delle democrazie rappresentative in Europa. A questi, che potrebbero definirsi fattori endogeni della crisi in atto, si aggiungono anche fattori di crisi esogeni provenienti dall'incontro con l'ordinamento sovranazionale europeo⁶³.

Adesso, la questione centrale è se sia ancora compatibile un principio posto a garanzia della democraticità della produzione penale, con l'attuale processo che tende alla configurazione di un nuovo paradigma legalitario, connotato dalla sovraordinazione di un ordinamento a quello attuale. Se il principio di riserva di legge è ammissibile in una prospettiva di sovranità piena da parte dello Stato, si può ancora

⁶⁰ Così, SOTIS C., *Il diritto senza codice*, cit., 69, il quale passa poi in rassegna i contenuti del diritto penale europeo.

⁶¹ MANES V., *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Giappichelli, 2005, 11 ss.; CONSULICH F. - MANNOZZI G., *La sentenza della Corte di giustizia C-176/03: riflessi penalistici in tema di principio di legalità e politica dei beni giuridici*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 4/2006, 923 ss.

⁶² SOTIS C., *Il diritto senza codice*, cit., 191.

⁶³ GRANDI C., *Riserva di legge e legalità penale europea*, cit., 48 ss.

parlare di funzione di garanzia democratica di tale principio a seguito dell'ingresso del diritto sovraordinato di matrice europea e dell'inserimento del nostro ordinamento in una organizzazione più ampia che attribuisce a sé quel ruolo di sovranità? Concetti come sovranità statale e monopolio della produzione legislativa devono essere adesso ripensati e posti in correlazione con il nuovo scenario giuridico rappresentato dalla realtà europea⁶⁴.

È inutile ribadire per l'ennesima volta il declino e la minaccia cui è sottoposto il principio di legalità. Bisogna prendere atto della situazione attuale, che vede già da diversi anni l'operare di tale processo, e comprendere in che modo tale fenomeno possa rappresentare l'occasione per dare un nuovo volto alla legalità penale. Processo imposto e accelerato dall'affermarsi della legalità europea in combinazione con quella nazionale tradizionale. Il principio di legalità mira a tutelare i cittadini da abusi e a rendere conoscibile anticipatamente la legge penale. Parte della dottrina opta per uno scenario nel quale alla conoscibilità della legge si affianca, ma non si sostituisce (aspetto decisivo), la conoscibilità della sua pratica applicazione. Bisogna distinguere il piano dei *desiderata* (il diritto penale deve essere interpretato in maniera rigida e la legalità penale deve essere attuata rigorosamente) e quello della realtà⁶⁵.

Ad assumere particolare rilevanza è anche il modo in cui la legalità europea differisce da quella nazionale per il fatto di prendere le mosse da differenti prospettive⁶⁶. Alla diversa *ratio* giustificatrice, tale dunque da porle in una sorta di contrapposizione genetica, si affiancano i ruoli peculiari svolti dalle rispettive Carte e Corti. La legalità europea si inserisce nel quadro del riconoscimento dei diritti umani, è dunque una garanzia che si rivolge in maniera diretta, senza filtri di tipo attuativo, ai singoli

⁶⁴ Non ritiene si debba preservare la "vecchia idea di sovranità nazionale" in materia penale VIGANÒ F., *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di Iva? Primato del diritto UE e nullum crimen sine lege in una importante sentenza della corte di giustizia*, in www.penalecontemporaneo.it, 14 settembre 2015, 14 ss.

⁶⁵ FIANDACA G., *Prima lezione di diritto penale*, cit., 115

⁶⁶ In merito alla creazione di una nuova legalità europea fondata su basi nuove e differenti rispetto a quelle statali v. FIANDACA G., *Crisi della legalità*, cit., 12. Una soluzione aperturista in ragione della "forza normativa del fattuale" è sostenuta da BERNARDI A., *Presentazione a GRANDI C., Riserva di legge e legalità penale europea*, cit., IX. Sulla costruzione, invece, di una nuova teoria generale del diritto fondata sulle rinnovate categorie giuridiche si esprime BARBERIS M., *Europa del diritto*, Il Mulino, 2008.

cittadini. Tale legalità regola i rapporti tra il cittadino e l'ordinamento giuridico, al fine di impedire compressioni dei suoi diritti fondamentali di persona umana. In ultima istanza, ad essere interessata non può che essere anche la sfera di autodeterminazione della persona, la quale viene garantita nella sua sfera individuale nei rapporti col potere pubblico⁶⁷.

In quest'ottica di legalità di tipo sovraordinato, a rappresentare un termine di paragone per il rispetto del principio di legalità si pongono quei fondamenti costituzionali del diritto penale. Il problema della distanza intercorrente tra la legge ordinaria e una legalità sovraordinata "attraversa a tutto campo l'esperienza e le riflessioni sul diritto penale in Italia, dopo l'entrata in vigore della Costituzione". Con le sue sentenze la Consulta ha nel tempo plasmato il volto del diritto penale costituzionale, prendendo le mosse da pratiche vicende considerate di volta in volta da un giudice ordinario "luoghi di crisi della legittimità costituzionale"⁶⁸. L'uropeismo giudiziario si è più volte presentato al cospetto della Corte costituzionale con il volto del protagonismo dei diritti umani di matrice convenzionale⁶⁹, e le ricadute della giurisprudenza CEDU sul processo penale sono state rilevanti e concrete⁷⁰.

Di segno opposto la legalità costituzionale, la quale ha una dimensione prettamente istituzionale, regolando piuttosto il rapporto tra poteri dello stato, al fine di bilanciare le prerogative e delimitarne le funzioni. Ed essendo quelli qui interessati i poteri legislativo e giudiziario, ad essere regolato sarà il rapporto tra fonte astratta e la sua interpretazione. La declinazione di questa legalità di stampo costituzionale

⁶⁷ BARTOLI R., *Legalità europea versus legalità nazionale?*, cit., 294 ss. Secondo Bartoli le due legalità sono accomunate per il fatto di avere ad oggetto entrambe la fonte interpretata.

⁶⁸ PULITANÒ D., *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, cit., 33.

⁶⁹ DI GIOVINE O., *Diritti insaziabili e giurisprudenza nel sistema penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011, 1474 ss.; VALENTINI V., *Diritto penale intertemporale*, Giuffrè, 2012, 33 ss. Quest'ultimo parla, tra gli altri effetti dell'uropeismo giudiziario di efficientismo punitivo, tecnocrazia, obblighi positivi di criminalizzazione, cultura del *thin ice* ed ermeneutica del securitarismo, difesa sociale ed ipersensibilità per le vittime.

⁷⁰ Corte EDU, GC, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*, in www.echr.coe.int, estende la retroattività in *mitius*, ex art. 7 CEDU, alla disciplina del rito abbreviato. Corte EDU, 10 luglio 2012, *Del Rio Prada c. Spagna*, in www.echr.coe.int, estende il divieto di retroattività sfavorevole alle regole dell'esecuzione penale. Sulla vincolatività della sentenza *Varvara v. CIVELLO G.*, *La sentenza Varvara c. Italia "non vincola" il giudice italiano: dialogo fra Corti o monologhi di Corti?*, in www.archiviopenale.it, 1/2015, 1 ss.

permette di ricavarne due profili significativi. Il primo si concentra sul fondamento democratico al fine di valorizzarlo, così subordinando l'attività interpretativa a quella di produzione normativa. Il secondo attiene invece al controllo dell'operato argomentativo del giudice, valorizzando lo scopo della fattispecie e la coerenza interpretativa con il tipo criminoso.

Fatta tale premessa, è interessante porsi l'interrogativo se le due legalità siano davvero così distanti, oppure la legalità europea possieda anche al suo interno una dimensione pubblicistica, attinente ai rapporti tra legislatore e giudice. Nonché se ad essere privilegiata sia soltanto il rapporto tra l'interprete e la legge, e non anche con la legge una volta interpretata, in modo tale da istaurare e preservare un rapporto diretto con la fonte astratta.

Il principio di legalità definisce gli equilibri interni tra gli organi opzionali, esso è dunque un principio di portata strutturale. Dal bilanciamento derivante dal principio di legalità vengono individuati ed attentamente soppesati i centri decisionali dai quali dipende la definizione della politica criminale. Il principio di riserva di legge rappresenta una delle forme di tutela garantista nei confronti del cittadino rispetto agli abusi del legislatore, una modifica di tale principio nella sua concezione tradizionale di per sé non determinerebbe una compressione della tutela riconosciuta ai cittadini in quanto il fine ultimo non coincide con il principio di riserva di legge, essendo quest'ultimo soltanto un mezzo. La trasformazione del principio di legalità gli assegna un nuovo volto che lo rende irriconoscibile rispetto alla sua precedente immagine. I punti di contatto e possibile mescolanza tra ordinamento nazionale ed ordinamento europeo sono prima ancora che rapporti tra disposizioni, rapporti tra principi. La possibile conseguenza consiste in un effetto composito, il quale interessa doppiamente le disposizioni interne, sia in maniera diretta in ragione del contenuto delle disposizioni europee che dovrà combinarsi con quello interno, sia indirettamente per la combinazione dei principi interni ed europei che determinerà un effetto a cascata che si dispiegherà verso il basso. Principi di matrice europea che svolgono un ruolo decisivo nell'architettura europea e che contengono un potenziale innovativo, e dunque

modificativo, di primario rilievo sono quello di attribuzione, di fedeltà, del primato europeo e di interpretazione conforme.

Poiché il principio di legalità esprime nella forma della riserva di legge innanzitutto un'esigenza di struttura, in quanto è una particolare modalità di organizzazione, nella combinazione (o meglio ricombinazione) con la legalità europea, a prodursi è sicuramente una modifica strutturale, mentre invece particolare interesse merita l'eventuale ricombinazione a livello delle garanzie. Ponendo quale caposaldo la portata garantista del principio di legalità, una modifica di quest'ultimo rappresenta uno scenario coerente con le premesse indicate⁷¹.

Ad apparire impraticabile sarebbe un'automatica trasposizione del modello di legalità nazionale nella dimensione europea, una proiezione dello stesso al di fuori dei confini nazionali scontrerebbe innanzitutto le difficoltà di un diverso substrato giuridico e culturale sul quale attecchire. L'Unione europea è a trazione giurisdizionale dal punto di vista della tutela della legalità, essendo la giurisprudenza europea la co-depositaria dei poteri di produzione normativa. Quella ipotizzata sarebbe, allora, un errore metodologico, dato il differente impianto istituzionale dell'ordinamento europeo e nazionale. Incomparabilità, questa, sia a livello giuridico che istituzionale tra gli Stati nazionali e l'Unione europea, accompagnata da un'incomparabilità anche sul piano delle tutele apprestate, la quale ultima si riverbera anche sul piano dell'"equilibrio istituzionale", di carattere *sui generis* di ispirazione europea⁷².

Dal punto di vista metodologico, a presentarsi è il rischio di una lettura del fenomeno europeo attraverso la "lente deformante degli schemi nazionali"⁷³, consistente nel giudicare la legalità europea attraverso il termine di paragone della

⁷¹ Rileva la doverosità di una rimodulazione strutturale del principio di legalità DE FRANCESCO G. A., *Le linee della politica criminale: "integrazione e sviluppo dei sistemi repressivi, nel quadro dell'internazionalizzazione della tutela penale*, in AA.VV., *Diritto penale comparato, europeo e internazionale: prospettive per il XXI secolo. Omaggio a Heins-Heinrich Jescheck per il 92° compleanno*, Giuffrè, 2006, 65.

⁷² GRANDI C., *Riserva di legge e legalità penale europea*, cit., 74; ADINOLFI A., *Il principio di legalità nel diritto comunitario*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2008, 47, 9 ss.; DRAETTA U., *Elementi di diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale. Ordinamento e struttura dell'Unione europea*, Giuffrè, 2018, 100; FROMMI I., *Supranational Criminal Law Competence and the Democratic Deficit of the European Union*, in *Journal of European Criminal Law*, 2008, 2, 37 ss.

⁷³ IADICICCO M. P., *La riserva di legge nelle dinamiche di trasformazione dell'ordinamento interno e comunitario*, Giappichelli, 2007, 15.

legalità nazionale, specialmente in un momento storico in cui quest'ultima risulta aver subito già nella dimensione nazionale una profonda trasfigurazione rispetto all'impostazione originaria. Prova ne è il ruolo assunto dal Parlamento nazionale nella produzione e nella attuazione della legislazione europea. Mentre nella fase ascendente il ruolo del Parlamento nazionale è stato ampliato in modo tale da dare una maggiore risonanza alle istanze locali, dall'altro lato nella fase discendente il Parlamento sceglie di spogliarsi dell'importante funzione di recepimento ed attuazione delle direttive europee mediante delega al governo di approvazione di decreti delegati.

È interessante approfondire le ragioni che fin dalla prima sentenza sulla compatibilità tra regolamenti comunitari e riserva di legge, hanno portato la Corte costituzionale ad esprimersi sulla possibile compatibilità della produzione normativa eurounitaria rispetto al principio di riserva di legge nazionale⁷⁴. Il ragionamento compiuto dalla Consulta prende le mosse dal presupposto che, al fine di assicurare la garanzia apprestata dalla riserva di legge, non sia necessario che nell'ordinamento europeo esista un duplicato formale della riserva di legge nazionale. L'aspetto sul quale invece si concentra la Consulta è quello della parificabilità funzionale degli strumenti apprestati in sede europea. Infatti, ad essere richiesto è piuttosto il funzionamento di meccanismi di garanzia "sostanzialmente equivalenti". "Sotto un profilo sostanziale, (...) Quella storica garanzia [connessa alla riserva di legge] non potrebbe dirsi violata, dal momento che i regolamenti comunitari debbono statutariamente corrispondere ai principi e criteri direttivi stabiliti dal Trattato istitutivo della Comunità" (§ 8).

Il principio di legalità è stato protagonista nell'ordinamento dell'Unione europea di un progressivo processo di riconoscimento che ha portato a sancirlo definitivamente in maniera espressa nelle fonti legislative europee. Precedentemente, invece, non

⁷⁴ Corte cost., n. 183/1973. Sul tema: DRAETTA U., *Elementi di diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale*, cit., 323 ss.; SINAGRA A., *Rapporti interordinamentali, "sovranazionalità" o delega di competenze nel sistema dei rapporti tra Stati membri e Comunità europea: la giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*, in AA.VV., *La dimensione internazionale ed europea del diritto nell'esperienza della Corte costituzionale*, a cura di Daniele L., Edizioni scientifiche italiane, 2006, 415 ss.; IADICICCO M. P., *La riserva di legge*, cit., 91 ss.; SICURELLA R., *Diritto penale e competenze dell'Unione europea. Linee guida di un sistema integrato di tutela dei beni giuridici di interesse comune*, Giuffrè, 2005, 397.

essendovi una espressa disposizione che poneva il principio di legalità al vertice del sistema europeo, era dovuta intervenire la giurisprudenza, la quale aveva sopperito alla lacuna attraverso una serie di sentenze innovative che avevano arricchito il diritto comunitario. La previsione dell'art. 49, co. 1, della Carta europea dei diritti fondamentali non risultava giuridicamente vincolante, non facendo parte dell'ordinamento comunitario.

Da questo contesto aveva preso avvio un indirizzo interpretativo da parte della Corte di giustizia teso al riconoscimento, in altro modo, del principio in parola. Oggetto di attenzione della Corte erano, infatti, i “principi di diritto non scritto”, i quali godevano di un'importanza e di un riconoscimento, seppur tacito, tali da renderli estremamente prolifici nell'attività di integrazione del diritto scritto⁷⁵. In particolare, un ruolo di primo piano era rivestito dai principi in materia di diritti fondamentali, questi ultimi non hanno fatto ingresso del diritto comunitario soltanto a seguito del trattato di Lisbona, in quanto oggetto di un'attività di riconoscimento di tipo fattuale messa in atto fin dai decenni precedenti dal massimo organo giurisdizionale della comunità.

La tutela non veniva circoscritta soltanto all'interno del processo legislativo europeo, infatti i diritti fondamentali riconosciuti dalla Corte di giustizia integravano parametri di legittimità della legislazione nazionale⁷⁶. La categoria dei diritti fondamentali è stata riempita di contenuto da parte della Corte di giustizia facendo riferimento alle convenzioni internazionali ratificate dai Paesi membri, nonché alle costituzioni degli stessi. Soltanto con il trattato di Amsterdam all'art. 6 par. 2 TUE verrà sancito il rispetto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, la quale all'art.

⁷⁵ CAPOTORTI F., *Il diritto comunitario non scritto*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1983, 411 ss.; HILF M., *The protection of fundamental rights in the community*, in AA.VV., *European law and the individual*, a cura di M. Hilf, Amsterdam, 1976, 144 ss.; BERNARDI A., *Principi di diritto e diritto penale europeo*, in *Annali dell'Università di Ferrara – Scienze giuridiche*, vol. II, 1988, 75 ss.; SICURELLA R., *Diritto penale e competenze dell'Unione europea*, cit., 402 ss.; MAUGERI A. M., *I principi fondamentali del sistema punitivo comunitario: la giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in AA.VV. *Per un rilancio del progetto europeo*, a cura di Grasso G. – Sicurella R., Giuffrè, 2008, 83 ss.

⁷⁶ CGE, 13 luglio 1989, Wachauf, causa C-299/95, § 14 ss.; CGE 3 maggio 2007, Advocaten voor de Wereld VZW c. Leden van de Minkterrad, causa C-303/05, § 45 ss.

7 introdurrà finalmente il principio di legalità quale principio del diritto europeo primario.

Da ultimo, il trattato di Lisbona all'art. 6 TUE ha attribuito alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea lo stesso valore giuridico dei trattati, stabilendo altresì l'adesione dell'unione alla convenzione europea. Di grande importanza anche la previsione quali principi generali del diritto dell'Unione di tutti i diritti fondamentali della Convenzione europea e desumibili dalle tradizioni costituzionali comuni.

3. La rilevanza del principio di prevedibilità nel sistema CEDU

Di importanza primaria risulta il tema delle caratteristiche che dovrebbero connotare la legge, proprio per la sua intrinseca natura di fonte scritta, in moda da fornire il suo decisivo contributo al fine della più piena attuazione del principio di legalità. Difatti, la sola provenienza (scritta) della fonte del diritto non è di per sé sola bastevole all'intero complesso di garanzie derivanti dal principio in parola. In particolare, si fa riferimento al principio di riserva di legge (formale), al principio di tassatività o determinatezza, al divieto di analogia e, non ultimo, al principio di riserva di legge. La produzione legislativa da parte del legislatore, se da un lato assolve al principio di riserva di legge, dall'altro non risulta di per sé sola in grado di porsi in linea con i differenti ma intersecanti piani rappresentati dagli altri corollari del principio di legalità. La qualità e la chiarezza delle disposizioni così come licenziate dal legislatore incide profondamente sul rispetto di questi. Ad incidere è inoltre la prevedibilità della decisione giudiziaria, esistendo tra la disposizione e la decisione giudiziaria un ineliminabile elemento di filtro, dalla forza declinatoria, rappresentato dal processo decisionale⁷⁷. Il principio di legalità, di fronte a più interpretazioni tutte

⁷⁷ CADOPPI A., *Il valore del precedente nel diritto penale*, cit., 267; ID., *Giudice penale e giudice civile di fronte al precedente*, cit., 24, rileva come “la legalità, come principio che postula la prevedibilità delle conseguenze penali delle proprie azioni, trova attuazione effettiva soprattutto relativamente alla legge come interpretata dai giudici, ovvero, detto altrimenti, al ‘diritto vivente’. Proprio per questo, se il diritto vivente (o *law in action*) è incerto, perché il precedente giurisprudenziale non ha sufficiente valore, e pullulano i contrasti, allora la legalità intesa come si è detto ne soffre

egualmente plausibili del dettato legislativo, non possiede gli strumenti per assicurare che non avvengano continui ed improvvisi mutamenti giurisprudenziali. Per questo motivo, il nostro attuale assetto ordinamentale si presenta, in una certa misura, imprevedibile in maniera congenita quanto alla decisione giurisprudenziale da adottare. Il che assicura anche l'esistenza di margini necessari all'evoluzione degli orientamenti giurisprudenziali, in un'ottica di affinamento e di maggiore rispondenza alla legge delle decisioni adottate.

L'importanza della prevedibilità delle decisioni giudiziarie è sancita dall'art. 7 CEDU, che delinea una legalità in termini di prevedibilità del diritto: si pensi all'applicazione fattane nella sentenza Contrada. Il principio di legalità penale tradizionale non deve essere ribaltato o svuotato ma si deve prendere consapevolezza della sua capacità a ricoprire solo parzialmente lo scenario dei casi, risultando quindi incompleto, inadeguato. La legalità *ex art. 7 CEDU* se da un lato amplia la legittimazione alla creazione giurisprudenziale della norma incriminatrice, dall'altro lato estende la tutela sancendo la necessità della prevedibilità della condanna.

La prevedibilità del diritto è un punto fermo all'interno del piano teorico europeo e nazionale. Essa non persegue l'obiettivo di limitare l'evoluzione del diritto penale, ma soltanto di limitare i mutamenti sfavorevoli per il futuro⁷⁸. A tal proposito, "l'incontro e lo scontro con il diritto europeo pone così tanti problemi ermeneutici, anche perché si tratta di innovazioni normative costanti di sistema. [...] Ma la "prevedibilità del diritto" ha nel suo codice genetico un bisogno di certezza, di affidabilità, di costanza, e pare finalizzata al contenimento dei mutamenti"⁷⁹.

Il principio di legalità fatica ad assicurare quella finalità d'ispirazione liberista che pone in una posizione di primario rilievo la tutela della libertà della persona. Partendo dalla considerazione che l'art. 25 Cost. fa parte dei principi fondamentali

irrimediabilmente. Non vale a nulla avere un codice ben fatto, se poi le interpretazioni dei giudici sono volubili come bandierine al vento".

⁷⁸ Sulla distinzione tra prevedibilità del diritto e delle decisioni: PALAZZO F., *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Cedam, 1979, 167 ss.

⁷⁹ DONINI M., *Lettura critica di Corte costituzionale n. 115/2018. La determinatezza ante applicationem e il vincolo costituzionale alla prescrizione sostanziale come controlimiti alla regola Taricco*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 11 luglio 2018, 325.

dell'ordinamento, la portata estensiva dell'art. 7 CEDU potrebbe risultare inibita nella sua dimensione di rilievo giurisprudenziale. Ma ben dovrebbe ammettere la disposizione costituzionale la maggiore tutela apprestata da quest'ultimo sul fronte della necessaria prevedibilità della condanna.

L'art. 7 CEDU possiede due effetti estensivi, uno legalistico, l'altro giurisprudenziale. Il primo in linea con l'art. 25 Cost., consistente nella prevedibilità della condanna, il secondo in contrasto, poiché ammette la creazione delle fattispecie incriminatrici da parte della giurisprudenza. La condanna deve pur sempre fondarsi su una disposizione scritta, e sebbene la prima sia un risvolto pratico della seconda, comunque non può prescindervi. Pertanto, anche l'effetto espansivo legalistico dell'art. 7 CEDU ricade sulla previsione della disposizione di legge, seppur nella sua pratica applicazione, ed è accoglibile nel nostro ordinamento. Un possibile scenario consiste nello sfruttare la legalità europea per dare un volto nuovo e ancora più garantista alla legalità nazionale⁸⁰. La principale giustificazione valoriale della legalità penale europea risiede nella garanzia del diritto fondamentale del cittadino a prevedere in anticipo il rischio penale connesso alle libere scelte comportamentali⁸¹.

Una prospettiva di sicuro interesse per l'approfondimento teorico è quella dei rapporti tra l'art. 25 Cost. e l'art. 7 CEDU. Diversi e significativi sono i presupposti che hanno ispirato tali fondamentali disposizioni negli ordinamenti di appartenenza. Dai rispettivi substrati, di carattere giuridico ma anche sociale, molteplici sono le conseguenze prodotte dal pieno esplicarsi di questi principi. Conseguenze le quali vedono la presenza, oltre che di importanti punti di convergenza, anche di fondamentali aspetti di frattura, i quali ultimi determinano un insanabile allontanamento da quello che potrebbe immaginarsi come un ideale sistema coordinato e coerente. Tali divergenze risultano ancor di più decisive laddove si consideri la portata innovativa, e in parte destabilizzante, derivante dalla mera introduzione delle disposizioni sovranazionali nell'ordinamento interno. Ma una simile incidenza sostanziale riguarda

⁸⁰ Indica gli elementi principali di tale disposizione FIANDACA G., *Prima lezione di diritto penale*, cit., 145 ss.

⁸¹ In argomento VIGANÒ F., *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in www.penalecontemporaneo.it, 19 dicembre 2016, 2.

anche un andamento di carattere ascendente, nel quale è il diritto interno ad incidere su quello sovranazionale, si pensi al ruolo svolto in ambito europeo dai principi comuni agli Stati membri.

Difatti, l'art. 7 CEDU non contiene alcuna previsione che incida sulla divisione dei poteri, essendo un simile effetto estraneo agli ordinamenti di *common law* di alcuni Stati membri, all'interno dei quali la forza creativa della giurisprudenza arriva ad abbracciare il reato nella sua totalità (i c.d. *common law crimes*). Una simile esigenza si è invece presentata fortemente all'interno del nostro ordinamento, tanto che la riserva di legge ex art. 25, co. 2, Cost. rappresenta un principio di assoluta guida nell'attribuzione del potere di introdurre nuove incriminazioni. A tal proposito, si pone il tema della vincolatività che il principio di riserva di legge è in grado di esprimere nei confronti della giurisprudenza e della effettività della relativa garanzia sulla base di un'osservazione di carattere sostanziale. Nell'art. 25 Cost. non è presente, all'opposto, alcun riferimento alla prevedibilità della decisione giudiziaria, la quale costituisce la peculiarità dell'art. 7 CEDU. L'estensione di una simile previsione abbraccia la possibilità di conoscere sia il possibile intervento del potere punitivo, sia i contorni di un suo esercizio.

I confini brevemente percorsi delle due disposizioni in oggetto esemplificano il possibile rapporto conflittuale che principi seppur differenti, ma ugualmente connotati dallo scopo di tutela, possono instaurare tra di loro. A determinarsi, dunque, è la non sovrapposibilità dei principi in oggetto, risultando invece tecnicamente possibile una loro combinazione ed integrazione, operazioni queste ultime orientate ad una maggiore tutela dell'individuo.

In merito al mutamento giurisprudenziale, la Corte EDU non esclude che ad un primo orientamento possa seguirne un altro che lo sostituisca, neppure nella materia penale, purché il mutamento sia ragionevolmente prevedibile⁸². Il concetto medesimo di "prevedibilità della decisione giudiziaria" implica necessariamente la presa in

⁸² Si pensi al caso di mutamento giurisprudenziale sfavorevole trattato dalla sentenza 22 novembre 1995, *S.W. c. Regno Unito*, ric. n. 20166/92, § 36 ss., in cui la prevedibilità venne riconosciuta; oppure, al diverso esito, della sentenza Corte EDU (Grande Camera) del 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada c. Spagna*, ric. n. 42750/09.

considerazione del piano valutativo del ragionamento giudiziario teso ad emettere l'attesa sentenza. La portata di tale concetto è tale da non poter essere esaurita dal solo profilo legislativo, il quale pone al centro dell'analisi la sola disposizione al fine di comprenderne la portata, sebbene soltanto teorica.

La regola del precedente sconta una propria peculiare indeterminatezza applicativa, in quanto ogni qualsivoglia testo prescrittivo – sia esso una legge o una sentenza – necessita di interpretazione⁸³. Ed in quanto tale, quest'ultima attività risulterà non rigidamente circoscrivibile quanto alle conclusioni ermeneutiche cui è possibile pervenire. Oggetto di interpretazione saranno, infatti, in primo luogo i presupposti applicativi del precedente giudiziario, da intendere questi come i requisiti per inserire l'esaminanda causa nel solco del suo presunto precedente. Successivamente, sarà necessario estrapolare il principio di diritto prescelto e applicato dal precedente omologo. Quest'ultima è l'operazione più delicata, la quale non è certo al riparo da possibili contrasti interpretativi.

Finalità della regola del precedente è quella di porre un punto di riferimento, il più preciso e saldo possibile, sia per la futura attività interpretativa della giurisprudenza successiva, sia per la libera e consapevole autodeterminazione del cittadino che in questo modo potrà conoscere in anticipo quale configurazione giuridica riceverà la sua condotta e a quale pena andrà incontro. Al cittadino sarà richiesta un'attività di informazione su quello che dovrebbe rappresentare una più chiara e affidabile guida, costituita da un insieme di precetti ulteriormente e meglio determinati dalla giurisprudenza rispetto al grezzo materiale legislativo.

È ontologicamente e logicamente compatibile con tali premesse affermare che ciò che può essere mutato dal successivo orientamento giurisprudenziale sia veramente

⁸³ BARTOLI R., *Lettera, precedente, scopo. Tre paradigmi interpretativi a confronto*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, 1769; CADOPPI A., *Giudice penale e giudice civile di fronte al precedente*, in *Ind. Pen.*, 2014, 24; ID., *Il valore del precedente nel diritto penale*, cit., 46; CANZIO G., *Nomofilachia, valore del precedente e struttura della motivazione*, cit., 312; DI GIOVINE O., *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russell e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale*, in *Dir. pen. contemp.*, *Riv. trim.*, 2/2015, 11; ID., *Il ruolo costitutivo della giurisprudenza. Con particolare riguardo al precedente europeo*, in (a cura di) Paliero C.E. - Moccia S. - De Francesco G. A. - Insolera G. - Pelissero M. - Rampioni R. - Risicato L., *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, 146.

prevedibile? L'orientamento principale, a rigore, dovrà sempre essere ritenuto dal punto di vista della ragionevolezza più probabile rispetto all'opposto orientamento cui potrebbe aderire la successiva sentenza. Di fronte, allora, ad un precedente maggiormente prevedibile e ad un differente orientamento giurisprudenziale prevedibile soltanto in misura inferiore, quale sarà il grado minimo di prevedibilità per ritenere ragionevole il mutamento giurisprudenziale e di conseguenza ritenere rispettato l'art. 7 CEDU? Di fronte all'esistenza di due possibili esiti giudiziari, si potrà parlare ancora di prevedibilità? E nel caso ci fossero due orientamenti minoritari altrettanto validi che potrebbero sostituire quello attualmente prevalente, non verrebbe meno radicalmente la prevedibilità ragionevole di quello tra i due che sia prescelto dalla mutata giurisprudenza? Il rischio è che sia più la qualificazione stessa del mutamento giurisprudenziale come "ragionevolmente prevedibile" a fornire la garanzia della corretta applicazione dell'art. 7 CEDU, piuttosto che la portata effettiva di tale disposizione. Infatti, nel consentire quale unica eccezione quella del mutamento giurisprudenziale "ragionevolmente prevedibile", non si spiega quali siano i contorni di tale ragionevole prevedibilità, quando sia presente e quando risulti esclusa dalla presenza di forti dubbi sul possibile esito giudiziario.

Infine, a proposito del rapporto con la Carta costituzionale, l'art. 7 CEDU non limita né stravolge le garanzie previste dalla nostra Costituzione, infatti l'impianto dei diritti umani è ispirato al principio della massimizzazione delle tutele. L'art. 7 CEDU avrebbe la funzione di aggiungere, alla garanzia che la disposizione sia sufficientemente determinata, quella che permette al cittadino di fare legittimo affidamento sull'interpretazione che di quella disposizione daranno i giudici. Da tenere in considerazione è anche la delimitazione dell'intervento del diritto CEDU che in nessun caso limiterà i diritti dell'uomo riconosciuti dal diritto nazionale. Tale diritto si porrebbe in maniera del tutto indipendente dal fatto che le estensioni interpretative siano compatibili con la lettera della disposizione.

4. La composizione della crisi e le garanzie penalistiche a livello europeo

Le difficoltà che il principio di legalità sta attraversando, se, come visto, rappresentano il prodotto di una pluralità di fattori, non sembrano trovare una soluzione rinvenibile all'interno dello stesso principio di legalità. È bene, allora, ricercare una possibile composizione delle fratture provocate da tali fattori, endogeni ed esogeni, al principio di legalità anche al di fuori del perimetro del principio stesso. Una possibile opzione da percorrere è quella della integrazione del tradizionale principio di legalità con gli effetti *in melius* derivanti dalla giurisprudenza nazionale ed europea.

Fin qui sono state poste a raffronto le differenze che qualificano la legalità europea e la legalità nazionale. Ma qual è la prospettiva futura che riguarda queste due legalità? È alle porte uno scenario che le vedrà operare quali entità distinte e separate oppure in una formula combinata? I rapporti tra le due legalità sono dettati da una complementarità teleologica che produce una reciproca integrazione funzionale. L'operare di questo processo di arricchimento di entrambe le legalità produce, infatti, una serie di effetti rigeneratori delle stesse, le quali si ricombinano in forme e composizioni differenti.

Sotto il profilo dell'implementazione delle garanzie della legalità nazionale, si potrebbe parlare di un potenziamento della funzione garantista a seguito dell'intervento della legalità europea, la quale, per la sua connaturata tendenza a privilegiare il piano sostanziale a quello formale, si rende strumento ulteriore a difesa dei diritti dei cittadini. Le modifiche apportate alla legalità nazionale devono essere inquadrare all'interno dell'intera opera di tutela dei diritti fondamentali dell'individuo, in ciò ravvisando la *ratio* di queste tendenze di ampliamento, vere e proprie trazioni dall'effetto distorsivo, allorquando si proceda ad attenzionare gli effetti prodottisi dall'operare di tale fenomeno. Il quesito che ne segue attiene all'ammissibilità del ricorso a strumenti non appartenenti alle tradizionali forme di tutela del cittadino, pur essendo la *ratio* individuabile nel *favor libertatis*. Pacifico appare il caso opposto, nel quale la forzatura degli argini istituzionali posti dalla legalità nazionale sia finalizzata ad un ingresso, con ricadute *in malam partem*, di meccanismi produttivi di effetti innovativi dettati

dall'adeguamento al diritto europeo e al progressivo avvicinamento sul piano operativo alla legalità europea. In ragione di ciò, è da condividere l'impostazione assunta dalla Corte costituzionale nell'ordinanza n. 24/2017 e nella successiva sentenza n. 115/2018 relative al caso Taricco, al cui paragrafo si rimanda.

Le peculiarità proprie della CEDU in materia di legalità, che la Corte di Strasburgo riafferma nella sua giurisprudenza, non sono da quest'ultima imposte agli Stati membri. Si sta parlando, in particolare, della creazione puramente giurisprudenziale della norma incriminatrice, la quale non viene imposta agli Stati membri ma la cui dinamica, laddove formalmente riconosciuta oppure sostanzialmente esistente in quegli ordinamenti, viene valorizzata sul piano pragmatico delle conseguenze di tali sentenze. Anziché per l'imposizione, la logica convenzionale opta per la massimizzazione delle tutele, attraverso la combinazione delle misure di tutela, ne è conferma 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 possono essere riconosciute in base alle leggi di ogni Parte contraente o in base a ogni altro accordo al quale essa partecipi". La garanzia della separazione dei poteri resta impregiudicata dall'art. 7 CEDU, l'effetto finale consiste nell'intervento parziale della disposizione convenzionale che "si aggiunge alle garanzie costituzionali"⁸⁴.

In un *obiter dictum* dell'ordinanza n. 24/2017 la Corte costituzionale ha espresso l'importanza che l'ingresso della legalità europea non produca una diminuzione dei diritti ma un loro aumento, quale effetto diretto della somma dei due diversi livelli di legalità. L'intervento del livello internazionale andrà accolto positivamente allorquando il sistema della legalità nazionale non assicuri una tutela sufficiente ed adeguata e, dunque, possa beneficiare di un'integrazione *ad adiuvandum*⁸⁵.

Dibattuta è la possibilità di considerare la legalità convenzionale un equivalente funzionale della legalità nazionale sotto il punto di vista delle garanzie apprestate al

⁸⁴ Così VIGANÒ F., *Il principio di prevedibilità*, cit., 12.

⁸⁵ Si veda SILVESTRI G., *L'effettività e la tutela dei diritti fondamentali nella giustizia costituzionale*, Editoriale scientifica, 2009, 13, per un approfondimento sul principio di massimizzazione della tutela.

cittadino⁸⁶. Parte della dottrina ritiene di far propria una posizione più aperta a tale eventualità⁸⁷, ma particolare attenzione meritano le disposizioni dell'art. 53 CEDU, e degli artt. 4, par. 2 e 6, par. 3 TUE e 67, par. 1, TFUE per il loro contenuto ostativo ad una simile conclusione.

Essendo il monopolio delle scelte di incriminazione di origine legale, nonostante le spinte ad una sua estensione nella pratica, non è possibile concludere che la giurisprudenza divenga fonte del diritto, quantomeno una fonte riconosciuta, costituendo un caposaldo del nostro ordinamento⁸⁸. A diversa conclusione si può pervenire circa l'innalzamento di fatto delle garanzie apprestate dalla giurisprudenza di Strasburgo, in modo tale che in via fattuale e non istituzionale la legalità europea finisca col prevalere su quella nazionale.

In più occasioni l'intervento della Corte di Strasburgo ha ampliato i margini di tutela in diritto penale⁸⁹. Si pensi, ad esempio, ai *Engel criteria*, per cui ad essere preso in considerazione non è il *nomen iuris* bensì il dato sostanziale, i quali hanno risolto la questione dell'applicabilità retroattiva e della prescrizione delle confische⁹⁰. Oppure a proposito della retroattività della *lex mitior* anche *in executivis* (Sezioni Unite Gatto e Ercolano del 2014). O ancora nel caso della retroattività della *lex mitior* in caso di mutamenti giurisprudenziali *in bonam partem* e, all'opposto, di irretroattività per quelli *in malam partem*.

⁸⁶ Sulla giurisprudenza della Corte EDU sul principio di legalità dei reati e delle pene: Corte EDU, 15 novembre 1996, *Cantoni c. Francia*, § 29; Corte EDU, 7 febbraio 2002, *E.K. c. Turchia*, § 51; Corte EDU, 29 marzo 2006, *Achour c. Francia*, § 41, e Corte EDU, 20 settembre 2011, *OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos c. Russia*, §§ da 567 a 570.

⁸⁷ GARGANI A., *Verso una 'democrazia giudiziaria'? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, in *Criminalia*, 2011, 77 ss.; PADOVANI T., *Jus non scriptum*, cit., 14 ss.; PULITANÒ D., *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, cit., 29 ss.

⁸⁸ DI MARTINO A., *Una legalità per due?*, cit., 119.

⁸⁹ GRASSO G., *Fonti sovranazionali e principio di legalità*, in (a cura di) Paliero C.E. - Moccia S. - De Francesco G. A. - Insolera G. - Pelissero M. - Rampioni R. - Risicato L., *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, 331; in tema di nozione di sanzione penale v. MASERA L., *La nozione costituzionale di materia penale*, Giappichelli, 2018.

⁹⁰ Sul ruolo del giudice in base all'art. 7 CEDU: CADOPPI A., *Giurisprudenza e diritto penale*, in (a cura di) Ambrosetti E. M., *Scritti in onore di Mauro Ronco*, Giappichelli, 2017, 33 ss.; LANZI A., *Fra il legislatore apparente e il giudice sovrano*, *ivi*, 139 ss. Su una posizione mediana sull'ammissione condizionale del formante giurisprudenziale NISTICÒ M., *L'interpretazione giudiziale nella tensione tra i poteri dello Stato. Contributo sui confini della giurisdizione*, Giappichelli, 2015, 52 ss., il quale ne riconosce un margine "inventivo", lemma derivato dal latino *inventio*, nell'accezione del reperimento di un dato preesistente; AMARELLI G., *Dalla legolatria alla post, legalità*, cit., 1429.

L'applicazione del diritto è un'attività "a più mani", la quale si compone di più fasi caratterizzate ognuna per l'intervento di un attore diverso per ruolo istituzionale, poteri effettivi e conseguenze pratiche del proprio operato. Questa necessaria collaborazione istituzionale in più passaggi determina, in ognuno di questi, un arricchimento di significati attribuiti alla disposizione approvata dal Parlamento, la quale rappresenta soltanto l'origine della serie di interventi degli attori chiamati in causa⁹¹. A rilevare sono anche i contesti, sia nazionale che internazionale, nei quali un'attività di tale rilievo viene inserita: si pensi, a tal proposito, all'interpretazione sistemica, all'interpretazione costituzionalmente orientata e a quella conforme alle carte europee sovraordinate⁹².

In questo quadro, si inserisce l'elemento decisivo della non univocità della disposizione, la quale necessita l'attribuzione di senso da parte del giudice, l'attività ermeneutica è come un pendolo che muove costantemente tra disposizione e contesto, affinché ad ogni passaggio, arricchito sempre più il significato da attribuire alla disposizione, sia maggiore la comprensione dei due estremi di simile staffetta⁹³. Nonostante la ineliminabile portata creatrice dell'interpretazione, l'attività del giudice non può prescindere dal dato testuale. La scoperta del senso della disposizione non implica necessariamente una creazione anche in contrasto con quanto contenuto dalla stessa, ma al contrario deve sempre essere ancorata ai principi costituzionali e al dato testuale⁹⁴. Parte della dottrina ritiene che il limite interpretativo sia rappresentato dalla

⁹¹ PALAZZO F., *Testo e contesto nell'interpretazione penalistica*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffrè, 2006, Tomo I, 515 ss.

⁹² LUCIANI M., *Interpretazione conforme a Costituzione*, cit., 391 ss.; PULITANO D., *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. Problematiche attuali*, a cura di Pellizzone I., Giuffrè, 2017, 65 ss.

⁹³ DI GIOVINE O., *Il ruolo costitutivo della giurisprudenza*, cit., 176 ss.; VIGANÒ F., *Il principio di prevedibilità*, cit., 8; DONINI M., *Disposizione e norma nell'ermeneutica penale contemporanea*, in Id., *Europeismo giudiziario e scienza penale*, cit., 63 ss.; VOGLIOTTI M., *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia in diritto penale*, Giappichelli, 2011, *passim*; BORSARI R., *Diritto penale, creatività e co-disciplinarietà. Banche di prova dell'esperienza giudiziale*, Padova University press, 2013, 22.

⁹⁴ MANES V., *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica"*, relazione al Convegno *Il valore del precedente nel sistema ordinamentale*, in www.penalecontemporaneo.it, 17 gennaio 2018, 9; DONINI M., *Disposizione e norma*, cit., 113; AMARELLI G., *Il giudice ed il rispetto della legge in sede interpretativa. Obsolescenza apparente e*

sostanza dell'incriminazione, estendendo in tal modo la capacità del testo di circoscrivere i poteri del giudice: “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 la legge anche se poi l’esito ermeneutico si distacca dalla lettera della legge o dalla precedente legge interpretata”⁹⁵. Il giudice “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”⁹⁶. Vale a tal proposito la considerazione che differenti letture date dalla giurisprudenza della medesima disposizione di legge siano entrambe plausibili, essendo pienamente in linea sia col tenore letterale della disposizione sia con il divieto di analogia⁹⁷.

Si pensi ai contrasti giurisprudenziali in materia di false comunicazioni sociali *ex art. 2621 c.c. e ss.*; di allargamento della norma incriminatrice del millantato credito *ex art. 346 c.p.* alle ipotesi adesso punite dal delitto di traffico di influenze illecite; di definizione dell’ingente quantità di sostanze stupefacenti ai fini dell’aggravante di cui all’art. 80 D.P.R. n. 309/1990, poi risolta dalla sentenza delle S.U. del 2012; di colpa medica, in passato con la riforma Balduzzi sull’estensione del concetto di colpa lieve e, adesso, con la riforma Gelli-Bianco, sulla portata del concetto di imperizia; di altra utilità ai fini della tipicità oggettiva del delitto di concussione *ex art. 317 c.p.* rispetto

attualità permanente del pensiero di Beccaria, in www.osservatorioaic.it, 8 giugno 2015, 27; FIANDACA G., *Il diritto penale tra legge e giudice*, Wolters Kluwer, 2002, 7.

⁹⁵ BARTOLI R., *Legalità europea versus legalità nazionale?*, cit., 296.

⁹⁶ AMARELLI G., *Dalla legolatria alla post, legalità*, cit., 1432.

⁹⁷ MARINUCCI G., *L’analogia e la punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie legale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, 1254 ss.; RONCO M., *Precomprensione ermeneutica del tipo legale e divieto di analogia*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., 693 ss.; DONINI M., *Il volto attuale dell’illecito penale*, cit., 150 ss.

alle prestazioni sessuali; di utilizzo del telefono d'ufficio per l'integrazione del delitto di peculato *ex art. 314 c.p.*; di applicabilità della causa di non punibilità per tenuità del fatto *ex art. 131 bis c.p.* al reato continuato e a quelli demandati al giudice di pace; o, ancora, di concorso tra i delitti di indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato di cui all'*art. 316 bis* e di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche *ex art. 640 bis*⁹⁸. Di fronte a tali episodi ricorrenti, nei quali le interpretazioni giurisprudenziali hanno prodotto di volta in volta effetti sia a favore che a sfavore nei confronti degli imputati, bisogna chiedersi quale sia l'atteggiamento da adottare e quale siano le scelte di governo da assumere nei confronti di tale fenomeno.

La Consulta, con la sentenza 230/2012⁹⁹, ha compiuto una chiusura netta all'ipotesi di un'equiparazione del mutamento giurisprudenziale all'abrogazione legislativa. A tal proposito, è possibile operare una distinzione nel mutamento degli indirizzi giurisprudenziali, distinguendo tra mutamento fisiologico *in bonam* o *in malam partem*, *overruling* sfavorevole obiettivamente imprevedibile e *overruling* favorevole operato dalle S.U.¹⁰⁰, con la conseguenza che il primo non potrebbe essere equiparato alla legge. Un vincolo rigido al precedente, inoltre, potrebbe rafforzare la permanenza di indirizzi non dotati di sufficiente plausibilità argomentativa e impedirebbe non soltanto la libertà ermeneutica del giudice, ma anche delle parti, rischiando di limitare il diritto di difesa sostanziale¹⁰¹. Sul punto, la Corte EDU con la sentenza *Del Rio Prada* e con la sentenza *Conrada* ha sostenuto che l'irretroattività debba riguardare il solo caso dei mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli assolutamente e obiettivamente imprevedibili, sostenendo negli altri casi, invece, la parificabilità del formante giurisprudenziale a quello legislativo.

⁹⁸ La casistica è tratta da AMARELLI G., *Dalla legolatria alla post, legalità*, cit., 1432.

⁹⁹ Corte cost., 12 ottobre 2012, n. 230, in *Giur. Cost.*, 2012, 3464 ss., con nota di MANES V.

¹⁰⁰ AMARELLI G., *Dalla legolatria alla post, legalità*, cit., 1434.

¹⁰¹ Cfr. PALAZZO F., *La sentenza Conrada e i cortocircuiti della legalità*, cit., 1063, secondo cui "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".

5. *Democraticità delle fonti penali europee*

Il tema della democraticità del sistema legislativo europeo¹⁰², specialmente se in campo penale, non si pone con riferimento alla sola procedura di codecisione, la quale ha assunto un livello di democraticità quantomeno accettabile dopo il Trattato di Lisbona, ma si pone anche con riferimento alla fase discendente del processo di legislazione europea, in capo al Parlamento nazionale allorché deve procedere a tradurre in legge dello Stato obblighi di penalizzazione di fonte eurounitaria¹⁰³. Pertanto, il dibattito su tale democraticità coinvolge anche quelle leggi che formalmente sono di provenienza nazionale ma il cui contenuto è definito da scelte di politica criminale prese a livello europeo e sulle quali il Parlamento nazionale possiede un margine di discrezionalità limitato. Alla progressiva europeizzazione dell'ordinamento, fa fronte la continua regressione del Parlamento nazionale e la sua contestuale espropriazione della sovranità politico-democratica in merito alle scelte

¹⁰² GRASSO G., *La Costituzione per l'Europa e la formazione di un diritto penale dell'unione europea*, in AA.VV., *Lezioni di diritto penale europeo*, a cura di Grasso G. - Sicurella R., Giuffrè, 2007, 676 ss; SICURELLA R., *Diritto penale e competenze dell'Unione Europea*, cit., 388 ss., ed ivi a 391 ulteriori riferimenti bibliografici; SCHÜNEMANN B., *Presentazione*, in *Un progetto alternativo di giustizia penale europea*, a cura di Schünemann B., ed. it. a cura di Militello V., Giuffrè, 2007, 6 ss; PAONESSA C., *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Edizioni ETS, 2009, 15 ss; DRAETTA U., *Elementi di diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale*, cit., 79.

Dottrina che ritiene superato il problema del deficit democratico: GRASSO G., *Fonti sovranazionali e principio di legalità*, cit., 324; DE VERO G., *Limiti di vincolatività in diritto penale degli obblighi comunitari*, in (a cura di) Grasso G. - Sicurella R., *Per un rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interventi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, Giuffrè, 2008, 291-292; SICURELLA R., *Il Corpus Juris come modello per la definizione di un diritto penale europeo*, in Grasso G. - Sicurella R., *Lezioni di diritto penale europeo*, Giuffrè, 2007, 739 ss. La condivisione della competenza penale non determina una lesione della democraticità delle scelte di penalizzazione PALAZZO F., *Legalità penale*, cit., 1300; SICURELLA R., *“Prove tecniche” per una metodologia dell'esercizio delle nuove competenze concorrenti dell'Unione Europea in materia penale*, in (a cura di) Grasso G. - Picotti L. - Sicurella R., *L'evoluzione del diritto penale nei settori di interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Giuffrè, 2011, 14.

In tema si veda anche la sentenza BVerfG, 30 giugno 2009, spec. § 289 ss., in www.associazionedeicostituzionalisti.it con la quale il Tribunale costituzionale tedesco si è pronunciato in merito alla legge di autorizzazione alla ratifica del Trattato di Lisbona.

¹⁰³ FIANDACA G., *Crisi della legalità*, cit., 87; BERNARDI A., *All'indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2009, 64.

attinenti all'oggetto della tutela penale¹⁰⁴. Sul punto, parte della dottrina ritiene legittimo l'esercizio da parte dell'Unione europea di una competenza penale diretta¹⁰⁵.

In tema di democraticità della competenza legislativa europea in materia penale, risulta particolarmente interessante il principio espresso dalla Corte costituzionale tedesca nella sentenza Lissabon-Urteil. Il Bunderverfassungsgericht ha evidenziato la necessità di un ripensamento dell'*iter* democratico di produzione legislativa in materia penale in considerazione dei particolari presupposti coinvolti da simili scelte di penalizzazione, ponendo l'accento su percorsi innovativi di legittimazione democratica costruita "discorsivamente". In stretto collegamento con tali considerazioni, il tema della competenza penale diretta *ex art. 86* TFUE per la protezione degli interessi finanziari¹⁰⁶, col rischio che la maggiore o minore apertura ad una lettura permissiva dell'art. 86 dipenda dalla propensione personale dell'interprete, quale decisivo ed ulteriore tassello del processo di integrazione europea. In considerazione della non piena democraticità dell'*iter* legislativo europeo sembra preferibile considerare quella contenuta nell'art. 86 una competenza penale indiretta, fermo restando l'attuale quadro convenzionale.

La legislazione attuale in materia penale proviene principalmente da fonte europea, in attuazione delle direttive dell'Unione europea. Questo aspetto richiama il problema della paternità della legge in capo al Parlamento, non tanto dal punto di vista meramente formale dell'approvazione di una legge che recepisca gli obblighi contenuti nella direttiva, ma su un piano di sostanza circa la spinta repressiva, la definizione della

¹⁰⁴ PAONESSA C., *Gli obblighi di tutela penale*, cit., 14.

¹⁰⁵ KUHLMANN L., *Spazio giudiziario di cooperazione e di integrazione penale?*, in (a cura di) Grasso G. – Picotti L. – Sicurella R., *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Giuffrè, 2011, 725; PICOTTI L., *Limiti garantistici delle incriminazioni penali e nuove competenze europee alla luce del Trattato di Lisbona*, in (a cura di) Grasso G. – Picotti L. – Sicurella R., *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Giuffrè, 2011, 223 ss.; SOTIS C., *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2010, 3, 1164 ss.; BERNARDI A., *Europeizzazione del diritto penale e progetto di Costituzione europea*, in *Dir. pen. e proc.*, 2004, 8.

Mentre l'attuale disciplina consente la previsione oltre che delle fattispecie di reato anche delle relative sanzioni, la Corte di giustizia, vigente il precedente quadro istituzionale, aveva escluso il potere delle direttive di prevedere il tipo ed il livello delle sanzioni penali applicabili (cfr. CGCE, 23 ottobre 2007, *Commissione c. Consiglio*, causa C-440/05, in GU C 315, 22 dicembre 2007, par. 70-71).

¹⁰⁶ V. GRANDI C., *Riserva di legge e legalità penale europea*, cit., 122 ss.

ratio punitiva che porta all'introduzione o alla modifica del reato, nonché il settore di intervento ed i limiti di disciplina imposti dalla direttiva. Mentre le direttive non intaccano il principio di legalità penale a livello formale dell'approvazione finale delle disposizioni penali, altre conclusioni possono essere tratte in relazione all'aspetto della paternità sostanziale della produzione penalistica di piena derivazione europea¹⁰⁷.

Ma a questo aspetto se ne aggiunge anche un altro, che opera in sede di attuazione, perché non soltanto, a monte, avviene una vera e propria sostituzione nel processo di produzione legislativa penale ma, anche a valle, si assiste ad una azione di secondo piano da parte del Parlamento, il quale viene sostituito nell'attuazione delle direttive da parte del governo che attraverso il meccanismo della legge di delegazione europea risulta investito del compito di dare corpo e contorno alla legislazione penale di matrice europea. Non può certamente rassicurare il confronto con la tendenza del sistema nazionale ad una diminuzione della tensione democratica a favore di una devoluzione sempre più consistente nei confronti del potere esecutivo.

Per esprimere un giudizio sul rispetto nella legislazione europea della *ratio* sottesa alla riserva di legge non sarà sufficiente considerare soltanto il grado di democraticità dell'*iter* legislativo, ma anche se il "clima costituzionale in cui le norme stesse sono destinate a operare offra le ulteriori garanzie equivalenti a quelle che la riserva di legge tende ad assicurare negli ordinamenti interni"¹⁰⁸.

Secondo parte della dottrina¹⁰⁹, la riserva di legge è rispettata anche qualora il legislatore europeo imponga una serie di vincoli molto dettagliati nella descrizione della fattispecie incriminatrice. Il rispetto del principio di legalità opera esclusivamente sul piano della fonte che introduce l'incriminazione, non coprendo affatto né l'aspetto propulsivo della produzione legislativa, né la riconducibilità al legislatore del contenuto della disposizione, la quale ultima, di fatto, viene delineata altrove e al legislatore nazionale imposta.

¹⁰⁷ FIANDACA G., *Legalità penale e democrazia*, cit., 1275; PALAZZO F., *Corso di diritto penale. Parte generale*, 6a ed., Giappichelli, 2016, 107 ss.

¹⁰⁸ GRANDI C., *Riserva di legge e legalità penale europea*, cit., 138.

¹⁰⁹ SOTIS C., *Il diritto senza codice*, cit., 43. MARINUCCI G. - DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 48.

Le direttive di armonizzazione in materia penale possiedono già una corposità tale da rappresentare la maggior parte della legislazione prodotta dal Parlamento nazionale. Con il Trattato di Lisbona¹¹⁰ è stato notevolmente ampliato l'elenco delle materie ricomprese nella competenza legislativa indiretta dell'Unione europea.

Va anche segnalata la tesi¹¹¹, la quale sostiene che in virtù del processo che ha visto delegare, mediante la sottoscrizione dei trattati, da parte degli Stati membri la competenza penale all'Unione europea, verrebbe meno il profilo di insufficiente democraticità della legislazione penale da parte di quest'ultima.

Nella fase ascendente della competenza penale diretta dell'Unione europea è previsto il parere consultivo delle assemblee parlamentari nazionali ai sensi dell'art. 81, par. 1, co. 1 e 2, TFUE¹¹². Mentre l'iniziativa è attribuita alla Commissione, l'intervento del Parlamento è previsto nella fase successiva degli emendamenti e dell'approvazione *ex art.* 225 TFUE¹¹³. La non vincolatività riguarda anche l'art. 11, par. 4, TUE, il quale darebbe vita ad un vero esempio di partecipazione democratica nelle scelte legislative dell'Unione. Per la fase discendente, la riflessione sull'*iter* legislativo attiene all'effettiva paternità delle disposizioni penali e del pericolo di una trasformazione del legislatore nazionale in un mero esecutore delle direttive europee. A ciò si aggiunga che, dal punto di vista della produzione penalistica nazionale, solo una minima parte delle leggi approvate contiene disposizioni penali di matrice nazionale e non derivate

¹¹⁰ Eccezioni sono state previste per alcuni Stati membri nei protocolli al Trattato n. 21 (in tema spazio di libertà, sicurezza e giustizia da parte del regno unito e dell'Irlanda) e n. 22 (da parte della Danimarca). Per un approfondimento sul tema da parte della dottrina internazionale PEERS S., *In a world of Their Own? Justice and Home Affairs Opt-Outs and the Treaty of Lisbon*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Cambridge University press, 2008, 383 ss. Nonché il report *House of Lords, European Union Committee, The Treaty of Lisbon: An Impact Assessment, 10th Report of Session 2007-2008*, 159 ss.

¹¹¹ Espressa in FROMM I., *Supranational Criminal Law Competence*, cit., 38 ss., ivi maggiori riferimenti bibliografici al tema.

¹¹² In tema di procedura legislativa ordinaria bisogna segnalare il Protocollo n. 1 annesso al TUE, al TFUE e al Trattato CEEA, sul ruolo dei parlamenti nazionali nell'Unione europea e il protocollo n. 2 allegato al TUE e al TFUE, sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità. Sul punto cfr. BERNARDI A., *La competenza penale accessoria*, cit., 58.

¹¹³ GRANDI C., *Il ruolo del Parlamento europeo nell'approvazione delle direttive di armonizzazione penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, 689; ID., *Le qualità della norma penale correlate al procedimento formativo nazionale e a quello europeo*, in in (a cura di) Grasso G. – Picotti L. – Sicurella R., *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Giuffrè, 2011, 394 ss.

da disposizioni europee. Il potere consultivo dei parlamenti nazionali, invece, non è una prerogativa vincolante e non rappresenta un ostacolo alle decisioni legislative della Commissione. Soltanto il c.d. freno di emergenza, ai sensi degli artt. 5 TUE e 85, par. 3, TFUE, rappresenta uno strumento effettivo che permette di incidere sul procedimento legislativo.

6. La legislazione europea al vaglio del principio di determinatezza

La coerenza delle garanzie penali apprestate da un ordinamento rispecchia l'unità del substrato socio-culturale dello stesso. Infatti, l'insieme delle disposizioni penali e delle relative garanzie, che dovrebbe assumere i caratteri di sistema per la sua oculata e bilanciata costruzione, rappresenta la ricaduta immediata in chiave penalistica delle tradizioni e delle caratteristiche di una società. Sono i diritti ritenuti meritevoli di essere assicurati ai consociati che vengono sanciti nelle leggi proprie di quella società, garantendone rispetto ad applicazione. Allo stesso modo, quelli tra i diritti riconosciuti dalla società come fondamentali, in quanto ad essi attribuisce il massimo grado di importanza, vengono posti alla base dell'ordinamento giuridico quali diritti fondamentali trasposti nella carta costituzionale.

Il sistema delle garanzie europeo è un sistema che si definisce parzialmente per relazione, ponendo quale termine di paragone i sistemi nazionali, sui quali si modella ai fini della sua puntuale estensione. Per tale ragione, questo sistema assume le caratteristiche tipiche di un sistema di garanzie a consistenza variabile, in cui le garanzie europee si modellano in base al sistema costituzionale di volta in volta preso in considerazione¹¹⁴.

La pluralità delle esperienze costituzionali degli Stati membri non soltanto pone una questione circa l'estensione e, dunque, l'approfondimento delle tutele nel campo penalistico, ma anche se sia possibile rintracciare un insieme di elementi condivisi che

¹¹⁴ PALAZZO F., *Legalità penale*, cit., 1300.

rappresenti il nocciolo duro dei principi europei. Tale scenario permetterebbe di individuare un'identità rigida dei principi europei ancor prima, e anche in presenza, di inevitabili adattamenti domestici.

In una qualunque società sono i valori a rappresentarne i capisaldi, in grado di attribuirle una specifica identità sul piano dei suoi fondamenti essenziali. La trasposizione di tali valori sul piano giuridico ne determina, invece, la traduzione in principi¹¹⁵. Questi ultimi pongono le basi dell'intera architettura giuridica della società, la quale più risulta culturalmente e storicamente connotata, maggiormente darà vita ad un sistema di principi differenti per composizione ed entità. Oltre alla base valoriale di partenza di una società, vanno poi considerati taluni fenomeni attinenti all'evoluzione dei valori e alla loro contestualizzazione, nonché alle ricadute sulla condivisione dei conseguenti principi giuridici. A proposito della nuova Unione europea plasmata dal TUE, il risalto attribuito ai valori ne segnala la reale consistenza e provenienza, “mentre il riconoscimento dei diritti fondamentali viene fatto precedere dall'indicazione degli obiettivi prefissati dall'UE, l'enunciazione dei valori assume una posizione assolutamente prioritaria, così dando risalto al loro ruolo di orientamento degli intenti dell'Unione e di sostegno alla tutela dei diritti fondamentali”¹¹⁶.

Prendendo in esame l'Europa ai fini sopra espressi, essa ha rintracciato quale costante e condiviso elemento della storia degli Stati europei la tutela della persona. La vocazione espansiva delle competenze attribuite direttamente, o attraverso la teoria dei poteri impliciti, all'Unione europea aveva determinato l'ingresso su terreni nuovi e non circoscritti alle sole tematiche monetarie ed economiche. Questa evoluzione di segno ordinamentale, che si aggiungeva alla primordiale funzione economica svolta dal neonato organismo internazionale, aveva la diretta conseguenza di una valorizzazione

¹¹⁵ RUGGERI A., *Valori e principi costituzionali degli Stati integrati d'Europa*, in “Itinerari” di una ricerca sul sistema delle fonti, vol. XIII, Studi dell'anno 2009, Giappichelli, 2010, 206; SILVESTRI G., *Dal potere ai principi. Libertà e uguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Laterza, 2009, 36.

¹¹⁶ PANEBIANCO G., *La variabile consistenza delle garanzie penali nella politica criminale europea*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2016, 1724. Cfr. SILVESTRI G., *Dal potere ai principi*, cit., 8 ss.; RUGGERI A., *Valori e principi costituzionali*, cit., 206; v. però CASTORINA E., *I valori fondanti dell'Unione europea*, in *L'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona, Atti del convegno Catania 9-10 aprile 2010*, a cura di Parisi N. - Petralia V., Giappichelli, 2011, 174 3 178 ss.

dei principi fondamentali, perno imprescindibile sul quale fondare la nuova azione europea all'insegna del governo e della tutela dei futuri cittadini europei. Allo stesso modo si è svolto il processo di oggettivizzazione dei principi giuridici che ha portato alla nascita della CEDU¹¹⁷.

Indicatori della qualità della legge sono l'accessibilità della disposizione, la determinatezza del contenuto, e la prevedibilità della sua futura applicazione giurisprudenziale. Su quest'ultimo punto, la genesi giurisprudenziale di una norma è tenuta in forte considerazione da parte della Corte di Strasburgo e dalla CGUE. Ma mentre i criteri che identificano la qualità della legge si rivolgono al legislatore, i quali intervengono, dunque, ancor prima della produzione normativa ed, anzi, ne rappresentano i principi ispiratori; nella fase interpretativa e applicativa, ad entrare in gioco è quel principio di prevedibilità delle decisioni giudiziarie che nell'ordinamento interno assume le forme del divieto di analogia.

Nell'esaminare il tema della legislazione di matrice europea, da un lato si pone la previsione astratta del rispetto dei principi costitutivi della qualità della legge, dall'altro lo strumento principale di esercizio della competenza penale da parte dell'Unione europea è rappresentato dalla direttiva. Difatti, la fissazione di "norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni" implica, già nei presupposti di approvazione della direttiva, un'indeterminatezza rispetto ad una serie di aspetti decisivi, i quali restano imprecisati e alla quale precisazione devono provvedere gli Stati membri¹¹⁸. La natura intrinseca delle direttive è proprio quella di essere non determinate, poiché devono essere attuate dagli Stati e da loro definite in maniera determinata, essendo un atto naturalmente rivolto ad essi. Per tale ragione, non sarebbe necessaria un'elevata determinatezza da parte del legislatore europeo, alla cui attività legislativa non è applicabile l'art. 7 CEDU e 49 Carta fondamentale dei diritti

¹¹⁷ SILVESTRI G., *Dal potere ai principi*, cit., 8; MANES V., *Introduzione. La lunga marcia della Convenzione europea ed i "nuovi" vincoli per l'ordinamento (e il giudice) penale interno*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di Manes V. - Zabrebelsky V., Giuffrè, 2011, 4.

¹¹⁸ BERNARDI A., *La competenza penale accessoria*, cit., 60 ss.

dell'Unione europea. Oltre a quanto detto, i requisiti di chiarezza e precisione sono funzionali anche ai principi di proporzione e sussidiarietà previsti dall'art. 5 TUE.

Nella sua formulazione più rigida, il principio di legalità rischierebbe di essere avversato per la limitazione che imporrebbe alla fisiologica indeterminatezza delle norme minime di definizione dei reati e delle pene in sede europea. L'astrattezza del principio viene ad essere bilanciata con l'attribuzione europea che non si estende financo alla definizione puntuale di tali elementi, lasciando un margine elevato di intervento agli Stati membri. Dall'altro lato, come detto, la definizione particolareggiata del contenuto delle direttive rischia di svilire il ruolo dei parlamenti nazionali e la democraticità che dovrebbe connotare la fase discendente del processo di attuazione delle direttive. Nonostante ciò, va rilevata la tendenza del legislatore europeo a definire con particolare precisione i reati contenuti nelle direttive. Pure ricco di implicazioni è l'utilizzo in sede europea della modulazione delle sanzioni penali con particolare funzione differenziatrice. Nel ricorso a tale *modus operandi*, più le pene vengono innalzate, più si comprime il margine di valutazione e scelta dei parlamenti nazionali, col rischio, inoltre, di una discordanza rispetto al complessivo quadro delle sanzioni che dovrebbe essere ispirato ai principi di coerenza e proporzionalità.

Prima di interrogarsi sulla portata del principio di legalità, è bene chiedersi quale ne sia il senso, il significato fondante. Rinviando la questione dell'estensione alla giurisprudenza della legittimazione a creare norme incriminatrici, urge domandarsi se abbia perso di valore una delle ragioni giustificative del principio di legalità, e cioè la circostanza che il diritto penale è sempre stato espressione del potere statale. Adesso la legge penale, per la maggior parte, appare essere eterodeterminata, così traslando il piano della determinazione dei contenuti da quello nazionale a quello sovranazionale, "se è vero che l'idea stessa della legalità nasce in funzione di tutela della libertà dei consociati, rappresentati dall'organo parlamentare, sembrerebbe doversi dubitare che tale funzione possa ancora svolgersi in un contesto invaso, e talora dominato, da fonti

‘preminenti’, il cui tasso di democraticità risulta spesso assai basso, o del tutto assente”¹¹⁹.

Esiste un dibattito sull’assetto istituzionale dell’Unione europea ai fini di una maggiore partecipazione statale nelle scelte legislative adottate¹²⁰. L’Unione Europea, racchiudendo le similitudini e le divergenze di più Stati membri all’interno di un organismo internazionale, non può operare ed essere immaginata come la mera trasposizione ampliata di un modello nazionale. In considerazione di ciò, “il progressivo incremento dei poteri dell’Unione richiederebbe un’adeguata democratizzazione dei suoi organismi e delle sue procedure deliberative, che ovviamente dovrebbe tener conto della natura (non ancora facilmente decifrabile) di tale organizzazione sovranazionale”¹²¹.

La considerazione che il legislatore statale abbia ratificato e autorizzato l’esecuzione del trattato di Lisbona, così da ricondurre ad una scelta del Parlamento nazionale la devoluzione di competenze penali all’Unione europea, non è tale da giustificare e controbilanciare la portata dirompente dell’estensione della competenza penale europea ex art. 83, par. 1, co. 3, TFUE, in forza del quale “In funzione dell’evoluzione della criminalità, il Consiglio può adottare una decisione che individua altre sfere di criminalità che rispondono ai criteri di cui al presente paragrafo. Esso delibera all’unanimità previa approvazione del Parlamento europeo”. Le precauzioni predisposte non sembrano tali da giustificare un ampliamento, derivante da una

¹¹⁹ PADOVANI T., *Jus non scriptum*, cit., 21 e 22.

¹²⁰ BERNARDI A., *Il costo “di sistema” delle opzioni europee sulle sanzioni punitive*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2018, 557; CANESTRINI N., *Il tormentato cammino del diritto penale comunitario tra procedure di infrazione, pre-alerts della Commissione e leggi delega*, in *Cass. pen.*, 2015, 11, 4201; CUPELLI C., *Il Parlamento europeo e i limiti di una codecisione in materia penale*, cit.; DE VERO G., *Gli obblighi di penalizzazione di fonte europea*, in (a cura di) Paliero C.E. - Moccia S. - De Francesco G. A. - Insolera G. - Pelissero M. - Rampioni R. - Risicato L., *La crisi della legalità. Il “sistema vivente” delle fonti penali*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, 93; MAZZA O., *Scelte politiche europee e limiti costituzionali in tema di prescrizione del reato*, in *Arch. pen.*, 3/2015, 775; MOLINAROLLI A., *Spunti problematici in materia di sussidiarietà europea*, in www.penalecontemporaneo.it, 16 gennaio 2014; STEA G., *L’offensività europea come criterio di proporzione dell’opzione penale*, in *Arch. pen.*, 3/2013, 915.

¹²¹ MORELLI A., *Le trasformazioni del principio democratico*, in (a cura di) Ventura L. - Morelli A., *Principi costituzionali*, Giuffrè, 2015, 90.

delega in bianco contenuta nel TFUE, senza interpellare nuovamente i parlamenti nazionali.

Se, già di per sé, gli aspetti affrontati rendono particolarmente ricca di implicazioni l'attribuzione di una competenza penale all'Unione europea, l'art. 83, par. 2, TFUE aggiunge un ulteriore elemento degno di considerazione. Esso prevede, infatti, un'ulteriore estensione delle competenze dell'Unione europea in materia penale. Previsione che espone ad una problematicità maggiore rispetto all'*iter* che ha interessato l'approvazione delle misure di armonizzazione, nel caso in cui queste siano state approvate con procedura speciale, riproponendo sotto altro aspetto il delicato problema della democraticità e del ruolo parlamento europeo¹²². A tal proposito, sarebbe stata più opportuna, allora, la previsione della procedura ordinaria indipendentemente dalla procedura di approvazione delle misure di armonizzazione.

Ad arricchire il ventaglio delle previsioni dalle implicazioni penali intervengono anche le decisioni di esecuzione adottate dal Consiglio per la migliore attuazione di direttive, tali da trasformarsi in surrettizi obblighi di penalizzazione. Tali decisioni vincolano gli Stati membri all'adozione di misure necessarie per il raggiungimento dell'obiettivo prefissato nella direttiva, così come estrinsecato dalla decisione del Consiglio¹²³. Il problema risiede nella circostanza che non è rinvenibile alcun atto di legislazione primaria con il quale l'Unione europea legittimi un atto di legislazione secondaria, al contrario di quanto avviene nel nostro ordinamento nel rapporto tra le due fonti. Questa è una procedura estranea all'art. 83, par. 1, TFUE, il quale invece prevede, ai fini dell'estensione delle competenze penali dell'Unione, il ricorso alla procedura legislativa ordinaria e soltanto tramite l'atto individuabile nelle direttive. Difatti, alcune di queste decisioni sono state annullate dalla Corte di giustizia per la violazione di quella "formalità sostanziale" costituita dalla consultazione del

¹²² BERNARDI A., *La competenza penale accessoria*, cit., 59; GRANDI C., *Le qualità della norma penale*, cit., 394.

¹²³ Per un approfondimento in relazione alla materia delle sostanze stupefacenti v. PANEBIANCO G., *La variabile consistenza delle garanzie penali*, cit., 1740.

Parlamento europeo nell'adozione della decisione ¹²⁴. È da escludere, dunque, l'incidenza di simili decisioni all'interno dei sistemi penali nazionali.

7. Il ruolo dei principi nel panorama europeo

Finora si è preso in esame il contenuto e la qualità della legislazione europea in materia penale, a chiusura di capitolo è opportuno attenzionare, nei loro profili maggiormente rilevanti, i principi che la ispirano. Mentre per il principio di materialità è possibile rinvenire un fondamento nelle Carte dei diritti europee, a diversa conclusione si perviene con riferimento al principio di offensività. Quest'ultimo, infatti, non viene preso in considerazione dalla CEDU e dalla Carta di Nizza; a differenza del principio di materialità che gode di un duplice riconoscimento all'art. 7 CEDU e all'art. 49 della CDFUE.

Passando, poi, ai principi di personalità e colpevolezza, è possibile rilevare come anch'essi non trovino espresso riconoscimento nella CEDU e nella Carta di Nizza, né nei trattati dell'Unione europea. I principi in esame neppure rientrano tra quelli tutelati in quanto facenti parte delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri. A differenza di quanto avviene, invece, per il principio processualpenalistico della presunzione di innocenza.

Come più volte è accaduto in tema di diritti, è la Corte EDU a sopperire a tali vuoti di tutela¹²⁵. Il principio di personalità della responsabilità penale è, nell'ottica della Corte EDU, funzionale a garantire la rimproverabilità dell'imputato. I giudici di Strasburgo, così facendo, hanno posto in stretta connessione il principio di personalità con il principio di legalità: il venir meno del primo, non soltanto incide sulla qualità

¹²⁴ CGUE, 16 aprile 2015, cause riunite C-317/13 e C-679/13, *Parlamento c. Consiglio*, in particolare punti 63-70, di annullamento delle decisioni del Consiglio 2013/129/UE e 2013/496/UE, poi sostituite dalle decisioni di esecuzione (UE) del Consiglio 2015/1874 e 2015/1876.

¹²⁵ Sentenza Corte EDU, *Sud Fondi srl c. Italia*, 20 gennaio 2009, ric. n. 75909/01, in tema v. MAZZACUVA F., *Un "hard case" davanti alla Corte europea: argomenti e principi nella sentenza su Punta Perotti*, in *Dir. pen. e proc.*, 2009, 1540 ss.; PANEBIANCO G., *Il principio nulla poena sine culpa al crocevia delle giurisdizioni europee*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1366.

della legge approvata, ma viola anche quel baluardo posto a presidio del cittadino rispetto a pene illegali in quanto non modellate su una sua rimproverabilità.

Il principio di personalità risulta rispettato in tutti quei casi in cui il legislatore europeo richieda la presenza dell'elemento soggettivo del dolo o, anche, della colpa grave. In questo modo ponendo la soglia di appartenenza psicologica del fatto al soggetto ad un livello che può ritenersi accettabile.

Quanto ai principi di sussidiarietà ed *extrema ratio*, l'Unione europea non manca di ricorrere al diritto penale quale strumento istituzionalmente edificante dell'azione politica nella costruzione di una propria identità. Il che rivela un approccio di tipo strumentale della legislazione penale europea all'insieme di principi ed effetti, caratterizzanti un diritto penale che, in una dimensione nazionale, potrebbe definirsi tradizionale. Qui, invece, si sfiora il confine del diritto penale simbolico, impiegato in un'ottica strumentale per un fine che esula da quelli propri del diritto penale.

Accennando, infine, alla proporzione e necessità della sanzione penale, l'art. 83, par. 1 e 2, TFUE ne sancisce la doverosa presenza nel ricorso alla competenza penale da parte dell'Unione europea. I presupposti previsti dalla disposizione dovrebbero implicare la sussistenza della proporzione e necessità dell'intervento penale, tale da esaltare il principio di *extrema ratio* nel ricorso a misure non penalistiche finalizzate al perseguimento degli obiettivi di politica europea.

A fronteggiare due pericoli derivanti dal ricorso alla legislazione europea è il principio di offensività, se il primo di essi può definirsi "statico", in quanto interviene a sindacare quando un interesse sia meritevole di tutela attraverso la sanzione criminale; nel secondo pericolo è rinvenibile un profilo "dinamico", in quanto "riguarda il grado di prossimità alla lesione dell'interesse protetto espresso dalla fattispecie incriminatrice"¹²⁶.

Intervenendo a determinati presupposti e implicando delicati esiti applicativi, l'art. 83, par. 2, TFUE è diretto al riavvicinamento delle legislazioni nazionali, laddove

¹²⁶ PANEBIANCO G., *La variabile consistenza delle garanzie penali*, cit., 1753.

appaia indispensabile, attraverso il ricorso allo strumento del diritto penale¹²⁷. Ma, al contrario della ragione ispiratrice della disposizione, il ricorso alla pena dovrebbe essere giustificato da esigenze di tutela del bene giuridico. Componente costante della legislazione europea in materia penale è anche la tendenza ad un'anticipazione della soglia di punibilità alla fase del tentativo di condotte di per sé soltanto prodromiche alla lesione del bene giuridico oggetto di tutela. Si prenda ad esempio la Direttiva abusi di mercato¹²⁸, la quale, in piena linea con l'approccio alla materia penale di stampo europeo, ha previsto l'estensione al favoreggiamento, all'istigazione e al concorso dei reati di introduzione europea.

¹²⁷ Sulla distinzione regole e principi, nonché sulla portata ed estensione del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, SOTIS C., *Il diritto senza codice*, cit., 252.

¹²⁸ Direttiva (abusi di mercato) 2014/57/UE, emanata sulla base dell'art. 83, par. 2 TFUE.

III. LA NUOVA LEGALITÀ PENALE “INTEGRATA”

1. La rinnovata veste della giurisprudenza

La prima forma di legalità penale, quella formale del periodo illuministico, rappresentò, come visto, l'innovazione frutto di fermenti culturali e giuridici. Allo stesso modo, un mutamento dell'attuale principio di legalità testimonia e, al contempo, prelude a mutamenti profondi, in azione già da anni. In altre parole, il principio di legalità ha svolto il ruolo di paradigma di una determinata società di diritto, al cui mutamento sono associati veri e propri stravolgimenti dei fattori che rappresentavano le costanti di quel modello di società¹²⁹. Per la sua particolarità e centralità nell'ordinamento giuridico, gli stravolgimenti in atto raggiungono il principio di legalità soltanto nelle fasi di fibrillazioni che interessano le fondamenta e la tenuta di quell'ordinamento. Ecco, allora, che il concetto di crisi applicato al principio di legalità altro non è se non un indice, non semplicemente dell'indebolimento dei presupposti teorici e giuridici alla base di quel principio, ma più radicalmente di processi di mutamento in corso che interessano una struttura giuridica che poggia su quel principio quale suo perno e punto di snodo di tutte le altre tematiche.

Il principio di legalità tradizionale ha sempre rappresentato una chiara scelta di campo nell'attribuzione del potere creativo delle norme penali, accompagnato dalla decisa rinnegazione del diritto giurisprudenziale nell'esecuzione di simile compito. Il principio di legalità dei reati e delle pene “traduce il regresso dell'esecutivo dei giudici, da poteri autonomi ad apparati subordinati alla legge”¹³⁰, operando una ricollocazione della magistratura in posizione subordinata a quella della legge.

Il volto costituzionale conferito al diritto penale dall'art. 25, co. 2, Cost. è caratterizzato dalla legge parlamentare quale strumento principale di introduzione di nuovi reati e delle scelte di politica criminale, in ragione dell'incidenza di queste sulla

¹²⁹ “Legolatria illuminista”, così GROSSI P., *L'Europa del diritto*, Laterza, 2007, 113.

¹³⁰ ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite*, Einaudi, 1992, 25 ss.

libertà personale dell'individuo, così come strumento maggiormente garantito di perseguimento degli obiettivi costituzionali in materia penale, nonché dei valori costituzionali bisognosi di tutela penale. Il principio di riserva di legge garantisce che qualunque scelta di politica criminale venga assunta all'interno di quelle assemblee parlamentari caratterizzate dal principio di democraticità, così compiendosi una eteronomia di tali scelte rispetto ai soggetti istituzionalmente deputati ad applicarle.

Caratterizzata dalla separazione dei poteri e dotata di preventiva e conoscibilità, così come ispirata al principio di uguaglianza, la legalità penale ha il "volto disteso e apparentemente rassicurante della legalità legislativa"¹³¹. Ma l'apparenza sottace un substrato di una realtà diversa, più complessa, caratterizzata dall'intreccio di fattori tutt'altro che semplici e facilmente apprezzabili nella loro individuale incidenza.

Il primo ridimensionamento del principio di legalità è intervenuto sul piano teorico, a seguito delle criticità emerse circa le reali funzioni da esso svolte. Non sono mancate critiche a quella legalità formale di matrice illuminista che dell'Illuminismo giuridico rappresentava un caposaldo. Esclusi i profili individualistici di garanzia tutelati dal principio di legalità, da una prospettiva politico-istituzionale e statalista il principio di legalità ha assunto il ruolo di *instrumentum regni*¹³², fattore di conservazione della società giuridica esistente¹³³, sebbene la Costituzione repubblicana riuscì nel compito di perseguire anche un'impostazione garantista, nella sua prospettiva individualista, rispetto ad una prettamente istituzionale¹³⁴.

Anche il ruolo assunto dalla giurisprudenza ha visto un contributo decisivo da parte legislatore, il quale attraverso la sua ritirata consapevole dal terreno della produzione legislativa nei settori di particolare delicatezza ha consentito una notevole espansione del ruolo della giurisprudenza, legittimata di fatto ad intervenire *supplendi causa* negli ampi spazi lasciati liberi dal legislatore.

¹³¹ VOGLIOTTI M., voce *Legalità*, in *Enc. dir., Annali IX*, Giuffrè, 2013, 373.

¹³² GROSSI P., *L'ordine giuridico medievale*, Laterza, 2006, 50.

¹³³ COSTA P., *Pagina introduttiva. Il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Giuffrè, 2007, 36, tomo I, 12; VOGLIOTTI M., voce *Legalità*, cit., 384.

¹³⁴ COSTA P., *Pagina introduttiva. Il principio di legalità*, cit., 17.

La legalità penale nazionale ha una dimensione prettamente genetica in quanto pone al centro della sua attenzione la produzione delle norme, tenendo in considerazione il rapporto tra poteri, “soprattutto la relazione tra legislatore e giudice, tra fonte astratta e interpretazione”¹³⁵.

Differente discorso deve svolgersi a proposito della legalità convenzionale. Questa, piuttosto, guarda alla sostanza e non alla forma della produzione normativa, in quanto ha quale unico punto di riferimento i diritti soggettivi e non la procedura di approvazione della disposizione medesima. A passare in secondo piano è la prospettiva ‘genetica’ delle norme astratte, e la legittimazione interna delle stesse, così da ritenere che una simile legalità non possa essere paragonata ad una fonte sulla produzione del diritto, rispetto alla quale ricorrono i criteri contenuti nella sentenza Engel. Determinante risulta, allora, l’incidenza della disposizione sull’insieme di garanzie previste 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”¹³⁶. La legalità europea “è a-statuale 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, si è visto 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

¹³⁵ BARTOLI R., *Legalità europea versus legalità nazionale?*, cit., 293 ss.

¹³⁶ DI MARTINO A., *Una legalità per due? Riserva di legge, legalità CEDU e giudice-fonte*, in *Criminalia*, 2014, 117. Sulle distinzioni nominalistiche del diritto penale v. DI MARTINO A., *Intersezioni di legalità e “sanzioni” accessorie. Tra giurisprudenza nazionale, diritti umani, sistemi penali stranieri*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Giuffrè, 2011, 193 ss., 225; VALLINI A., *Le due legalità: quale convivenza nel diritto penale?*, in *Criminalia*, 2013, 254 ss. Più che sui contenuti, la comparazione tra le due legalità andrebbe compiuta, piuttosto, sul piano funzionale, così ponendo in evidenza tutta la loro differenza sul punto, così ZAGREBELSKY V., *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in *www.osservatorioaic.it*, maggio 2015, 1.

legittimità della norma nazionale da cui è scaturita, che potrà in futuro essere applicata nuovamente dando vita ad altre eventuali condanne”¹³⁷.

La particolarità del giudizio della Corte EDU, sulla base delle caratteristiche evidenziate della CEDU, risiede nel fatto che non giudica la legittimità delle fonti ma accerta l’incidenza di queste sulla vita delle persone prendendo in esame fatti concreti posti alla sua attenzione. La rigidità della nostra riserva di legge risiede nella sua statualità e nella separazione dei poteri, con esclusione del potere giudiziario dalla creazione normativa, quantomeno sul piano puramente formale istituzionale¹³⁸. Una spinta qualificante della legalità europea, che ne mostra tutta la portata innovativa, è quella rivolta alla maggiore valorizzazione del profilo della tutela dei diritti fondamentali rispetto a quello del controllo democratico sulla produzione legislativa penale. La conseguenza di tale inclinazione della legalità europea, che ne rappresenta la cifra stilistica intima, è l’equiparazione della giurisprudenza a fonte del diritto penale al pari dell’organo parlamentare¹³⁹.

In tema di esatta definizione del contenuto e della portata di una disposizione¹⁴⁰, la sola legge non riesce a mettere a fuoco, a primo sguardo, la realtà circostante ma pone una prima e necessaria lente ottica, funzionale a tracciare le linee di massima della materia del penalmente rilevante. È poi l’attività ermeneutica che fornisce all’operatore del diritto una seconda lente ottica, più fine e calibrata per cogliere i dettagli del caso concreto. Neppure la più precisa legislazione penale potrebbe elidere il margine di discrezionalità intrinseco nell’applicazione della stessa.

La giurisprudenza, dal canto suo, accogliendo la distinzione tra disposizione e norma, dimostra una piena consapevolezza del ruolo rivestito specialmente nei casi di

¹³⁷ AMARELLI G., *Dalla legolatria alla post, legalità*, cit., 1424.

¹³⁸ DI MARTINO A., *Una legalità per due?*, cit., 117. "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 e illecito; ad effettuare, dunque, scelte di criminalizzazione e definizione dei criteri di imputazione penale”.

¹³⁹ PALAZZO F., *Il principio di legalità tra Costituzione e suggestioni sovranazionali*, cit., 8.

¹⁴⁰ La teoria dell’interpretazione del diritto è antica quanto la teoria del diritto medesimo. Da sempre i regnanti, i giudici e giusperiti si sono interrogati circa la natura, le modalità e l’estensione dell’interpretazione: BARBERIS M., *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell’interpretazione*, in *Analisi e diritto*, 2004, 20 e nota 25. DI GIOVINE O., *L’interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Giuffrè, 2006, 58.

determinazione di fattispecie legislative oscure, oppure di scelta tra molteplici opzioni ermeneutiche percorribili¹⁴¹.

Settore a sé è rappresentato dall'interpretazione costituzionalmente orientata, la quale possiede un margine di autonomia potenzialmente maggiore rispetto all'interpretazione delle disposizioni non assistita dall'intervento di principi sovraordinati. La conformità della legislazione alla Costituzione e la relativa attività interpretativa volta ad accertarla, presuppongono l'intervento di un insieme inedito di tecniche ermeneutiche e di valori, il quale finisce per connotare in maniera peculiare l'attività interpretativa. L'interpretazione costituzionalmente orientata ricorre a tecniche e stili interpretativi che non appartengono al campo dell'interpretazione di tipo

¹⁴¹ BALBI G., *Democrazia crepuscolare e diritto vivente*, cit., 377; BORSARI R., *Diritto penale, creatività e co-disciplinarietà*, cit., 18; BRICCHETTI R., *Lo stato della legalità penale nella giurisprudenza*, cit., 261; CADOPPI A., *Giudice penale e giudice civile di fronte al precedente*, cit., 20; DE AMICIS G., *Il giudice penale nel sistema europeo delle fonti*, in *Cass. pen.*, 2007, 4, 1757; DE FRANCESCO G., *Due temi controversi lo sviluppo del 'diritto giurisprudenziale' ed i principi intertemporali della legge penale*, in (a cura di) Paliero C.E. - Moccia S. - De Francesco G. A. - Insolera G. - Pelissero M. - Rampioni R. - Risicato L., *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, 269; DI GIOVINE O., *Dal costruttivismo al naturalismo interpretativo? Spunti di riflessione in materia penale*, in *Criminalia*, 2012, 217; ID O., *Il ruolo costitutivo della giurisprudenza*, cit., 146; DONINI M., *Europeismo giudiziario e scienza penale*, cit., 92 ss.; DONINI M., *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in (a cura di) Cadoppi A., *Cassazione e legalità penale*, Dike, Roma, 2017, 77; EUSEBI L., *Nemmeno la Corte di giustizia può erigere il giudice a legislatore*, in *Dir. pen. contemp.*, *Riv. trim.*, 2/2015, 47; FIANDACA G., *Ermeneutica e applicazione giudiziale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2001, 353; FIORENTINO G., *La Corte di Cassazione e la resistibile ascesa della giurisprudenza*, in www.questionegiustizia.it, 1 febbraio 16, 3; GARGANI A., *Verso una 'democrazia giudiziaria'*, cit., 99; INSOLERA G., *Dogmatica e orientamento della giurisprudenza*, in www.penalecontemporaneo.it, 18 novembre 2013, 12; ID., *Qualche riflessione e una domanda sulla legalità penale nell' "epoca dei giudici"*, in *Criminalia*, 2012, 285; MANES V., *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Dike Giuridica, 2012, 91; ID., *Il ruolo poliedrico del giudice penale, tra spinte di esegesi adeguatrice e vincoli di sistema*, in *Giust. pen.* 2014, I, 81; PAONESSA C., ZILLETTI L., *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie. I nuovi scenari della soggezione al diritto dell'Unione Europea: a proposito della sentenza della Corte di Giustizia Taricco*, Pacini giuridica, 2016, 44; PULITANO D., *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, cit., 38; ROMBOLI R., *Il ruolo del giudice in rapporto all'evoluzione del sistema delle fonti ed alla disciplina dell'ordinamento giudiziario*, in www.astrid-online.it, 10; SOTIS C., *All'incrocio tra carte e corti: il ruolo del giudice nel labirinto delle fonti*, in *Cass pen.*, 2013, 7/8, 2562; VALENTINI V., *Continua la navigazione a vista*, cit., 15; VIOLANTE L., *L'evoluzione del ruolo giudiziario*, in *Criminalia*, 2015, 341; VOGLIOTTI M., *Il giudice al tempo dello scontro tra paradigmi*, in www.penalecontemporaneo.it, 2 novembre 2016; ZANON N., *L'ascesa del potere giudiziario*, cit., 359.

Si pensi alla specificazione della fattispecie di concorso esterno in associazione mafiosa, FIANDACA G., *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2005, 1734 ss.; FIANDACA G., *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, Editoriale scientifica, 2008, 53.

formalistico, ispirata ad una concezione legalistica di tale attività. Basti pensare ai giudizi di valore o ai bilanciamenti tra valori costituzionali potenzialmente coinvolti.

Ma è maggiormente nei rapporti con l'ordinamento europeo che si rileva la profonda incidenza del formante giurisprudenziale. L'intervento sempre più determinante delle Corti europee ha posto nuove sfide al principio di legalità nazionale e ha segnato un punto di frattura fra le due legalità, il quale deve essere attentamente gestito dai giudici nazionali. Un simile stravolgimento deriva dalla portata innovativa e travolgente della giurisprudenza europea, la quale ha rivestito il ruolo di promotrice dell'integrazione europea. Ancora una volta a subirne un duro contraccolpo è il principio di legalità penale nazionale e, indirettamente, il momento politico-legislativo della legislazione interna. Una presa di posizione forte e risoluta in favore del ruolo di primo piano nel processo di formazione del diritto è provenuta da parte della Corte EDU, la quale ha sollecitato in direzione del riconoscimento del formante giurisprudenziale accanto a quello legislativo nella produzione normativa penale. Nella sentenza, adottata a Sezioni Unite, Beschi del 21 gennaio – 13 maggio 2010 si è riconosciuto alla Corte EDU il ruolo di fonte concorrenziale a quella legislativa nella determinazione del significato e dell'estensione del principio di legalità europeo¹⁴².

Dato il quadro tratteggiato, ad essere posto in discussione è stato anche lo stesso concetto di fonte del diritto, la quale è stata ritenuta non avulsa dall'attività interpretativa che ne deriva. La fonte e l'interpretazione sono accomunate in un dualismo imprescindibile che vede tali due componenti plasmarsi vicendevolmente. Le fonti del diritto non preesistono di per sé, ma la loro essenza e la loro portata sono influenzate dall'impiego che l'interprete ne faccia, essendo quest'ultimo a stabilirne gli attributi¹⁴³. In prospettiva, non sarà possibile in futuro far venire meno il decisivo apporto giurisprudenziale all'interno di questo meccanismo di produzione partecipata del diritto, ma non può mancare di interrogarsi sulla possibilità di arginare questo

¹⁴² DONINI M., *Europeismo giudiziario e scienza penale*, cit., 97 ss.

¹⁴³ PINO G., *La gerarchia delle fonti del diritto. Costruzione, decostruzione, ricostruzione*, in *Ars interpretandi*, XVI, 2011, 19 ss., 53.

continuo sconfinamento da parte delle Corti europee e sottrarre il dialogo tra corti ad un possibile colonialismo giudiziale¹⁴⁴.

A riproporsi, allora, è il tema del concetto di certezza del diritto. Un suo ripensamento passa dalla considerazione del nuovo spazio all'interno del quale le disposizioni e le norme sono inserite. La formazione di un sistema multilivello impone, rispetto al classico sistema orizzontale, un mutamento del concetto di certezza, il quale non dipende più soltanto dall'esistenza di disposizioni o regole, bensì dal frequente intervento di principi provenienti da decisioni giurisprudenziali prese sia a livello nazionale che sovranazionale¹⁴⁵. L'approdo di tale mutamento consisterebbe nel cambiamento del punto di riferimento prescelto, non più quello della certezza della legge nella sua dimensione più prossima all'idea giuspositivistica del diritto, bensì di una nuova certezza, consistente in una prevedibilità dell'esito giudiziario, risultante di un fecondo intreccio tra regole e principi, nonché tra la fase legislativa e quella applicativa. Di talché, ad essere oggetto di conoscenza e prevedibilità non sarebbero più le singole disposizioni o le possibili decisioni adottate dal giudice sulla base delle prime, bensì l'insieme dei fondamenti e dei principi che sostengono il diritto vivente. Tema di grande interesse è se tale differente impostazione possa valere anche per il diritto penale. In un sistema multilivello è possibile pensare ad una soluzione per la definizione della legalità europea soltanto con il contributo di ogni piano che lo costituisce, nella prospettiva di una ridefinizione partecipata della stessa.

In un sistema ispirato ad un principio di legalità strettamente formale, la giurisprudenza, esclusa dal novero delle fonti dei reati e delle pene, del diritto penale non è fonte, bensì formante, e cioè fattore che concorre a plasmarlo. Il principio di legalità possiede una dimensione relativa alla certezza di una norma generale ed astratta, rispetto alla quale le pronunce giurisprudenziali non assurgono allo stesso livello della legge, ma possiedono una elevata forza persuasiva, la quale rinviene "il suo

¹⁴⁴ CARTABIA M., *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in *I diritti in azione*, a cura di Cartabia M., Il Mulino, 2007, 57 ss.

¹⁴⁵ HABERMAS J., *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, trad. it. a cura di Ceppa L., Laterza, 1966, 262, il quale parla anche di sistemi legali di matrice ottocentesca.

fondamento solamente nella loro autorevolezza o plausibilità sostanziale, e non già in una qualche loro autorità formale quale è quella che compete al potere legislativo”¹⁴⁶. Il ruolo delle corti supreme e l’esercizio del potere di nomofilachia non possono che collocarsi al vertice dello studio del principio di legalità e della sua crisi, ma nonostante il processo di influenza operato sul principio di legalità da parte del diritto vivente, si deve sempre tenere separato dal valore formale della legge. A conferma della netta separazione tra diritto vivente e legge formale si è espressa la Corte costituzionale con la sentenza n. 230 del 2012, sostenendone la non equiparazione con una pronuncia che ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 673 c.p.p., “nella parte in cui non prevede la revoca della sentenza di condanna nel caso di mutamento giurisprudenziale (decisione delle Sezioni Unite)”¹⁴⁷. L’esclusione della revoca *ex art. 673 c.p.p.* è fondata sulle carattere “essenzialmente persuasivo” degli orientamenti assunti dalle Sezioni Unite, potendo non soltanto essere rivisti dalla stesse Sezioni Unite ma potendo anche essere disattesi “in qualunque tempo e da qualunque giudice della Repubblica, sia pure con l’onere di adeguata motivazione”.

Questa sentenza ha preso posizione su un dibattito molto acceso ed ha rappresentato un vero e proprio punto saldo nella scelta di campo, nella collocazione della giurisprudenza all’interno del nostro ordinamento. La pronuncia della Consulta possiede pertanto, per la concezione di sistema che riflette, una “forte cifra politica”: la Corte costituzionale ha infatti riaffermato gli equilibri ed i ruoli delineati dalla nostra Costituzione contrapponendoli ad una possibile “sovversione di sistema”¹⁴⁸, dato il possibile slittamento graduale del ruolo del giudice da quella posizione di soggezione soltanto alla legge *ex art. 101 Cost.* Diverso è il caso della sentenza Beschi¹⁴⁹, nella quale si era affermata la rilevanza del mutamento giurisprudenziale ai fini di uno specifico profilo garantista, ossia quello della riproposizione della richiesta di applicazione dell’indulto.

¹⁴⁶ FERRAJOLI L., *La democrazia attraverso i diritti*, Laterza, 2013, 135.

¹⁴⁷ Annotata da MANES V., *Prometeo alla Consulta: una lettura dei limiti costituzionali all'equiparazione tra diritto giurisprudenziale e legge*, in *Giur. cost.*, 2013, 2374 ss.

¹⁴⁸ INSOLERA G., *Qualche riflessione e una domanda sulla legalità penale*, cit., 296.

¹⁴⁹ SS. UU. 21 gennaio 2010 n. 18288, *Beschi*, in *Cass. pen.*, 2011, 1, 17.

Il mutamento di giurisprudenza pone sul campo anche problemi di tutela e di uguaglianza dei cittadini. La funzione nomofilattica anziché trasformarsi in una gabbia interpretativa nei confronti dei giudici deve tosto indirizzarsi all'esclusione delle interpretazioni sbagliate che trasformano completamente il senso della disposizione. Specialmente il repentino mutamento di un indirizzo giurisprudenziale *in malam partem* attiene al campo della giustizia, ecco perché da questa prospettiva la crisi della legalità penale si riverbera sull'attuazione della giustizia e sconfina in un campo che va oltre quello prettamente giuridico, così interessando non la sola certezza del diritto ma finanche la certezza di giustizia, la quale ha una portata più ampia e può essere perseguita attraverso più soluzioni specifiche.

Nello studio della crisi della legalità una prospettiva privilegiata si ottiene guardando al concreto operare del sistema giuridico nell'applicazione del diritto, ossia del *law enforcement*¹⁵⁰. La tenuta del principio di legalità non deve essere accertata esclusivamente al livello superiore (non per importanza) di struttura, ma anche al più basso livello rappresentato dalla attuazione dei principi giuridici. Il criterio di valutazione in quest'ultimo caso può essere individuato nell'entità e nella frequenza delle illegalità o ingiustizie prodotte dal funzionamento del sistema. Da qui deriva la necessità di verificare e toccare con mano lo stato della giurisprudenza penalistica, sia con riferimento a tematiche generali, sia con riferimento alle ricadute pratiche nell'ordinamento interno di alcune sentenze di primaria importanza provenienti dalle Corti europee. Specialmente, in quest'ultimo caso, con i filoni giurisprudenziali venutisi a creare a seguito delle sentenze Contrada e Taricco, con riferimento alle attuali trasformazioni del diritto vivente e ai potenziali scenari che possono interessare il principio di legalità.

Se da un lato la dottrina nutre una particolare sensibilità al garantismo liberale, dall'altro la giurisprudenza esprime l'esigenza di un'applicazione del diritto in chiave di tutela dei beni giuridici coinvolti, con attenzione al finalismo repressivo¹⁵¹. Talune

¹⁵⁰ PULITANÒ D., *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, cit., 40.

¹⁵¹ MADDALENA M., *Una magistratura autonoma e indipendente*, in AA.VV., *Governo dei giudici. La magistratura tra diritto e politica*, a cura di Bruti Liberati E. - Ceretti E. - Giansanti A., Feltrinelli, 1996, 114.

tendenze della giurisprudenza, sia nelle singole fattispecie di delitto che nella ricostruzione di istituti di parte generale¹⁵², ma anche nella concreta commisurazione della pena, sono state ritenute particolarmente inclini ad un “autoritarismo bene intenzionato”¹⁵³. La giurisprudenza è infatti più sensibile, in ragione del suo ruolo istituzionale, ad un’impostazione di stampo punitivo, mentre invece la dottrina alla formazione di un sistema dotato di una sua coerenza interna. Non è, però, da dimenticare il contributo determinante che la giurisprudenza ha fornito, specialmente per la sensibilità dimostrata da quella costituzionale, alla formazione di un sistema ispirato a principi di uguaglianza e libertà. Indubbiamente, tra dottrina e giurisprudenza sussiste un saldo e reciproco interesse, pur nei definiti ambiti di competenza¹⁵⁴.

A contribuire all’effetto distorsivo della prassi applicativa e alla crisi della legalità sono anche le formule linguistiche utilizzate dalla giurisprudenza, in quanto la costruzione giuridica su cui si basa un sistema può essere infranta anche attraverso prassi, le quali vengono coperte da formule linguistiche prive di contenuto. Tali formule permettono, infatti, di creare una frattura sostanziale tra piano concettuale e piano fattuale, soltanto formalmente collegati dalle prime¹⁵⁵.

2. Principi e interpretazioni conformi

Dopo aver visto quale sia stata una delle cause di legittimazione del principio di riserva di legge, in particolare l’importanza che ebbe il processo di democratizzazione nella formazione della legge, un ulteriore elemento di complicazione ad inserirsi in tale

¹⁵² GIUNTA F., *La legittimazione del giudice penale tra vincolo di soggezione alla legge e obbligo di motivazione*, in *Giust. pen.*, 2011, 2, 259 ss.

¹⁵³ PULITANÒ D., *Supplenza giudiziaria e poteri dello Stato*, cit., 93 ss. Più recentemente ID., *Crisi della legalità*, cit., 53, suggerisce di intendere l’autoritarismo bene intenzionato come chiave di lettura d’una persistente situazione spirituale della giustizia penale in Italia. La disamina sulla nazione attuale della crisi della legalità, di cui tale autoritarismo è una conseguenza, andrebbe effettuata ponendo l’attenzione sia alle concezioni del diritto e della giustizia, ma successivamente alle ricadute pratiche dell’attività giurisdizionale.

¹⁵⁴ AA.VV. *Le discrasie fra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, a cura di A. Stile, Jovene, 1991.

¹⁵⁵ PULITANÒ D., *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, cit., 40.

contesto fu rappresentato dal giudizio di legittimità costituzionale¹⁵⁶. Quest'ultimo poneva ulteriori fattori di complicazione in ordine alla compatibilità di un controllo esterno operato dai giudici costituzionali sulla ragionevolezza o meno delle discrezionali scelte da parte del legislatore¹⁵⁷. Sebbene, la stessa Corte costituzionale abbia già precisato che la sfera del merito politico-criminale fuoriesce dall'ambito di sua competenza, il tema dell'incidenza di un giudizio di natura costituzionale ammette differenti soluzioni a seconda della visione che della stessa riserva di legge si abbia, nonché a seconda dell'apertura a possibili ripensamenti e adeguamenti della fisionomia della democrazia di carattere costituzionale¹⁵⁸.

Volgendo lo sguardo al sistema europeo, l'adeguamento al diritto penale europeo prende le mosse da una condizione, quantomeno ai nastri di partenza, di asimmetria tra il diritto sovranazionale *conformante* e il diritto interno *conformato*. Innanzitutto, a possedere un determinante risvolto penale sono sia le disposizioni europee che prevedono obblighi di penalizzazione da parte degli Stati membri, sia il complesso delle disposizioni con una funzione non incriminante, ma di disciplina, avente ricadute nel diritto nazionale che possono essere di tipo neutro, favorevole o sfavorevole al reo. Il richiamo ad un'asimmetria "ai nastri di partenza" fa riferimento, da un lato, al tradizionale impianto di derivazione europea che sancisce la primazia del diritto europeo su quello nazionale, dall'altro, alla recente 'riscoperta' dei controlimiti interni di derivazione costituzionale all'ingresso di norme dalla portata dirompente per gli equilibri identitari e valoriali del nostro ordinamento.

Un dato divenuto assodato è quello per cui la sola riserva di legge non riesca più ad essere, di per sé sola, una valida garanzia nei confronti del cittadino. Il processo di erosione della riserva di legge è stato sopra delineato e non occorre ritornarvi, resta da comprendere in che modo tale principio identitario del nostro ordinamento possa far fronte ai mutamenti che lo hanno interessato e che non sembrano arrestarsi. Se, da un

¹⁵⁶ FIANDACA G., *Crisi della riserva di legge*, cit., 80.

¹⁵⁷ FIANDACA G., *Crisi della riserva di legge*, cit., 83.

¹⁵⁸ FIANDACA G., *Uguaglianza e diritto penale*, in *Le ragioni dell'uguaglianza*, a cura di Cartabia M.– Vettor T., Giuffrè, 2009, 115; FIANDACA G., *Giudizi di fatto nel sindacato di costituzionalità in materia penale, tra limiti ai poteri e limiti ai saperi*, in *Studi in onore di Mario Romano*, I, Giuffrè, 2011, 265 ss.

lato, “non esiste un rapporto causa/effetto tra riserva di legge e garanzie del reo e nemmeno tra formalismo interpretativo e garanzie del reo”¹⁵⁹, dall’altro, vero è che il principio della riserva di legge è lungi dal risultare superato nel compito di apprestare garanzie al cittadino. Ma la soluzione non può essere quella di ribaltare il piano di legalità nazionale per aderire totalmente a modelli soggettivistici¹⁶⁰.

Il processo di costituzionalizzazione del diritto penale ha dato impulso alla tendenza ad argomentare in maniera sempre meno legalistica (intendendosi con tale termine la sola dimensione legislativa di rango ordinario) tanto da poter parlare di legalità legislativa ordinaria, per un ancoraggio sempre più profondo e determinante ai principi di derivazione costituzionale, tramite un’interpretazione costituzionalmente orientata che permetta di illuminare sotto una luce nuova degli aspetti non conosciuti e pertanto mai indagati nella precedente giurisprudenza delle disposizioni oggetto di esame¹⁶¹. Facendo un parallelismo circa gli elementi di carattere identitario che si riscontrano quali costanti del processo interpretativo appena menzionato, è possibile riscontrare una riproposizione di tale schema nella tecnica dell’interpretazione conforme al diritto dell’Unione europea e a quello della CEDU. L’interpretazione conforme a Costituzione può essere anche paragonata all’interpretazione conforme al diritto Ue, per l’interpretazione del testo sulla base di criteri e finalità esterni al testo medesimo¹⁶².

¹⁵⁹ DI GIOVINE O., *Antiformalismo interpretativo*, cit., 15, la quale nel commento alla sentenza Contrada ritiene che “abbandonate le semplificate visioni di stampo dichiarativo (in base alle quali il giudice si limiterebbe ad estrapolare dalle parole del testo la loro volontà univoca [...]) nessuna differenza sembra residuare tra le ipotesi di nuova incriminazione per via legislativa e quelle di nuova incriminazione per via giurisprudenziale”.

¹⁶⁰ Mette in guardia da una simile evenienza PULITANÒ D., *L’evoluzione delle politiche penali in Italia negli anni settanta e ottanta*, in AA.VV., *Il diritto penale tra scienza e politica*, a cura di Donini M. e Orlandi R., Bononia University press 2015.

¹⁶¹ FIANDACA G., *Sulla giurisprudenza costituzionale*, cit., 13; LUCIANI M., *Costituzione, integrazione europea, globalizzazione*, cit., 65; ID., *Interpretazione conforme a Costituzione*, cit., 467; MANES V., *Dove va il controllo di costituzionalità in materia penale?*, cit., 154.

¹⁶² FIANDACA G., *Prima lezione di diritto penale*, cit., 129-130. In argomento: APRATI R., *Il protocollo dell’interpretazione convenzionalmente orientata*, in *Cass. pen.*, 2015, 11, 3902; APRILE E., *Ieri oggi e domani*, cit., 182; DINACCI F., *Interpretazione europeisticamente orientata: tra fonti normative e resistenze giurisprudenziali*, in *Cass. pen.*, 2016, 7/8, 3055; ID., *L’effettività dei controlli sulla decisione tra vincoli europei e carta dei valori*, in *Cass. pen.*, 2016, 9, 3507; GALLO F., *Rapporti tra Corte costituzionale e Corte EDU*, in *www.rivistaaic.it*, 24 maggio 2012, 7; MANES V., *Metodo e limiti dell’interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, in *Arch. pen.*, 1/2012, 42; VIGANÒ F., *L’adeguamento del sistema penale italiano al diritto europeo tra giurisdizione*

Il modo in cui viene in rilievo negli ordinamenti nazionali il diritto europeo può essere apprezzato ricorrendo al binomio regole-principi¹⁶³. Se, inoltre, prendiamo in esame il tipo di giudizio espresso dalla Corte di Giustizia nel rinvio pregiudiziale e il modo in cui funge da criterio di decisione per il giudice nazionale, è allora che la distinzione in esame esprime tutta la ricchezza della sue implicazioni, ciò anche in considerazione del rapporto variabile che tale strumento crea tra regole e principi. Pur avendo entrambi ad oggetto un dettame giuridico, regole e principi differiscono nella natura del giudizio che implicano. È un giudizio dentro-fuori, un giudizio dal tratto netto di rispetto o violazione nel caso delle regole. Assume contorni meno rigidi e più mobili, invece, il giudizio attinente ai principi. Il nostro ordinamento ha ben conosciuto le peculiarità del giudizio sui principi nel giudizio di legittimità costituzionale, nel quale, maggiormente, emergono gli effetti dell'incontro tra più principi, i quali non perdono il loro contenuto giuridico ma assumono diversa forma a seconda del bilanciamento tra essi operato, al pari del contatto tra due liquidi di diversa densità, che pur rimanendo separati nei contenuti assumono diverse forme a seconda delle spinte ricevute l'uno dall'altro. Ovviamente la separazione tra regole e principi è soggetta a mutamenti, con conseguenti transizioni di una regola in seguito elevata alla cerchia dei principi, oppure di un principio successivamente tradotto in un insieme di regole.

Nel suo pratico operare la Corte di Giustizia esprime una valutazione diretta a definire il contenuto della disposizione eurounitaria, così facendo la Corte opera sul piano dei principi, compiendo, all'occorrenza, un bilanciamento tra i principi europei venuti in rilievo. Il frutto di quell'interpretazione viene ad integrare la disposizione eurounitaria, decisiva per la soluzione del caso innanzi al giudice nazionale, presentandosi quale regola da applicare in base ad un giudizio di coerenza o violazione.

ordinaria e costituzionale. Piccolo vademecum e per giudici e avvocati penalisti, in www.penalecontemporaneo.it, 14/02/2014, 10.

¹⁶³ DWORKIN R., *I diritti presi sul serio*, trad. it. a cura di Muffatto N., Il Mulino, 2010, 90 ss.; sulla distinzione tra regole e principi e sul ruolo assunto da questi nel sistema penale, v. nella dottrina italiana: BIN R., *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, 1992, 9 ss.; DI CHIARA G. - FIANDACA G., *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Jovene, 2003, 3 ss.

Da questo duplice passaggio risulta la natura bivalente del processo che porta dal giudice nazionale alla Corte di giustizia per la sua fedele e vincolante interpretazione, e da quest'ultima alla regola di diritto da applicare nell'ordinamento nazionale.

Secondo parte della dottrina, il giudice nel nostro sistema ispirato alla legalità costituzionale non si confronta con la legge in quanto tale, rappresentata essa dalla sola e semplice lettera della disposizione, bensì si relazione con la legge interpretata, ossia con il prodotto interpretativo di una precedente attività ermeneutica. Costanti punti di raffronto sono infatti le “possibili opzioni interpretative teleologicamente orientate destinate poi a cristallizzarsi negli indirizzi giurisprudenziali”. In considerazione di ciò, non vi sarebbe alcuna differenza quanto all'approccio da parte del giudice nella sua concreta attività interpretativa tra il nostro ordinamento, che predilige una legalità formale, piuttosto che quello CEDU, incentrato diversamente su una legalità di tipo giurisprudenziale. In entrambi i casi ad essere privilegiata non è la dimensione letterale della disposizione, bensì quella “teleologica tipologica che ai fini interpretativi valorizza lo scopo della norma”¹⁶⁴.

L'idea che l'interpretazione costituzionalmente orientata rappresenti una sorta di licenza creativa senza freni per la giurisprudenza è avversata da coloro i quali constatano che, rispetto alle estese potenzialità che un simile strumento attribuisce alla giurisprudenza comune, nel pratico esercizio di un simile strumento vi siano frequenti casi nei quali da parte dei giudici non vi è stata alcuna esasperazione¹⁶⁵. Diversamente da quanto sarebbe potuto accadere da un ricorso disinibito a tale strumento, la giurisprudenza comune ha scelto di non procedere direttamente ad un rimaneggiamento della disposizione, tentando di delegare una simile attività in capo alla Corte costituzionale. Difatti, quella stessa interpretazione costituzionalmente orientata che avrebbe permesso un intervento diretto sulla disposizione veniva impiegata solo quale ragione giustificatrice di una questione di legittimità costituzionale. I rinvii in esame hanno permesso alla Consulta di esprimersi su tale prassi, assumendo una posizione chiara che attribuisce corpo e significato all'attività di interpretazione

¹⁶⁴ BARTOLI R., *Legalità europea versus legalità nazionale?*, cit., 295 ss.

¹⁶⁵ BARTOLI R., *Legalità europea versus legalità nazionale?*, cit., 295 ss.

costituzionalmente orientata. Sembra, a tratti, scorgersi da parte della giurisprudenza comune il tentativo di dismettere quel travolgente compito affidatole, delegandolo alla Consulta, la quale, di tutta risposta, ha provveduto a proclamare l'inammissibilità delle sollevate questioni per la mancanza di qualunque sforzo interpretativo finalisticamente orientato, con la conseguenza di evitare, in questo modo, che la Corte costituzionale eserciti un "sindacato sul modo di esercizio del potere giurisdizionale".

A proposito del processo di condizionamento che prende le mosse dalle sentenze adottate dalle Corti europee, è possibile rilevare come sia tutt'altro che mite il diritto derivante dalle sentenze dei giudici europei¹⁶⁶. La portata così prodotta sull'attività ermeneutica è fortemente incisiva, con l'effetto di un "irrigidimento" dei percorsi ermeneutici a disposizione della giurisprudenza e di una riduzione dello spazio decisionale del giudice. Un'affermazione del genere poggia non tanto su una differenza di tipo ontologico dell'interpretazione conforme al diritto europeo rispetto a quella che pone quale centro dell'interpretazione la nostra Costituzione, quanto piuttosto per il diverso ruolo assunto dalle rispettive Corti. Esso, infatti, differisce già nella stessa architettura istituzionale degli ordinamenti di appartenenza delle Corti, essendo diversa l'incidenza derivante dalle loro pronunce circa i limiti imposti ai giudici comuni. Il significato dei parametri di riferimento propri dei due ordinamenti europei in oggetto risulta determinato dalle stesse Corti europee così da risultare tracciato, in base al significato già fissato o pregiudicato dalla loro pronunce, un solco vincolante al quale i successivi giudici nazionali devono attenersi. Non mancano, poi, oscillazioni nelle stesse interpretazioni rese dalle Corti europee, circostanza questa in grado di concedere una più ampia libertà di movimento all'interpretazione dei giudici nazionali, i quali, in una circostanza che non risulta infrequente, vengono ad assumere un ruolo decisivo nello sciogliere i dubbi di volta in volta loro sottoposti, non dimenticando però l'importanza del ricorso a quel prolifico strumento rappresentato dal rinvio pregiudiziale che, proprio per l'incertezza in situazioni del genere, garantisce l'univocità della interpretazione della Corte EDU e della Corte di giustizia.

¹⁶⁶ DE FRANCESCO G., *Due temi controversi*, cit., 276 ss.

3. Il dialogo tra le Corti

Il dialogo tra le Corti, oltre ad essere continuo, si presenta sempre con caratteri nuovi rispetto al passato. Ciò in considerazione sia delle tematiche di volta in volta interessate, sia per le micro e macro evoluzioni giurisprudenziali che avvengono in maniera continua all'interno e a causa di tale dialogo¹⁶⁷. A queste si deve aggiungere

¹⁶⁷ AA.VV., *Il diritto europeo nel dialogo delle Corti*, a cura di R. Cosio e R. Foglia, Giuffrè, 2013, 166 ss.; AMALFITANO C. – CONDINANZI M., *Unione Europea*, cit., 126; APRILE E., *Ieri oggi e domani*, cit., 182; BARAGGIA A., *La tutela dei diritti in Europa nel dialogo tra Corti: epifanie di una unione dai tratti ancora indefiniti*, in www.rivistaaic.it, 03/04/2015, 11; BARONE A., *L'uso del metodo della comparazione nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Quest. giustizia*, 2014, 92; BELFIORE E. R., *Scenari "vecchi" e "nuovi" nei rapporti tra Corte di Giustizia e Corte costituzionale*, in *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie*, cit., 145; CAIANIELLO M., *Quel che resta del dialogo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2018, 1908; CALVANO R., *Prospettive di sviluppo del dialogo tra Corte di Giustizia e Corte costituzionale alla luce del Trattato di Lisbona. Il dialogo tra le Corti e l'attesa di un recupero del ruolo della politica*, in (a cura di) Pedrazza Gorlero M., *Le Corti europee e le Corti costituzionali dopo il Trattato di Lisbona*, Edizioni scientifiche italiane, 2010, 109; CAPONI R., *Dialogo tra corti nazionali e corti internazionali*, in www.academia.edu; CIVELLO G., *Il dialogo tra le quattro Corti: dalla sentenza Varvara della CEDU alla sentenza Taricco della CGUE*, in *Arch. pen.*, 3/2015, 783; CONTI R., *CEDU e interpretazione del giudice: gerarchia o dialogo con la Corte di Strasburgo?*, in www.federalismi.it, 6/2010, 4; CUPELLI C., *Hobbes europeista? Diritto penale europeo, auctoritas e controlimiti*, in *Criminalia*, 2013, 339; DE VERGOTTINI G., *Oltre il dialogo fra le corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Mulino, 2010, 41; DONINI M., *An impossible exchange? Prove di dialogo tra civil law e common lawyers su legalità, morale e teoria del reato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2017, 14; FILIPPI L., *Il conflitto tra la corte europea e la Consulta*, in *Arch. pen.*, 3/2015, 840; GALLO F., *Rapporti tra Corte costituzionale e Corte EDU*, cit.; GAMBINO S., *Livello di protezione dei diritti fondamentali e dialogo tra le Corti*, in www.federalismi.it, 25 giugno 2014, 6; IADICICCO M. P., *La diagnosi genetica preimpianto nella giurisprudenza italiana ed europea. L'insufficienza del dialogo tra le Corti*, in *Quaderni cost.*, 2/2015, 333; LUPO E., *L'evoluzione del dialogo tra le Corti*, in *Quest. giust.*, 1/2014, 33; MANNA A., *Il difficile dialogo fra Corti europee e Corti nazionali nel diritto penale: analisi di due casi problematici (Taricco e Contrada)*, in www.archiviopenale.it, 20/12/2016, 8; MARTINICO G., *Corti costituzionali (o supreme) e 'disobbedienza funzionale'. Critica, dialogo e conflitti nel rapporto fra diritto interno e diritto delle Convenzioni (CEDU e Convenzione americana sui diritti umani)*, in *Dir. pen. contemp.*, *Riv. trim.*, 2/2015, 303; OBERTO O., *La tutela dei diritti fondamentali nelle Carte Costituzionali, ovvero del difficile dialogo tra le Carte*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1/2013, 173; RECCHIONE S., *Dal dialogo tra le Corti alla resa dei conti*, in *Arch. pen.*, 3/2015, 807; RUGGERI A., *Dialogo tra le Corti e tecniche decisorie, a tutela dei diritti fondamentali*, in www.cde.unict.it, 9 dicembre 2013, 7; RUGGERI A., *I rapporti tra le Corti europee e giudici nazionali e l'oscillazione del pendolo*, in www.giurcost.org, 29 marzo 2019, 10; ID., *Rapporti tra Corte costituzionale e Corti europee, bilanciamenti interordinamentali e i controlimiti mobili, a garanzia dei diritti fondamentali*, in www.rivistaaic.it, 1/2011, 1 marzo 2011, 2; SCAROINA E., *Costi e benefici del dialogo tra corti in materia penale. La giurisprudenza nazionale in cammino dopo la sentenza grande Stevens se tra disorientamento e riscoperta dei diritti fondamentali*, in *Cass. pen.*, 7/8, 2910; UBERTIS G., *Diritti fondamentali e dialogo tra le Corti: fantascienza giuridica?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2014, 1723; VALITUTTI A., *Diritto nazionale e diritto europeo a confronto nelle dialogo tra le Corti*, in www.europeanrights.eu, 9.

le conseguenze, derivanti dalla naturale prolificità di un simile strumento inter-corte, che questo approccio fornisce nella risoluzione delle problematiche derivanti dalla ricezione, lavoro ed utilizzo ai quali sono chiamati tutti gli operatori del diritto, ed in particolare i giudici. In tal modo si determina un flusso di condizionamenti continui, sia dall'alto verso il basso, che viceversa (si parla di *cross-fertilization*¹⁶⁸). In quest'ultimo caso, in particolare, il condizionamento giunge nella prospettiva del concreto modo di vivere dei principi delineati dalle massime Corti nella più comune pratica del diritto. Difatti, una volta che tali principi vengono enucleati, vengono poi immessi in un circuito di applicazione pratica (un test sul campo) affinché possano spiegarne a pieno gli effetti, e indirettamente essere sottoposti ad un vaglio pragmatico di tenuta di quegli stessi principi. Ciò considerato, al fine di accertare lo stato di salute dell'attuale dialogo tra le Corti non si potrà prendere in esame, quale spia del successo di tale dialogo, un'eventuale acritica adesione, un vero e proprio appiattimento, alle posizioni, talvolta divergenti, talaltra diametralmente opposte, assunte nel corso del tempo dalle Corti sovranazionali. L'attuale stato di salute del dialogo tra le Corti riflette, invece, pienamente il grado di effettività di un canale comunicativo sempre più influente tra i massimi giudici nazionali e sovranazionali.

I tentativi decennali di instaurare uno stabile e leale dialogo tra le corti nazionali e la Corte di giustizia hanno chiaramente mostrato le differenti posizioni da esse assunte. Da qui la necessità di un dialogo, instaurato con uno sforzo notevole, ma che a ben vedere non risulta talvolta sufficiente, che permetta di apprezzare meglio le posizioni dell'altro interlocutore. Oltre all'aspetto della predisposizione all'ascolto, è imprescindibile la consapevolezza della natura dell'interlocutore e del contesto istituzionale in cui si colloca: essendo la Corte di Giustizia l'unica legittimata ad interpretare e garantire l'applicazione del diritto europeo, sovraordinato rispetto al diritto nazionale, ed operante in un ordinamento di appartenenza ispirato al modello di *common law*.

¹⁶⁸ Sulla definizione e sulle implicazioni della *cross-fertilization* v. MANES V., *I principi penalistici nel network multilivello*, cit., 839 ss.

In merito al sistema convenzionale, la CEDU, sebbene con le caratteristiche e i confini richiamati, è fonte di produzione del diritto e possiede all'interno del nostro ordinamento rango sub-costituzionale. Nel sistema dei diritti fondamentali della CEDU un ruolo di primo piano è svolto dalla Corte EDU, la quale rappresenta l'unico soggetto legittimato ad interpretare in maniera fedele l'autentico contenuto delle disposizioni della CEDU. Ma la giurisprudenza della Corte EDU non costituisce semplicemente un argomento interpretativo, di un certo peso, limitato alla sola funzione di supportare una determinata argomentazione¹⁶⁹.

Se ad essere vincolante è la CEDU, la Corte EDU non è legittimata a pronunciare sentenze direttamente e pienamente applicabili nel nostro ordinamento, alla stregua delle leggi nazionali. Ma non può non evidenziarsi nella sua più ampia portata come di fatto la CEDU viva, muoia e si rinnovi nella interpretazione proveniente dalla Corte EDU. La CEDU vive della portata riconosciutale dalla Corte EDU: si può anche arrivare ad affermare che, di fatto, la CEDU coincida con la stessa giurisprudenza della Corte EDU, che la portata della Convenzione si espanda e si comprima risentendo direttamente degli indirizzi giurisprudenziali della Corte EDU. Inoltre, per le intrinseche peculiarità del sistema convenzionale, il sistema europeo dei diritti umani non potrebbe essere differente. Infatti, per sua natura, il sistema convenzionale è un sistema chiuso, il quale, salvo una modifica della stessa Convenzione che richiede l'attuazione di una procedura di revisione di un trattato internazionale, non è aperto ad integrazioni esogene allo stesso sistema. Per garantire una ragionevole apertura verso l'esterno, nonché per evitare una cristallizzazione delle sue norme, quello in parola è stato architettato quale sistema di *case law*. Dunque, la Corte EDU costituisce il fattore di adeguamento della CEDU, l'unico ammissibile, nei confronti dei mutamenti giuridici, sociali e culturali che avvengono al di fuori della Convenzione medesima.

Come si è detto, in merito agli strumenti attraverso i quali è consentito l'ingresso del diritto europeo nell'ordinamento nazionale, il giudice nazionale in presenza di una disposizione nazionale difforme da quella europea deve, laddove possibile, interpretare

¹⁶⁹ SALCUNI G., *Il dialogo fra Corti: dalla giurisprudenza fonte alla "giurisprudenza argomento"*, in *Arch. pen.*, 3/2015, 818.

la disposizione nazionale conformemente allo spirito della disposizione europea, al fine di garantire a quest'ultima una piena effettività nel perseguimento dei fini suoi propri. Per le norme dell'Unione europea, in alternativa, la soluzione che si presenta al giudice nazionale è quella consistente nel disapplicare la disposizione nazionale in favore di quella europea, in modo tale che la seconda sia l'unica ad essere applicata, mentre la prima, la quale continua a fare parte dell'ordinamento giuridico a pieno titolo e con immutata validità, semplicemente retrocede e rinuncia a disciplinare il caso concreto.

Diversamente accade per il diritto CEDU, anche se va considerato che sebbene non vi sia la possibilità di una disapplicazione della disposizione nazionale e l'applicazione diretta della norma convenzionale, tale limitazione non preclude al diritto CEDU di incidere sensibilmente su quello nazionale. Difatti, la disapplicazione dal punto di vista sostanziale possiede forti somiglianze con l'interpretazione conforme, e in taluni casi risulta difficile distinguere se quella compiuta dall'interprete sia più propriamente una disapplicazione oppure un'applicazione della disposizione nazionale, sebbene declinata nella sua norma più fedele al dettato convenzionale.

Nei casi più incisivi di intervento del giudice, infatti, non sussiste in realtà un'effettiva differenza tra l'interpretare la disposizione nazionale conformemente a quella europea e disapplicarla per lasciar posto all'equivalente europea. La vera differenza che in questi casi di difficile risoluzione si può segnalare riguarda, piuttosto, il minore o maggiore discostamento che la disposizione nazionale risulta possedere rispetto alla disposizione europea. A mutare potrebbe essere la base di partenza dell'operazione, in senso lato, di adeguamento del diritto nazionale a quello europeo, si voglia essa più nello specifico ricondurre all'interpretazione conforme o alla disapplicazione. Ma, data una legge più o meno conforme e in linea con il diritto europeo, non si potrebbe puntualmente distinguere all'interno dell'intervento giudiziale dove ricada l'attività di trasformazione interpretativa della disposizione e dove quella che, senza modificarla, la privi di piena efficacia, in favore della disposizione europea.

L'effetto finale risulta essere sempre quello della prevalenza del diritto europeo su quello nazionale. Mentre invece, dalla prospettiva del diritto nazionale, il risultato al quale si perviene comporta in ogni caso la soccombenza della disposizione nazionale. Quest'ultima, in entrambi i casi di interpretazione conforme e disapplicazione, non verrà mai applicata nella sua portata integrale, in altre parole non si può stabilire se abbia più o meno disciplinato il caso concreto perché non è essa in realtà, né nell'uno né nell'altro caso, ad averlo fatto, bensì sempre e comunque il diritto europeo. La disposizione nazionale, in quanto tale viene sempre e comunque trasformata, non importa in che misura, ammesso che un sottile accertamento di tale misura possa essere compiuto e dunque non si ricada semplicemente nella arbitrarietà della distinzione. Non è vero che è la disposizione nazionale a disciplinare il caso concreto, essa in quanto tale sparisce e viene in maniera integrale sostituita dalla disposizione europea. Infatti la presunta differenza tra i due casi non esiste dal punto di vista del percorso interpretativo del giudice, ma questo gruppo di casi possiede al suo interno casi più o meno difficili. Ma in tutti quelli di presunta interpretazione conforme il giudice parte sì dal dato testuale della disposizione nazionale, ma di fatto applica sempre e comunque la disposizione europea. Dunque, pur partendo da un presupposto formale, la norma finale applicata è quella europea. Ma mentre nel primo caso ha un appiglio formale, rappresentato dalla disposizione nazionale che nei limiti consentiti può essere trasformata, nell'altro no. Ma l'effetto finale è sempre quello di applicare la norma europea, nell'interpretazione conforme parte da un dato testuale che è una giustificazione, un appiglio, un ponte di collegamento tra i due sistemi. In quanto tale, la norma nazionale scompare e viene applicata nella misura in cui corrisponde alla disposizione europea; ma da un punto di vista sostanziale, ciò che viene realmente applicata è quest'ultima. Il giudice, parta o no dalla disposizione nazionale, ciò che applica è la norma europea, e dunque persegue quel fine che può raggiungere indistintamente in due casi, molto spesso tra di loro indistinguibili.

Ogni dialogo tra Corti presuppone, anzitutto logicamente, una pluralità di interlocutori, i quali assumono una posizione rispetto a quella altrui, con la quale pur potrebbe coincidere nella sostanza, dotata di una propria individualità, potendo essere

separata ed enucleata da tutte le altre già a livello teorico e formale, ancor prima che sostanziale. A questa contrapposizione necessaria delle differenti posizioni si aggiunge anche quella eventuale del contrasto delle argomentazioni espresse dalla Corte costituzionale e dalla CGUE. Il punto di insanabile frattura concerne la concezione sistemica del rapporto tra poteri, quella della Corte di giustizia ispirata ad una intercambiabilità delle fonti di produzione delle disposizioni penali, quella della Consulta ancorata al ruolo preminente attribuito alla legge dalla nostra Costituzione¹⁷⁰. La conseguenza diretta è il diverso ruolo attribuito al giudice penale, che nello scenario più estremo verrebbe elevato ad attore politico di un dover essere del diritto penale da perseguire attraverso gli obiettivi di politica criminale di volta in volta prefissati, un giudice di scopo, in sintesi, dotato di un'autonomia parificabile a quella del legislatore.

La Corte costituzionale ha compiuto una ferma chiusura all'ingresso nel nostro ordinamento di un diritto penale sovranazionale di matrice giurisprudenziale, dai caratteri mutevoli e dagli esiti imprevedibili, la cui compatibilità con la Costituzione appare insostenibile. Ma la posizione assunta non equivale ad un'aprioristica chiusura al diritto penale europeo, il quale anzi viene più volte invocato dallo stesso Giudice di legittimità nella sentenza n. 115 del 2108 sia per richiamare la comunanza di vedute dalla prospettiva nazionale e da quella europea su taluni diritti fondamentali, sia per consacrarne l'importanza e l'intangibilità stabilite nel nostro ordinamento. L'attenzione e la sensibilità, nel panorama della tutela dei diritti fondamentali, che la Consulta ha rivolto agli strumenti apprestati a livello sovranazionale dall'Unione europea e dalla CEDU sono le cifre stilistiche di un approccio propositivo al diritto europeo. Quest'ultimo potrebbe rappresentare l'ulteriore "casa dei diritti" di quelle garanzie democratiche di primario rilievo nel nostro ordinamento, attraverso una base legislativa, anche europea, dotata innanzitutto dei requisiti della determinatezza e prevedibilità.

¹⁷⁰ Costituzione, la quale non soltanto procede alla salvaguardia del ruolo della legge, ponendola al riparo da spinte ad una sua degradazione a mero fattore eventuale nella definizione del penalmente rilevante, ma che garantisce l'indipendenza della magistratura anche nei confronti di sé stessa, assoggettando il giudice soltanto alla legge ai sensi dell'art. 101, co. 2, Cost.

Una questione di fondamentale importanza posta dalla sentenza Taricco attiene alla possibile violazione di alcuni principi fondamentali del nostro ordinamento. Uno di questi riguarda la disciplina della prescrizione, la quale, ritenuta da parte della dottrina ricadente nell'alveo delle garanzie di diritto penale sostanziale, risulterebbe piegata a logiche general-preventive. Ma il tema che merita di essere affrontato è quello della forza e della efficacia dirompenti che la sentenza della CGUE ha dimostrato di possedere. A prescindere dagli effetti specifici prodotti sulla disciplina della prescrizione, appare di particolare interesse delineare la portata di quella che si pone come una nuova categoria di sentenze della CGUE. La sentenza Taricco si caratterizza, in ragione della provenienza della pronuncia e della forza ad essa attribuita dalla CGUE, per la sua idoneità a produrre effetti diretti all'interno dell'ordinamento destinatario della decisione. Gli effetti prodotti, e a maggior ragione quelli potenziali, sono tali da rideterminare la concezione tradizionale che si ha delle sentenze della CGUE. Nel caso specifico, la sentenza Taricco dispiega uno scenario nel quale il legislatore nazionale risulta del tutto scavalcato nella fase di attuazione delle prescrizioni provenienti dal giudice europeo. Si tratta di una nuova categoria di sentenze della CGUE, le quali, potendosi parificare quanto agli effetti alle direttive sufficientemente precise e direttamente applicabili, assumono la valenza di "sentenze *self executing*". L'effetto di tale sentenza *self executing* è quello di creare una nuova forma di legge europea, ma di derivazione giurisprudenziale.

Tale atto sostanzialmente normativo produce un superamento duplice della dimensione politica e, per questo motivo, democratica della produzione legislativa penale. Per quanto attiene al piano nazionale, al legislatore di fatto viene preclusa qualunque forma di partecipazione attiva nella formazione e definizione della nuova disciplina. È un dialogo esclusivo tra giudici, svolto su un piano che taglia fuori quello legislativo ed ogni possibilità di intervento partecipativo del legislatore, il quale potrebbe soltanto intervenire *ex post* attraverso un atto di modifica legislativa.

Ma una sentenza di tale tipo, dalla portata sostanzialmente legislativa, necessita per operare effettivamente di una sponda a livello nazionale che permetta di acquisire efficacia nell'ordinamento in questione. Tale contributo essenziale è fornito dalla

giurisprudenza nazionale, è infatti per via giurisprudenziale che viene attribuita effettività e giustiziabilità alla sentenza della CGUE.

Tali sentenze, ed è il punto di maggiore interesse al riguardo, producono un superamento della funzione e del ruolo del legislatore. La fase di ricezione della decisione infatti non implica più la partecipazione collaborativa da parte del legislatore, ma direttamente la chiamata in causa della giurisprudenza nazionale in funzione sostitutiva dello stesso. Il legislatore, in questo modo, viene scavalcato in quello che si presenta come un dialogo escludente tra Corti europee e Corti nazionali. Si viene a creare un rapporto esclusivo che, nella costruzione di un dialogo di politica criminale di cui ha tutte le caratteristiche del caso, taglia fuori proprio la dimensione prettamente politica, quella istituzionalmente deputata ad occuparsi di politica criminale.

La molteplicità delle implicazioni scaturite dall'incontro tra la legalità europea e la legalità nazionale ha determinato la formazione di orientamenti di pensiero, tra loro molto distanti, i quali tentano, ognuno con un approccio peculiare e con conseguenze anche di molto differenti le une dalle altre, di fornire quell'insieme di argomentazioni al fine di disciplinare il possibile contrasto tra le due legalità. Tali impostazioni teoriche prendono le mosse da presupposti teorici ben definiti, e giungono, come è possibile immaginare tenendo in considerazione questi, a conclusioni differenti, le quali hanno il pregio di prendere in considerazione aspetti importanti della materia.

Un orientamento di pensiero si caratterizza per la piena adesione alla natura antiformalistica convenzionale. Questa impostazione di pensiero si basa sulla considerazione che l'attività interpretativa non si possa contenere all'interno del labile tracciato legislativo. La conseguenza di tale premessa è che la Corte EDU ha escluso l'esistenza di un rapporto "causa/effetto" tra riserva di legge e garanzie del reo. Allo stesso modo, ha marcato la distanza tra formalismo interpretativo e garanzie del reo. Sulla giurisprudenza dei giudici di Strasburgo, si è affermato che "la natura del procedimento interpretativo (sostanzialmente analogica ed aperta) consente l'affermazione di letture giurisprudenziali *in malam partem* anche nei sistemi conformati dalla riserva di legge (la nostra giurisprudenza ne è, in questo momento e su alcuni temi, un esempio vivente); al contrario la legalità europea – che, come noto,

dalla riserva di legge prescinde – ha, nel complesso e finora, assicurato ai diritti del reo standard di tutela più elevati di quelli garantiti dagli Stati”¹⁷¹. Uno degli effetti prodotti dall’ingresso di questa nuova concezione di legalità nel nostro ordinamento è quello della equiparazione del formante giurisprudenziale a quello normativo, a tal punto che “nessuna differenza sembra residuare tra le ipotesi di nuova incriminazione per *vis* legislativa e quelle di nuova incriminazione per via giurisprudenziale”¹⁷². Le modalità e gli strumenti di ingresso delle sentenze della Corte EDU devono essere modulati attentamente, al fine di un raccordo equilibrato tra il sistema interno e quello giurisprudenziale convenzionale. Le sentenze CEDU si presentano, allora, quali argomenti sì dotati di elevata autorevolezza, ma sforniti di vincolatività sul piano giuridico¹⁷³.

Il diritto CEDU vive e si esprime nelle interpretazioni date dalla Corte EDU. Tale diritto, dato l’uso fattone dalla Corte di Strasburgo e la sua malleabilità, rappresenta l’emblema del diritto vivente. Difatti, il diritto CEDU non soltanto trova la sua massima affermazione e chiarimento nelle pronunce giurisprudenziali, ma si esaurisce anche in esse, non trovando altrove strumenti diretti che ne applichino il contenuto.

La progressiva affermazione del diritto CEDU ha visto passaggi caratterizzati da pronunce in sede convenzionale che ne hanno ampliato l’ambito di efficacia. Si pensi alla prassi del Corte EDU di non disporre più soltanto il pagamento di una somma di denaro, ma di indicare gli interventi di carattere strutturale atti a rimuovere sistematicamente la lesione, nonché alla positivizzazione del ricorso alle sentenze pilota, in tal modo estendendo l’efficacia non soltanto nei confronti dello Stato a cui era rivolto ma potenzialmente anche a tutti gli altri. Circa l’efficacia nell’ordinamento interno, con le sentenze gemelle nn. 348 e 349 del 2007, la Corte costituzionale non scelse quale parametro di costituzionalità l’art. 11 Cost., che avrebbe comportato una soluzione più drastica nel processo di ingresso del diritto convenzionale nel nostro

¹⁷¹ DI GIOVINE O., *Antiformalismo interpretativo*, cit., 2.

¹⁷² PULITANÒ D., *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in www.penalecontemporaneo.it, 12 giugno 2015, 10.

¹⁷³ DI GIOVINE O., *Antiformalismo interpretativo*, cit., 20.

ordinamento, data la limitazione della sovranità statale che ne sarebbe derivata, optando piuttosto per una soluzione intermedia¹⁷⁴.

4. L'incidenza del sistema di case law europeo su quello nazionale

L'esistenza di una legalità che prescindendo in parte dal testo legislativo e che trovi la sua consacrazione nel quotidiano impiego delle disposizioni da parte del giudice è oramai un dato acquisito. Trattasi di una seconda accezione di legalità, quella giurisprudenziale, espressa dalla nota distinzione di *law in the books* e *law in action*. L'incidenza del formante giurisprudenziale ha assunto un'importanza elevata e il ruolo via via acquisito dalla giurisprudenza è riconducibile all'ingresso di una piena e profonda attività ermeneutica in diritto penale. La giurisprudenza giuscreativa¹⁷⁵ ha proceduto all'adattamento della norma al fatto concreto, con il rischio di una interpretazione teleologica incline a soluzioni dall'effetto analogico *in malam partem*. Diversamente da un sistema interpretativo tradizionale basato sulla sussunzione del fatto alla norma, quest'ultima intesa quale termine di paragone tendenzialmente stabile al quale ricondurre il fatto composito concretamente verificatosi¹⁷⁶. Diversa posizione è assunta da quella dottrina più incline all'approccio ermeneutico, che muove una sferzante critica di fronte a quello che viene individuato come il rischio di un neopositivismo penale¹⁷⁷.

Il sistema della legalità penale, il quale sconta il concorso di una serie di fattori di crisi endogeni ed esogeni, viene particolarmente complicato dal mutato ruolo assunto dalla giurisprudenza. Quando si parla di giurisprudenza non può non essere posto in risalto il profilo della mancanza di unitarietà e compattezza di quello che viene

¹⁷⁴ DI GIOVINE O., *Antiformalismo interpretativo*, cit., 5, per la quale le sentenze gemelle avrebbero avuto lo scopo di "irreggimentare le nuove dinamiche, ritagliandosi pur sempre una posizione di "controllo dominante", con il richiamare su di sé il sindacato accentrato di costituzionalità".

¹⁷⁵ MANNA A., *Il principio di legalità*, in *Archivio penale*, 2017, 3, 2.

¹⁷⁶ FIANDACA G., *Prima lezione di diritto penale*, cit., 114 ss.

¹⁷⁷ DI GIOVINE O., *L'interpretazione nel diritto penale*, cit., 62; *contra* MARINUCCI G., *L'analogia e la punibilità*, cit., 1254 ss.

individuato quale attore principale nelle sorti future del principio di legalità penale nel nostro ordinamento. Le ragioni di questa constatazione vanno rinvenute, innanzitutto, nella pluralità delle fonti giurisprudenziali. In che modo è possibile individuare con certezza e circoscrivere l'interlocutore di tipo giurisprudenziale? Quante sono le voci che compongono il coro composito del formante giurisprudenziale? Il quadro appare complesso se si pensa, non soltanto al tema del reticolo normativo e dei meccanismi di convivenza legislativa tra ordinamenti posti su piani separati ma intersecanti, ma anche al peculiare reticolo giurisprudenziale che concorre alla formazione del diritto. Molteplici e sovrapponibili sono le fonti giurisprudenziali di provenienza sia nazionale che europea. Ecco allora che soltanto incidentalmente si può sciogliere il nodo della loro pacifica convivenza ricorrendo ai criteri rigidi di coordinamento esistenti per le fonti legislative, risultando, invece, più funzionale a simili fonti del diritto (maggiormente dinamiche, in quanto operanti *in action*) uno strumento di natura flessibile e malleabile come il dialogo tra le Corti. Trattasi di un criterio di risoluzione dei potenziali contrasti il cui ricorso non è obbligatorio e neppure definito nei suoi aspetti specifici, ispirandosi piuttosto alla leale collaborazione e al confronto aperto tra le Corti sulla base di quell'equilibrio tra i vari ordinamenti derivante dalla norme europee e le norme costituzionali nazionali. A ciò si aggiunga che la giurisprudenza è infatti caratterizzata da una pluralità delle prospettive di analisi e da un pluralità dei fini¹⁷⁸.

Il processo che porta ad un ribaltamento nei rapporti di forza tra le summenzionate fonti del diritto viene favorito dalla progressiva perdita di centralità della legge. Così come la regressione della legge parlamentare ha lasciato un considerevole spazio all'espansione del ruolo attivo del giudice, allo stesso modo il declino del codice, innanzitutto quale concetto espressione di unità e coerenza, ha implicato un'azione interpretativa della giurisprudenza volta a sopperire il venir meno di aspetto centrale. La decodificazione¹⁷⁹ costituisce un momento parzialmente

¹⁷⁸ MANES V., *Il giudice nel labirinto*, cit., 92.

¹⁷⁹ IRTI N., *L'età della decodificazione*, Giuffrè, 1979; FIANDACA G., *In tema di rapporti tra codice e legislazione penale complementare*, cit., 137 ss.

distruttivo e rinnovativo nel quale crollano i punti di riferimento e il bisogno di mettere a sistema le diverse parti, i vari sottosistemi, appare pressante in capo a quegli operatori pratici del diritto quali sono i giudici. A patire le conseguenze di questo quadro frastagliato delle fonti penali, legislative e giurisprudenziali, è il principio di legalità sotto il profilo della prevedibilità delle decisioni giudiziarie sia con riferimento all'art. 25, co. 2, Cost. che all'art. 7 CEDU¹⁸⁰. Nei casi Contrada e Taricco è possibile rinvenire l'elemento in comune del richiamo al principio di stretta legalità "come fondante la penalità sia *in the books* che *in action*, nel senso che, laddove ci si discosti da tale fondamentale principio e si navighi nel mare aperto della giurisprudenza-fonte, quasi come reazione automatica, possiamo rinvenire un richiamo, da parte o di una Corte nazionale, oppure di un giudice comunitario, o al principio di stretta legalità di stampo costituzionale, oppure al suo omologo, nel senso cioè della prevedibilità delle decisioni giudiziarie"¹⁸¹.

Il processo d'integrazione europea avviene in entrambe le categorie di effetti penali, positivi e negativi, seppur con un differente *iter* dovuto all'applicabilità, diretta o meno, delle disposizioni europee in materia penale. Nel caso di effetti *in bonam partem* l'efficacia diretta delle disposizioni sovranazionali e il loro primato rispetto alla normativa nazionale sono principi che opereranno "illimitatamente"¹⁸². All'opposto, la produzione di effetti sfavorevoli determinerà non soltanto l'opposizione dei controlimiti derivanti dall'art. 25, co. 2, Cost. per verificarne la compatibilità con il nostro ordinamento, ma la necessità della presenza di una legge nazionale che funga da porta d'ingresso al diritto europeo. Sulla base di queste premesse non è ipotizzabile un diritto penale europeo con effetti sfavorevoli al reo che possa entrare nel nostro ordinamento con efficacia autoapplicativa, dotato dunque di una forza intrinseca che lo

¹⁸⁰ CARRARO L., *La frantumazione progressiva, e in malam partem, del principio di legalità. La sentenza Taricco e le interpretazioni comunitariamente orientate del diritto penale*, in (a cura di) Kostoris R. E., *Percorsi giuridici della postmodernità*, Il Mulino, 2016, 343 ss.; RONCO M., *Introduzione*, *ivi*, 217 ss.; PALAZZO F., *Principio di legalità e giustizia penale*, *ivi*, 229 ss.; CIANDRI A., *Principio di legalità e prevedibilità della pena tra Corte di giustizia e Corte costituzionale*, *ivi*, 349 ss.

¹⁸¹ MANNA A., *Il principio di legalità*, *cit.*, 10.

¹⁸² GRASSO G., *Introduzione: Diritto penale e integrazione europea*, in (a cura di) Grasso G. - Sicurella R., *Lezioni di diritto penale europeo*, Giuffrè, 2007, 6 ss.

ponga al di sopra di una previa legge scritta di recepimento¹⁸³. Sul versante dell'ampliamento degli spazi di libertà e garanzie, il diritto penale dell'Unione europea se di regola non è direttamente applicabile, è invece direttamente efficace quando si tratta di norme *self executing* di tenore garantista. La Corte di Giustizia ha da tempo operato la distinzione, con funzione non prettamente teorica ma dotata di ricadute pratiche, tra disposizione e norma¹⁸⁴. Così facendo ha riconosciuto, da un lato, la necessità di un atto di trasposizione interno dell'atto legislativo in quanto tale, dall'altro, l'ultraefficacia del contenuto di quell'atto, non arrendendosi alla soglia dell'ordinamento ma spiegando interamente la sua capacità di penetrazione nel sistema normativo di destinazione.

Operato lo sdoppiamento tra il piano dei rapporti strutturali tra ordinamento nazionale e fonti sovraordinate e il piano dei rapporti normativi tra i contenuti delle disposizioni, è possibile comprendere come le pronunce della Corte EDU si inseriscano sul piano delle relazioni sostanziali tra norme. Tali pronunce, in quanto dotate di obbligatorietà poiché provenienti da quella Corte deputata ad enucleare i significati reali del diritto convenzionale, assumono la stessa efficacia diretta delle norme convenzionali. Per tale ragione le pronunce della CGUE sono esse stesse le autentiche (anche se non le sole) norme convenzionali, come tali dotate di efficacia, obbligatorietà e prevalenza.

Il contributo fornito dalle Alte Corti europee ha permesso di svolgere una profonda riflessione sul ruolo dei diritti fondamentali e sulle modalità di garanzia ad essi apprestate. Ma oltre a questi aspetti, possiede particolare interesse quello attinente al ruolo assunto dalla Corte di Giustizia e dalla Corte EDU nella formazione di un diritto sovraordinato a quello interno, sebbene con le dovute precisazioni del caso, non

¹⁸³ Sull'indisponibilità per l'Unione europea, anche allo stato attuale dei rapporti tra diritto europeo e nazionale, di ricorrere a poteri punitivi-penali diretti e di imporre "veri obblighi di criminalizzazione" VALENTINI V., *La ricombinazione genica della legalità penale: bio-technological strengthening o manipolazione autodistruttiva? Su Taricco, Varvara e altre mine vaganti*, in www.penalecontemporaneo.it, 20 giugno 2016, 3; PAONESSA C., *Gli obblighi di tutela penale*, cit., 15 ss. e *passim*.

¹⁸⁴ MENGOZZI P., *Istituzioni di diritto comunitario e dell'Unione europea*, 2° ed., Wolters Kluwer, 2006, 141 ss.; POCAR F., *Diritto dell'Unione europea*, 11° ed., Giuffrè, 2010, 276 ss.; TESAURO G., *Diritto dell'Unione europea*, 6a ed., Cedam, 2010, 146 ss., 174 ss.

circoscritte alla sola categoria dei controlimiti costituzionali. Dalla definizione del ruolo rivestito dalle Corti europee è possibile ricavare il ruolo e i relativi poteri decisori assunti dal giudice nazionale, il quale deve confrontarsi quotidianamente con i *dicta* di tali Corti, affrontando le perplessità dovute, innanzitutto, al valore da riconoscere a questi ultimi.

Nel panorama eurolunitario il principio di riserva di legge nazionale ha in passato trovato importanti riconoscimenti. Infatti, in merito alla possibile contrapposizione tra riserva di legge nazionale e applicazione del diritto eurolunitario è intervenuta la CGUE affermando che legislazione UE «non potrebbe [...] avere come effetto, di per sé e indipendentemente da una legge interna di uno Stato membro adottata per la sua attuazione, di determinare o aggravare la responsabilità penale delle persone che agiscono in violazione delle sue disposizioni»¹⁸⁵.

Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona è, come noto, venuta meno la struttura a pilastri della Comunità europea ed è stata comunitarizzata la materia penale. Oltre a questa importante novità, sono stati introdotti elementi diretti ad affiancarsi alla prima in un'ottica di bilanciamento con gli interessi e i valori nazionali. Si pensi, oltre che ai controlimiti, al perimetro delle competenze tracciato dal Trattato del 2007. L'art. 4, co. 2, TUE attribuisce agli Stati membri la gestione di "ordine pubblico" e "sicurezza nazionale", mentre l'art. 83 TFUE individua nelle sole direttive l'atto legislativo europeo adottabile in materia penale, inoltre con un meccanismo di devoluzione al Consiglio nel caso in cui "un progetto di direttiva di cui al paragrafo 1 o 2 incida su aspetti fondamentali del proprio ordinamento giuridico penale".

La tendenza espansionistica del diritto europeo deriva dalla sempre maggiore incidenza di taluni settori del diritto sugli interessi, finanziari e non, dell'Unione europea in ragione delle dimensioni territoriali (anche transfrontaliere) ed economiche

¹⁸⁵ CGUE, GS, 3.5.2005, *Berlusconi e altri*, in Cass. pen., 2005, 2764 ss., § 44.

da essi raggiunte. Da qui la sempre maggiore "rilevanza europea"¹⁸⁶ di materia quali il riciclaggio, la corruzione internazionale, criminalità informatica o terrorismo¹⁸⁷.

La costruzione della legalità penale europea ad opera della giurisprudenza dei giudici di Strasburgo assume un ruolo di prim'ordine nell'architettura istituzionale e nel sistema delle fonti eurounitarie. L'appartenenza al diritto dell'Unione europea, in quanto principi generali, dei diritti fondamentali garantiti dalla CEDU e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri ai sensi dell'art. 6, co.3, TUE sigilla il ruolo trainante della giurisprudenza CEDU in materia di diritti fondamentali. Altro fondamentale richiamo è contenuto nella Carte dei diritti fondamentali dell'Unione europea, la quale all'art. 52, co. 3 stabilisce che in presenza di diritti fondamentali corrispondenti a quelli CEDU "il significato e la portata" sono uguali a quelli convenzionali, statuizione da intendere, dunque, nella estensione e nel valore ad essi attribuiti dalla Corte di Strasburgo¹⁸⁸.

Il sistema CEDU non conosce, al pari dei sistemi di *common law*, una riserva di legge formale e formula le proprie disposizioni in maniera appositamente aperta in modo che la Corte di Strasburgo possa applicarle nel modo più ampio possibile¹⁸⁹. Sul piano istituzionale, ponendo momentaneamente di lato le importanti implicazioni individual-garantiste, è rilevabile una differente architettura che non ha esperienze di "invasioni di campo" da scongiurare. L'assenza di un monopolio legale da preservare non esalta, pertanto, la "dimensione istituzionale" della legalità penale europea. Priva

¹⁸⁶ MANES V., *La "svolta" Taricco e la potenziale "sovversione di sistema": le ragioni dei controlimiti*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 6 maggio 2016, 8, il quale ritiene l'art. 325 TFUE un "trojan horse" sul solco di una "tendenza voracemente espansiva" del diritto europeo.

¹⁸⁷ "Riserva di legge e tassatività della descrizione tipica – a sua volta funzionale all'attuazione di altre direttrici costituzionali: obbligatorietà, diritti di difesa – sono tasselli garantistici irrinunciabili: antidoti alle istanze di difesa sociale e di giustizia sostanziale, alle politiche criminali emergenziali, ed all'idea, oggi "molto europeistica", della difesa oltranzista del cittadino-vittima": BRICOLA F., *Legalità e crisi: l'art. 25, 2° e 3° co, della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70*, in *Quest. giustizia*, 1980, 179 ss.

¹⁸⁸ ARLOTTA A., *La tutela dei diritti dell'uomo a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona: rapporti tra normativa interna e CEDU*, in *Giur. merito*, 2011, 525 ss.; VALENTINI V., *Legalità penale convenzionale e obbligo d'interpretazione conforme alla luce del nuovo art. 6 TUE*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 2/2012, 167 ss.; RUGGERI A., *La Corte fa il punto sul rilievo interno della CEDU e della Carta di Nizza-Strasburgo (a prima lettura di Corte cost., n. 80 del 2011)*, in *www.forumcostituzionale.it*, 23 marzo 2011, 1 ss.

¹⁸⁹ ZAGREBELSKY V., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 57 ss.

di questa dimensione istituzionale, a rilevare non è la precisione della disposizione, la distinguibilità tra interpretazione estensiva, evolutiva e analogica, o tra leggi retroattive o interpretazioni retroattive, bensì se la condanna fosse prevedibile oppure no¹⁹⁰.

Il diritto convenzionale è un diritto *inevitabilmente* giurisprudenziale in quanto frutto di un sistema chiuso, privo di strumenti di adeguamento rappresentati dalla produzione legislativa da parte di un organo a ciò deputato. Seppur legislativamente statico, questo sistema acquisisce una dinamicità elevata in forza della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, la quale rappresenta il tratto evolucionistico di tale sistema chiuso. Caratteristica che connota profondamente la CEDU è la sua immutabilità, ma a questa non fa da contraltare una staticità nel modo di intendere e di assicurare il rispetto dei diritti fondamentali ivi contenuti. La CEDU, seppur formalmente identica a sé stessa, *evolve*. E questa evoluzione è dovuta all'imponente opera della Corte EDU, d'altronde un sistema privo di qualunque meccanismo di adeguamento all'evoluzione della realtà e delle società circostanti sarebbe destinato ad estinguersi per sostanziale inutilità. La forza della Convenzione risiede nelle sue due componenti complementari. Vero è che si tratta di una Convenzione dalla forte cifra politica per la positivizzazione di un elenco di diritti ritenuti fondamentali in quel Titolo I "Diritti e libertà" che potrebbe essere estrapolato nella forma di una Dichiarazione di diritti, ma è altrettanto vero che la marcia in più della Convenzione è data da quel Titolo II che, istituendo la Corte EDU, affianca ai diritti e alle libertà, soltanto proclamati nella prima parte, un vigile custode.

L'adeguamento al diritto penale europeo sconta la forte limitazione imposta dalla Costituzione al ruolo del giudice. Ciò vale innanzitutto per il giudice comune¹⁹¹, il quale deve fronteggiare le difficoltà derivanti dalla complicazione del sistema delle fonti, rispettando il limite dell'aderenza al dato testuale e ricorrendo, se necessario, alla Corte costituzionale in presenza di una disposizione la cui concordanza col diritto convenzionale non risulti praticabile attraverso la sola interpretazione (non analogica).

¹⁹⁰ VALENTINI V., *La ricombinazione genica della legalità penale*, cit., 16.

¹⁹¹ Il quale affronta la complessità delle fonti europee con pronunce dall'alterna aderenza al quadro normativo di riferimento, tale indagine è svolta da MANES V., *Il giudice nel labirinto*, cit., 28 ss.

Ma una simile limitazione è operante anche per il giudice convenzionale, non potendo le pronunce della Corte EDU spiegare un'efficacia vincolante diretta parificabile ad una legge nazionale. Una sentenza emessa a Strasburgo, pur avendo effetti diretti ed obbligatori che si producono anche oltre il giudicato, avrà sempre una portata unidirezionale, non venendo, pertanto, in rilievo i principi della riserva di legge e della separazione dei poteri.

Fin dalle note sentenze gemelle del 2007 la Consulta ha elevato il diritto CEDU, contenuto direttamente nella Convenzione e quello frutto di interpretazione (e di manipolazione evolutiva) da parte dei Giudici di Strasburgo, al rango di diritto intermedio tra legge ordinaria e Costituzione. L'interpretazione della Corte EDU ha assunto il rango di disposizione generale, venendo parificata dalla Consulta la *interpretatio* sovranazionale alla *dispositio* generale come tale dotata di ultrattività rispetto al solo caso che ne ha dato origine, ma il processo di ricezione del diritto convenzionale ha vissuto fasi altalenanti¹⁹². La prima fase è stata quella di apertura con le sentenze gemelle del 2007 al diritto CEDU fino a quel momento equiparato alle fonti primarie dell'ordinamento. La ricognizione compiuta dalla Consulta ha posto il diritto CEDU in una posizione sovraordinata rispetto al diritto primario ma subordinata alla Carta costituzionale, ai cui principi nella loro totalità deve essere compatibile, e sempre che appresti un livello di protezione superiore a quello nazionale ai sensi dell'art. 53 CEDU. L'aver individuato, poi, il fondamento giuridico nell'art. 117 Cost., marcando una netta differenza con il diritto eurounitario agganciato all'art. 11 Cost., insieme con l'obbligo di remissione della questione di legittimità costituzionale e con il divieto di disapplicazione della disposizione nazionale laddove fosse insuscettibile di interpretazione conforme per i suoi ristretti margini testuali, ha prodotto un effetto marcatamente accentratore dei meccanismi di ingresso del diritto CEDU nel nostro ordinamento.

¹⁹² Per un approfondimento sul tema: VALENTINI V., *La ricombinazione genica della legalità penale*, cit., 23 e ss. Il quale, inoltre, considera le pronunce della Corte EDU, e della CGUE, "come una sorta di leggi europee, come una specie di *ius superveniens*".

Successivamente¹⁹³, la Consulta assume un ruolo di maggiore cautela affermando che: “nel concetto di massima espansione delle tutele deve essere compreso, come già chiarito nelle sentenze nn. 348 e 349 del 2007, il necessario bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, cioè con altre norme costituzionali, che a loro volta garantiscano diritti fondamentali che potrebbero essere incisi dall’espansione di una singola tutela”. Ai fini del bilanciamento della rigidità dei principi convenzionali, basato sul concetto di “margine di apprezzamento” nazionale elaborato dai Giudici di Strasburgo, se un ruolo di primo piano va riconosciuto al legislatore, non può la Corte costituzionale esimersi dal compiere la sua parte al fine di assicurare una tutela sistemica dei diritti fondamentali¹⁹⁴.

Un’ultima fase, di segno decisamente opposto alla prima di segno aperturista, ha visto un vero e proprio ridimensionamento dell’importanza della giurisprudenza CEDU con il caso Varvara¹⁹⁵.

Richiamando il concetto di “sostanza” della giurisprudenza convenzionale, questa non sussisterebbe in presenza di una sentenza isolata. L’obbligo per il giudice di uniformarsi alla sentenza CEDU deriverebbe, infatti, solo in presenza di un orientamento consolidato. In presenza di una sola pronuncia il giudice non sarà tenuto, dunque, né ad uniformarsi al principio ivi espresso, né a sollevare questione di legittimità costituzionale in presenza di una disposizione nazionale con essa incompatibile. Se a tale scenario, dato dall’assenza di un diritto consolidato, si aggiunge il dubbio da parte del giudice comune sulla compatibilità della norma convenzionale con la Costituzione, egli non dovrà tenere conto di tale norma. La soluzione indicata dalla Consulta consiste in una disapplicazione della norma convenzionale, anziché nella proposizione della questione di legittimità costituzionale, a seguito della composizione del conflitto tramite un’interpretazione costituzionalmente orientata del

¹⁹³ Sentenza Corte cost. 30 novembre 2009 n. 317, in *www.cortecostituzionale.it*.

¹⁹⁴ Sui limiti all’ingresso del diritto CEDU nel nostro ordinamento, con riferimento alla sentenza Corte cost., 14 gennaio 2015, n. 49, v. RUGGERI A., *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2, 2015, 325 ss.

¹⁹⁵ Corte cost., 26 marzo 2015, n. 49. CIVELLO G., *Il dialogo tra le quattro Corti*, cit., 783; ID., *La sentenza Varvara c. Italia non vincola il giudice italiano*, cit.; VALENTINI V., *La ricombinazione genica della legalità penale*, cit., 15.

diritto convenzionale. La Consulta potrà essere investita della questione solo in presenza di un diritto consolidato o di una sentenza pilota. Nella sentenza n. 49 del 2015 vengono forniti dei criteri per discernere il diritto consolidato da quello ancora non definitivo, con il rischio però che tali criteri elastici amplino la discrezionalità del giudice e, di conseguenza, la vincolatività e la portata del diritto convenzionale.

5. *L'inarrestabile ascesa del diritto europeo? Il caso Taricco*

Una vicenda che ha tenuto banco per anni e che ha riproposto all'attenzione di dottrina e giurisprudenza il tema dei controlimiti è stato l'*affaire Taricco*¹⁹⁶. Il caso in

¹⁹⁶ AMALFITANO C., *Da una impunità di fatto a una imprescrittibilità di fatto della frode in materia di IVA*, in *www.sidiblog.org*, 15 settembre 15, 12; AMARELLI G., *Dalla legolatria alla post, legalità*, cit., 1406; AMBROSETTI E. M., *La sentenza delle Corte di giustizia dell'Unione Europea in tema di disapplicazione dei termini di prescrizione: medioevo prossimo venturo?*, in *Proc. pen. giust.*, 2016, 44; BASSINI M., *Prescrizione e principio di legalità nell'ordine costituzionale europeo. Note critiche alla sentenza Taricco*, in *Consulta online*, 2016, 94; BELFIORE E. R., *Scenari "vecchi" e "nuovi"*, cit., 145; BERNARDI A., *L'ordinanza Taricco della Corte costituzionale alla prova della pareidolia*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2017, 1, 48; ID., *Il costo "di sistema"*, cit., 557; BERNARDI A. - CUPELLI C. (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo fra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, in *Atti del convegno tenutosi all'Università degli Studi di Ferrara il 24 febbraio 2017*, Jovene, 2017; BIN R., *La prima sentenza post Taricco della Cassazione*, in *www.archiviopenale.it*, 2016, 1; BISSARO S., *I "nodi" della prescrizione: problematiche costituzionali alla luce della sentenza Taricco*, in *www.forumcostituzionale.it*, 5 ottobre 2016, 5; CAIANIELLO M., *Processo penale e prescrizione nel quadro della giurisprudenza europea. Dialogo tra sistemi o conflitto identitario?*, in *Dir. pen. contemp.*, *Riv. trim.*, 2/2017, 216; CIAMPI A., *Il caso Taricco impone la disapplicazione delle garanzie della prescrizione: un problema di rapporti fra diritto dell'UE e diritto nazionale e di tutela dei diritti fondamentali, non solo di diritto processuale internazionale*, in *Int'l Lis*, 2016, 113; CIVELLO G., *La Consulta, adita sul caso "Taricco", adisce la Corte di Giustizia: orientamenti e disorientamenti nel c.d. "dialogo fra le corti"*, in *Arch. pen.*, 1/2017, 148; ID., *La sentenza Taricco della Corte di Giustizia Ue: contraria al Trattato la disciplina italiana in tema di interruzione della prescrizione del reato*, in *Arch. pen.*, 3/2015; COMI V., *Interessi finanziari UE, procura europea, difesa: nessun passo indietro sul piano delle garanzie*, in *Arch. pen.*, 2/2013; CONSULICH F., *La prescrizione della legalità, il rapporto tra diritto penale tributario, e il diritto dell'unione europea dopo la sentenza della Corte di giustizia sul caso Taricco*, in *Diritto e pratica tributaria internazionale*, 1/2016, 23; CUPELLI C., *Il caso Taricco e l'ordinanza 24 del 2017: prove di dialogo a senso unico*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2017, 1, 266; ID., *La Corte costituzionale ancora non decide sul caso Taricco, e rinvia la questione alla Corte di giustizia*, in *Dir. pen. contemp.*, 1/2017, 199; DI CHIARA G., *Prescrizione, frodi comunitarie e giurisprudenza della Corte di giustizia: un nuovo rinvio pregiudiziale a Lussemburgo per il caso Taricco*, in *Dir. pen. e proc.*, 3/2017, 294; DONINI M., *An impossible exchange?*, cit., 14; EUSEBI L., *Nemmeno la Corte di giustizia può erigere il giudice a legislatore*, cit., 47; FAGGIANI V., *Lo strategico rinvio pregiudiziale della consulta sul caso Taricco*, in *www.osservatorioaic.it*, 1/2017; FALATO F., *Garantismo: diritto e diritti nel dialogo tra Carte e Corti. A proposito della sentenza Taricco*, in *Giust. pen.*, 2016, 5; FILIPPI L., *Il conflitto tra la Corte europea e la Consulta*, cit., 840; GAMBARDELLA M., *Caso Taricco e garanzie costituzionali ex art. 25 Cost.*, in *Cass. pen.*, 2016, 1462; GIOVANNINI

A., *Prescrizione del reato di frode nell'IVA*, in *Cass. pen.*, 2016, 6, 491; MAIELLO V., *Prove di resilienza del nullum crimen: Taricco versus controlimiti*, in *Cass. pen.*, 2016, 3, 1250; MANACORDA S., *La prescrizione delle frodi gravi in materia di Iva: note minime sulla sentenza Taricco*, in *Arch. pen.*, 3/2015, 867; ID., *Le garanzie penalistiche nei rapporti con il diritto dell'Unione il problematico ricorso alle rinvio pregiudiziale: una lettura contestualizzata del caso Taricco*, in *Cass. pen.*, 2016, 2388; MANES V., *Common law-isation del diritto penale? Trasformazione del nullum crimen e sfide prossime future*, in *Cass. pen.*, 2017, 3, 963; ID., *La "svolta" Taricco*, cit.; MARCOLINI S., *La prescrizione del reato tra diritto e processo: dal principio di legalità sostanziale a quello di legalità processuale*, in *Cass. pen.*, 2012, 362; MARRA G., *Il paradosso della legalità nella modernità penalistica. Note a margine di Wolfgang Naucke, Negatives Strafrecht. 4 Ansätze, Lit, Berlin, 2015*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2018, 2, 725; MAZZA O., *Il sasso nello stagno: la sentenza europea sulla prescrizione e il crepuscolo della legalità penale*, in *Rass. tribut.*, 2015, 6, 1554; ID., *Scelte politiche europee e limiti costituzionali in tema di prescrizione del reato*, in *Arch. pen.*, 3/2015, 775; MEZZETTI E. - SESTIERI M., *Una sentenza gravida di effetti in tema di prescrizione delle frodi IVA: fraintendimenti sul principio di assimilazione*, in *Arch. pen.*, 2016, 1, 9; MICHELETTI D., *Premesse e conclusioni della sentenza Taricco dai luoghi comuni sulla prescrizione alle primato in malam partem del diritto europeo*, in www.lalegislationepenale.eu, 5 febbraio 2016; NEGRI D., *Il dito della irretroattività sfavorevole e la luna della garanzia giurisdizionale: la posta in gioco dopo la sentenza corte di giustizia Ue, Taricco*, in *Arch. pen.*, 3/2016, 645; PANEBIANCO G., *La variabile consistenza delle garanzie penali*, cit., 1724; PALAZZO F., *La Consulta risponde, alla "Taricco": punti fermi, anzi fermissimi, e dialogo aperto*, in *Dir. pen. e proc.*, n. 3/2017, 3; RICCARDI G., *Patti chiari, amicizia lunga. La Corte costituzionale tenta il dialogo nel caso Taricco, esibendo l'arma dei controlimiti*, in www.penalecontemporaneo.it, 27 marzo 2017, 6; RONCO M., *La legalità stratificata*, cit., 1387; ROSSI F., *L'obbligo di disapplicazione in malam partem della normativa penale interna tra integrazione europea e controlimiti. La problematica sentenza Taricco della Corte di giustizia*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2016, 376; ID., *La Cassazione disapplica gli artt. 160 e 161 c.p. dopo la sentenza Taricco*, in *Giur. it.*, 2016, 4, 965; ID., *La sentenza Taricco della Corte di Giustizia e il problema, degli obblighi di disapplicazione in malam partem, della normativa penale interna per contrasto con il diritto UE*, in *Dir. pen. e proc.*, 12/2015, 1564; RUOPPO R., *I giudici di legittimità tra "primato" del diritto dell'Unione europea e principio di legalità in materia penale*, *Giur. it.*, 2017, 1, 193; SALCUNI G., *Legalità europea e prescrizione del reato*, in www.archiviopenale.it, 20 dicembre 2015, 2; SANTANGELO A., *Ai confini tra common law e civil law*, cit., 332; SERRAINO M., *Dalla Corte di Giustizia UE un "provvidenziale" invito alla conversione. Prescrizione penale e ragionevole durata del processo, all'indomani della "sentenza Taricco" (Prima parte)*, in *Studium Iuris*, 2016, 6, 698; ID., *Dalla Corte di Giustizia UE un "provvidenziale" invito alla conversione. Prescrizione penale e ragionevole durata del processo all'indomani della "sentenza Taricco" (Seconda parte)*, in *Studium Iuris*, 2016, 7/8, 835; SOTIS C., *Il limite come controlimite. Riflessioni sulla vicenda Taricco*, in www.forumcostituzionale.it, 5 ottobre 2016, 1; TARLI BARBIERI G., *La scommessa dei controlimiti. Problemi e prospettive del giudizio di costituzionalità a margine della vicenda Taricco*, in Paonessa C. – Zilletti L., *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie*, cit., 171; VALENTINI V., *La ricombinazione genica della legalità penale*, cit.; VALLINI A., *La portata della sentenza CGUE "Taricco": un'interferenza grave in un sistema discriminatorio*, in *Criminalia*, 2015, 295; VENEGONI A., *Il difficile cammino della proposta di direttiva per la protezione degli interessi finanziari dell'unione europea attraverso la legge penale (direttiva PIF): il problema della base legale*, in *Cass. pen.*, 2015, 6, 2442; ID., *La sentenza Taricco: una ulteriore lettura sotto il profilo dei riflessi sulla potestà legislativa dell'unione in diritto penale nell'area della lotta alle frodi*, in www.penalecontemporaneo.it, 29 ottobre 2015, 5; VIGANÒ F., *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di Iva?*, in www.penalecontemporaneo.it, 14 settembre 2015, 7.; ID., *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sulle merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, in www.penalecontemporaneo.it, 9 maggio 2016; ID., *Il nullum crimen conteso: legalità 'costituzionale' vs. legalità 'convenzionale'*, in www.penalecontemporaneo.it, 5 aprile 2017, 1; ID., *La prima sentenza della Cassazione post Taricco: depositate le motivazioni della sentenza della terza sezione che disapplica una prescrizione già maturata in materia di frodi IVA*, in www.penalecontemporaneo.it, 22 gennaio 2016, 4; ID., *Legalità "nazionale" e legalità "europea" in materia penale: i difficili equilibri delle Corte di Giustizia nella sentenza M.A.S. ("Taricco II")*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2017, 1281; VOZZA D., *Prescrizione e gravi frodi IVA: "Disapplicare per*

questione ha visto intervenire le più autorevoli corti italiane, dapprima la Suprema Corte di Cassazione e, poi, per due volte la Corte costituzionale, nonché la Corte di Giustizia dell'Unione europea chiamata a chiarire e precisare la portata delle proprie statuizioni originariamente espresse. Infatti, fin dall'origine è stato istituito un confronto pieno ed aperto tra i giudici nazionali e quelli europei, avendo posto il dialogo e il tentativo di composizione dei possibili contrasti quali basi delle proprie pronunce. Il merito della vicenda Taricco è stato quello di riproporre all'attenzione della dottrina e della giurisprudenza il tema della compatibilità della normativa dell'Unione europea con il dettato costituzionale rappresentato dai principi supremi della Costituzione, e dunque il tema sull'esistenza di reali ed effettivi controlimiti che essa, a particolari condizioni, possa apporre all'ingresso del diritto europeo nel nostro ordinamento. Altro fondamentale tema sul quale si è rivolto lo sguardo è stato quello del principio di legalità, in modo da affrontarne i nodi storici e attuali emergenti nella sua formulazione nazionale, i quali sono stati sopra descritti.

Il processo che ha dato avvio alla serie di pronunce in esame aveva ad oggetto la contestazione agli imputati della costituzione e della organizzazione di un'associazione per delinquere allo scopo di commettere più delitti in materia di imposta sul valore aggiunto con riferimento agli esercizi fiscali dal 2005 al 2009. Nell'ambito di tale processo il giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Cuneo, ritenendo che l'applicazione della disciplina della prescrizione vigente in Italia non si sarebbe arrivati ad una sentenza definitiva che avrebbe potuto accertare l'eventuale commissione del reato entro il termine di prescrizione, compieva rinvio pregiudiziale alla CGUE. Tale rinvio chiamava in causa la Corte di Giustizia affinché si pronunciasse sulla compatibilità con la normativa europea delle disposizioni nazionali che disciplinano l'istituto della prescrizione, in particolare i limiti massimi del tempo necessario a prescrivere in presenza di cause interruttrive del termine ordinario, in quanto, come ipotizzato dal giudice rimettente, la disapplicazione delle disposizioni nazionali

punire"?, in (a cura di) Gullo A. – Mazzacuva F., *Ricchezza illecita ed evasione fiscale*, Cacucci editore, 2016, 131.

avrebbe permesso di garantire in Italia l'applicazione effettiva del diritto dell'Unione europea¹⁹⁷.

Con la sentenza del 8 settembre 2015 la Grande Sezione della CGUE pronuncia alcuni principi di diritto destinati ad innescare quel dibattito che si sarebbe concluso quasi tre anni dopo con la sentenza 115 del 2018 da parte della Corte costituzionale.

Non è secondario approfondire innanzitutto gli obblighi di matrice europea rilevanti nel caso di specie, al fine di delinearne la portata e quantificarne gli effetti prodotti in capo al nostro ordinamento sia come obblighi di penalizzazione in senso stretto, che di adozione di misure, anche non penali, di contrasto ai fenomeni in esame. L'art. 325 TFUE stabilisce che le misure adottate dall'Unione europea e dagli Stati membri contro la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione debbano essere dotate dei caratteri della dissuasività e della efficacia della protezione. Agli Stati membri a tal fine viene imposto di adottare "le stesse misure che adottano per combattere contro la frode che lede i loro interessi finanziari". Tale previsione sancisce, dunque, un principio di piena equiparazione sia degli interessi finanziari sia delle misure, anche penali, a tutela degli stessi.

Non soltanto il TFUE, ma anche la Convenzione firmata a Lussemburgo il 26 luglio 1995 (GU C 316, la c.d. Convenzione PIF) configura all'art. 1 come frode ai danni delle Comunità europee una condotta dolosa sia attiva che omissiva produttiva di una diminuzione illegittima di risorse di bilancio. Rilevante è l'assunzione di impegni di criminalizzazioni assunti con l'art. 2 dovendo ogni Stato membro perseguire non soltanto tali condotte ma anche quelle configuranti "la complicità, l'istigazione o il tentativo" ricorrendo nei casi di frode grave a "pene privative della libertà che

¹⁹⁷ Il rinvio aveva ad oggetto quattro differenti quesiti. Il primo di essi atteneva alla compatibilità con l'art. 101 TFUE dell'art. 160, u.c., c.p., nella parte in cui contempla un prolungamento del termine di prescrizione di un quarto nonostante il tempestivo esercizio dell'azione penale. La seconda questione pregiudiziale domandava alla Corte se la norma nazionale sulla prescrizione non avesse introdotto una forma di aiuto vietata dall'art. 107 TFUE. Con il terzo punto oggetto del rinvio pregiudiziale si chiedeva se, data l'impunità di fatto per coloro che strumentalizzavano la direttiva comunitaria, non si fosse indebitamente aggiunta un'esonazione ulteriore rispetto a quelle tassativamente contemplate dall'art. 158 Dir. 2006/112/CE. Infine, il giudice a quo interrogava la CGUE se lo Stato, rinunciando a punire condotte in grado di far venire meno il dovuto apporto statale in base agli obblighi verso l'Unione europea, non avesse violato il principio di finanze sane fissato dall'art. 119 TFUE.

possono comportare l'estradizione", fissando il limite minimo per considerare la frode come grave in un importo non superiore a 50.000 euro.

Con la sentenza Taricco la CGUE ha posto quale base del suo ragionamento l'obbligo per gli Stati membri di adottare tutte le misure legislative e amministrative idonee a garantire l'effettività delle disposizioni europee in materia di IVA, richiamando il combinato disposto della direttiva 2006/112 e dell'art. 4, par. 3, TUE. Nonché l'obbligo di adottare misure che dal punto di vista sostanziale avessero i caratteri della dissuasività e della effettività, così come misure identiche a quelle poste a tutela degli interessi finanziari nazionali. In merito alle misure penali cui è tenuto ogni Stato membro, la CGUE ha riaffermato l'obbligo di penalizzazione su di essi pendente e la non eludibilità dell'adozione di sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive aventi ad oggetto pene privative della libertà personale.

Passaggio che non appare superfluo è quello compiuto dalla CGUE (par. 51) allorché afferma che le disposizioni di diritto primario dell'Unione vadano applicate senza se e senza ma, ponendo "un obbligo di risultato preciso e non accompagnato da alcuna condizione". La linea di assoluta rigidità viene adottata dalla Corte anche quando subito dopo professa l'inapplicabilità *ipso iure* di "qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale esistente".

Il tema dei diritti fondamentali degli imputati viene affrontato dalla Corte, la quale precisa che il giudice nazionale dovrà assicurare il rispetto dei diritti fondamentali coinvolti. La CGUE approfondisce la questione prendendo in esame sia la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, sia la CEDU e la giurisprudenza della Corte EDU. Ad opinione della CGUE la disapplicazione della normativa nazionale sulla prescrizione avrebbe soltanto l'effetto di non abbreviare il termine di prescrizione, in questo modo non ponendosi in contrasto con l'art. 49 Carte di Nizza. Neppure sussisterebbe un contrasto con la CEDU avendo la relativa Corte stabilito che la proroga del termine di prescrizione non comporterebbe una violazione dell'art. 7 della Convenzione.

A conclusione la CGUE, ed è questa la previsione contenuta nel dispositivo che dà l'abbrivio alla serie di sentenze che si inserirà su tale solco, stabilisce il contrasto

della normativa nazionale in materia di prescrizione con la normativa europea, essendo in grado di pregiudicare gli obblighi statali e il dovere per il giudice nazionale di dare piena efficacia alle disposizioni europee disapplicando la normativa nazionale laddove quest'ultima "impedisca di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero di considerevole di casi di frode grave".

L'intervento della Corte costituzionale è stato sollecitato con due distinte questioni di legittimità costituzionale sollevate dalla Corte di cassazione, terza sezione penale, e dalla Corte d'appello di Milano, con riferimento all'art. 2, L. 2 agosto 2008, n. 130 di ratifica ed esecuzione del Trattato di Lisbona, nella parte in cui autorizza alla ratifica e rende esecutivo l'art. 325, paragrafi 1 e 2, TFUE, così come interpretato dalla CGUE nella sentenza Taricco I.

I parametri costituzionali cui ricorrono le Corti rimettenti sono gli artt. 3, 11, 24, 25, secondo comma, 27, terzo comma, e 101, secondo comma, evidenziando come il quadro costituzionale di riferimento individui il solo legislatore quale soggetto autorizzato ad assumere le scelte inerenti al regime di punibilità. La disapplicazione da parte del giudice nazionale comporterebbe un aggravamento della responsabilità penale con effetto retroattivo, in assenza, peraltro, di una normativa adeguatamente determinata.

Come più volte affermato dalla Consulta il diritto europeo deve rispettare i principi supremi dell'ordine costituzionale italiano e i diritti inalienabili della persona. Tra questi la Corte costituzionale inserisce il principio di legalità in materia penale, nella parte che esige che le norme penali siano determinate e non abbiano portata retroattiva.

Nell'ordinanza di rinvio la Consulta compie un grande sforzo dialogico, inteso ad instaurare un canale di confronto con la CGUE al fine di chiarire le perplessità derivanti dall'interpretazione proposta dalle Corti che hanno sollevato questione di legittimità costituzionale. Anziché dare avvio ad uno scontro potenzialmente deflagrante per la tenuta del diritto europeo nel nostro ordinamento, l'opzione prescelta è stata quella di interpellare la CGUE per chiedere se la sentenza Taricco andasse *davvero* intesa nel senso originariamente proposto oppure in modo da prevederne

marginari tali da renderla compatibile con il principio di legalità nazionale. La posizione della Consulta, invero, è sempre rimasta inflessibile sul punto, potendosi osservare, pertanto, che il dialogo tra le Corti sia stato in questo caso più una seconda *chance* al fine di evitare *in extremis* il ricorso ai controlimiti.

L'importanza della disciplina della prescrizione ai fini della punibilità della persona è suggellata dal riconoscimento alla stessa della sua natura sostanziale, è pertanto conseguente la sottoposizione di tale istituto al principio di legalità sancito dall'art. 25, co. 2, Cost. Diversa concezione di prescrizione esiste, invece, in altri Stati membri dell'Unione europea, si tratta di una concezione meramente processuale dell'istituto alla quale più direttamente faceva riferimento la CGUE nella sentenza Taricco. Sul punto, è bene precisare, non esiste un'esigenza di uniformità delle legislazioni statali degli Stati membri dell'Unione europea, risultando la differente configurazione dell'istituto da parte dell'ordinamento italiano una specificità nazionale che aumenta il grado di tutela del cittadino e che dalla prospettiva europea non rappresenta un discostamento rispetto ad una comune disciplina perseguita dall'Unione. Ogni Stato membro è, pertanto, libero di attribuire all'istituto natura sostanziale o processuale, né nella sentenza Taricco la CGUE ha affermato che l'ordinamento italiano debba rinunciare alle proprie disposizioni e tradizioni costituzionali¹⁹⁸.

Il principio di tassatività e determinatezza della norma penale è stato riconosciuto dalla stessa CGUE (sentenza 12 dicembre 1996 in cause C-74/95 e C-129/95, punto 25) quale corollario del principio di certezza del diritto, certamente appartenente alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri. La certezza del diritto viene meno nei casi in cui non vi sia l'immediata e chiara percezione delle disposizioni penali, la pratica applicazione delle quali non sia conoscibile preventivamente dall'autore del reato al momento della sua commissione. Il valore espresso dalle tradizioni costituzionali comuni che sancisce il principio della certezza del diritto rileva anche nei

¹⁹⁸ Sul tema POLIMENI S., *Controlimiti e identità costituzionale nazionale. Contributo per una ricostruzione del "dialogo" tra le Corti*, Editoriale scientifica, 2018; RUGGERI A., *In tema di controlimiti, identità costituzionale, dialogo tra le Corti (traendo spunto da un libro recente)*, in *Lo Stato*, 10/2018, 549 ss.

casi di configurazione, certamente ammessi¹⁹⁹, della prescrizione quale istituto avente natura processuale²⁰⁰. L'art. 7 CEDU va posto a parametro di prevedibilità della regola Taricco, valutando il grado di prevedibilità della disapplicazione da parte del giudice della disciplina sulla prescrizione in base all'applicazione della normativa europea, così come interpretata dalla CGUE.

Altro profilo evidenziato riguarda, oltre che il rispetto della riserva di legge così come intesa a livello nazionale, il grado di determinatezza assunto dall'ordinamento penale in base all'art. 325 TFUE. Il potere di disapplicazione del giudice, infatti, rischia di essere esercitato in uno scenario di assoluta incertezza in presenza di regole non sufficientemente determinate, dovendo al contrario il tempo necessario alla prescrizione del reato e le operazioni di calcolo di esso risultare in maniera chiara e precisa. Non potrebbe, infatti, il presupposto del "numero considerevole di casi" essere definito in via interpretativa con la necessaria precisione, tale da rispettare i principi di determinatezza e di riserva di legge, non definendo quest'ultima né l'entità né i criteri per calcolare lo sfioramento della soglia a tal fine rilevante. Allo stesso modo il concetto di "sistematica ambiguità" risulta ampiamente impreciso, non fornendo alcuno strumento di valutazione al giudice che si appresti a valutare se la normativa nazionale impedisca di punire sistematicamente i responsabili dei delitti in materia di IVA, rilevando al fine di tale valutazione non soltanto quella normativa che disciplina il tempo massimo a prescrivere in presenza di cause di interruzione, ma anche tutta quella normativa processuale che contribuisce a determinare la durata del procedimento penale. Non di minor rilievo è la trasformazione da parte della sentenza Taricco del giudice in protagonista attivo delle politiche sociali che l'Unione europea, nel suo complesso, e lo Stato membro, a livello locale, perseguono. Difatti, l'assegnazione al giudice di un obiettivo di scopo da raggiungere lo erge ad attore politico dotato di strumenti non politici, e dunque non democratici, nel perseguimento delle finalità assegnategli in assenza di chiari criteri di giudizio predefiniti dalla legge. Ferme restando tali considerazioni, l'art. 325 TFUE, pur contenendo un obbligo di risultato

¹⁹⁹ Corte EDU sentenza 22 giugno 2000, *Coëme e altri contro Belgio*.

²⁰⁰ Corte EDU sentenza 20 settembre 2011, *Oao Neftyanaya Kompaniya yukos c. Russia*.

formulato in maniera chiara e incondizionata, anche grazie al ricorso della CGUE, non possiede sufficiente analiticità quanto al percorso che il giudice penale sarebbe chiamato a compiere.

Ad aver ispirato il tentativo di dialogo della Consulta è stato, come esplicitato nella stessa ordinanza, il principio di leale collaborazione, nonché l'assenza di alcun preconcetto nella reale portata della sentenza Taricco, fiduciosa la Consulta nella lettura il più possibile compatibile di quest'ultima con il dettato costituzionale, essendo il convincimento della Corte rimettente che "si sia inteso affermare che la regola tratta dall'art. 325 del TFUE è applicabile solo se è compatibile con l'identità costituzionale dello Stato membro, e che spetta alle competenti autorità di quello Stato farsi carico di una siffatta valutazione".

L'ordinanza della Corte costituzionale traccia una netta linea di separazione tra il caso Taricco e quello Melloni²⁰¹, al fine di collocare la materia oggetto del rinvio pregiudiziale in un campo non attinente all'unità del diritto eurounitario fondato sulla "reciproca fiducia in un assetto normativo uniforme". Diversamente, l'accostamento al caso Melloni avrebbe determinato l'innalzamento di un muro da parte della Corte di giustizia all'ammissibilità delle istanze nazionali, così come avvenne nella

²⁰¹ BIN R., *Taricco: aspettando Godot, leggiamo Yves Bot*, in www.penalecontemporaneo.it, 20 settembre 2017, 2.

Sulla sentenza Melloni: AMALFITANO C., *Mandato d'arresto europeo: reciproco riconoscimento vs diritti fondamentali?, L'integrazione europea attraverso il diritto processuale penale*, a cura di Mastroianni R. - Savy D., Editoriale scientifica, 2013, 99 ss.; CARLIZZI G., *Per una sistematica del discorso sui rapporti tra gli ordinamenti giuridici. Riflessioni a partire dalla sentenza Melloni*, in *Criminalia*, 2013, 301; DE AMICIS G., *All'incrocio tra diritti fondamentali, mandato d'arresto europeo e decisioni contumaciali: la Corte di Giustizia e il "caso Melloni"*, in www.penalecontemporaneo.it, 7 giugno 2013, 1; FAGGIANI V., *La sentenza del TC sul caso Melloni: esempio del dialogo giudiziario europeo o di un monologo?*, in www.forumcostituzionale.it, 20 marzo 2015, 2; GUASTAFERRO B., *Legalità sovranazionale e legalità costituzionale. Tensioni costitutive e giunture ordinamentali*, Giappichelli, 2013, 177 ss.; IACOMETTI M., *Il caso Melloni e l'interpretazione dell'art. 53 della Carte dei diritti fondamentali dell'Unione europea tra Corte di Giustizia e Tribunale costituzionale spagnolo*, in www.rivistaaic.it, ottobre 2013, 7; LANZONI L., *Livello di tutela dei diritti fondamentali e art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: nuove indicazioni della Corte di giustizia sulla nozione di interpretazione conforme*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2013, 630 ss.; MANACORDA S., *Dalla carte dei diritti a un diritto penale "à la carte"? (note a margine delle sentenze Fransson e Melloni della Corte di Giustizia)*, in *L'integrazione europea attraverso il diritto processuale penale*, a cura di Mastroianni R. - Savy D., Editoriale scientifica, 2013, 19 ss.; RUGGERI A., *La Corte di giustizia e il bilanciamento mancato (a margine della sentenza Melloni)*, in *Dir. un. eur.*, 2013, 399 ss.; VIGANÒ F., *Obblighi di adeguamento al diritto UE e 'controlimiti': la Corte costituzionale spagnola si adegua, bon gré mal gré, alla sentenza dei giudici di Lussemburgo nel caso Melloni*, in www.penalecontemporaneo.it, 9 marzo 2014, 10.

contrapposizione dei controlimiti alla disciplina del mandato di arresto europeo. Tenendo sempre ben distante tale paragone, la Consulta ha espresso le proprie argomentazioni insistendo non sul piano del primato del diritto dell'Unione europea, ma su quello dell'applicabilità, data "l'esistenza di un impedimento di ordine costituzionale alla sua applicazione diretta da parte del giudice".

Un limite della sentenza Taricco, prontamente evidenziato dalla Consulta, è quello di non aver vagliato la compatibilità delle statuizioni in essa contenute con l'art. 49 della CDFUE sotto tutti i profili posti in rilievo da tale disposizione, e dunque non soltanto il divieto di retroattività della norma penale sfavorevole, ma anche il profilo del principio di legalità, nonché la sufficiente determinatezza della norma relativa al regime di punibilità.

Nelle sue conclusioni²⁰², l'avvocato generale Yves Bot invitava la CGUE a considerare la nozione di interruzione della prescrizione quale "nozione autonoma del diritto dell'Unione", da intendere quale "ogni atto diretto al perseguimento del reato nonché ogni atto che ne costituisce la necessaria prosecuzione interrompe il termine di prescrizione" e "tale atto fa quindi decorrere un nuovo termine, identico al termine iniziale, mentre il termine di prescrizione già decorso viene cancellato". Nei passaggi delle sue conclusioni, l'avvocato generale, nell'affrontare la terza questione posta dalla Corte costituzionale, ritiene con decisione la non riconducibilità della legalità penale nel novero dei "principi supremi" o "fondamentali" dell'ordinamento costituzionale italiano, argomentando che i principi fondamentali sarebbero contenuti esclusivamente

²⁰² BIN R., *Taricco: aspettando Godot, leggiamo Yves Bot*, cit. 5; CAPOTORTI F., *Le conclusioni dell'Avvocato generale Bot nella causa c.d. Taricco bis stentano a trovare un'auspicabile soluzione di compromesso: verso un conflitto tra le Corti?*, in *Eurojus.it*, 8 agosto 2017, 7; CORSO P., *Taricco versus Montesquieu. La Consulta si schiera e l'Avvocato generale UE non convince*, in *DPCE online*, 2017/3; CUPELLI C., *Le conclusioni dell'Avvocato Generale sul caso Taricco: aspettando la Corte di Giustizia...il dialogo (non) continua*, in *Dir. pen. contemp., Riv. trim.*, 332; DANIELE L., *Il seguito del caso Taricco: l'Avvocato generale Bot non apre al dialogo tra Corti*, in *European papers. European forum*, 7 settembre 2017, 1; EPIDENDIO T. E., *Prescrizione, legalità e diritto giurisprudenziale: la "crisi" del diritto penale tra le Corti*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 28 settembre 2017, 26 ss.; LUCEV R., *Le conclusioni dell'Avvocato generale Bot nella causa sul rinvio pregiudiziale Taricco: verso uno scontro frontale*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2017, 7-8, 8; RUGGERI A., *Rapporti interordinamentali e conflitti tra identità costituzionali (traendo spunto dal caso Taricco)*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2 ottobre 2017, 9 ss.; URBINATI F., *Le conclusioni dell'avvocato generale nel caso "Taricco": presagio di un contrasto insanabile?*, in *Archivio penale online*, 3/2017, 6.

negli artt. da 1 a 12 della Costituzione. La conseguenza di tale ragionamento è quella della privazione ai singoli Stati membri, per mezzo delle Corti costituzionali poste a presidio dei valori fondamentali dei rispettivi ordinamenti, di stabilire e di porre quali basi del diritto nazionale i principi fondamentali che connotano la propria identità costituzionale.

Con la seconda sentenza Taricco²⁰³, la CGUE non aderisce alle conclusioni dell'avvocato generale, le quali avrebbero portato ad un inevitabile scontro con la Corte costituzionale, ma accetta la mano tesa da quest'ultima nell'instaurazione di un dialogo inteso a costruire una coesistenza tra il diritto primario dell'Unione europea e i principi di diritto fondamentali dell'ordinamento italiano, per i quali la Consulta aveva preannunciato non vi sarebbe stato nessun passo indietro a presidio della loro integrità.

La CGUE, dopo aver risolto le questioni pregiudiziali ed esaminato le questioni oggetto di rinvio, nella prima parte della sentenza ribadisce l'obbligo per gli Stati membri di "lottare contro le attività illecite lesive degli interessi finanziari dell'Unione con misure effettive e dissuasive nonché di adottare, per combattere la frode lesiva degli interessi finanziari dell'Unione, le stesse misure che adottano per combattere la frode lesiva dei loro interessi finanziari". Gli ulteriori obblighi incombenti sugli Stati membri, così come definiti nella sentenza Taricco 1, non vengono ritrattati dalla CGUE, la quale ripercorre l'*iter* argomentativo che aveva portato a ritenere la normativa italiana lesiva degli interessi finanziari dell'Unione europea, con il conseguente obbligo per il giudice nazionale di disapplicare la normativa sulla prescrizione ostativa

²⁰³ Sentenza della Grande sezione 5 dicembre 2017, in causa C-42/17, M.A. S. e M. B. Molto ricca è la bibliografia in tema: AA.VV., *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie*, cit.; AA.VV., *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, a cura di Bernardi A., Jovene, 2017; AA.VV., *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, a cura di Bernardi A. - Cupelli C., Napoli, 2017; FARAGUNA P., *Frodi sull'Iva e il caso Taricco: la Corte di Giustizia fa marcia indietro*, in *Lacostituzione.info*, 6 dicembre 2017, 2; GALLUCCI E., *La difficile composizione tra i dicta della Corte di Lussemburgo e i principi fondamentali in materia penale*, in *Atti del Convegno Aspettando la Corte costituzionale. Il caso Taricco e i rapporti tra diritto penale e diritto europeo*, in www.rivistaaic.it, n. 4/2016, 49; MASSARO A., *Taricco 2 – Il ritorno (sui propri passi?). I controlimiti come questione che "spetta ai giudici nazionali": cambiano i protagonisti, ma la saga continua*, in *Giurisprudenza Penale web*, 2017, 12; NATALE A., *Le tappe della cd. Saga Taricco e alcune riflessioni in ordine sparso*, in *Quest. giust.*, 7 dicembre 2017, 6.

all'inflizione di sanzioni penali effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave o che preveda termini più brevi di quelli previsti per i casi che ledono gli interessi finanziari dello Stato membro. Ma il passo fondamentale compiuto dalla CGUE è quello che va incontro alle peculiarità del nostro ordinamento così come rappresentate dalla Corte costituzionale, nel tentativo di escludere qualunque incompatibilità insanabile. Ciò che compie la CGUE nella sostanza è un vero e proprio *overruling*, in considerazione del ribaltamento della precedente affermazione (par. 51) che sosteneva la necessità di un'applicazione del diritto europeo in maniera incondizionata, per il fatto che le richiamate "disposizioni del diritto primario dell'Unione pongono a carico degli Stati membri un obbligo di risultato preciso e non accompagnato da alcuna condizione quanto all'applicazione della regola in esse enunciata". E, con particolare riguardo agli obblighi imposti al giudice nazionale "in forza del principio del primato del diritto dell'Unione, le disposizioni dell'art. 325, par. 1 e 2, TFUE hanno l'effetto, nei loro rapporti con il diritto interno degli Stati membri, di rendere *ipso iure* inapplicabile, per il fatto stesso della loro entrata in vigore, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale esistente", fatto salvo il dovere per il giudice di assicurare i diritti fondamentali dell'uomo, dalla CGUE presi in esame solamente sotto il profilo della irretroattività della norma penale sfavorevole.

L'impostazione prescelta dalla Corte di giustizia è quella del *distinguishing*²⁰⁴, attraverso gli elementi forniti in prima battuta dalla Corte rimettente e sviluppati per sostenere la coerenza, che non avrebbe potuto essere revocabile in dubbio, con il sistema di diritti fondamentali dell'uomo così come derivanti dalla Carta di Nizza e dalla CEDU.

L'obbligo di impedire la creazione di un sistema di impunità di fatto spetta, innanzitutto, al legislatore nazionale, "è infatti compito del legislatore garantire che il regime nazionale di prescrizione in materia penale non conduca all'impunità in un numero considerevole di casi di frode grave in materia di IVA o non sia, per gli imputati,

²⁰⁴ FARAGUNA P., *Frodi sull'Iva e il caso Taricco*, cit., 2.

più severo nei casi di frode lesivi degli interessi finanziari dello Stato membro interessato rispetto a quelli che ledono gli interessi finanziari dell'Unione".

La sensibilità espressa dalla Corte di Giustizia nella Taricco 2, oculatamente sollecitata dalla Consulta, attiene ai profili di prevedibilità della decisione e della determinatezza della *regula iuris* da applicare nel caso concreto. Nell'ordinanza di rimessione, difatti, più che insistere sull'assodata divergenza sistemica degli ordinamenti di *civil law* e di *common law* quanto alla figura e al ruolo del giudice, le questioni pregiudiziali sono state basate sul rispetto di quei principi di prevedibilità, determinatezza e irretroattività riconosciuti dalle Carte dei diritti europee e rappresentanti un indiscutibile punto condiviso con l'ordinamento italiano²⁰⁵.

Recependo le indicazioni contenute nell'ordinanza di rimessione, la Taricco 2 affina il contenuto della precedente sentenza, precisando che il rispetto delle condizioni ivi indicate non determini nell'ordinamento giuridico italiano una situazione di incertezza "quanto alla determinazione del regime di prescrizione applicabile, incertezza che contrasterebbe con il principio della determinatezza della legge applicabile". La conseguenza in un simile scenario consisterebbe nel fatto che "il giudice nazionale non sarebbe tenuto a disapplicare le disposizioni del codice penale in questione".

Quanto al profilo della prevedibilità dell'esito giudiziario, derivante dalla disapplicazione della normativa sulla prescrizione, la regola espressa nella sentenza Taricco 1 non potrebbe applicarsi ai fatti ad essa antecedenti. Diversamente, si produrrebbe la retroattività di un regime di punibilità più severo rispetto a quello vigente al *tempus commissi delicti*. La valutazione sulla compatibilità della regola Taricco con il principio di legalità dei reati e delle pene è demandata al giudice

²⁰⁵ A tal proposito, come rileva CUPELLI C., *La Corte costituzionale chiude il caso Taricco e apre a un diritto penale europeo 'certo'*, in www.penalecontemporaneo.it, 4 giugno 2018, 234, "non può sfuggire la forte rivendicazione da parte della Corte – in aperta continuità con il percorso intrapreso con la sentenza costituzionale n. 269 del 2017 – della propria esclusiva competenza ad accertare il potenziale contrasto tra il diritto europeo, i principi supremi dell'ordine costituzionale e i diritti inalienabili della persona (§ 8), accompagnata da un inevitabile ridimensionamento del ruolo riconosciuto sul punto ai giudici comuni (interlocutori privilegiati delle Corti sovranazionali), chiamati unicamente a interpellare - sollevando il dubbio sulla legittimità della normativa nazionale che dà ingresso alla norma europea generatrice del preteso contrasto - il giudice costituzionale".

nazionale, il quale non potrebbe ricorrere alla disapplicazione neppure quale ultimo strumento per rimediare ad un contrasto con la normativa dell'Unione europea. Soltanto il legislatore, pertanto, può farsi carico di perseguire quegli obiettivi di risultato posti dalla legislazione europea attraverso interventi legislativi incentrati al principio di determinatezza.

A conclusione di tale *iter* argomentativo, ecco qui la decisiva quanto inevitabile retromarcia della CGUE, quest'ultima appone la fondamentale postilla alla (incompleta) regola Taricco, stabilendo l'obbligo per il giudice di disapplicare la normativa nazionale in presenza delle condizioni vagliate, "a meno che una disapplicazione siffatta comporti una violazione del principio di legalità dei reati e delle pene a causa dell'insufficiente determinatezza della legge applicabile, o dell'applicazione retroattiva di una normativa che impone un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato".

L'inapplicabilità della regola Taricco ai fatti commessi precedentemente al settembre 2015, confermata dalla CGUE nella Taricco 2, risulta essere una lettura minima della portata garantista del principio di legalità penale, essendo esso in grado di abbracciare un insieme di significati ben più ampio della sola prevedibilità e irretroattività. Nulla dice la Corte di Giustizia quanto alla applicabilità ai fatti commessi dopo quella data in assenza di una normativa nazionale che predisponga le condizioni necessarie per l'adeguamento del sistema, residuando in tal caso il solo ricorso alla disapplicazione del giudice. A non essere ricompresi nel dettato della Corte sono i versanti della separazione dei poteri e della determinatezza, i quali verrebbero irrimediabilmente compromessi dall'applicazione della regola Taricco senza alcun intervento adeguatrice del legislatore nazionale, aspetti questi presi in considerazione dalla Corte costituzionale nel dialogo intercorso con la Corte di giustizia.

L'ultimo capitolo della vicenda Taricco è rappresentato dalla pronuncia della Consulta²⁰⁶, con la quale viene rilevato che le questioni di legittimità sollevate dai giudici *a quibus* non risultano fondate, in quanto la regola Taricco non è applicabile ai

²⁰⁶ Corte cost., 10 aprile 2018, n. 115, in www.cortecostituzionale.it.

relativi giudizi. Cionondimeno, la Corte costituzionale affronta il nodo dell'applicabilità della regola Taricco, la quale, a prescindere dalla commissione del fatto prima o dopo l'8 settembre 2015, sarebbe in contrasto con il principio di determinatezza in materia penale *ex art. 25, co. 2, Cost.* La motivazione va rinvenuta già nell'ordinanza n. 24 del 2017, nella quale si era chiarita la natura e l'estensione che l'istituto della prescrizione possiede nel nostro ordinamento, rientrando esso nell'alveo costituzionale del principio di legalità. La circoscrizione esclusivamente temporale della regola Taricco non escluderebbe per il futuro la lesione del principio costituzionale in parola a causa della intrinseca indeterminatezza sia dell'art. 325, par. 1 e 2, TFUE, che della regola Taricco. Determinatezza che si rivolge non soltanto al giudice, in una prospettiva meramente istituzionale tra potere legislativo e giudiziario ai fini dell'applicazione della disposizione, ma si rivolge anche al cittadino, con una portata dalla netta ispirazione garantista, assicurando a chiunque "una percezione sufficientemente chiara ed immediata" della rilevanza penale delle proprie condotte²⁰⁷.

La regola Taricco sconta un'indeterminatezza tale da impedirne l'applicazione da parte del giudice in assenza di una disciplina legislativa che la chiarisca nei suoi presupposti applicativi, questa mancanza di chiarezza e di esaustività ai fini applicativi è di tipo genetico, afferendo già all'art. 325, par. 1 e 2, TFUE dal punto di vista dell'indeterminatezza penale ai fini dell'effetto diretto. Tale disposizione europea non possiede quei requisiti di determinatezza che le permetterebbero di giustificare un'estensione, operata direttamente dal giudice a prescindere da disposizioni nazionali che fungano da clausole di equivalenza europee, delle sanzioni penali o della disciplina penale avente carattere sostanziale per tutelare gli interessi dell'Unione europea. Soluzione questa imposta dal rispetto del divieto di analogia *in malam partem*, la quale verrebbe applicata dall'equiparazione giudiziale dei casi di rilievo europeo a quelli di rilievo esclusivamente nazionale. La tassatività è un requisito della disposizione che non può recuperarsi a valle in fase applicativa, dovendosi piuttosto rappresentare una condizione ad essa prodromica. Pertanto, allorquando manchi un nucleo di

²⁰⁷ Corte cost. n. 327 del 2008 e n. 5 del 2004; nello stesso senso, sentenza n. 185 del 1992.

determinatezza minimo il giudice non potrebbe sopperire a tale mancanza, verificatasi in sede legislativa e ivi da risolvere, con la conseguenza che non potrebbe fare uso di quella disposizione²⁰⁸.

Nella vicenda Taricco è possibile individuare tre profili decisivi che hanno caratterizzato il contrasto tra Corti cui abbiamo assistito²⁰⁹, i quali sono stati affrontati dalla Corte costituzionale sia nell'ordinanza n. 24 del 2017 sia nella sentenza n. 115 del 2018. L'ordinanza di rimessione alla CGUE ha approfondito, infatti, sia i principi penalistici, così come delineati a livello eurounitario, di conoscibilità e prevedibilità del diritto e di irretroattività delle norme sfavorevoli; sia la possibilità di salvaguardare la giurisdizione da "logiche inquinanti" il corretto metodo giudiziale. Nella sentenza, invece, la Consulta affronta il tema della qualità delle regole applicabili dal giudice e conoscibili *ex ante* dai possibili destinatari.

La Consulta avrebbe preso le mosse da una "premessa epistemica di tipo nazionale", giungendo ad un giudizio soltanto apparentemente eurounitario, se non nella forma, ma sostanzialmente "nazionalistico rispetto sia al Trattato (art. 325, par. 1 e 2) e sia alla "regola Taricco" non tanto come norme penali, ma come regole aventi effetti in termini di punibilità"²¹⁰. Tali premesse sono modulate in considerazione dei due principali destinatari della regola Taricco secondo la Corte costituzionale: il consociato e il giudice. A tal fine, assume un rilievo determinante la distinzione tra norme-precetto e norme-sanzione. Alla prima categoria appartiene la regola Taricco, la quale non potrebbe non garantire uno standard di determinatezza elevato, in ragione della sua configurazione quale componente del comando penale imposto al consociato.

²⁰⁸ Sul processo ermeneutico di concretizzazione del dettato legislativo v. DONINI M., *Il diritto giurisprudenziale penale*, cit., 13 ss.; CADOPPI A. (a cura di), *Cassazione e legalità penale*, cit.; BORSARI R., *Diritto penale, creatività e co-disciplinarietà*, cit., 18.

²⁰⁹ Dà questa lettura DONINI M., *Lettura critica di Corte costituzionale n. 115/2018*, cit., 3.

²¹⁰ DONINI M., *Lettura critica di Corte costituzionale n. 115/2018*, cit., 7 e ss., secondo cui la configurazione della prescrizione come regola sostanziale determina a cascata le prese di posizione della Corte Costituzionale, potendosi invece giungere allo stesso risultato anche "senza costituzionalizzare la prescrizione sostanziale" in quanto "la prescrizione non assicura un "diritto" a calcolare in anticipo i tempi dell'impunità (non è una "regola di condotta"), ma garantisce *ex post facto* un limite temporale all'invasione della potestà punitiva nella vita delle persone".

Diversamente si caratterizza la categoria delle norme-sanzione, le quali possono tollerare un coefficiente di determinatezza inferiore. L'impostazione della Consulta verrebbe sconfessata dal fatto che sia l'art. 325, par. 1 e 2, TFUE che la regola Taricco si rivolgono quale destinatario unico e prediletto il giudice e non il consociato. La disposizione del TFUE, infatti, ha un destinatario pubblicistico, individuabile negli organi dello Stato membro, ed anche la regola Taricco nelle intenzioni della CGUE si rivolgeva al giudice e veniva intesa quale regola processuale sottoposta al *tempus regit actum*. L'interpretazione della Consulta è stata, però, differente, avendo riscontrato la presenza di una norma-comando nel dettato della Corte di Giustizia, lettura questa che deriva dalla qualificazione della prescrizione quale istituto di diritto sostanziale.

Un'applicazione della regola Taricco è avvenuta dalla III sezione della Corte di Cassazione con una decisione discutibile, non avendo essa ravvisato alcun ostacolo all'ingresso di tale regola *sic et simpliciter* essendo «evidente la mancanza di contro limiti e di dubbi ragionevoli sulla compatibilità degli effetti della imposta disapplicazione con le norme costituzionali italiane»²¹¹. Laddove si ritenga la prescrizione sottratta al nucleo garantista della legalità penale, allora verrebbe meno per essa il vincolo della riserva di legge, nonché del divieto di retroattività e di interpretazione analogica²¹². L'estensione del principio di legalità penale non abbraccerebbe, oltre all'*an* del reato e al *quantum* della pena, anche la disciplina temporale per l'estinzione del reato per intervenuta prescrizione. Così che l'affidamento riposto nella maturazione della prescrizione in una data precisa non potrebbe ritenersi legittimo trattandosi di una mera aspettativa-calcolo fino al momento

²¹¹ Cass., III, 15 settembre 2015, n. 2210, in www.penalecontemporaneo.it, 22 gennaio 2016, con scheda di F. VIGANÒ. V. anche DELLO RUSSO A., *Disorientamenti sulla prescrizione dei reati fiscali a rilievo europeo tra Corte di Giustizia, Corte di Cassazione e giudici di merito*, in www.archiviopenale.it, 3/2015, 1 ss.

²¹² VIGANÒ F., *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale*, cit., 21 ss., riconduce la prescrizione fra le garanzie ex artt. 111 Cost., 6 CEDU, anziché fra quelle ex art. 25 Cost. Non collocano la prescrizione nel "nucleo minimo" dell'art. 25 Cost. FARAGUNA P. - PERINI P., *L'insostenibile imprescrittibilità del reato. La Corte d'Appello di Milano mette la giurisprudenza "Taricco" alla prova dei controlimiti*, in www.penalecontemporaneo.it, 30 marzo 2016, 11 ss.

in cui la prescrizione maturi effettivamente, nel qual caso la posizione del reo verrebbe attratta nel nucleo garantista dell'art. 25, co. 2, Cost.²¹³.

6. *L'indeterminatezza nella legislazione dell'Unione europea*

In sede applicativa vi è sempre la possibilità per una disposizione di ricevere ulteriori e funzionali precisazioni dal giudice attraverso l'analisi del caso concreto ad egli sottoposto, nonché lo svolgimento di argomentazioni giuridiche che permettano di mettere a fuoco, anche attraverso i necessari distinguo, la disciplina oggetto dell'interpretazione. Un simile *deficit* non limita le sue ricadute sul solo requisito della determinatezza, ma le proietta anche sulla centrale e sistemica separazione dei poteri, la quale rappresenta la differenza con il sistema europeo di ispirazione di *common law* del tutto inconciliabile per la Corte di Lussemburgo. Il "peccato originale" della regola Taricco è, per l'appunto, genetico, insistendo proprio nella formazione di quel disposto che rivela la sua chiara ispirazione anglosassone. A nulla rileva il fatto che la regola Taricco, certamente grezza, potesse essere affinata ad opera della giurisprudenza quanto al profilo della determinatezza, non rimuovendo tale processo l'incompatibilità con il principio di legalità penale quanto alla legittimazione del giudice alla definizione degli elementi essenziali del reato.

Nella giurisprudenza costituzionale è presente un'importante tradizione applicativa del principio di determinatezza²¹⁴. Per usare le parole della Suprema Corte

²¹³ Cass., IV, 25 gennaio 2016, n. 7914, *Tormenti e altri*, in www.penalecontemporaneo.it, 3 marzo 2016, con nota di GALLUCCIO A..

²¹⁴ C. cost. 327/2008 sull'art. 434 c.p., con la costruzione ermeneutica di un concetto di disastro innominato; clausole di "inesigibilità" in relazione agli omessi adempimenti a ordini di espulsione "senza giustificato motivo" C. cost. 13 gennaio 2004, n. 5. sull'art. 14, comma 5-ter, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero), aggiunto dall'art. 13, comma 1, della legge 30 luglio 2002, n. 189 (Modifiche alla normativa in materia di immigrazione e di asilo); sentenza n. 282/2010 ha salvato l'art. 9, secondo comma, della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 sulle misure di prevenzione come sostituito dall'art. 14 del decreto-legge 27 luglio 2005, n. 144 (Misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale), convertito, con modificazioni, dalla legge 31 luglio 2005, n. 155, in relazione all'art. 5,

sul punto, scopo del principio di determinatezza consiste “nell'evitare che, in contrasto con il principio della divisione dei poteri e con la riserva assoluta di legge in materia penale, il giudice assuma un ruolo creativo, individuando, in luogo del legislatore, i confini tra il lecito e l'illecito; e, per un altro verso, nel garantire la libera autodeterminazione individuale, permettendo al destinatario della norma penale di apprezzare a priori le conseguenze giuridico-penali della propria condotta (a quest'ultimo riguardo, si vedano le sentenze n. 185 del 1992 e n. 364 del 1988)”²¹⁵.

Il nucleo di qualunque regola di condotta deve essere predefinito dalla legge ed essere immediatamente ed autonomamente ricavabile da essa, le successive interpretazioni non possono sopperire ad una mancanza decisiva che non consentirebbe di attribuire dignità legislativa a letture giurisprudenziali, seppure sistematiche²¹⁶. Nessuno infatti dalla sola lettura dell'art. 325, par. 1, TFUE avrebbe potuto immaginare che da esso sarebbe stata estrapolata la regola che impone di disapplicare un particolare aspetto del regime legale della prescrizione. Neppure oggi, a ben vedere, con i tentativi di precisazione avvenuti con le sentenze Taricco 1 e 2, si sarebbe in grado di delineare e circoscrivere in maniera puntuale la portata penalistica della regola Taricco, mancando quest'ultima di quella determinatezza sufficiente a guidare sia il giudice nell'applicazione che assicurare alla persona una conoscibilità del precetto penale al fine di regolare sulla base di quello le proprie condotte.

Uno dei rimedi utilizzabili dal giudice per dare effettività alla normativa europea non potrebbe essere quello dell'assimilazione della disciplina della prescrizione per le frodi IVA che ricadono sull'Unione europea alla disciplina della prescrizione per frodi IVA in materia di tabacchi lavorati. Una simile operazione non rappresenterebbe una coerente attuazione del principio di assimilazione della tutela agli interessi finanziari

terzo comma, prima parte, della stessa legge n. 1423 del 1956, in merito alle prescrizioni dei requisiti di «vivere onestamente» e di «rispettare le leggi. Ancora la sentenza 35/1991 in merito al vecchio art. 4 n. 7 l. 516/1982 sull'«alterazione in misura rilevante» del risultato della dichiarazione dei redditi o IVA. Inversione di tendenza: proclive a delinquere (sent. 16 dicembre 1980, n. 177) e sul plagio (sent. 10 aprile 1981 n. 96).

²¹⁵ Corte Cassazione (sent. 327/2008). Sull'argomento v. BRICOLA F., *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionali*, Milano, 1965, 277-321; ID., *Art. 25, comma 2, Cost.*, cit., 233 e 256 ss.; PALAZZO F., *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, cit., 138 ss.; ID., *Legalità e determinatezza della legge penale*, cit., 49 ss.

²¹⁶ Corte cost. 363/1988.

dell'Unione europea a quelli nazionali, in quanto non verrebbe compiuta a monte e in maniera generale da parte del legislatore che ne chiarisca termini e modalità di applicazione, bensì in fase applicativa da parte del giudice. Si può facilmente scorgere in ciò quel procedimento analogico *in malam partem* che andrebbe a violare il principio di legalità penale in una sua componente fondamentale.

La violazione del principio di determinatezza da parte della regola Taricco, come afferma la Consulta a chiusura della sua sentenza di rigetto delle questioni di legittimità sollevate, “sbarra la strada senza eccezioni all’ingresso della ‘regola Taricco’ nel nostro ordinamento”. Inapplicabilità, questa, che rinviene i propri fondamenti non solo nella Costituzione, ma anche nello stesso diritto dell’Unione europea.

Già con la sentenza n. 230 del 2012²¹⁷ la Corte costituzionale aveva ribadito la prevalenza del diritto penale scritto, frutto dell’attività legislativa del Parlamento a ciò deputato rispetto, e aveva criticato la tentazione europea dell’equiparazione del dettato giurisprudenziale alla legge scritta, effetto che si sarebbe prodotto dal riconoscimento dell’obbligo di disapplicazione di matrice giurisprudenziale (sovranazionale). Con la sentenza n. 115 del 2018 la Consulta interviene su quello che sembra essere il punto di maggiore interesse, e frizione, della vicenda Taricco, rappresentato dall’elevazione del giudice a legislatore penale. Ad essere realmente in gioco non è soltanto la disciplina dell’istituto della prescrizione o la sua qualificazione in termini sostanziali o processuali, ma a venire in rilievo quale oggetto del dialogo e della contrapposizione tra il Giudice di legittimità e i Giudici di Lussemburgo è l’equiparazione della fonte giurisprudenziale a quella legislativa.

La potenziale violazione della divisione dei poteri viene in rilievo prim’ancora del mancato rispetto del principio di determinatezza. A prescindere, infatti, dalla

²¹⁷ C. cost., sent. 12 ottobre 2012, n. 230, in *Giur. cost.*, 2012, 3440 ss. Tra i commenti sulla pronuncia v. MANES V., *Prometeo alla Consulta*, cit., 3474 ss.; GRASSO G. - GIUFFRIDA F., *L’incidenza sul giudicato interno delle sentenze della Corte europea che accertano violazioni attinenti al diritto penale sostanziale*, in www.penalecontemporaneo.it, 25 maggio 2015, 18; NAPOLEONI V., *Mutamento di giurisprudenza in bonam partem e revoca del giudicato di condanna: altolà della Consulta a prospettive avanguardistiche di (supposto) adeguamento ai dicta della Corte di Strasburgo*, in *Dir. pen. contemp., Riv. trim.*, n. 3-4/2012, 164 ss.; assume una posizione critica: VOGLIOTTI M., *Lo scandalo dell’ermeneutica per la penalistica moderna*, in *Quad. fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2015, tomo I, 131 ss.

precisione nella formulazione del testo legislativo, l'attribuzione al giudice del compito di riempire di significato un contenitore vuoto andrebbe in collisione con il fondamentale baluardo del principio di legalità nel nostro ordinamento costituito dalla separazione dei poteri. I due profili sono separati da una distanza tale da ammettere l'ipotesi di una violazione della divisione dei poteri pur attraverso una disposizione sufficientemente determinata e una disciplina dotata di tassatività. Con la sentenza Taricco la Corte costituzionale riconosce alla CGUE il ruolo di giurisprudenza fonte, ma esautorata la regola che quest'ultima confeziona nel tentativo di conferirle quella determinatezza di cui non era in possesso nella fase precedente alla sua pratica applicazione. Ad esclusione di casi estremi di mancanza di determinatezza della disposizione, la declaratoria di incostituzionalità colpisce le singole interpretazioni, dunque le norme, collidenti con il dettato costituzionale. Ma spesso la Consulta ha assunto un atteggiamento di considerevole prudenza nell'azionare la declaratoria di incostituzionalità, strumento che permetterebbe di ristabilire in molti casi quel livello minimo di determinatezza a garanzia sia dell'attività ermeneutica del giudice sia del quotidiano agire del cittadino, conscio della disciplina penale potenzialmente applicabile.

7. La concreta incidenza del sistema convenzionale: il caso Contrada

Con la sentenza *Contrada c. Italia*²¹⁸ la Corte di Strasburgo ha pronunciato una decisione in tema di legalità penale convenzionale, e di produzione di matrice giurisprudenziale, destinata a diventare protagonista delle successive riflessioni penalistiche sull'argomento²¹⁹.

²¹⁸ Sentenza CEDU del 14 aprile 2015 (Ricorso n. 66655/13).

²¹⁹ CISTERNA A., *Consulta in linea con la giurisprudenza di Strasburgo*, in *Guida al diritto*, 38, 2016, 85; DE FRANCESCO G., *Brevi spunti sul caso Contrada*, in *Cass. pen.*, 2016, 1, 12; DE GASPERIS C., *La figura del concorso esterno in associazione di stampo mafioso tra diritto interno e CEDU: l'affaire Contrada*, in *Cass. pen.*, 2016, 11, 4295; DONINI M., *Il caso Contrada e la Corte EDU. La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giudiziaria*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2016, 346; FALCINELLI D., *L'alba del concorso "eventuale" nel reato di associazione mafiosa: la garanzia della legalità penale contro le nebbie della*

La vicenda oggetto della pronuncia attiene, in sintesi, alla condanna dell'allora funzionario di polizia poi di capo di gabinetto dell'alto commissario per la lotta alla mafia, nonché vicedirettore dei servizi segreti civili (SISDE), Bruno Contrada, per concorso esterno in associazione di stampo mafioso²²⁰ per aver apportato sistematicamente un contributo alle attività e al perseguimento degli scopi illeciti dell'associazione mafiosa, fornendo informazioni riservate riguardanti le indagini e le operazioni di polizia degli affiliati alla cosca palermitana.

Con sentenza del 5 aprile 1996 il Tribunale di Palermo condanna Contrada a dieci anni di reclusione dopo aver vagliato gli orientamenti esistenti sulla configurabilità dell'istituto e che il Tribunale per chiarezza riconduce a tre indirizzi. Per un primo indirizzo, il nostro sistema non ammetterebbe alcun concorso esterno nel reato associativo, pena un'estensione dell'area applicativa del reato associativo e la violazione dei principi di legalità, tassatività e necessaria determinatezza, conseguenze

giurisprudenza, in www.diritti-cedu.unipg.it, 8; FEBBO F., *Sentenza Taricco e "post Taricco": art. 25, co. 2, Cost. come controlimite?*, in www.discrimen.it, 1; FILIPPI L., *Il conflitto tra la Corte europea e la Consulta*, cit., 840; GIORDANO S. E., *Il concorso esterno al vaglio della Corte EDU: prime riflessioni sulla sentenza Contrada contro Italia*, in www.archiviopenale.it, 14 aprile 2015, 3; LAURITO A., *Brevi considerazioni a prima lettura dei tre quesiti oggetto del rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale nel caso Taricco*, in www.giurisprudenzapenale.com, 27 gennaio 2017, 2; LEACCHE M. T., *La sentenza della Corte EDU nel caso Contrada e l'attuazione nell'ordinamento interno del principio di legalità convenzionale*, in *Cass. pen.*, 2015, 4611; LUCIANI M., *Chi ha paura dei controlimiti?*, in *Atti del Convegno "Aspettando la Corte costituzionale. Il caso Taricco e i rapporti tra diritto penale e diritto europeo"*, 2016, 74; LUPO E., *La primauté del diritto dell'UE e l'ordinamento penale nazionale (riflessioni sulla sentenza Taricco)*, in *Dir. pen. contemp.*, Riv. trim., 1/2016, 217; MAIELLO V., *Consulta e CEDU riconoscono la matrice giurisprudenziale del concorso esterno*, in *Dir. pen. e proc.*, 2015, 1021; MANNA A., *La sentenza Contrada ed i suoi effetti sull'ordinamento italiano: doppio vulnus alla legalità penale?*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 4 ottobre 2016, 4; MARINO G., *La presunta violazione da parte dell'Italia del principio di legalità ex art. 7 CEDU: un discutibile approccio ermeneutico o un problema reale?*, in www.penalecontemporaneo.it, 3 luglio 2015, 1; ID., *Nuove incongruenze giurisprudenziali sul concorso esterno in associazione mafiosa: gli effetti della sentenza contrada della Corte EDU*, in www.penalecontemporaneo.it, 6 maggio 2016, 2; PALAZZO F., *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*, cit., 1061; RUGGERI A., *La Consulta rimette abilmente a punto la strategia dei suoi rapporti con la Corte EDU e, indossando la maschera della consonanza, cela il volto di un sostanziale, perdurante dissenso nei riguardi della giurisprudenza convenzionale ("a prima lettura" di Corte cost. n. 264 del 2012)*, in www.diritticomparati.it, 14 dicembre 2012, 8; RUSSO R., *Il diritto punitivo della CEDU e il tranello di civil law al banco di prova della confisca*, in *Cass. pen.*, 2016, 4, 1805; VIGANÒ F., *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e resistenze nazionalistiche: Corte costituzionale italiana e Corte di Strasburgo tra guerra e dialogo. Qualche osservazione dall'angolo visuale di un penalista*, in www.penalecontemporaneo.it, 14 luglio 2014, 2; ID., *Il caso Contrada e i tormenti dei giudici italiani: sulle prime ricadute interne di una scomoda sentenza della Corte EDU*, in www.penalecontemporaneo.it, 26 aprile 2016, 1.

²²⁰ La figura delittuosa, come noto, non rinviene una espressa previsione legislativa, essendo piuttosto la risultante del combinato disposto degli artt. 110, 416 e 416 bis c.p.

queste di un'attribuzione al giudice penale del potere di creazione delle fattispecie incriminatrici. Per un secondo, di collocazione intermedia, la configurabilità andrebbe accompagnata da una precisa opera di delimitazione dell'ambito di operatività della fattispecie, attribuendole funzione sussidiaria, al fine di evitare sovrapposizioni con altre fattispecie punitive le condotte di contiguità. Infine, posizione più aperta all'operazione di matrice giurisprudenziale, quell'indirizzo che ammette la combinazione tra l'art. 110 c.p. di parte generale, norma di disciplina e di chiara portata incriminatrice, con la fattispecie di cui all'art. 416 *bis* c.p., senza distinzione tra concorso necessario e concorso eventuale nel reato.

Dopo un *iter* processuale complesso²²¹, Contrada veniva definitivamente condannato l'8 gennaio 2008. Infine, una richiesta di revisione depositata presso la Corte d'appello di Caltanissetta veniva dichiarata inammissibile, e poi confermata dalla Suprema Corte.

La figura del concorso esterno è comparsa inizialmente in materia di cospirazione politica attraverso la costituzione di una associazione, con la sentenza Muther²²², e successivamente in materia di terrorismo, con le sentenze Cucco²²³, Zuffada²²⁴ e Arancio²²⁵. In relazione all'associazione di stampo mafioso la figura del concorso esterno è affrontata per la prima volta nella sentenza Cillari²²⁶ con una pronuncia della Suprema Corte che la esclude esplicitamente. Successivamente, la medesima posizione è assunta nelle sentenze Agostani²²⁷, Abbate²²⁸ e Clementi²²⁹. Un'apertura, invece,

²²¹ Il quale ha visto un'assoluzione in appello, un successivo annullamento e una condanna nel rinnovato processo d'appello. Ed infine, definitiva conferma della Corte di Cassazione: "Il concorso cosiddetto esterno nel reato di associazione mafiosa è ritenuto configurabile in capo alla persona che, priva della *affectio societatis* e non inserita nella struttura organizzativa del sodalizio, fornisce un contributo concreto, specifico, consapevole e volontario, a carattere indifferentemente occasionale o continuativo, purché detto contributo abbia un'effettiva rilevanza causale ai fini della conservazione o del rafforzamento dell'associazione, e l'agente se ne rappresenti, nella forma del dolo generico diretto, l'utilità per la realizzazione, anche parziale, del programma criminoso".

²²² Cass. pen., sez. I, n. 1569, del 27 novembre 1968, in *C.E.D. Cass.*, n. 111439.

²²³ Cass. pen., sez. I, n. 1475, del 7 giugno 1977, in *Giust. pen.*, 1977, III, 594.

²²⁴ Cass. pen., sez. I, n. 588, del 18 marzo 1978, in *Giust. pen.*, 1978, III, 209.

²²⁵ Cass. pen., sez. I, n. 617 del 25 ottobre 1983, in *C.E.D. Cass.*, n. 162279.

²²⁶ Cass. pen., sez. I, n. 8092 del 14 luglio 1987, in *C.E.D. Cass.*, n. 176348.

²²⁷ Cass. pen., sez. I, n. 8864 del 27 giugno 1989, in *C.E.D. Cass.*, n. 181637.

²²⁸ Cass. pen., sez. I, n. 2342 del 27 giugno 1994, *inedita*.

²²⁹ Cass. pen., sez. I, n. 2348 del 27 giugno 1994, in *Cass. pen.* 1994, 2680.

proveniva in tema di associazione di tipo mafioso con riferimento ai soli delitti “di accordo” nelle sentenze Altivalle²³⁰, Barbella²³¹, Altomonte²³², Turiano²³³ e Di Corrado²³⁴.

La Corte di Cassazione ha definitivamente sostenuto l'esistenza del reato di concorso esterno in associazione di tipo mafioso, risolvendo il risalente contrasto giurisprudenziale, nelle sentenze Demitry²³⁵ e Mannino²³⁶, nonché nelle sentenze Carnevale²³⁷ e Mannino²³⁸.

Il ricorso alla Corte EDU da parte di Contrada aveva quale caposaldo la violazione dell'art. 7 della CEDU, il quale nei suoi due paragrafi sancisce che “1. Nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, nel momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al tempo in cui il reato è stato commesso. 2. Il presente articolo non ostacolerà il giudizio e la condanna di una persona colpevole di una azione o di una omissione che, al momento in cui è stata commessa, costituiva un crimine secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili”.

La Corte di Strasburgo, dopo aver ribadito che l'art. 7 CEDU rappresenta un punto fermo nel sistema di protezione convenzionale, ne esplicita le implicazioni in capo al legislatore nazionale, il quale deve approvare leggi in grado di definire chiaramente al loro interno i reati e le pene previsti²³⁹. Come già specificato dalla Corte

²³⁰ Cass. pen., sez. I, n. 3492 del 13 giugno 1987, in *C.E.D. Cass.*, n. 177889.

²³¹ Cass. pen., sez. I, n. 9242 del 4 febbraio 1988, in *C.E.D. Cass.*, n. 179169.

²³² Cass. pen., sez. I, n. 4805 del 23 novembre 1992, in *C.E.D. Cass.*, n. 192648.

²³³ Cass. pen., sez. I, n. 2902 del 18 giugno 1993, in *Cass. pen.*, 1994, 1865.

²³⁴ Cass. pen., sez. fer., 31 agosto 1993, in *Giust. pen.*, 1993, III, 693.

²³⁵ Cass. pen., SS.UU., n. 16 del 5 ottobre 1994, in *Cass. pen.* 1995, 842.

²³⁶ Cass. pen., SS.UU., n. 30 del 14 dicembre 1995, in *Riv. pen.* 1996, 33.

²³⁷ Cass. pen., SS.UU., n. 22327 del 30 ottobre 2002, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 32.

²³⁸ Cass. pen., SS.UU., n. 33748 del 17 luglio 2005, in *Riv. pen.*, 2005, 1169.

²³⁹ In tema di legalità penale convenzionale v. MANES V., *Commento all'art. 7*, in Bartole S. - De Sena P. - Zagrebelsky V., *Commentario breve della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Wolters Kluwer, 2012, 258 ss.; MAZZACUVA F., *L'interpretazione evolutiva del nullum crimen nella recente giurisprudenza di Strasburgo*, in (a cura di) Manes V., - Zagrebelsky V., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè, 2011, 411 ss.; PALMIERI F., *Il principio di legalità*, in (a cura di) Gianniti P., *La CEDU e il ruolo delle Corti*, Zanichelli, 2015, 1845 ss.

in passato²⁴⁰, “questo requisito è soddisfatto se la persona sottoposta a giudizio può sapere, a partire dal testo della disposizione pertinente, se necessario con l’assistenza dell’interpretazione che ne viene data dai tribunali e, se del caso, dopo aver avuto ricorso a consulenti illuminati, per quali atti e omissioni le viene attribuita una responsabilità penale e di quale pena è passibile per tali atti”.

L’applicazione dell’art. 7 CEDU implica l’attenta valutazione dell’intelligibilità della fonte che introduce il reato, affinché si possa valutare la prevedibilità di una futura condanna, non soltanto con riferimento all’*an* della stessa, ma anche con riferimento alla qualificazione del fatto e al *quantum* della pena. Poiché la prevedibilità di una condanna per il reato di concorso esterno in associazione di stampo mafioso poteva sussistere soltanto dopo che la Suprema Corte ha ammesso in maniera esplicita la sua esistenza con la sentenza Demitry del 1994, i giudici di Strasburgo hanno ritenuto che il ricorrente non fosse nelle condizioni di prevedere una simile condanna. Neppure potevano essere ritenute determinanti le pronunce in tema di cospirazione politica e terrorismo, non rappresentando un’indicazione decisiva sulla configurabilità dell’istituto nel diverso campo dell’associazione mafiosa. Se ciò non bastasse, la censura operata dalla Corte EDU attiene anche al mancato vaglio interno da parte della Corte di Cassazione, poiché “la doglianza del ricorrente relativa alla violazione del principio della irretroattività e della prevedibilità della legge penale, sollevata dinanzi a tutti i gradi di giudizio, non è stata oggetto di un esame approfondito da parte dei giudici nazionali, essendosi questi ultimi limitati ad analizzare in dettaglio l’esistenza stessa del reato di concorso esterno in associazione di tipo mafioso nell’ordinamento giuridico interno senza tuttavia stabilire se un tale reato potesse essere conosciuto dal ricorrente all’epoca dei fatti a lui ascritti”. In conclusione, La Corte di Strasburgo dichiara la violazione dell’art. 7 CEDU in quanto ritiene che il reato in esame non fosse “sufficientemente chiaro e prevedibile” da parte del ricorrente, il quale “non poteva dunque conoscere nella fattispecie la pena in cui incorreva per la responsabilità penale derivante dagli atti da lui compiuti”.

²⁴⁰ *Cantoni c. Francia*, 15 novembre 1996, § 29, Recueil des arrêts et décisions 1996 V, e Kafkaris, sopra citata, § 140.

La questione nodale della sentenza Contrada attiene alla legittimazione, alle modalità e ai limiti della funzione creativa della giurisprudenza. La Corte EDU non prende neanche per un istante in considerazione la possibilità della creazione di un reato giurisprudenziale. Anzi, individua il momento dell'effettiva esistenza del concorso esterno in associazione mafiosa nella sentenza Demitry, soltanto da quel momento, dunque, le condotte poste in essere dal ricorrente avrebbero potuto essere punite per il nuovo reato, sussistendo una piena prevedibilità ai sensi dell'art. 7 CEDU della qualificazione della condotta come reato. La disposizione convenzionale ricorre al termine "diritto" nell'individuazione delle fonti legittimate ad introdurre un nuovo reato, così ricomprendendo non soltanto la legge scritta ma anche l'interpretazione giurisprudenziale sostanziata nelle pronunce dei giudici. Dal lato interno, un simile ricorso all'attività di concretizzazione del dettato legislativo appare, come nel caso oggetto della vicenda Contrada²⁴¹, necessario in relazione ad un art. 110 c.p. dotato di un'elevata indeterminatezza, derivante anche dalla sua duplice funzione incriminatrice e di disciplina. Le condotte punibili dal ricorso all'art. 110 c.p. necessitano di essere riempite di contenuto al fine di raggiungere la soglia di disvalore minimo necessario per la loro punizione al pari delle condotte tipizzate dalla specifica disposizione di parte speciale, in grado di attribuire ad esse forma e sostanza. In tema di concorso esterno in associazione mafiosa, la distinzione tra il contributo dell'*extraneus* dotato di incidenza causale e la condotta tipica dell'*intraneus* non risulta agevole, mostrandosi in tutta la sua flessibilità concettuale²⁴².

²⁴¹ VISCONTI C., *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Giappichelli, 2003, 24; PAOLONI L., *Il ruolo della borghesia mafiosa nel delitto di concorso esterno in associazione di stampo mafioso. Un esempio della perdurante attualità delle Sezioni Unite "Mannino"*, in *Cass. pen.*, 2015, 1397 ss.; CAVALIERE A., *Il concorso eventuale nel reato associativo. Le ipotesi delle associazioni per delinquere di tipo mafioso*, Edizioni scientifiche italiane, 2003, 270 ss.; DE FRANCESCO G.A., *Il concorso esterno nell'associazione mafiosa torna alla ribalta del sindacato di legittimità*, in *Cass. pen.*, 2012, 2552 ss.; FIANDACA G., *Il concorso esterno: un istituto senza pace*, in *Legislaz. pen.*, 2012, 695 ss.; in merito alla non comparabilità delle condotte del concorrente esterno e del partecipe: MAIELLO V., *La Consulta e la Corte EDU riconoscono la matrice giurisprudenziale del concorso esterno*, in *Dir. pen. e proc.*, 2015, 9, 1019 ss.; SILVESTRI G., *Punti fermi in tema di concorso esterno in associazione di stampo mafioso*, in *Foro it.*, 2012, II, 360 ss.

²⁴² Con particolare attenzione alla precisazione della consistenza causale del contributo del concorrente esterno: VIGANÒ F., *Riflessioni conclusive in tema di "diritto penale giurisprudenziale" "partecipazione" e "concorso esterno"*, in (a cura di) Picotti L., Viganò F. - Fornasari G. - Melchionda

Il criterio della prevedibilità sta alla base dell'impostazione garantista contenuta nell'art. 7 della Convenzione europea. Questa disposizione risalta per la sua profonda caratterizzazione soggettiva che esprime chiaramente la dimensione garantista prescelta dalla Convenzione. È la persona, difatti, a costituire il fulcro della costruzione convenzionale del principio di legalità, declinato sul criterio soggettivo della prevedibilità della rilevanza penale delle condotte tenute dall'agente. Simile criterio, purtuttavia, si presta ad una corposa opera di relativizzazione, in ragione all'elasticità dei parametri di giudizio adottati per valutarne la sussistenza. Di certo, seppure con i limiti posti alla creazione giurisprudenziale, "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"²⁴³.

8. Il possibile riconoscimento della legalità penale "integrata"

Al fine di riconoscere efficacia ai profili di tutela apprestati dalla legalità europea, anziché sostenere un più difficile, radicale e lungo mutamento culturale e giuridico, il quale si tradurrebbe sostanzialmente in una mera trasposizione del sistema legalitario, è possibile utilizzare quegli strumenti di cui è già dotato il nostro ordinamento per assicurare la portata garantistica che connota la legalità di matrice europea.

Una volta viste le peculiarità della legalità penale europea, si pone il problema della possibile combinazione di questa con la legalità penale nazionale. Al termine di tale tentativo andrà considerato il quadro finale derivante dall'incontro delle due concezioni di legalità, al fine di comprendere se trattasi di una sostituzione operata

A., *I reati associativi: paradigmi concettuali e materiale probatorio. Un contributo all'analisi e alla critica del diritto vivente*, Cedam, 2005, 318 ss.

²⁴³ PALAZZO F., *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*, cit., 1063.

dalla legalità europea nei confronti di quella nazionale, oppure di un innesto nell'impianto costituito dagli artt. 25, co. 2, Cost. e 2 c.p., oppure, ancora, di uno sbarramento innalzato dal sistema interno nei confronti di quello sovranazionale.

Il principio di colpevolezza *ex art. 27 Cost.* costituisce una base del principio di prevedibilità della decisione giudiziaria²⁴⁴. Non tanto la legalità, configurata quale baluardo posto a presidio della divisione dei poteri, la quale regola le modalità del dialogo tra il legislatore e il giudice, quanto i principi di colpevolezza e di irretroattività costituiscono la più salda forma di tutela del cittadino di fronte a violazioni sostanziali della propria libertà, difficilmente evitabili sulla base di un presidio puramente formale, quale sarebbe quello di legalità così come configurata nel nostro ordinamento dalla dottrina prevalente²⁴⁵.

La possibile soluzione potrebbe essere quella di agganciare la prevedibilità dell'esito giudiziario al concetto di rimproverabilità e colpevolezza *ex art. 27 Cost.* L'art. 27 Cost. possiede un profilo di garanzia esterno, consistente nel divieto di responsabilità per fatto altrui, e un profilo di garanzia interno, responsabilità per un fatto che possa veramente definirsi *proprio*. Il legame di appartenenza tracciato tra la condotta e l'agente mostra in contropunto le sfumature della prevedibilità della condanna.

L'art. 25, co. 2, Cost. non è in grado di abbracciare in pieno la dimensione soggettiva della legalità penale. Per tale ragione, il profilo della legalità penale attinente alla sfera soggettiva della persona, e dunque alla prevedibilità individuale dell'esito giudiziario, non si esaurisce nel principio sancito dall'art. 25, co. 2, Cost., bensì sfocia anche nel principio di personalità della responsabilità penale, *sub specie* di colpevolezza. Combinando i piani di tutela nazionale ed europea, la concezione europeista della colpevolezza si arricchisce della cruciale componente della prevedibilità, apprezzata per l'intero spettro delle sue implicazioni, la quale, inoltre, risulta funzionale ai fini rieducativi *ex art. 27, co. 3, Cost.*

²⁴⁴ Così come anche accolto dalla giurisprudenza di Strasburgo, v. VIGANÒ F., *Il principio di prevedibilità*, cit., 10.

²⁴⁵ BARTOLI R., *Legalità europea versus legalità nazionale?*, cit., 301 ss.

Un primo strumento di riconoscimento della legalità europea nel nostro ordinamento è dato dall'*error iuris* ai sensi dell'art. 5 c.p.²⁴⁶. La disciplina dell'errore sul precetto, come noto, si è arricchita con la celeberrima pronuncia della Corte costituzionale n. 364/1988, la quale ha dichiarato la parziale illegittimità costituzionale della disposizione “nella parte in cui non esclude dall'inescusabilità dell'ignoranza della legge penale l'ignoranza inevitabile”. Il ricorso all'art. 5 c.p., ad esempio per recepire il “principio Contrada”, non necessiterebbe di forme di adeguamento interno in quanto la disposizione, riletta alla luce della sentenza interpretativa della Consulta, possiede già quella valvola garantista di natura soggettiva che permette di esaltare il profilo della prevedibilità della rilevanza penale delle proprie condotte. Rispetto alla portata garantista della sentenza Contrada, la disciplina dell'errore sul precetto risulta in piena consonanza quanto alle finalità di tutela del cittadino da decisioni creative della giurisprudenza del tutto imprevedibili, e dunque lesive di quella legalità penale nella sua dimensione personale²⁴⁷. La legalità europea possiede forte radicamento nella colpevolezza, e nelle succitate sentenze della Corte di Strasburgo si assiste ad una sovrapposizione della legalità penale sul piano della prevedibilità della responsabilità penale e, dunque, della colpevolezza.

Il principio di legalità, al quale è ricondotta una pluralità di corollari espressivi di aspetti tra di loro complementari ed accrescitivi del principio cardine, possiede due dimensioni, derivate dal duplice giudizio in chiave garantista che può essere compiuto con riferimento alla disposizione penale. La prima dimensione, riconducibile al corollario della determinatezza, è quella di tipo oggettivo che attiene alla formulazione della disposizione e viene giudicata in base alla sua chiarezza. La seconda, invece, è proprio quella soggettiva che attiene alla prevedibilità della condanna.

²⁴⁶ DI GIOVINE O., *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale*, cit., 159 ss.; così, sostanzialmente, anche PALAZZO F., *Legalità fra law in the books e law in action*, cit., 5 ss.; DONINI M., *Serendipità e disillusioni della giurisprudenza. Che cosa è rimasto della sentenza C. cost. n. 364/1988 sull'ignorantia legis*, in (a cura di) Foffani L. - Fregni M. C. - Lambertini R., *Liber Amicorum per Massimo Bione*, Giuffrè, 2011, 173 ss.

²⁴⁷ PALAZZO F., *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*, cit., 1066. Similmente PULITANÒ D., *Paradossi della legalità*, cit., 6.

In merito al rapporto tra ermeneutica e sistema di *civil law*, non vi è alcuna preclusione al ricorso ad un approccio ermeneutico in un sistema giuspositivistico delle fonti. L'esistenza di un complesso di caratteri (opzionali) che plasmano il volto di un ordinamento giuridico non è revocata in dubbio dall'impiego di un metodo interpretativo o di un altro, essendo questi ultimi strumenti di comprensione della realtà giuridica e non opzioni di politica del diritto relative alla struttura dell'ordinamento. L'ermeneutica non si pone né a favore né contro i principi illuministico-liberali, non potendo essere impiegata quale argomento relativo al valore formale delle fonti o quale teoria nella costruzione di un sistema alternativo, afferendo l'aspetto metodologico e quello strutturale a piani differenti²⁴⁸. La stabilizzazione degli indirizzi giurisprudenziali non va perseguita attraverso una parificazione alla fonte legislativa, bensì tramite caratteristiche sue proprie che la pongano al vertice dei buoni argomenti a disposizione del giudice in fase decisionale. Il principio di sottoposizione del giudice soltanto alla legge non esclude una vincolatività argomentativa delle sentenze derivante dalla loro autorevolezza o plausibilità sostanziale²⁴⁹, ma l'integrità di tale principio garantisce al cittadino la protezione del diritto contenuto nei testi legislativi.

L'idea della prevedibilità quale garanzia del cittadino non deve porsi come alternativa alla riserva di legge, ma come forma d'integrazione del principio di legalità, valorizzando il principio di colpevolezza. L'integrazione delle tutele è la via maestra da seguire per conciliare le due dimensioni nazionale e sovranazionale della legalità. E la giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte EDU si è sempre espressa nel senso di aumentare le tutele e non ha mai qualificato la legalità, rispettivamente eurounitaria e convenzionale, in termini riduzionistici rispetto alle tutele nazionali. Certo è che il lessico e i concetti impiegati a livello europeo, i quali rivelano il relativo

²⁴⁸ PULITANÒ D., *Paradossi della legalità*, cit., 5, secondo il quale "lo statuto della giurisprudenza nel sistema delle fonti non lo stabilisce la teoria dell'interpretazione, ma dipende da scelte (di politica del diritto) relative alla struttura dell'ordinamento. L'argomentazione (una buona ermeneutica) non è una alternativa a uno o altro sistema formale delle fonti, ma è una pratica che dovrebbe accompagnare la vita di qualsiasi sistema di fonti normative. Lo stato di salute della riserva di legge (buono o cattivo che sia) non dipende di questioni di metodo". L'Autore sostiene la tesi che "la presa d'atto di componenti creative nell'interpretazione giudiziaria e l'aspirazione a un sistema basato sull'argomentazione sono argomenti a favore di una difesa della riserva di legge penale e del vincolo di soggezione alla legge, per quello che tale vincolo possa realisticamente significare".

²⁴⁹ FERRAJOLI L., *La democrazia attraverso i diritti*, cit., 135.

background culturale e giuridico, risultano essere ampiamente differenti da quelli propri di culture giuridiche di *civil law* come la nostra. Le buone intenzioni espresse nella sentenza Contrada non potrebbero però essere ricevute nel nostro ordinamento senza il ricorso ad uno strumento di ricezione interno. Le differenti impostazioni concettuali rischierebbero di pregiudicare quel principio di riserva di legge sancito dalla Costituzione. Ma simili ostacoli sarebbero posti, più che dall'intervento dei controlimiti, dalla incomunicabilità parziale tra i linguaggi parlati dai due ordinamenti giuridici.

Nella ricostruzione ermeneutica del fatto e del dolo, la prevedibilità costituisce un vincolo, inteso quale "criterio di selezione ermeneutica di tipi di fatto aventi caratteristiche che, se riflesse nel dolo, fonderebbero in via normale una effettiva coscienza dell'illiceità"²⁵⁰. Difatti, il problema della comprensione della fattispecie incriminatrice si presenta in modo particolare per quelle fattispecie artificiali, le quali possiedono un riscontro nella realtà di tipo non pragmatico, bensì giuridico. Prova ne è la giurisprudenza CEDU, la quale differenzia in tema di prevedibilità e di mutamento giurisprudenziale le fattispecie incriminatrici di creazione artificiale da quelle naturali²⁵¹. La soluzione, allora, non è quella di modificare la legalità in una di stampo giurisprudenziale, bensì di valorizzare quelle componenti soggettivistiche, maggiormente inclini ad una tutela effettiva e modellata sulla persona, già ricomprese nel principio di legalità nazionale. Al piano della certezza oggettivo-impersonale rappresentato dalla tassatività della norma incriminatrice²⁵² dovrà, allora, essere affiancato quello della certezza soggettivo-individuale.

La sentenza 364 del 1988 ha definito il principio di colpevolezza il "secondo aspetto del principio di legalità". Il profilo soggettivo dell'ignoranza di diritto è un modo per dare rilievo alla prevedibilità dell'esito giudiziario, al pari del *prospective*

²⁵⁰ PULITANÒ D., *Paradossi della legalità*, cit., 11.

²⁵¹ Corte EDU in tema di violenza sessuale coniugale *S.W. c. Regno Unito*, 22 novembre 1995; Corte EDU in tema di reati urbanistici *Pessino c. Francia*, 10 ottobre 2006.

²⁵² È di questa opinione DONINI M., *Il caso Contrada e la Corte EDU*, cit., 356. La certezza della norma è il requisito di "validità oggettiva" al quale ha riguardo la Corte EDU, così PALAZZO F., *Legalità fra law in the books e law in action*, cit., 8 ss.

*overruling*²⁵³, in quanto la sentenza ribadisce un principio di diritto già valido che non è però applicabile al caso posto in decisione. Questo primo strumento scontrerebbe alcuni limiti nella sua applicazione dovuti all'intervento del giudicato sulla sentenza. Per i casi simili, ad esempio i c.d. fratelli minori di Contrada, ancora *sub iudice*, il ricorso all'art. 5 c.p. potrebbe rappresentare il criterio di risoluzione della vicenda processuale. Per quelli definiti con sentenza definitiva, non sarebbe possibile ricorrere all'incidente di esecuzione in quanto il giudizio sull'inevitabilità dell'errore non potrebbe essere svolto in quella sede²⁵⁴.

La dimensione privilegiata della legalità penale europea è quella soggettiva dell'affidamento riposto sulla rilevanza penale delle proprie condotte, e il meccanismo di protezione di tale affidamento è parificabile ai sistemi di *common law*, affiancando ai testi di legge la loro interpretazione giurisprudenziale al fine di ovviare a mutamenti giurisprudenziali, al pari del ricorso alla regola del *prospective overruling*²⁵⁵. Ma il concetto di prevedibilità di pura derivazione europea sconta il rischio di una discrezionalità nell'opera di concretizzazione dei suoi caratteri che deve essere scongiurato. I criteri che soccorrono a tale proposito non godono di un livello assoluto di precisione tale da scioglierne i dubbi. Il primo e naturale ostacolo deriva dalla soggettivizzazione della legalità penale europea, tale da renderla, in assenza di criteri correttivi, sufficientemente elastica da ricompredervi e tutelare ipotesi di imprevedibilità pressoché unipersonali. Le ulteriori difficoltà derivano dalla reale attitudine correttiva di criteri utilizzati per circoscrivere i confini di tale imprevedibilità

²⁵³ Così, GIOVINE O., *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, in *Dir. pen. contemp.*, Riv. trim., 1/2013, 165.

²⁵⁴ Una possibile modalità di adeguamento dell'art. 5 c.p. alla *ratio decidendi* del caso Contrada sarebbe quella di orientare la regola contenuta nella disposizione in parola verso due componenti del giudizio di prevedibilità, le quali attengono alla rilevanza penale della condotta e all'entità della possibile condanna. Ricomprende nella regola dell'art. 5 c.p. entrambi i profili indicati VALENTINI V., *La ricombinazione genica della legalità penale*, cit., 19. Similmente PALAZZO F., *Legalità fra law in the books e law in action*, in www.penalecontemporaneo.it, 13 gennaio 2016, 7.

²⁵⁵ PALAZZO F. - BERNARDI A., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la politica criminale italiana: intersezioni e lontananze*, in RIDU, 1988, 35 ss.; RIONDATO S., *Retroattività del mutamento penale giurisprudenziale sfavorevole, fra legalità e ragionevolezza*, in AA.VV., *Diritto e clinica per l'analisi della decisione del caso*, Cedam, 2000, 239 ss.; MANES V., *I rapporti tra diritto comunitario e diritto penale nello specchio della giurisprudenza della Corte di Giustizia: approdi recenti e nuovi orizzonti*, in (a cura di) Sgubbi F. - Manes V., *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, Bononia University press, 2007, 9 ss.

scusante. Simili indici di prevedibilità giustificabile sul piano penalistico non sempre possiedono quel coefficiente di precisione all'uopo necessario. Se da un lato, la presenza di orientamenti giurisprudenziali, la precisione dei testi legislativi, l'accessibilità delle disposizioni e delle sentenze sono criteri giuridico-normativi indicativi dell'affidabilità di un certo esito giudiziario²⁵⁶, ulteriori elementi di carattere socio-politico quali il progresso culturale, il livello di sensibilità sociale, i dibattiti politici in tema presentano un elevato tasso di imprecisione. Si pensi ad esempio alla pronuncia della Corte EDU con la quale afferma la prevedibilità di una condanna in quanto coerente con la "civiltà moderna" e con la "giustizia penale del presente"²⁵⁷, nonostante la condanna fosse avvenuta per un fatto che non costituiva reato al momento della sua commissione.

Poiché alla dimensione prettamente legislativa va affiancata quella giurisprudenziale nella definizione delle effettive conseguenze del reato e nella tipizzazione del precetto, l'affidamento riposto sulla stabilità e sulla chiarezza di un orientamento giurisprudenziale non potrà, dunque, essere escluso dal novero dei casi di violazione della legalità penale *ex art. 25, co. 2, Cost.* ed arricchita del profilo soggettivo di cui all'*art. 27 Cost.* Nonostante il dato legislativo risulti formalmente immutato nella sua identità semantica, il mutamento giurisprudenziale determina una modifica sostanziale sul piano normativo, e tangibile sul piano delle conseguenze penali. Una simile considerazione non implica il passivo recepimento delle strutture di derivazione europea in materia di legalità penale e, di conseguenza, di sistema delle fonti. Non viene, pertanto, legittimato il potere creativo del giudice e neppure la tendenza europea ad un'applicazione incontenibile, non subordinata a vincoli o limiti derivanti dai diritti fondamentali riconosciuti dalla nostra Costituzione. Ad essere valorizzata è, piuttosto, la dimensione soggettiva della legalità penale attraverso la prevedibilità dell'esito giudiziario. D'altronde, alla persona coinvolta dal procedimento appare labile, nonché di poco conto da un punto di vista pragmatico, la differenza tra

²⁵⁶ ESPOSITO A., *Il diritto penale "flessibile". Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Giappichelli, 2008, 325 ss.

²⁵⁷ Corte EDU, 22 novembre 1995, *CR c. Regno Unito*, in www.echr.coe.int; Corte EDU, 22 novembre 1995, *SW c. Regno Unito*, *ivi*.

una condanna per l'introduzione legislativa di un reato con efficacia retroattiva e una condanna per l'introduzione giurisprudenziale (in assenza della regola del *prospective overruling*) del medesimo reato. Abbiamo detto come la legalità penale posseda sia una dimensione strutturale, che una dimensione soggettiva; la prima relativa alla divisione dei poteri mentre, la seconda afferente alla rimproverabilità individuale. Dare ingresso alla spinta garantista proveniente dalle istanze europee senza arretrare sulle garanzie rappresentate dall'irretroattività sfavorevole e dal divieto di analogia è l'unico modo di potenziare la tutela penale apprestata dal principio di legalità.

La praticabilità della soluzione esaminata risiede nei soli casi di imprevedibilità assoluta dell'esito giudiziario e non anche in quelli di mera incertezza giurisprudenziale. Difatti, equiparare l'incertezza giurisprudenziale all'indeterminatezza legale, verrebbe, dunque, a parificare la fonte giurisprudenziale a quella legale. Una condanna intervenuta in un contesto applicativo indeterminato equivarrebbe ad una condanna *sine lege*. Ma al fine di aggredire il giudicato formatosi non potrebbe prescindersi da un intervento della Corte costituzionale che dichiari l'illegittimità costituzionale della disposizione nella sua formulazione giurisprudenziale, ad esempio attraverso i criteri elaborati nella sentenza Ercolano²⁵⁸. Una simile strada sarebbe poco percorribile in concreto, considerata la tendenza della giurisprudenza costituzionale a riconoscere quale limite per la declaratoria di incostituzionalità l'impossibilità assoluta di interpretare in maniera determinata la disposizione sulla base di una considerazione unitaria e sistematica della stessa²⁵⁹.

Altro strumento utilizzabile ai fini dell'analisi in corso è la valorizzazione dell'irretroattività penale. Mentre tale corollario nella prospettiva del principio di legalità penale nazionale si rivolge soltanto alla legge scritta, il divieto di retroattività sfavorevole di derivazione convenzionale ricomprende espressamente, attraverso il

²⁵⁸ Cass., SS.UU., 24 ottobre 2013, n. 18821/2014, a tal proposito v. i commenti CORBO A., *I complessi rapporti tra legge penale e giudicato*, in *Rassegna della giurisprudenza di legittimità. Gli orientamenti delle Sezioni Unite*, suppl. a *Cass. pen.*, 4/2015, 20 ss.; VIGANÒ F., *Pena illegittima e giudicato. Riflessioni a margine della pronuncia delle Sezioni Unite che chiude la saga dei "fratelli minori" di Scoppola*, in *Dir. pen. cont.*, 12 maggio 2014, 5.

²⁵⁹ Corte cost. 18 dicembre 2003, 13 gennaio 2004, n. 5, in *Cass. pen.*, 2004, 1541; Corte cost. 3 luglio 2008, 1 agosto 2008, n. 327, in *Dir. pen. e proc.*, 2008, 1381.

richiamo al più ampio “diritto” compiuto dall’art. 7 CEDU, anche l’irretroattività applicativa operata dalla giurisprudenza. L’art. 25, co. 2, Cost. e l’art. 2 c.p., i quali contengono la disciplina del divieto di irretroattività, non sono stati pensati espressamente per l’irretroattività applicativa operata dal giudice in sentenza. Ciononostante, se l’introduzione di nuovi reati è possibile soltanto attraverso la fonte legislativa, con il conseguente divieto di creazione giurisprudenziale, a maggior ragione, sarà esclusa l’introduzione di un nuovo reato ad opera della giurisprudenza che ne faccia applicazione in maniera retroattiva. Per tali ragioni, un pieno accoglimento della portata dell’art. 7 CEDU comporterebbe uno stravolgimento nel nostro ordinamento, non in riferimento al grado di tutele apprestato al cittadino, bensì all’estensione della funzione istituzionale della giurisprudenza. Si potrebbe procedere riconoscendo il contrasto con l’art. 25, co. 2, Cost. dell’art. 2, co. 1, c.p. nella parte in cui non prevede il divieto di retroattività sfavorevole per mutamento giurisprudenziale? Il problema più immediato e dirompente, anche in presenza della dichiarazione di illegittimità costituzionale, sarebbe quello di rendere effettiva tale tutela.

In conclusione, la legalità di matrice europea deve ricevere fattivo ed effettivo riconoscimento nel nostro ordinamento, sia in ragione dell’obbligatorietà del diritto eurounitario e del diritto convenzionale, sia per l’ulteriore ragione dell’auspicabilità dell’ampliamento delle tutele garantite alla persona. Tutto ciò, come visto, può essere realizzato senza che l’impianto costituzionale del nostro ordinamento subisca modifiche intollerabili.

Le due legalità, nazionale ed europea, sono entrambe orientate alla salvaguardia dei diritti fondamentali, la soluzione al potenziale conflitto tra di esse andrà perseguita mediante uno strumento pratico e un rinnovato approccio al tema. Lo strumento di ingresso delle istanze europee nel nostro ordinamento è individuabile nell’art. 5 c.p., il quale andrà rivitalizzato e maggiormente impiegato, mentre l’approccio al tema della combinazione delle due legalità dovrà avvenire in una prospettiva teleologica, mediante la combinazione dei vincoli formali interni al nostro ordinamento con le

complementari finalità europee di tutela, così da scongiurare un cortocircuito con l'impianto legalitario costituzionale²⁶⁰.

Soltanto una lettura "integrata" del principio di legalità terrà conto sia delle istanze di derivazione europea, che delle peculiarità e degli strumenti propri del diritto nazionale, in modo tale da offrire un sistema potenziato di tutela per le esigenze di uguaglianza e ragionevolezza, nel pieno rispetto dei principi costituzionali.

²⁶⁰ Cfr. invece CUPELLI C., *Il caso Taricco e il controlimite della riserva di legge in materia penale*, in (a cura di) Bernardi A., *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Giuffrè, 2016, 354.

Bibliografia

- AA.VV. *Le discrasie fra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, (a cura di) A. Stile, Jovene, 1991
- AA.VV., *Il diritto europeo nel dialogo delle Corti*, (a cura di Cosio R. - Foglia R.), Giuffrè, 2013
- AA.VV., *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare*, (a cura di) Donini M., Giuffrè, 2003
- ADINOLFI A., *Il principio di legalità nel diritto comunitario*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2008
- AMALFITANO C. – CONDINANZI M., *Unione Europea: fonti, adattamento e rapporti tra ordinamenti*, Giappichelli, 2015
- AMALFITANO C., *Da una impunità di fatto a una imprescrittibilità di fatto della frode in materia di IVA*, in www.sidiblog.org, 15 settembre 15
- AMALFITANO C., *Mandato d'arresto europeo: reciproco riconoscimento vs diritti fondamentali?*, *L'integrazione europea attraverso il diritto processuale penale*, a cura di Mastroianni R. - Savy D., Editoriale scientifica, 2013
- AMARELLI G., *Dalla legolatria alla post, legalità: eclissi o rinnovamento di un principio?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2018
- AMARELLI G., *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
- AMBROSETTI E. M., *Codice e leggi speciali. Progettare una riforma dopo la riserva di codice*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2019
- AMBROSETTI E. M., *La sentenza delle Corte di giustizia dell'Unione Europea in tema di disapplicazione dei termini di prescrizione: medioevo prossimo venturo?*, in *Proc. pen. giust.*, 2016
- APRATI R., *Il protocollo dell'interpretazione convenzionalmente orientata*, in *Cass. pen.*, 2015, 11 APRILE E., *Ieri oggi e domani nel rapporto tra il diritto penale italiano e le norme sovranazionali di fonte europea*, in *Giust. pen.* 2013, 6, I

- ARLOTTA A., *La tutela dei diritti dell'uomo a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona: rapporti tra normativa interna e CEDU*, in *Giur. merito*, 2011
- BALBI G., *Democrazia crepuscolare e diritto vivente*, in *Criminalia*, 2015
- BALSAMO A. - PARASPORO C., *La Corte europea e la confisca contro la lottizzazione abusiva: nuovi scenari e problemi aperti*, in *Cass. pen.*, 2009
- BARAGGIA A., *La tutela dei diritti in Europa nel dialogo tra Corti: epifanie di una unione dai tratti ancora indefiniti*, in *www.rivistaaic.it*, 03 aprile 2015
- BARATTA A., *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale*, Giuffrè, 1966
- BARBERIS M., *Europa del diritto*, Il Mulino, 2008
- BARBERIS M., *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione*, in *Analisi e diritto*, 2004
- BARONE A., *L'uso del metodo della comparazione nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Quest. giustizia*, 2014
- BARTOLI R., *Legalità europea versus legalità nazionale? Un tentativo di possibile integrazione*, in (a cura di) Paliero C.E. - Moccia S. - De Francesco G. A. - Insolera G. - Pelissero M. - Rampioni R. - Riscato L., *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016
- BARTOLI R., *Lettera, precedente, scopo. Tre paradigmi interpretativi a confronto*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015
- BASSINI M., *Prescrizione e principio di legalità nell'ordine costituzionale europeo. Note critiche alla sentenza Taricco*, in *Consulta online*, 2016
- BELFIORE E. R., *Scenari "vecchi" e "nuovi" nei rapporti tra Corte di Giustizia e Corte costituzionale*, in *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie. I nuovi scenari della soggezione al diritto dell'UE: a proposito della sentenza della CG Taricco*, a cura di Paonessa C. e Zilletti L., Pacini editore, 2016
- BERNARDI A. - CUPELLI C. (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo fra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, in *Atti del convegno tenutosi all'Università degli Studi di Ferrara il 24 febbraio 2017*, Jovene, 2017

- BERNARDI A., *All'indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2009
- BERNARDI A., *Europeizzazione del diritto penale e progetto di Costituzione europea*, in *Dir. pen. e proc.*, 2004
- BERNARDI A., *Il costo "di sistema" delle opzioni europee sulle sanzioni punitive*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2018
- BERNARDI A., *Il difficile rapporto tra fonti interne e fonti sovranazionali*, in (a cura di) Paliero C.E. - Moccia S. - De Francesco G. A. - Insolera G. - Pelissero M. - Rampioni R. - Risicato L., *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016
- BERNARDI A., *L'uropeizzazione del diritto e della scienza penale*, 2004, Giappichelli
- BERNARDI A., *L'ordinanza Taricco della Corte costituzionale alla prova della pareidolia*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2017
- BERNARDI A., *La competenza penale accessoria dell'Unione Europea: problemi e prospettive*, in *Dir. pen. contemp.*, *Riv. trim.*, 1/2012
- BERNARDI A., *Nessuna pena senza legge (art. 7)*, in *Commentario della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, diretto da Bartole S. - Conforti B. - Raimondi G., Wolters Kluwer, 2001
- BERNARDI A., *Presentazione a GRANDI C., Riserva di legge e legalità penale europea*, Giuffè, 2010
- BERNARDI A., *Principi di diritto e diritto penale europeo*, in *Annali dell'Università di Ferrara – Scienze giuridiche*, vol. II, 1988
- BERNARDI A., *Sui rapporti tra diritto penale e soft law*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011
- BIN R., *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, 1992
- BIN R., *La prima sentenza post Taricco della Cassazione*, in www.archiviopenale.it, 2016
- BIN R., *Taricco: aspettando Godot, leggiamo Yves Bot*, in www.penalecontemporaneo.it, 20 novembre 2017

- BISSARO S., *I “nodi” della prescrizione: problematiche costituzionali alla luce della sentenza Taricco*, in *www.forumcostituzionale.it*, 5 ottobre 2016
- BOBBIO N., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Laterza, 2018
- BORSARI R., *Diritto penale, creatività e co-disciplinarietà. Banche di prova dell'esperienza giudiziale*, University press, 2013
- BRICCHETTI R., *Lo stato della legalità penale nella giurisprudenza*, in *Criminalia*, 2012
- BRICOLA F., *Art. 25, comma 2, Cost.*, in (a cura di) BRANCA G., *Commentario alla Costituzione. Rapporti civili (artt. 24-26)*, Zanichelli, 1981
- BRICOLA F., *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionali*, Milano, 1965
- BRICOLA F., *Legalità e crisi: l'art. 25, 2° e 3° co, della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70*, in *Quest. giustizia*, 1980
- CADOPPI A. (a cura di), *Cassazione e legalità penale*, Dike, 2017
- CADOPPI A., *Giudice penale e giudice civile di fronte al precedente*, in *Ind. Pen.*, 2014
- CADOPPI A., *Giurisprudenza e diritto penale*, in *Scritti in onore di Mauro Ronco*, Giappichelli, 2017
- CADOPPI A., *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Giappichelli, 2014
- CAIANIELLO M., *Processo penale e prescrizione nel quadro della giurisprudenza europea. Dialogo tra sistemi o conflitto identitario?*, in *Dir. pen. contemp.*, *Riv. trim.*, 2/2017
- CAIANIELLO M., *Quel che resta del dialogo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2018
- CALVANO R., *Prospettive di sviluppo del dialogo tra Corte di Giustizia e Corte costituzionale alla luce del Trattato di Lisbona. Il dialogo tra le Corti e l'attesa di un recupero del ruolo della politica*, in (a cura di) Pedrazza Gorlero M., *Le Corti europee e le Corti costituzionali dopo il Trattato di Lisbona*, Edizioni scientifiche italiane, 2010
- CANESTRINI N., *Il tormentato cammino del diritto penale comunitario tra procedure di infrazione, pre-alerts della Commissione e leggi delega*, in *Cass. pen.*, 2015,

- CANZIO G., *Nomofilachia, valore del precedente e struttura della motivazione*, in *Foro it.*, 2012
- CAPONI R., *Dialogo tra corti nazionali e corti internazionali*, in *www.academia.edu*
- CAPOTORTI F., *Il diritto comunitario non scritto*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1983
- CAPOTORTI F., *Le conclusioni dell'Avvocato generale Bot nella causa c.d. Taricco bis stentano a trovare un'auspicabile soluzione di compromesso: verso un conflitto tra le Corti?*, in *Eurojus.it*, 8 agosto 2017
- CARLIZZI G., *Per una sistematica del discorso sui rapporti tra gli ordinamenti giuridici. Riflessioni a partire dalla sentenza Melloni*, in *Criminalia*, 2013
- CARRARO, *La frantumazione progressiva, e in malam partem, del principio di legalità. La sentenza Taricco e le interpretazioni comunitariamente orientate del diritto penale*, in (a cura di) Kostoris R. E., *Percorsi giuridici della postmodernità*, Il Mulino, 2016
- CARTABIA M., *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in *I diritti in azione*, a cura di Cartabia M., Il Mulino
- CASTORINA E., *I valori fondanti dell'Unione europea*, in *L'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona, Atti del convegno Catania 9-10 aprile 2010*, a cura di Parisi N. - Petralia V., Giappichelli, 2011
- CATTANEO M. A., *Illuminismo e legislazione*, Edizioni di comunità, 1966
- CAVALIERE A., *Il concorso eventuale nel reato associativo. Le ipotesi delle associazioni per delinquere di tipo mafioso*, Edizioni scientifiche italiane, 2003
- CIAMPI A., *Il caso Taricco impone la disapplicazione delle garanzie della prescrizione: un problema di rapporti fra diritto dell'UE e diritto nazionale e di tutela dei diritti fondamentali, non solo di diritto processuale internazionale*, in *Int'l Lis*, 2016
- CIANDRI A., *Principio di legalità e prevedibilità della pena tra Corte di giustizia e Corte costituzionale*, in (a cura di) Kostoris R. E., *Percorsi giuridici della postmodernità*, Il Mulino, 2016
- CISTERNA A., *Consulta in linea con la giurisprudenza di Strasburgo*, in *Guida al diritto*, 38, 2016

- CIVELLO G., *Il dialogo tra le quattro Corti: dalla sentenza Varvara della Cedu alla sentenza Taricco della Cgue*, in *Arch. pen.*, 3/2015
- CIVELLO G., *La Consulta, adita sul caso "Taricco", adisce la Corte di Giustizia: orientamenti e disorientamenti nel c.d. "dialogo fra le corti"*, in *Arch. pen.*, 1/2017
- CIVELLO G., *La legalità come inconveniente: la "dimenticanza della legge" e le sue conseguenze nella teoria del reato*, in *Arch. pen.*, 2/2017
- CIVELLO G., *La sentenza Taricco della Corte di Giustizia Ue: contraria al Trattato la disciplina italiana in tema di interruzione della prescrizione del reato*, in *Arch. pen.*, 3/2015
- CIVELLO G., *La sentenza Varvara c. Italia non vincola il giudice italiano: dialogo fra Corti o monologhi di Corti?*, in *www.archiviopenale.it*, 1/2015
- COMI V., *Interessi finanziari UE, procura europea, difesa: nessun passo indietro sul piano delle garanzie*, in *Arch. pen.*, 2/2013
- CONSULICH F. – MANNOZZI G., *La sentenza della Corte di Giustizia C-176/03: riflessi penalistici in tema di principio di legalità e politica dei beni giuridici*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 4/2006
- CONSULICH F., *La prescrizione della legalità, il rapporto tra diritto penale tributario, e il diritto dell'Unione europea dopo la sentenza della Corte di giustizia sul caso Taricco*, in *Diritto e pratica tributaria internazionale*, 1/2016
- CONTI R., *CEDU e interpretazione del giudice: gerarchia o dialogo con la Corte di Strasburgo?*, in *www.federalismi.it*, 6/2010
- CORBO A., *I complessi rapporti tra legge penale e giudicato*, in *Rassegna della giurisprudenza di legittimità. Gli orientamenti delle Sezioni Unite*, suppl. a *Cass. pen.*, 4/2015
- CORSO P., *Taricco versus Montesquieu. La Consulta si schiera e l'Avvocato generale UE non convince*, in *DPCE online*, 2017/3
- COSTA P., *Pagina introduttiva. Il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Giuffrè, 2007, 36, tomo I
- CUPELLI C., *La nuova legge sulla partecipazione alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'U.E.*, in *Dir. pen. e proc.*, 2013

- CUPELLI C., *Hobbes europeista? Diritto penale europeo, auctoritas e controlimiti*, in *Criminalia*, 2013
- CUPELLI C., *Il caso Taricco e il controlimite della riserva di legge in materia penale*, in (a cura di) Bernardi A., *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Giuffrè, 2016
- CUPELLI C., *Il caso Taricco e l'ordinanza 24 del 2017: prove di dialogo a senso unico*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2017
- CUPELLI C., *Il Parlamento europeo e i limiti di una codecisione in materia penale. Tra modelli di democrazia e crisi della riserva di legge*, in *Criminalia*, 2013
- CUPELLI C., *Il problema della legalità penale. Segnali in controtendenza sulla crisi della riserva di legge*, in *Giur. cost.*, 2015
- CUPELLI C., *La Corte costituzionale ancora non decide sul caso Taricco, e rinvia la questione alla Corte di giustizia*, in *Dir. pen. contemp.*, 1/2017
- CUPELLI C., *La Corte costituzionale chiude il caso Taricco e apre a un diritto penale europeo 'certo'*, in www.penalecontemporaneo.it, 4 giugno 2018
- CUPELLI C., *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Edizioni scientifiche italiane, 2012
- CUPELLI C., *Le conclusioni dell'Avvocato Generale sul caso Taricco: aspettando la Corte di Giustizia... il dialogo (non) continua*, in www.penalecontemporaneo.it, 3 ottobre 2017
- D'AMICO M., *Il principio di legalità in materia penale fra Corte costituzionale e Corti europee*, in (a cura di) Zanon N., *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Edizioni scientifiche italiane, 2006
- D'ANDREA L. – MOSCHELLA G. – RUGGERI A. – SAITTA A., *Crisi dello stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali*, Giappichelli, 2015
- DANIELE L., *Il seguito del caso Taricco: l'Avvocato generale Bot non apre al dialogo tra Corti*, in *European papers. European forum*, 7 settembre 2017
- DE AMICIS G., *All'incrocio tra diritti fondamentali, mandato d'arresto europeo e decisioni contumaciali: la Corte di Giustizia e il "caso Melloni"*, in www.penalecontemporaneo.it, 7 giugno 2013

- DE AMICIS G., *Il giudice penale nel sistema europeo delle fonti*, in *Cass. pen.*, 2007, 4
- DE FRANCESCO G. A., *Le linee della politica criminale: "integrazione e sviluppo dei sistemi repressivi, nel quadro dell'internazionalizzazione della tutela penale*, in AA.VV., *Diritto penale comparato, europeo e internazionale: prospettive per il XXI secolo. Omaggio a Heins-Heinrich Jescheck per il 92° compleanno*, Giuffrè, 2006
- DE FRANCESCO G., *Brevi spunti sul caso Contrada*, in *Cass. pen.*, 2016, 1
- DE FRANCESCO G., *Due temi controversi lo sviluppo del 'diritto giurisprudenziale' ed i principi intertemporali della legge penale*, in (a cura di) Paliero C.E. - Moccia S. - De Francesco G. A. - Insolera G. - Pelissero M. - Rampioni R. - Riscato L., *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016
- DE FRANCESCO G., *Due temi controversi lo sviluppo del 'diritto giurisprudenziale' ed i principi intertemporali della legge penale*, in (a cura di) Paliero C.E. - Moccia S. - De Francesco G. A. - Insolera G. - Pelissero M. - Rampioni R. - Riscato L., *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016
- DE FRANCESCO G., *Internazionalizzazione del diritto e della politica criminale: verso un equilibrio di molteplici sistemi penali*, in *Dir. pen. e proc.*, 2003, 3
- DE FRANCESCO G., *Legislazione, giurisprudenza, scienza penale: uno schizzo problematico*, in *Cass. pen.*, 2016, 3
- DE FRANCESCO G.A., *Il concorso esterno nell'associazione mafiosa torna alla ribalta del sindacato di legittimità*, in *Cass. pen.*, 2012
- DE GASPERIS C., *La figura del concorso esterno in associazione di stampo mafioso tra diritto interno e Cedu: l'affaire Contrada*, in *Cass. pen.*, 2016, 11
- DE VERGOTTINI G., *Oltre il dialogo fra le corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Mulino, 2010
- DE VERO G., *Gli obblighi di penalizzazione di fonte europea*, in (a cura di) Paliero C.E. - Moccia S. - De Francesco G. A. - Insolera G. - Pelissero M. - Rampioni R. - Riscato L., *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016

- DE VERO G., *Limiti di vincolatività in diritto penale degli obblighi comunitari*, in (a cura di) Grasso G. - Sicurella R., *Per un rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interventi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, Giuffrè, 2008
- DELLO RUSSO A., *Disorientamenti sulla prescrizione dei reati fiscali a rilievo europeo tra Corte di Giustizia, Corte di Cassazione e giudici di merito*, in *www.archiviopenale.it*, 3/2015
- DELMAS MARTY M., *L'emersione di un ordine giuridico mondiale: patologia o metamorfosi?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015
- DELMAS MARTY M., *L'emersione di un ordine giuridico mondiale: patologia o metamorfosi?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015
- DI CHIARA G. - FIANDACA G., *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Jovene, 2003
- DI CHIARA G., *Prescrizione, frodi comunitarie e giurisprudenza della Corte di giustizia: un nuovo rinvio pregiudiziale a Lussemburgo per il caso Taricco*, in *Dir. pen. e proc.*, 3/2017
- DI GIOVINE O., *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russell e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale*, in *Dir. pen. contemp.*, *Riv. trim.*, 2/2015
- DI GIOVINE O., *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, in *Dir. pen. contemp.*, *Riv. trim.*, 1/2013
- DI GIOVINE O., *Dal costruttivismo al naturalismo interpretativo? Spunti di riflessione in materia penale*, in *Criminalia*, 2012
- DI GIOVINE O., *Diritti insaziabili e giurisprudenza nel sistema penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011
- DI GIOVINE O., *Il ruolo costitutivo della giurisprudenza. Con particolare riguardo al precedente europeo*, in (a cura di) Paliero C.E. - Moccia S. - De Francesco G. A. - Insolera G. - Pelissero M. - Rampioni R. - Risicato L., *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016
- DI GIOVINE O., *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Giuffrè, 2006

- DI MARTINO A., *Intersezioni di legalità e "sanzioni" accessorie. Tra giurisprudenza nazionale, diritti umani, sistemi penali stranieri*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Giuffrè, 2011
- DI MARTINO A., *Una legalità per due? Riserva di legge, legalità CEDU e giudice-fonte*, in *Criminalia*, 2014
- DINACCI F., *Interpretazione europeisticamente orientata: tra fonti normative e resistenze giurisprudenziali*, in *Cass. pen.*, 2016, 7/8
- DINACCI F., *L'effettività dei controlli sulla decisione tra vincoli europei e carta dei valori*, in *Cass. pen.*, 2016, 9
- DOLCINI E., *Il carattere generale e astratto della legge e la riserva di legge in materia penale: principi-cardine dell'ordinamento o polverose reminiscenze del passato?*, in (a cura di) Cocco G., *Interpretazione e precedente giudiziale in materia penale*, Cedam, 2005
- DONINI M., *An impossible exchange? Prove di dialogo tra civil law e common lawyers su legalità, morale e teoria del reato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2017
- DONINI M., *Europeismo giudiziario e scienza penale: dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Giuffrè, 2011
- DONINI M., *Il caso Contrada e la Corte Edu. La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giudiziaria*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2016
- DONINI M., *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in (a cura di) Cadoppi A., *Cassazione e legalità penale*, Dike, Roma, 2017
- DONINI M., *Il diritto penale come etica pubblica. Considerazioni sul politico quale "tipo d'autore"*, Mucchi, 2014
- DONINI M., *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Giuffrè, 2004
- DONINI M., *La situazione spirituale della ricerca giuridica penalistica. Profili di diritto sostanziale*, in *Cass. pen.*, 2016, 5
- DONINI M., *Lettura critica di Corte costituzionale n. 115/2018. La determinatezza ante applicationem e il vincolo costituzionale alla prescrizione sostanziale*

- come controlimiti alla regola Taricco, in www.penalecontemporaneo.it, 11 luglio 2018
- DONINI M., *Serendipità e disillusioni della giurisprudenza. Che cosa è rimasto della sentenza C. cost. n. 364/1988 sull'ignorantia legis*, in (a cura di) Foffani L. - Fregni M. C. - Lambertini R., *Liber Amicorum per Massimo Bione*, Giuffrè, 2011
- DRAETTA U., *Elementi di diritto dell'Unione europea*, Giuffrè, 2018
- DWORKIN R., *I diritti presi sul serio*, trad. it. a cura di Muffatto N., Il Mulino, 2010
- EPIDENDIO T. E., *Prescrizione, legalità e diritto giurisprudenziale: la "crisi" del diritto penale tra le Corti*, in www.penalecontemporaneo.it, 28 settembre 2017
- ESPOSITO A., *Il diritto penale "flessibile". Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Giappichelli, 2008
- EUSEBI L., *Nemmeno la Corte di giustizia può erigere il giudice a legislatore*, in *Dir. pen. contemp.*, Riv. trim., 2/2015
- FAGGIANI V., *La sentenza del TC sul caso Melloni: esempio del dialogo giudiziario europeo o di un monologo?*, in www.forumcostituzionale.it, 20 marzo 2015
- FAGGIANI V., *Lo strategico rinvio pregiudiziale della consulta sul caso Taricco*, in www.osservatorioaic.it, 1/2017
- FALATO F., *Garantismo: diritto e diritti nel dialogo tra Carte e Corti. A proposito della sentenza Taricco*, in *Giust. pen.*, 2016
- FALCINELLI D., *L'alba del concorso "eventuale" nel reato di associazione mafiosa: la garanzia della legalità penale contro le nebbie della giurisprudenza*, in www.diritti-cedu.unipg.it
- FARAGUNA P. - PERINI P., *L'insostenibile imprescrittibilità del reato. La Corte d'Appello di Milano mette la giurisprudenza "Taricco" alla prova dei controlimiti*, in www.penalecontemporaneo.it, 30 marzo 2016
- FARAGUNA P., *Frodi sull'Iva e il caso Taricco: la Corte di Giustizia fa marcia indietro*, in Lacostituzione.info, 6 dicembre 2017
- FEBBO F., *Sentenza Taricco e "post Taricco": art. 25, co. 2, Cost. come controlimite?*, in www.discrimen.it
- FERRAJOLI L., *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Laterza, 1999
- FERRAJOLI L., *La democrazia attraverso i diritti*, Laterza, 2013

- FIANDACA G. - DI CHIARA G., *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Jovene, 2003
- FIANDACA G., *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia*, 2011
- FIANDACA G., *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2005
- FIANDACA G., *Ermeneutica e applicazione giudiziale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2001
- FIANDACA G., *Giudizi di fatto nel sindacato di costituzionalità in materia penale, tra limiti ai poteri e limiti ai saperi*, in *Studi in onore di Mario Romano*, I, Giuffrè, 2011
- FIANDACA G., *Il concorso esterno; un istituto senza pace*, in *Legislaz. pen.*, 2012
- FIANDACA G., *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, Editoriale scientifica, 2008
- FIANDACA G., *Il diritto penale tra legge e giudice*, Wolters Kluwer, 2002
- FIANDACA G., *In tema di rapporti tra codice e legislazione penale complementare*, in *Dir. pen. e proc.*, 2001
- FIANDACA G., *In tema di rapporti tra codice e legislazione penale complementare*, in *Dir. pen. e proc.*, 2001
- FIANDACA G., *La riforma codicistica fra mito accademico e realtà politico culturale*, in AA.VV., *Gli ottant'anni del Codice Rocco*, (a cura di) Stornioni L. - Insolera G., Bonomia University press, 2012
- FIANDACA G., *Legalità penale e democrazia*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2007
- FIANDACA G., *Prima lezione di diritto penale*, Laterza, 2017
- FIANDACA G., *Quale diritto penale per l'Europa?*, in (a cura di) Trujillo I. - Viola F., *Identità, diritti, ragione pubblica in Europa*, Il Mulino, 2007
- FIANDACA G., *Sul contributo della scienza penalistica alla costruzione di un diritto penale europeo*, in *Nuove autonomie*
- FIANDACA G., *Sulla giurisprudenza costituzionale, tra principi e democrazia*, in *Cass. pen.*, 1/2017

- FIANDACA G., *Uguaglianza e diritto penale*, in *Le ragioni dell'uguaglianza*, a cura di Cartabia M.– Vettor T., Giuffrè, 2009
- FILIPPI L., *Il conflitto tra la Corte europea e la Consulta*, in *Arch. pen.*, 3/2015
- FIorentino G., *La Corte di Cassazione e la resistibile ascesa della giurisprudenza*, in www.questionegiustizia.it, 1 febbraio 16
-
- FROMM I., *Supranational Criminal Law Competence and the Democratic Deficit of the European Union*, in *Journal of European Criminal Law*, 2008, 2
- GALLI C., *Il disagio della democrazia*, Torino, 2011
- GALLO F., *Rapporti tra Corte costituzionale e Corte Edu*, in www.rivistaaic.it, 24 maggio 2012
- GALLO M., *Appunti di diritto penale. La legge penale*, Giappichelli, 1999
- GALLUCCI E., *La difficile composizione tra i dicta della Corte di Lussemburgo e i principi fondamentali in materia penale*, in *Atti del Convegno Aspettando la Corte costituzionale. Il caso Taricco e i rapporti tra diritto penale e diritto europeo*, in www.rivistaaic.it, n. 4/2016
- GAMBARDELLA M., *Caso Taricco e garanzie costituzionali ex art. 25 Cost.*, in *Cass. pen.*, 2016, 1462
- GAMBINO S., *Livello di protezione dei diritti fondamentali e dialogo tra le Corti*, in www.federalismi.it, 25 giugno 2014
- GARGANI A., *Verso una 'democrazia giudiziaria'. I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, in *Criminalia*, 2011
- GINSBORG P., *La democrazia che non c'è*, trad. it. di Benghi E., Einaudi, 2014
- GIORDANO S. E., *Il concorso esterno al vaglio della Corte Edu: prime riflessioni sulla sentenza Contrada contro Italia*, in www.archiviopenale.it, 14 aprile 2015
- GIOVANNINI A., *Prescrizione del reato di frode nell'IVA*, in *Cass. pen.*, 2016, 6
- GIUNTA F., *La legittimazione del giudice penale tra vincolo di soggezione alla legge e obbligo di motivazione*, in *Giust. pen.*, 2011, 2
- GRANDI C., *Il ruolo del Parlamento europeo nell'approvazione delle direttive di armonizzazione penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015
- GRANDI C., *Le qualità della norma penale correlate al procedimento formativo nazionale e a quello europeo*, in Grasso G. - Picotti L. - Sicurella

- R., *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Giuffrè, 2011
- GRANDI C., *Processo decisionale europeo e democrazia penale. Osservazioni a margine della "legge quadro" n. 234 del 2012*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 2013
- GRANDI C., *Riserva di legge e legalità penale europea*, Giuffè, 2010
- GRASSO G. - GIUFFRIDA F., *L'incidenza sul giudicato interno delle sentenze della Corte europea che accertano violazioni attinenti al diritto penale sostanziale*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 25 maggio 2015
- GRASSO G., *Fonti sovranazionali e principio di legalità*, in (a cura di) Paliero C.E. - Moccia S. - De Francesco G. A. - Insolera G. - Pelissero M. - Rampioni R. - Riscato L., *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016
- GRASSO G., *Introduzione: Diritto penale e integrazione europea*, in (a cura di) Grasso G. - Sicurella R., *Lezioni di diritto penale europeo*, Giuffrè, 2007
- GRASSO G., *La Costituzione per l'Europa e la formazione di un diritto penale dell'Unione europea*, in AA.VV., *Lezioni di diritto penale europeo*, a cura di Grasso G. - Sicurella R., Giuffrè, 2007
- GROSSI P., *L'Europa del diritto*, Laterza, 2007
- GROSSI P., *L'ordine giuridico medievale*, Laterza, 2006
- GROSSI P., *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, 2007
- GROSSI, *Codici: qualche conclusione tra un millennio e l'altro*, in AA.VV., *Codici. Una riflessione di fine millennio*, Giuffrè, 2002
- GROSSO C. F., *Il fascino discreto della conservazione (considerazione in margine all'asserita crisi del principio di riserva di legge in materia penale)*, in *Criminalia*, 2011
- GUASTAFERRO B., *Legalità sovranazionale e legalità costituzionale. Tensioni costitutive e giunture ordinamentali*, Giappichelli, 2013
- HABERMAS J., *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, trad. it. a cura di Ceppa L., Laterza, 1966
- HARRIS D. J. - O'BOYLE M. - WARBRICK C., *Law of the European Convention on human rights*, Oxford University press, 2009

- HART H. L. A., *Il positivismo e la separazione tra diritto e morale*, in Contributi all'analisi del diritto, Milano, 1964
- HILF M., *The protection of fundamental rights in the community*, in AA.VV., *European law and the individual*, North Holland, 1976
- IACOMETTI M., *Il caso Melloni e l'interpretazione dell'art. 53 della Carte dei diritti fondamentali dell'Unione europea tra Corte di Giustizia e Tribunale costituzionale spagnolo*, in *www.rivistaaic.it*, ottobre 2013
- IADICICCO M. P., *La diagnosi genetica preimpianto nella giurisprudenza italiana ed europea, L'insufficienza del dialogo tra le Corti*, in *Quaderni cost.*, 2/2015
- IADICICCO M. P., *La riserva di legge nelle dinamiche di trasformazione dell'ordinamento interno e comunitario*, Giappichelli, 2007
- ICHINO G., *L' "affaire Scoppola c. Italia" e l'obbligo dell'Italia ormai alle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2010
- INSOLERA G., *Dogmatica e orientamento della giurisprudenza*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 18 novembre 2013
- INSOLERA G., *Qualche riflessione e una domanda sulla legalità penale nell' "epoca dei giudici"*, in *Criminalia*, 2012
- IRTI N., *L'età della decodificazione*, Giuffrè, 1979
- KOSTORIS R. E., *Equità, processo penale, diritto europeo. Riflessioni di un giurista di civil law*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2016
- KOSTORIS R. E., *Processo penale, diritto europeo e nuovi paradigmi del pluralismo giuridico postmoderno*, Giappichelli, 2018
- KUIHL L., *Spazio giudiziario di cooperazione e di integrazione penale?*, in (a cura di) Grasso G. – Picotti L. – Sicurella R., *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Giuffrè, 2011
- LANZI A., *Fra il legislatore apparente e il giudice sovrano*, in *Scritti in onore di Mauro Ronco*, Giappichelli, 2017
- LANZONI L., *Livello di tutela dei diritti fondamentali e art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: nuove indicazioni della Corte di giustizia sulla nozione di interpretazione conforme*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2013

- LAURITO A., *Brevi considerazioni a prima lettura dei tre quesiti oggetto del rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale nel caso Taricco*, in www.giurisprudenzapenale.com, 27 gennaio 2017
- LEACCHE M. T., *La sentenza della Corte Edu nel caso Contrada e l'attuazione nell'ordinamento interno del principio di legalità convenzionale*, in *Cass. pen.*, 2015
- LUCEV R., *Le conclusioni dell'Avvocato generale Bot nella causa sul rinvio pregiudiziale Taricco: verso uno scontro frontale*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2017, 7-8
- LUCIANI M., *Chi ha paura dei controlimiti?*, in *Atti del Convegno "Aspettando la Corte costituzionale. Il caso Taricco e i rapporti tra diritto penale e diritto europeo"*, 2016
- LUCIANI M., *Costituzione, integrazione europea, globalizzazione*, in *Quest giust.*, 2008, 6
- LUCIANI M., *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in www.rivistaaic.it, 2/2016, 15 aprile 2016
- LUCIANI M., *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir., Annali*, IX (2016), 467
- LUPO, *L'evoluzione del dialogo tra le Corti*, in *Quest. giust.*, 1/2014
- LUPO, *La primauté del diritto dell'UE e l'ordinamento penale nazionale (riflessioni sulla sentenza Taricco)*, in *Dir. pen. contemp., Riv. trim.*, 1/2016
- LUZZATI C., *La politica della legalità*, Il Mulino, 2005
- MADDALENA M., *Una magistratura autonoma e indipendente*, in AA.VV., *Governo dei giudici. La magistratura tra diritto e politica*, a cura di Bruti Liberati E. - Ceretti E. - Giansanti A., Feltrinelli, 1996
- MAIELLO V., *Consulta e Cedu riconoscono la matrice giurisprudenziale del concorso esterno*, in *Dir. pen. e proc.*, 2015
- MAIELLO V., *Prove di resilienza del nullum crimen: Taricco versus controlimiti*, in *Cass. pen.*, 2016, 3
- MAIELLO V., *Riserva di codice e decreto-legge in materia penale: un (apparente) passo avanti ed uno indietro sulla via del recupero della centralità del codice*,

- in AA.VV., *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul progetto Grosso*, a cura di A.M. Stile, Jovene, 2003
- MANACORDA S., *Dalla carte dei diritti a un diritto penale "à la carte"? (note a margine delle sentenze Fransson e Melloni della Corte di Giustizia, in L'integrazione europea attraverso il diritto processuale penale*, a cura di Mastroianni R. - Savy D., Editoriale scientifica, 2013
- MANACORDA S., *La prescrizione delle frodi gravi in materia di Iva: note minime sulla sentenza Taricco*, in *Arch. pen.*, 3/2015
- MANACORDA S., *Le garanzie penalistiche nei rapporti con il diritto dell'Unione il problematico ricorso al rinvio pregiudiziale: una lettura contestualizzata del caso Taricco*, in *Cass. pen.*, 2016
- MANES V., *Commento all'art. 7*, in Bartole S. - De Sena P. - Zagrebelsky V., *Commentario breve della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Wolters Kluwer, 2012
- MANES V., *Commento all'art. 7*, in Bartole S. - De Sena P. - Zagrebelsky V., *Commentario breve della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Wolters Kluwer, 2012
- MANES V., *Common law-isation del diritto penale? Trasformazione del nullum crimen e sfide prossime future*, in *Cass. pen.*, 2017, 3
- MANES V., *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica"*, relazione al Convegno *Il valore del precedente nel sistema ordinamentale*, in www.penalecontemporaneo.it, 17 gennaio 2018
- MANES V., *Diritto penale e fonti sovranazionali*, in *Introduzione al sistema penale. Vol. I*, a cura di Insolera G. - Mazzacuva N. - Pavarini M. - Zanotti M., Dike giuridica, 2012
- MANES V., *Dove va il controllo di costituzionalità in materia penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015
- MANES V., *I principi penalistici nel network multilivello: trapianto palingenesi, cross fertilization*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2012
- MANES V., *I rapporti tra diritto comunitario e diritto penale nello specchio della giurisprudenza della Corte di Giustizia: approdi recenti e nuovi orizzonti*, in (a

- cura di) Sgubbi F. - Manes V., *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, Bononia University press, 2007
- MANES V., *Il giudice nel labirinto, Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Dike Giuridica, 2012
- MANES V., *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Giappichelli, 2005
- MANES V., *Il ruolo poliedrico del giudice penale, tra spinte di esegesi adeguatrice e vincoli di sistema*, in *Giust. pen.* 2014, 1
- MANES V., *Introduzione. La lunga marcia della Convenzione europea ed i "nuovi" vincoli per l'ordinamento (e il giudice) penale interno*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di Manes V. - Zabrebelsky V., Giuffrè, 2011
- MANES V., *La svolta Taricco e la potenziale sovversione di sistema: le ragioni dei controlimiti*, in www.penalecontemporaneo.it, 6 maggio 2016
- MANES V., *Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, in *Arch. pen.*, 1/2012
- MANES V., *Prometeo alla Consulta: una lettura dei limiti costituzionali all'equiparazione tra 'diritto giurisprudenziale' e 'legge'*, in *Giur. cost.*, 2013
- MANNA A., *Il difficile dialogo fra Corti europee e Corti nazionali nel diritto penale: analisi di due casi problematici (Taricco e Contrada)*, in www.archiviopenale.it, 20/12/2016
- MANNA A., *Il nuovo delitto di false comunicazioni sociali (tra law in the books and law in action): cronaca di una discutibile riforma*, in *Archivio penale*, 2016
- MANNA A., *Il principio di legalità*, in *Archivio penale*, 2017, 3
- MANNA A., *La sentenza Contrada ed i suoi effetti sull'ordinamento italiano: doppio vulnus alla legalità penale?*, in ww.dirittopenalecontemporaneo.it, 4 ottobre 2016
- MANTOVANI F., *Sulla perenne esigenza della codificazione*, in AA.VV., *Valori e principi della codificazione penale: le esperienze italiana, spagnola e francese al confronto*, Cedam, 1995
- MANTOVANI F., *Verso un nuovo codice penale?*, in MANTOVANI F., *Umanità e razionalità del diritto penale*, Cedam, 2008

- MANZINI V., *Trattato*, Utet, ed. 1981
- MARCOLINI S., *La prescrizione del reato tra diritto e processo: dal principio di legalità sostanziale a quello di legalità processuale*, in *Cass. pen.*, 2012
- MARINO G., *La presunta violazione da parte dell'Italia del principio di legalità ex art. 7 Cedu: un discutibile approccio ermeneutico o un problema reale?*, in www.penalecontemporaneo.it, 3 luglio 2015
- MARINO G., *Nuove incongruenze giurisprudenziali sul concorso esterno in associazione mafiosa: gli effetti della sentenza contrada della Corte Edu*, in www.penalecontemporaneo.it, 6 maggio 2016
- MARINUCCI G. - DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, ed. 5, Giuffrè, 2015
- MARINUCCI G., *L'analogia e la punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie legale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007
- MARRA G., *Il paradosso della legalità nella modernità penalistica. Note a margine di Wolfgang Naucke, Negatives Strafrecht. 4 Ansätze, Lit, Berlin, 2015*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2018
- MARTINICO G., *Corti costituzionali (o supreme) e 'disobbedienza funzionale'. Critica, dialogo e conflitti nel rapporto fra diritto interno e diritto delle Convenzioni (CEDU e Convenzione americana sui diritti umani)*, in *Dir. pen. contemp.*, *Riv. trim.*, 2/2015
- MARTINO A., *Una legalità per due? Riserva di legge, legalità CEDU e giudice-fonte*, in *Criminalia*, 2014
- MASARONE V., *L'inappagante continuità del diritto penale dell'Unione dalla Costituzione europea al Trattato di Lisbona*, in *Crit. dir.*, 2008
- MASARONE V., *Politica criminale e diritto penale nel contrasto al terrorismo internazionale. Tra normativa interna, europea ed internazionale*, Edizioni scientifiche italiane, 2013
- MASERA L., *La nozione costituzionale di materia penale*, Giappichelli, 2018
- MASSARO A., *Europeizzazione del diritto penale e razionalizzazione del sistema sanzionatorio: il superamento dei doppi binari nazionali nel segno sostanzialistico funzionale della materia penale*, in www.penalecotemporaneo.it, 15 luglio 15

- MASSARO A., *Taricco 2 – Il ritorno (sui propri passi?). I controlimiti come questione che “spetta ai giudici nazionali”*: cambiano i protagonisti, ma la saga continua, in *Giurisprudenza Penale web*, 2017
- MAUGERI A. M., *I principi fondamentali del sistema punitivo comunitario: la giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in AA.VV. *Per un rilancio del progetto europeo*, a cura di Grasso G. – Sicurella R., Giuffrè, 2008
- MAZZA O., *Il sasso nello stagno: la sentenza europea sulla prescrizione e il crepuscolo della legalità penale*, in *Rass. tribut.*, 2015, 6
- MAZZA O., *Scelte politiche europee e limiti costituzionali in tema di prescrizione del reato*, in *Arch. pen.*, 3/2015
- MAZZACUVA F., *L'interpretazione evolutiva del nullum crimen nella recente giurisprudenza di Strasburgo*, in (a cura di) Manes V., - Zabrebelsky V., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè, 2011
- MAZZACUVA F., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e i suoi riflessi sul sistema penale*, in Cadoppi A. - Canestrari S. - Manna A. – Papa M., *Trattato di diritto penale, Parte generale*, vol. I, *Il diritto penale e la legge penale*, Utet, 2012
- MAZZACUVA F., *La materia penale e il “doppio binario” della Corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013
- MAZZACUVA F., *Un “hard case” davanti alla Corte europea: argomenti e principi nella sentenza su Punta Perotti*, in *Dir. pen. e proc.*, 2009
- MENGOZZI P., *Istituzioni di diritto comunitario e dell'Unione europea*, 2° ed., Wolters Kluwer, 2006
- MEZZETTI E. - SESTIERI M., *Una sentenza gravida di effetti in tema di prescrizione delle frodi IVA: fraintendimenti sul principio di assimilazione*, in *Arch. pen.*, 2016, 1
- MICHELETTI D., *Premesse e conclusioni della sentenza Taricco dai luoghi comuni sulla prescrizione alle primato in malam partem del diritto europeo*, in www.la legislazione penale.eu, 5 febbraio 2016

- MOCCIA S., *La crisi della legalità nella crisi del sistema penale*, in (a cura di) Paliero C.E. - Moccia S. - De Francesco G. A. - Insolera G. - Pelissero M. - Rampioni R. - Riscato L., *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016
- MOLINAROLLI A., *Spunti problematici in materia di sussidiarietà europea*, in www.penalecontemporaneo.it, 16 gennaio 2014
- MORELLI A., *Le trasformazioni del principio democratico*, in (a cura di) Ventura L. - Morelli A., *Principi costituzionali*, Giuffrè, 2015
- NAPOLEONI V., *Mutamento di giurisprudenza in bonam partem e revoca del giudicato di condanna: altolà della Consulta a prospettive avanguardistiche di (supposto) adeguamento ai dicta della Corte di Strasburgo*, in *Dir. pen. contemp., Riv. trim.*, n. 3-4/2012
- NATALE A., *Le tappe della cd. Saga Taricco e alcune riflessioni in ordine sparso*, in *Quest. giust.*, 7 dicembre 2017
- NEGRI D., *Il dito della irretroattività sfavorevole e la luna della garanzia giurisdizionale: la posta in gioco dopo la sentenza corte di giustizia Ue, Taricco*, in *Arch. pen.*, 3/2016
- NISTICÒ M., *L'interpretazione giudiziale nella tensione tra i poteri dello Stato. Contributo sui confini della giurisdizione*, Giappichelli, 2015
- NUEMANN U., *Tendenze di una rimoralizzazione del diritto penale in un diritto penale preventivo illuministico*, in *Per un manifesto del neoilluminismo penale*, a cura di Cocco G., Wolters Kluwer, 2016
- OBERTO O., *La tutela dei diritti fondamentali nelle Carte Costituzionali, ovvero del difficile dialogo tra le Carte*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1/2013, 173
- PADOVANI T., *Jus non scriptum e crisi della legalità nel diritto penale*, Editoriale scientifica, 2014
- PALAZZO F. - BERNARDI A., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la politica criminale italiana: intersezioni e lontananze*, in *RIDU*, 1988
- PALAZZO F., *Attuali inquietudini della scienza penale tra utopismo e realismo*, in (a cura di) Paliero C.E. - Moccia S. - De Francesco G. A. - Insolera G. - Pelissero

- M. - Rampioni R. - Riscato L., *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016
- PALAZZO F., *Corso di diritto penale. Parte generale*, 6° ed., Giappichelli, 2016
- PALAZZO F., *Europa e diritto penale: i nodi al pettine*, in *Dir. pen. proc.*, 2011
- PALAZZO F., *Fra aspirazioni e chimere la ricodificazione del diritto penale italiano*, in *Dir. pen. e proc.*, 1999
- PALAZZO F., *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Cedam, 1979
- PALAZZO F., *Il principio di legalità tra Costituzione e suggestioni sovranazionali*, in www.legislazionepenale.eu, 29 gennaio 2016
- PALAZZO F., *La Consulta risponde, alla "Taricco": punti fermi, anzi fermissimi, e dialogo aperto*, in *Dir. pen. e proc.*, n. 3/2017
- PALAZZO F., *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2015
- PALAZZO F., *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regola iuris*, in Vassalli G. (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Edizioni scientifiche italiane, 2006
- PALAZZO F., *Legalità fra law in the books e law in action*, in www.penalecontemporaneo.it, 15 gennaio 16
- PALAZZO F., *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio fondamentale*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. volume 36- tomo II, 1279
- PALAZZO F., *Principio di legalità penale e giustizia penale*, in *Cass. pen.*, 2016, 7/8
- PALAZZO F., *Requiem per il codice penale? (Scienza penale e politica dinanzi alla ricodificazione)*, in AA.VV., *Gli ottant'anni del Codice Rocco*, (a cura di) Stornioni L. - Insolera G., Bonomia University press, 2012
- PALAZZO F., *Sistema delle fonti e legalità penale*, in *Cass. pen.*, 2005
- PALAZZO F., *Testo e contesto nell'interpretazione penalistica*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffrè, 2006, Tomo I
- PALIERO C.E., *Riforma penale in Italia e dinamica delle fonti. Una paradigmatica*, in AA.VV., *La riforma della parte speciale del diritto penale. Verso la*

- costruzione di modelli comuni a livello europeo, (a cura di) Papa M., Giappichelli, 2005
- PALIERO, *L'autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1994
- PALMIERI F., *Il principio di legalità*, in (a cura di) Gianniti P., *La Cedu e il ruolo delle Corti*, Zanichelli, 2015
- PANEBIANCO A., *Il potere, lo stato, la libertà. La gracile costituzione della società libera*, Mulino, 2004
- PANEBIANCO G., *La variabile consistenza delle garanzie penali nella politica criminale europea*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2016, 4
- PAOLONI L., *Il ruolo della borghesia mafiosa nel delitto di concorso esterno in associazione di stampo mafioso. Un esempio della perdurante attualità delle Sezioni Unite "Mannino"*, in *Cass. pen.*, 2015
- PAONESSA C., *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Edizioni ETS, 2009
- PAONESSA C., ZILLETTI L., *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie. I nuovi scenari della soggezione al diritto dell'Unione Europea: a proposito della sentenza della Corte di Giustizia Taricco*, Pacini giuridica, 2016
- PAPA M., *Codici e leggi speciali. Progettare una riforma dopo la riserva di codice*, in *Riv. it. ambrosettidir. e proc. pen.*
- PAPA M., *Dal codice penale "scheumorfico" alle playlist. Considerazioni inattuali sul principio di riserva di codice*, in *Dir. pen. contemp.*, *Riv. trim.*, 5/2018
- PEERS S., *In a world of Their Own? Justice and Home Affairs Opt-Outs and the Treaty of Lisbon*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Cambridge University press, 2008
- PICOTTI L., *Limiti garantistici delle incriminazione penali e nuove competenze europee alla luce del Trattato di Lisbona*, in (a cura di) Grasso G. – Picotti L. – Sicurella R., *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Giuffrè, 2011
- PIERGALLINI C., *Autonormazione e controllo penale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2015, 261;
- BERNARDI A., *Sui rapporti tra diritto penale e soft law*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011

- PIERGALLINI C., *Autonormazione e controllo penale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2015
- PIERGALLINI C., *Ius sibi imponere: controllo penale mediante autonormazione?*, in C.E. Paliero (a cura di), *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016
- PINO G., *La gerarchia delle fonti del diritto. Costruzione, decostruzione, ricostruzione*, in *Ars interpretandi*, XVI, 2011
- POCAR F., *Diritto dell'Unione europea*, 11 ed., Giuffrè, 2010
- POLIMENI S., *Controlimiti e identità costituzionale nazionale. Contributo per una ricostruzione del "dialogo" tra le Corti*, Editoriale scientifica, 2018
- PRITTWITZ C., *Garanzie di libertà tramite una riduzione dell'intervento penale o tramite il diritto penale?*, in *Per un manifesto del neoilluminismo penale*, a cura di Cocco G., Wolters Kluwer, 2016
- PULITANÒ D., *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015
- PULITANÒ D., *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. Problematiche attuali*, a cura di Pellizzone I., Giuffrè, 2017
- PULITANÒ D., *L'evoluzione delle politiche penali in Italia negli anni settanta e ottanta*, in AA.VV., *Il diritto penale tra scienza e politica*, a cura di Donini M. e Orlandi R., Bononia University press 2015
- PULITANÒ D., *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in www.penalecontemporaneo.it, 12 giugno 2015
- PULITANÒ D., *Supplenza giudiziaria e poteri dello Stato*, in *Quaderni costituzionali*, 1982
- RECCHIONE S., *Dal dialogo tra le Corti alla resa dei conti*, in *Arch. pen.*, 3/2015
- RICCARDI G., *Patti chiari, amicizia lunga. La Corte costituzionale tenta il dialogo nel caso Taricco, esibendo l'arma dei controlimiti*, in www.penalecontemporaneo.it, 27 marzo 2017
- RIONDATO S., *Retroattività del mutamento penale giurisprudenziale sfavorevole, fra legalità e ragionevolezza*, in AA.VV., *Diritto e clinica per l'analisi della decisione del caso*, Cedam, 2000

- RODOTÀ S., *Un codice per l'Europa? Diritti nazionali, diritto europeo, diritto globale*, in AA.VV., *Codici. Una riflessione di fine millennio*, Giuffrè, 2002
- ROMANO B., *Diritto penale. Parte generale*, 3 ed., Giuffrè, 2016
- ROMBOLI R., *Il ruolo del giudice in rapporto all'evoluzione del sistema delle fonti ed alla disciplina dell'ordinamento giudiziario*, in www.astrid-online.it
- RONCO M., *Il reato come rischio sociale*, in *Arch. Pen.*, 20015
- RONCO M., *Introduzione*, in (a cura di) Kostoris R. E., *Percorsi giuridici della postmodernità*, Il Mulino, 2016
- RONCO M., *La legalità stratificata*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2018
- RONCO M., *Legalità penale e legalità processuale*, in www.archiviopenale.it, 2017
- RONCO M., *Precomprensione ermeneutica del tipo legale e divieto di analogia*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffrè, 2006, Tomo I
- ROSSI F., *L'obbligo di disapplicazione in malam partem della normativa penale interna tra integrazione europea e controlimiti. La problematica sentenza Taricco della Corte di giustizia*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2016
- ROSSI F., *La Cassazione disapplica gli artt. 160 e 161 c.p. dopo la sentenza Taricco*, in *Giur. it.*, 2016, 4
- ROSSI F., *La sentenza Taricco della Corte di Giustizia e il problema, degli obblighi di disapplicazione in malam partem, della normativa penale interna per contrasto con il diritto UE*, in *Dir. pen. e proc.*, 12/2015
- ROSSI F., *Presente e futuro del processo di armonizzazione europea della parte generale del diritto penale*, in www.penalecontemporaneo.it, 20 luglio 2015
- RUGGERI A., *Cedu, diritto eurounitario e diritto interno: alla ricerca del "sistema dei sistemi"*, in www.diritticomparati.it, 19 aprile 2013
- RUGGERI A., *Cedu, diritto eurounitario e diritto interno: alla ricerca del "sistema dei sistemi"*, in www.diritticomparati.it, 19 aprile 2013
- RUGGERI A., *Dialogo tra le Corti e tecniche decisorie, a tutela dei diritti fondamentali*, in www.cde.unict.it, 9 dicembre 2013
- RUGGERI A., *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2015
- RUGGERI A., *I rapporti tra le Corti europee e giudici nazionali e l'oscillazione del pendolo*, in www.giurcost.org, 29 marzo 2019

- RUGGERI A., *In tema di controlimiti, identità costituzionale, dialogo tra le Corti (traendo spunto da un libro recente)*, in *Lo Stato*, 10/2018
- RUGGERI A., *La Consulta rimette abilmente a punto la strategia dei suoi rapporti con la Corte EDU e, indossando la maschera della consonanza, cela il volto di un sostanziale, perdurante dissenso nei riguardi della giurisprudenza convenzionale ("a prima lettura" di Corte cost. n. 264 del 2012)*, in *www.diritticomparati.it*, 14 dicembre 2012
- RUGGERI A., *La Corte di giustizia e il bilanciamento mancato (a margine della sentenza Melloni)*, in *Dir. un. eur.*, 2013
- RUGGERI A., *La Corte fa il punto sul rilievo interno della CEDU e della Carta di Nizza-Strasburgo (a prima lettura di Corte cost., n. 80 del 2011)*, in *www.forumcostituzionale.it*, 23 marzo 2011
- RUGGERI A., *Prospettive metodiche di ricostruzione del sistema delle fonti e Carte internazionali dei diritti, tra teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione*, in (a cura di) Ferrari G. F., *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, Giuffrè, 2001
- RUGGERI A., *Rapporti interordinamentali e conflitti tra identità costituzionali (traendo spunto dal caso Taricco)*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2 ottobre 2017
- RUGGERI A., *Rapporti tra Corte costituzionale e Corti europee, bilanciamenti interordinamentali e i controlimiti mobili, a garanzia dei diritti fondamentali*, in *www.rivistaaic.it*, 1/2011, 1 marzo 2011
- RUGGERI A., *Valori e principi costituzionali degli Stati integrati d'Europa*, in *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti, vol. XIII, Studi dell'anno 2009*, Giappichelli, 2010
- RUOPPO R., *I giudici di legittimità tra "primato" del diritto dell'Unione europea e principio di legalità in materia penale*, in *Giur. it.*, 2017, 1
- RUSSO R., *Il diritto punitivo della Cedu e il tranello di civil law al banco di prova della confisca*, in *Cass. pen.*, 2016, 4
- SALCUNI G., *Il dialogo fra Corti: dalla giurisprudenza fonte alla "giurisprudenza argomento"*, in *Arch. pen.*, 3/2015

- SALCUNI G., *L'uropeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, Giuffrè, 2011
- SALCUNI G., *Legalità europea e prescrizione del reato*, in *www.archiviopenale.it*, 20 dicembre 2015
- SAMMARCO S., *Armonizzazione europea delle sanzioni, pluralità di ordinamenti giuridici e sistema delle fonti*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2012
- SANTANGELO A., *Ai confini tra common law e civil law: la prevedibilità del divieto nella giurisprudenza di Strasburgo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2019
- SCAROINA E., *Costi e benefici del dialogo tra corti in materia penale. La giurisprudenza nazionale in cammino dopo la sentenza grande Stevens se tra disorientamento e riscoperta dei diritti fondamentali*, in *Cass. pen.*, 7/8
- SCARPELLI U., *Cos'è il positivismo giuridico*, Edizioni scientifiche italiane, 1997
- SCHÜNEMANN B., *Presentazione*, in *Un progetto alternativo di giustizia penale europea*, a cura di Schünemann B., ed. it. a cura di Militello V., Giuffrè, 2007
- SERRAINO M., *Dalla Corte di Giustizia UE un "provvidenziale" invito alla conversione. Prescrizione penale e ragionevole durata del processo all'indomani della "sentenza Taricco" (Seconda parte)*, in *Studium Iuris*, 2016, 7/8
- SERRAINO M., *Dalla Corte di Giustizia UE, un "provvidenziale" invito, alla conversione. Prescrizione penale e ragionevole durata del processo, all'indomani della "sentenza Taricco" (Prima parte)*, in *Studium Iuris*, 2016, 6
- SICURELLA R., *"Prove tecniche" per una metodologia dell'esercizio delle nuove competenze concorrenti dell'Unione Europea in materia penale*, in (a cura di) Grasso G. – Picotti L. – Sicurella R., *L'evoluzione del diritto penale nei settori di interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Giuffrè, 2011
- SICURELLA R., *Diritto penale e competenze dell'Unione europea. Linee guida di un sistema integrato di tutela dei beni giuridici di interesse comune*, Giuffrè, 2005
- SICURELLA R., *Il Corpus Juris come modello per la definizione di un diritto penale europeo*, in Grasso G. - Sicurella R., *Lezioni di diritto penale europeo*, Giuffrè, 2007
- SILVESTRI G., *Dal potere ai principi. Libertà e uguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Laterza, 2009

- SILVESTRI G., *L'effettività e la tutela dei diritti fondamentali nella giustizia costituzionale*, Editoriale scientifica, 2009
- SINAGRA A., *Rapporti interordinamentali, "sovranazionalità" o delega di competenze nel sistema dei rapporti tra Stati membri e Comunità europea: la giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*, in AA.VV., *La dimensione internazionale ed europea del diritto nell'esperienza della Corte costituzionale*, a cura di Daniele L., Edizioni scientifiche italiane, 2006
- SOTIS C., *All'incrocio tra carte e corti: il ruolo del giudice nel labirinto delle fonti*, in *Cass pen*, 2013, 7/8
- SOTIS C., *Il diritto senza codice: uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Giuffrè, 2007
- SOTIS C., *Il limite come controlimite. Riflessioni sulla vicenda Taricco*, in *www.forumcostituzionale.it*, 5 ottobre 2016
- SOTIS C., *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2010, 3
- SOTIS C., *Le regole dell'incoerenza. Pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale*, Aracne, 2015
- STEA G., *L'offensività europea come criterio di proporzionalità dell'opzione penale*, in *Arch. pen.*, 3/2013
- TARLI BARBIERI G., *La scommessa dei controlimiti. Problemi e prospettive del giudizio di costituzionalità a margine della vicenda Taricco*, in Paonessa C. – Zilletti L., *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie*, Pacini giuridica, 2016
- TESAURO G., *Diritto dell'Unione europea*, 6 ed., Cedam, 2010
- UBERTIS G., *Diritti fondamentali e dialogo tra le Corti: fantascienza giuridica?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2014
- URBINATI F., *Le conclusioni dell'avvocato generale nel caso "Taricco": presagio di un contrasto insanabile?*, in *Archivio penale on line*, 3/2017
- VALENTINI V., *Case-law convenzionale, cultura dei controlimiti e giustizia penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2014

- VALENTINI V., *Continua la navigazione a vista. Europeismo giudiziario ed europeizzazione della legalità penale continentale: incoerenze, velleità, occasioni*, in www.penalecontemporaneo.it, 25 novembre 2014
- VALENTINI V., *Diritto penale intertemporale*, Giuffrè, 2012
- VALENTINI V., *La ricombinazione genica della legalità penale: bio technological strengthening o manipolazione autodistruttiva? Su Taricco, Varvara e altre mine vaganti*, in www.penalecontemporaneo.it, 20 giugno 2016
- VALENTINI V., *Legalità penale convenzionale e obbligo d'interpretazione conforme alla luce del nuovo art. 6 TUE*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 2/2012
- VALITUTTI A., *Diritto nazionale e diritto europeo a confronto nelle dialogo tra le Corti*, in www.europeanrights.eu
- VALLINI A., *La portata della sentenza Cgue "Taricco": un'interferenza grave in un sistema discriminatorio*, in *Criminalia*, 2015
- VALLINI A., *Le due legalità: quale convivenza nel diritto penale?*, in *Criminalia*, 2013
- VENEGONI A., *Il difficile cammino della proposta di direttiva per la protezione degli interessi finanziari dell'Unione europea attraverso la legge penale (direttiva PIF): il problema della base legale*, in *Cass. pen.*, 2015, 6
- VENEGONI A., *La sentenza Taricco: una ulteriore lettura sotto il profilo dei riflessi sulla potestà legislativa dell'unione in diritto penale nell'area della lotta alle frodi*, in www.penalecontemporaneo.it, 29 ottobre 2015
- VERVAELE J., *Ne bis in idem: verso un principio costituzionale transnazionale in Ue?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2014
- VIGANÒ F., *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e resistenze nazionalistiche: Corte costituzionale italiana e Corte di Strasburgo tra guerra e dialogo. Qualche osservazione dall'angolo visuale di un penalista*, in www.penalecontemporaneo.it, 14 luglio 2014
- VIGANÒ F., *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di Iva? Primato del diritto UE e nullum crimen sine lege in una importante sentenza della corte di giustizia*, in www.penalecontemporaneo.it, 14 settembre 2015

- VIGANÒ F., *Fonti europee e ordinamento italiano*, in *Europa e giustizia penale, Speciale di Dir. pen. e proc.*, 2011
- VIGANÒ F., *Il caso Contrada e i tormenti dei giudici italiani: sulle prime ricadute interne di una scomoda sentenza della Corte Edu*, in www.penalecontemporaneo.it, 26 aprile 2016
- VIGANÒ F., *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sulle merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, in www.penalecontemporaneo.it, 9 maggio 2016
- VIGANÒ F., *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in www.penalecontemporaneo.it, 19 dicembre 2016
- VIGANÒ F., *L'adeguamento del sistema penale italiano al diritto europeo tra giurisdizione ordinaria e costituzionale. Piccolo vademecum e per giudici e avvocati penalisti*, in www.penalecontemporaneo.it, 14 febbraio 2014
- VIGANÒ F., *La prima sentenza della Cassazione post Taricco: depositate le motivazioni della sentenza della terza sezione che disapplica una prescrizione già maturata in materia di frodi IVA*, in www.penalecontemporaneo.it, 22 gennaio 2016
- VIGANÒ F., *Legalità "nazionale" e legalità "europea" in materia penale; i difficili equilibrismi delle Corti di Giustizia nella sentenza M.A.S. ("Taricco II")*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2017
- VIGANÒ F., *Obblighi di adeguamento al diritto UE e 'controlimiti': la Corte costituzionale spagnola si adegua, bon gré mal gré, alla sentenza dei giudici di Lussemburgo nel caso Melloni*, in www.penalecontemporaneo.it, 9 marzo 2014
- VIGANÒ F., *Pena illegittima e giudicato. Riflessioni a margine della pronuncia delle Sezioni Unite che chiude la saga dei "fratelli minori" di Scoppola*, in *Dir. pen. cont.*, 12 maggio 2014
- VIGANÒ F., *Riflessioni conclusive in tema di "diritto penale giurisprudenziale" "partecipazione" e "concorso esterno"*, in (a cura di) Picotti L., Viganò F. - Fornasari G. - Melchionda A., *I reati associativi: paradigmi concettuali e materiale probatorio. Un contributo all'analisi e alla critica del diritto vivente*, Cedam, 2005

- VIGANÒ F., *Ne bis in idem e omesso versamento dell'IVA: la parola alla Corte di giustizia*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 21 marzo 2018
- VINCIGUERRA S., *Sull'intralcio all'amministrazione della giustizia delle interpretazioni discordanti e il suggerimento di qualche rimedio*, in *Dir. pen. XXI secolo*, 2014, 1
- VIOLANTE L., *L'evoluzione del ruolo giudiziario*, in *Criminalia*, 2015
- VISCONTI C., *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Giappichelli, 2003
- VOGLIOTTI M., *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia in diritto penale*, Giappichelli, 2011
- VOGLIOTTI M., *Il giudice al tempo dello scontro tra paradigmi*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2 novembre 2016
- VOGLIOTTI M., *Lo scandalo dell'ermeneutica per la penalistica moderna*, in *Quad. fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2015, tomo I
- VOGLIOTTI M., voce *Legalità*, in *Enc. dir., Annali IX*, Giuffrè, 2013
- VOZZA D., *Prescrizione e gravi frodi IVA: "Disapplicare per punire"?*, in (a cura di) Gullo A. – Mazzacava F., *Ricchezza illecita ed evasione fiscale*, Cacucci editore, 2016
- ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite*, Einaudi, 1992
- ZAGREBELSKY V., *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in *www.osservatorioaic.it*, maggio 2015
- ZAGREBELSKY V., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità in materia penale*, in *Ius*, 2009
- ZANON N., *L'ascesa del potere giudiziario tra mode culturali e mutamenti costituzionali*, in *Criminalia*, 2015
- ZANON N., *Su alcuni problemi attuali della riserva di legge in materia penale*, in *Criminalia*, 2012